

Diretora Responsável
Giselle Tapai

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editores: Danielle Oliveira, Elisabeth Bianchi, Flávio Viana Filho, Henderson First e Iviã A. M. Loureiro Gomes

Editorial
Coordenação
Juliana De Cicco Bianco

Analistas Editoriais: Amanda Nagle Armendro, Amanda Queiroz de Oliveira, Andréia Regina Schneider Nunes, Danielle Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martins, George Silva Melo e Luara Coentro dos Santos

Técnicos de Processos Editoriais: Maria Angélica Leite e Paulo Alexandre Teixeira

Assistentes Documentais: Roberta Alves Soares e Samanta Fernandes Silva

Capa: Adriana Martins

Coordenação Administrativa
Renata Costa Palma e Rosângela Maria dos Santos

Assistente: Karla Capelas

Editoração Eletrônica
Coordenação
Roseli Campos de Carvalho

Produção gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Auxiliar: Rafael da Costa Brito

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

Ferreira, William Santos
Princípios fundamentais da prova cível / William Santos Ferreira. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ISBN 978-85-203-5041-6

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil I. Título.

13-11808

CDU-347.9(81)

Índice para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito processual civil 347.9(81)

**WILLIAM
SANTOS FERREIRA**

**PRINCÍPIOS
FUNDAMENTAIS
DA PROVA CÍVEL**

Biblioteca
Nadir Gouvêa Kfour
PUC-SP

Apresentação:

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER



THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA PROVA CÍVEL

WILLIAM SANTOS FERREIRA

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Apresentação

TOMBO	292529
FA C	DATA 22/15/14
NF	256830
VALOR	50,73
PRINC. VERTICE	
BNGE	

© desta edição [2014]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELLE TAPAI
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel: 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – 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, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [11-2013]

Profissional

Fechamento desta edição [23.10.2013]



ISBN 978-85-203-5041-6

34706
F 2833P
EX 2

Para WILLIAM SANTOS FERREIRA FILHO.
*Dádiva que comprova
que os pais aprendem
tentando ensinar...*

Para ADRIANA FONSECA NUNES FERREIRA.
Luz e amor da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que, direta ou indiretamente, colaboraram para que este momento fosse alcançado: meus pais Joaquim e Mariza, minha esposa Adriana, meus filhos Raphael, Giovanna e William Filho, meus irmãos, Andréa e Renato, meus amigos Nelson Luiz Pinto, Maria Antonieta, Fredie Didier, Leandro Aragão, Patricia Miranda Pizzol, José Miguel Garcia Medina, Luiz Manoel Gomes Junior, João Bocalon, Cesar Baltazar, Vanessa Outtone, José Galdiano, Cláudia Cortez, Daniel Oliveira, Cauê Longhi e aos meus alunos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu*.

Agradeço ao Professor Doutor Nelson Nery Junior pela marcante e gentil disponibilização de sua biblioteca e estímulo e apoio desde os tempos do mestrado, quando foi meu primeiro professor na primeira turma da matéria de relações de consumo na PUC-SP e, claro, à orientadora e amiga já de importantes anos de minha vida acadêmica, Professora Doutora Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier, por todas as oportunidades, confiança e momentos extremamente enriquecedores.

*De nada vale o conhecimento de uma seara, se se desconhece
sua articulação com as demais.
De pouco vale a familiaridade com certas informações,
se não se as coordena com o universo do direito,
se não se sabe filiá-las, explicá-las e concatená-las
com os fundamentos em geral e com o
todo sistemático onde inseridas.
É inútil o conhecimento que se limita à superfície
dos fenômenos jurídicos, sem buscar penetrar seus
fundamentos explicativos e justificativos.*

GERALDO ATALIBA¹

Interpretar é alguma coisa além de descobrir: é relacionar.
EDUARDO J. COUTURE²

... o conhecimento do fim da lei é pressuposto.
HANS J. WOLFF — OTTO BACHOF — ROLF STOBER³

1. Prefácio da 1.ª edição. In: VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 19.
2. *Interpretação das leis processuais*, p. 27.
3. *Direito administrativo*. Trad. António F. de Sousa. Porto: Fundação Caluste Gulbenkian, 2006. vol. 1, p. 414.

APRESENTAÇÃO

Há muito tempo a produção literária nacional, na área de processo civil, que, como se sabe, é farta, se ressentida da falta de trabalhos abrangentes, instigantes e com visível viés pragmático a respeito de provas.

Finalmente, a Editora RT publica o excelente trabalho de William Santos Ferreira, base de sua tese de doutorado, com que obteve nota dez da banca examinadora e que foi defendida com brilho e tenacidade na PUC-SP.

Trata-se de trabalho lastreado em extensa e curiosa pesquisa bibliográfica que, todavia, não deixa de lado aspectos práticos do operador do direito.

Não tenho receio de afirmar que se trata de obra que não tem paralelo na bibliografia nacional sobre o tema.

Honrou-me o autor com convite para apresentação de um livro que, com certeza, tornar-se-á um clássico na matéria.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO – TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER.....	11
1. INTRODUÇÃO – EXTENSÃO E PROFUNDIDADE.....	19
2. PRINCÍPIOS.....	23
2.1 Texto, dispositivo, norma e ordenamento.....	23
2.2 Princípio, regra, ordenamento e sistema.....	25
2.3 Princípios informativos e princípios fundamentais.....	39
2.4 Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.....	43
2.4.1 Contraditório – Ciência.....	46
2.4.2 Contraditório – Oportunidade.....	46
2.4.3 Contraditório – Consideração judicial.....	49
3. PROVA CÍVEL.....	53
4. PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DA PROVA.....	59
4.1 Conteúdo e alcance.....	59
4.2 Maior aptidão entre os meios de prova.....	74
4.3 Hipóteses de provas atípicas.....	77
4.3.1 O comportamento das partes no processo como elemento do conjunto probatório.....	77
4.3.2 Prova emprestada.....	82
4.3.3 Fotografia digital.....	82
4.3.4 E-mail.....	82
4.3.5 Fatos ocorridos na Internet.....	83
4.3.6 Prova científica.....	84
4.3.6.1 Prova estatística.....	92
4.3.6.1.1 Prova por amostragem.....	93

5. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS.....	95
5.1 Conteúdo e alcance.....	95
5.1.1 O choque de direitos materiais e sua ponderação pela proporcionalidade.....	98
5.1.2 A exclusão da antijuridicidade do meio potencialmente ilícito de obtenção da prova.....	102
5.1.3 Mitigação da ilicitude de prova como meio assecuratório do devido processo legal e a "estrutura dos limites imanentes".....	105
5.1.4 Interceptação autorizada judicialmente no processo civil.....	110
5.2 A obtenção ilícita da prova e as consequências processuais do seu reconhecimento.....	112
5.3 "Doutrina dos frutos da árvore venenosa" (<i>the fruits of the poisonous tree doctrine</i> – provas ilícitas por derivação).....	116
5.4 Exceções viabilizadoras da licitude e admissibilidade da prova: as teses norte-americanas da fonte independente e do descobrimento inevitável.....	118
6. PRINCÍPIOS DA AQUISIÇÃO "E" COMUNHÃO DA PROVA.....	127
6.1 Conteúdo e alcance.....	127
6.2 Parte produtora de prova contra si mesma.....	133
6.3 Os documentos eletrônicos e digitalizados.....	134
6.4 A garantia da publicidade e a informatização do processo.....	135
6.5 Prova emprestada.....	142
6.5.1 Risco de ilegalidade.....	144
6.5.2 Contraditório e valoração.....	147
6.5.3 Prova emprestada e questões fáticas repetitivas.....	149
7. PRINCÍPIO DA ORALIDADE.....	151
7.1 Conteúdo e alcance.....	151
7.2 Princípio da imediatidade.....	159
7.2.1 Conteúdo e alcance.....	159
7.2.2 Documento em língua estrangeira.....	163
7.2.3 Intérprete e a mediatidade.....	165
7.2.4 Imediatidade "não presencial".....	166
7.2.5 A oitiva de crianças e jovens em ações de família.....	166
7.2.6 A imediatidade e as perguntas diretamente formuladas pelo advogado para a testemunha.....	167
7.3 Princípio da identidade física do juiz.....	168

7.3.1 Conteúdo e alcance.....	168
7.3.2 O princípio da identidade física do juiz e o art. 515, § 3.º, do CPC.....	171
7.4 Princípio da concentração dos atos probatórios.....	172
7.4.1 Conteúdo e alcance.....	172
7.5 Princípio da recorribilidade em separado sem suspensividade das decisões interlocutórias.....	175
7.5.1 Conteúdo e alcance.....	175
7.6 Impacto das novas tecnologias na oralidade.....	176
7.6.1 Cuidados na adoção de novas tecnologias.....	178
7.6.1.1 O depoimento por sistema de comunicação em tempo real.....	179
7.6.1.2 O segredo de justiça e as novas tecnologias.....	180
7.7 Princípio da oralidade e a colegialidade na instância recursal.....	180
8. PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFICIÊNCIA DOS MEIOS PROBATÓRIOS.....	183
8.1 Conteúdo e alcance.....	183
8.2 Flexibilização, uma necessidade.....	189
8.3 Conteúdo negativo do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios e a vedação do comportamento contraditório do juiz.....	194
8.4 Aplicação da multa coercitiva na busca da máxima eficiência dos meios instrutórios.....	195
8.5 A multa punitiva decorrente da <i>contempt of court</i>	197
8.6 Aplicações concretas do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios.....	199
8.6.1 Máxima eficiência na fixação dos pontos controvertidos.....	199
8.6.2 Máxima eficiência da prova testemunhal.....	200
8.6.2.1 As perguntas formuladas durante a oitiva da testemunha e os questionamentos judiciais.....	200
8.6.2.2 Gravação dos depoimentos.....	201
8.6.2.3 O serviço público de testemunhas impedidas e suspeitas e a imprescindibilidade da eficiência na colheita dos depoimentos.....	201
8.6.2.4 O arrolamento de testemunhas impedidas e suspeitas e a irrenunciabilidade da contradita.....	205
8.6.2.5 Hipóteses de contradita durante ou após o depoimento da testemunha.....	206
8.6.2.6 A ausência de razoabilidade de posturas inflexíveis relacionadas à quantidade de testemunhas.....	207

8.6.2.7	O testemunho de menores de 16 anos.....	208
8.6.3	Máxima eficiência do depoimento pessoal.....	208
8.6.3.1	Confissão não é elemento integrante do conceito de depoimento pessoal.....	208
8.6.3.2	A presença da parte contrária durante o depoimento pessoal e a inconstitucionalidade do disposto no parágrafo único do art. 344.....	214
8.6.3.3	A indelegabilidade do depoimento da pessoa física e o depoimento da parte quando pessoa jurídica.....	215
8.6.4	Máxima eficiência da prova pericial.....	217
8.6.4.1	Prova pericial útil e praticável.....	217
8.6.4.2	O custeio antecipado da prova pericial.....	218
8.6.4.3	Perícia complexa.....	219
8.6.4.4	Momento preparatório da prova pericial.....	219
8.6.5	Máxima eficiência da prova documental.....	219
8.6.6	Máxima eficiência da inspeção judicial.....	220
8.6.7	Máxima eficiência com a inversão da ordem da produção de provas.....	221
9.	PRINCÍPIO DOS DEVERES-PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	223
9.1	Evolução histórica e ondas renovatórias relevantes.....	223
9.2	Conteúdo e alcance.....	234
9.3	Deveres-poderes instrutórios do juiz e a <i>cooperação instrutória</i>	245
9.4	Ônus da prova, convencimento judicial e <i>probatio diabólica</i>	251
9.5	Deveres-poderes instrutórios no âmbito recursal.....	257
10.	PRINCÍPIO DA UNIDADE PROBATÓRIA.....	261
10.1	Conteúdo e alcance.....	261
10.2	Efeitos da revelia e a unidade probatória.....	265
10.3	Cumulação de ações e o conjunto probatório.....	267
10.3.1	Ação, reconvenção e conjunto probatório (único).....	268
10.3.2	Reconvenção, ausência de contestação e a compreensão do termo defesa.....	269
10.3.2.1	Reconhecimento jurídico do pedido e reconvenção.....	270
10.3.3	Reconvenção e revelia.....	272
10.4	Tutela antecipada e o princípio da unidade probatória.....	273
10.5	Ação rescisória e o princípio da unidade probatória.....	275

11.	PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ.....	277
11.1	A "verdade" e a "certeza" no processo civil: análise crítica.....	277
11.2	Métodos de julgamento.....	284
11.3	Conteúdo e alcance do princípio do livre convencimento motivado do juiz.....	287
11.4	Sentenças <i>infra</i> , <i>extra</i> e <i>ultra petita</i> , a unidade probatória e o livre convencimento motivado.....	293
11.5	Princípio dispositivo e as considerações judiciais de questões fáticas.....	297
11.5.1	Causas de pedir e fatos simples.....	299
11.5.2	Causas de pedir e <i>jus superveniens</i>	303
11.5.3	Regras acerca dos fatos que independem de prova.....	304
11.5.3.1	Fato notório.....	305
11.5.3.2	Confissão.....	307
11.5.3.3	Fato incontroverso.....	310
11.5.3.4	Presunção.....	312
11.5.3.4.1	Presunções e o art. 230 do CC.....	321
11.6	Decisão judicial contrária às conclusões do perito.....	322
11.7	Livre convencimento motivado e cognição parcial e não exauriente.....	328
11.8	Provas legais.....	329
11.9	A "prova plena" prevista no Código Civil.....	334
	BIBLIOGRAFIA.....	341
	OUTRAS OBRAS DO AUTOR.....	381

INTRODUÇÃO – EXTENSÃO E PROFUNDIDADE

A prova em matéria cível é um tema, por sua extensão e importância, proporcionalmente pouco tratado na doutrina processual brasileira.

Nos últimos anos cresceu o número de trabalhos, especialmente relacionados com a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, nas ações coletivas e em geral, bem como tratando dos poderes instrutórios do juiz e das provas obtidas por meio ilícito.

Não ficaram fora da análise do direito probatório as novas tecnologias, exames de DNA, gravações e interceptações telefônicas e de dados e do “novo mundo” virtual, a Internet. Toda esta dinâmica trouxe a grande discussão sobre a extensão, alcance e método de aplicação dos princípios relacionados à prova, especialmente os constitucionais, como a proibição das provas obtidas por meio ilícito.

Mas, antes de prosseguir, precisamos externar a influência decisiva para escolha do objeto deste estudo da tese de doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) de Nelson Nery Junior, *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*,¹ que, na perspectiva recursal, explicita o espectro de estudo e originalidade. Enfatizamos que não se pretende aqui trazer qualquer comparação entre os trabalhos em uma perspectiva cognitiva vertical (de profundidade), mas sim que o corte epistemológico, numa perspectiva cognitiva horizontal, é realizado sob referida influência, no que tange aos princípios fundamentais da prova cível.

No campo da prova cível, a análise do tema, quando há, normalmente parte dos dispositivos da legislação infraconstitucional. Isto não vem impedindo, todavia, que o tema seja discutido diretamente de uma perspectiva constitucional.

1. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 31.

Não se tratará, aqui, de toda a teoria geral da prova. Tampouco serão apresentados comentários de dispositivos legais isoladamente considerados ou interpretados de forma conjugada, algumas vezes base de uma pretensa interpretação sistemática. Eros Roberto Grau já advertiu com felicidade: “não se interpreta o direito em tiras”.²

O que se propõe são a reunião e a análise dos *princípios fundamentais* (gerais) da prova em matéria cível, porque estamos convencidos de que praticamente nada existe, de conteúdo dogmático, que possa ser definido como³ *teoria dos princípios fundamentais da prova cível*.

Atualmente, muito se discute acerca da colisão de princípios. Tal debate não é, em si, um mal; ao contrário, para solução de casos difíceis (*hard cases*) que se apresentam em determinado momento histórico, com peculiaridades e necessidades muito particulares, aquele debate é relevante, na medida em que uma visão exclusivamente positivista seria de pouca valia técnica.

Mas, como aprofundar um debate sobre provas sem que haja uma reunião minimamente organizada dos princípios gerais?

Como explicar, técnica e metodologicamente, a opção que um legislador fez pela adoção de um ou outro princípio⁴ sem uma reunião destes que permita uma reflexão mais profunda e pormenorizada?

São fundamentais a organização e a coerência; uma estrutura, enfim. Não basta apenas se falar em efetividade, é preciso conhecer as alternativas para decidir qual caminho trilhar e quais instrumentos empregar. Para tanto, são imprescindíveis a busca de uma visão global a respeito do objeto de estudo, ainda que minimamente condensada, por meio da sistematização dos princípios fundamentais da prova em matéria cível, “procurando traçar-lhes o perfil dogmático, alcance, limites e consequências”,⁵ no espectro definido.

É possível estudar os princípios fundamentais da prova cível sem ter que, necessariamente, tratar de todos os princípios do processo civil. Já disse João Monteiro que “o processo se *decompõe* em grandes partes ou momentos nitidamente *discrimináveis* em suas relações recíprocas formando *cada qual* um todo lógico, com elementos próprios e exclusivos, mas que coordenadamente concorrem para a unidade do sistema jurídico”.⁶

Claus-Wilhelm Canaris reconhece que os princípios, além de poderem ter exceções, bem como oposição e contradição, não têm a pretensão da exclusividade; a aplicação deles somente tem sentido quando combinadas complementação e restrição recíprocas; por fim, a concretização depende de “subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio”.⁷

É desta decomposição, deste corte, que se pretende tratar, estudando os princípios fundamentais da prova no âmbito cível.

Não haverá análises individualizadas dos meios de prova (documental, testemunhal...), que serão tratados ao longo do trabalho, quando relevantes para compreensão e aplicação efetiva dos princípios.

A circunstância de uma matéria ser tratada juntamente com determinado princípio não significa que não se relacione com outros, mas apenas que houve uma opção pela maior intensidade desta relação.

Ao ser empregada a terminologia “alegações das partes”, em relação a “fatos controvertidos”, estar-se-á tratando do debate sobre a ocorrência ou inoocorrência de fatos.⁸

Procurando evitar repetições, quando for mencionado um artigo sem a indicação da lei a que se refere, tratar-se-á do Código de Processo Civil brasileiro.

2. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44.

3. Confirmando a influência decisiva, sob a perspectiva aqui identificada, da obra de NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais* cit., p. 31.

4. Sobre o prévio sopesamento (ponderação) dos princípios pelo legislador: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 166-170; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 302.

5. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais* cit., p. 31.

6. *Teoria do processo civil*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. vol. 1, p. 276. (destacou-se)

7. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 88.

8. Diversamente ocorre com “afirmações” que tem como antônimo “negações” (cf. Echandiá, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002. t. I, p. 467).

SUMÁRIO: 2.1 Texto, dispositivo, norma e ordenamento – 2.2 Princípio, regra, ordenamento e sistema – 2.3 Princípios informativos e princípios fundamentais – 2.4 Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa: 2.4.1 Contraditório – Ciência; 2.4.2 Contraditório – Oportunidade; 2.4.3 Contraditório – Consideração judicial.

2.1 TEXTO, DISPOSITIVO, NORMA E ORDENAMENTO

Norma, cuja definição vem se alterando ao longo do tempo, deriva do latim *norma*,¹ do grego *gnorimos* (esquadro – “instrumento para medir ou traçar ângulos retos e tirar linhas perpendiculares” – esquadria), sendo definida como “discursos decisórios ambíguos em que o editor controla as reações possíveis dos endereçados ao garantir expectativas sobre as expectativas de reação, determinando as relações entre comunicadores na forma de uma metacomplementariedade e imposição de simetria”.²

No campo jurídico, normas “não são textos ou conjuntos deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e

1. HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Dicionário eletrônico*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Verbetes “norma”.
2. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 22.

as normas, no seu resultado”³ Ao se falar em *sentido* expressado pelo texto, já está se tratando da *norma*.⁴

O *texto*, que tem como sinônimos o enunciado e a disposição, é o emprego pelo homem de uma forma de comunicação. Porém, quando utilizado no ordenamento jurídico depende de interpretação que não pode ser isolada, mas sistemática e, como supradescrito, resulta no que se pode denominar *norma*.

Há muito a visão restrita de norma jurídica deixou de ser o objeto central do direito; nem mesmo a simples soma de normas é mais objeto de perscrutação da ciência jurídica. O objeto de estudo se expandiu da norma para *ordenamento jurídico*, o que provocou a “ampliação também no conceito de norma”.⁵

O intérprete não cria a norma; o intérprete a revela. “O intérprete não é um criador *ex nihilo*; ele *produz* a norma – não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de *reproduzi-la*”.⁶

O texto é a pedra bruta. A norma, a pedra lapidada. O intérprete, o lapidador. O ordenamento, o conjunto de pedras lapidadas. O sistema, o colar de pedras lapidadas.

Humberto Ávila observa, com razão, que o *significado* não é algo imanente ao texto, mas que depende da interpretação. Há modificações dos *sentidos* dos termos ao longo do tempo e no espaço, isto sem se falar nas controvérsias doutrinárias,⁷ o que, invariavelmente, nos impele numa massa de dados desor-

3. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 30. O doutrinador colaciona uma série de exemplos demonstrando que não há o que denomina de correspondência biunívoca entre dispositivo e norma, podendo um estar presente e o outro, não.

4. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito cit.*, p. 83.

5. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios constitucionais na perspectiva de uma teoria fundamental do direito. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Temas de teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 263.

6. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito cit.*, p. 86.

7. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios cit.*, p. 31. O intérprete responde às perguntas do seu tempo e do seu local de estudo. Estas limitações geográfica e temporal, contudo, não impedem a análise crítica de ideias de outros ordenamentos jurídicos e de outras épocas. Estas podem e devem, sim, ser muito utilizadas, até porque experiências e reflexões não podem ser desprezadas, ainda mais quando se busca a construção de premissas científicas pelo método dialético. Todavia, há que se ter cuidado com este

ganizados, para os quais se precisa ordená-los, sistematizá-los e dar-lhes significado. Mas o trabalho hermenêutico não se resume à busca de significados.

O cuidado na denominação não é resultante de uma postura fetichista do direito ou de supervalorização das denominações em prejuízo do conteúdo. Estas devem, na medida do possível, expressar o conteúdo, tornando mais fácil a transmissão de ideias, o que, em última análise, contribui para escolha de caminhos menos suscetíveis ao erro e busca afastar controvérsias doutrinárias inexistentes, cujos debates, não é incomum, circunscrevem-se à nomenclatura.

2.2 PRINCÍPIO, REGRA, ORDENAMENTO E SISTEMA

Princípio deriva do latim *principium* que significa origem, começo. É o *ponto de partida* ou fundamento ou causa de um processo.⁸

Deve ser ressaltado o aspecto polissêmico de princípio.⁹ No entanto, pode-se afirmar que os princípios são *pontos de partida* viabilizadores de uma interpretação mais segura.¹⁰

tipo de trabalho. É fácil e saborosa a tentação de ceder ao argumento estrangeiro sem atentar para as peculiaridades locais. Esquece-se, nestas horas, a imbricação extremamente forte entre direito e cultura, de modo que a transposição pura e simples de ideias sobre outros ordenamentos pode acarretar fenômenos de ojeriza sócio-cultural ou, pior, de catarse social (algo, por exemplo, não muito distante do que os antropólogos denominam de fenômeno *Trobriand Cricket* – ver, a respeito, JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências regulatórias*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 286-288).

8. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 928, verbete “princípio”. “Ponto de partida” é terminologia muito empregada quando se vai tratar dos princípios. Tb. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 19.

9. GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder da criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 28; MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – Teoria geral – Princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 53.

10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relendo princípios e renunciando a dogmas. Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Meditores, 2007. p. 23. Em estudo sobre a origem e a relação entre os princípios jurídicos parte das *regulae iuris*, SALDAÑA, Javier aponta: “Cicerón es quien entonces emplea lo que se conoce como *principio*, o em latín *principium* ‘como lo que da inicio a algo’. Insistiendo en ser éste una ‘ilustración

Princípio é tema obrigatório em qualquer teoria com pretensões científicas, já que “toda ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados)”.¹¹ As mais variadas áreas do conhecimento o empregam, como a física, exemplifica Paulo de Barros Carvalho, sob a denominação de “lei da física” que “o calor dilata os corpos”, na economia há a “lei da oferta e da procura”, entre outras. E, finaliza, tratando dos princípios, em que ocorrem desdobramentos de descritividade e prescritividade, tais como “princípios gerais” e “específicos”, “explícitos” ou “implícitos” e ainda classificados como “empíricos”, “lógicos”, “ontológicos”, “epistemológicos” e “axiológicos”, tudo no escopo de garantir o que denomina *plano de irradiação semântica*.

É correta a observação de Sérgio Sérulo da Cunha que, para a física, denominar certo fenômeno natural de “lei da gravidade” ou de “princípio da gravidade” é irrelevante, porém o mesmo não ocorre com o direito, “porque sem linguagem não há ordenamento”.¹²

No Brasil, os princípios conduziram, especialmente após a Constituição de 1988, berço de uma imensidão deles, a uma enorme quantidade de estudos em torno do tema, muito estimulados pelas ideias de Josef Esser, Karl Larenz, Dworkin, Alexy, Canaris, Canotilho, e, no Brasil, de Celso Antônio Bandeira de Mello, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Eros Roberto Grau, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Luiz Roberto Barroso, Humberto Ávila, Nelson Nery Junior, Ada Pellegrini Grinover, Arruda Alvim, Willis Santiago Guerra Filho, Virgílio Afonso da Silva, entre outros.

Há acirrado debate doutrinário sobre (haver ou não) a distinção entre princípios e regras, que, advirta-se, não é o objeto deste estudo. Contudo, não é possível o afastamento absoluto sem, pelo menos, uma breve incursão sobre o

breve y concisa de los caracteres específicos de una cosa que queremos definir. Así, la relación que guarda con las reglas es muy clara, mientras que éstas mantuvieron siempre un contenido justo o equitativo, servieron también como principios concretos, los que sintetizando lo dispar, iniciaban a partir de ellos la labor interpretativa y argumentativa de los casos planteados. De este modo, mediante el principio se transmite una breve descripción de las cosas a modo de resumen”. (Reglas y principios. *A propósito del origen y contenido de los principios a partir de las regulae iuris*. UNAM: México. Disponível em: [www.bibliojuridica.org/estilib/resulib.htm?m=C]. Acesso em: 12 mar. 2008. p. 649).

11. CARVALHO, Paulo de Barros. Tributo e segurança jurídica. In: SALOMÃO LEITE, George (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 342.

12. CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 17.

que pode ser considerado princípio, qual é a sua função no ordenamento jurídico e como deve ser aplicado.¹³

Eros Grau¹⁴ enquadra os princípios no sistema ao descrever que “se o direito é definido, enquanto sistema, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios [Canaris], cumpre indagarmos quais princípios compõem essa ordem”,¹⁵ para expor que os princípios podem ser: (i) *explícitos* (expressos na Constituição e na lei infraconstitucional); (ii) *implícitos* (extraídos da análise de preceitos constitucionais, de uma lei ou de um conjunto de textos normativos); e (iii) *princípios gerais de direito*¹⁶ (implícitos, mas coletados no *direito pressuposto* – basicamente, são “resgatados” no interior do ordenamento jurídico, portanto, já são positivados, estão “lá” em “estado de latência”).¹⁷⁻¹⁸ Esta

13. Para um objetivo estudo acerca da evolução e do debate envolvendo a distinção entre princípios e regras, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* cit., p. 35-40.

14. GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito* cit., discursos XXI/XXII.

15. Idem, discurso XX.

16. Para WOLF-BACHOF-STOBER os princípios gerais de direito não são mutáveis, não decorrendo de circunstâncias sociais, “são de reconhecimento transregional e transcultural (*rechtskreis* – e *kulturübergreifend*) em toda a ordem jurídica, como seu conteúdo ético mínimo e fundamento normativo”, e dão exemplos: princípios do respeito à dignidade da pessoa humana, da igualdade perante a lei, da boa-fé, da segurança jurídica e da justiça no caso concreto, da proibição do excesso, entre outros (*Direito administrativo* cit., vol. 1, p. 343-344).

17. Sustenta o doutrinador que o *direito pressuposto* “já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como *direito moderno*, vale dizer, produzido pelo Estado. O que sustento, resumidamente, é o seguinte: a forma jurídica é imamente à infraestrutura, como *pressuposto* interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto *posta* pelo Estado, como direito positivo. O Estado põe o direito – direito que dele emana – que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como *direito pressuposto*, quando o Estado põe a lei torna-se *direito posto* (*direito positivo*). (...) o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (*direito positivo*), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O *direito pressuposto* condiciona a elaboração do *direito posto*, mas este modifica o *direito pressuposto*. O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo. O *direito pressuposto* condiciona a produção do direito posto (*positivo*). Mas o *direito posto* transforma sua (dele) própria base” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito* cit., p. 147).

18. Admitem, dentre outros, o princípio implícito: CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais* cit., p. 13 e CARVALHO, Paulo de Barros. Tributo e segurança jurídica.

classificação guarda coerência com a posição do autor de que na utilização de princípios nas decisões judiciais não há discricionariedade, mas sim um trabalho de identificação da solução no direito positivo. Em última análise, esta posição pretende afastar a crítica dos opositores da teoria dos princípios como algo que, em casos extremos, permitiria a ditadura do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, porque àquele competiria uma “decisão livre” sobre o que deve ser observado, aniquilando a atividade legislativa e dirigindo a atividade executiva.

A análise acima torna mais simples a compreensão de que algumas vezes na Constituição ou em leis infraconstitucionais (direito posto) há a adoção expressa de determinado princípio e, em outras oportunidades, o princípio não está *literalmente* expresso, mas pode ser identificado, sendo revelado.

Não se trata de uma simples e *primária* verificação de *estar* ou *não estar*, mas de *estar explícito* ou *implícito*, evidentemente, no último caso, há um esforço maior na identificação, mas o resultado final é o mesmo: o *princípio* extrai-se da *norma*, fazendo parte do ordenamento. A importância aqui está na desnecessidade de uma *legitimação legislativa expressa*. É descabido rotular aquele que se dedica a identificar, compreender e aplicar princípios, como um mero coletor de obviedades textuais.

A nomenclatura *direito pressuposto*, utilizada por Eros Grau, é, ao que parece, a busca de uma definição concreta para o que vem antes (pré) do direito posto, e que *já existe*, porque o princípio, da mesma forma que influencia na criação das leis (racionalmente ou não), somente se pode dizer que é norma – nesta acepção – se *positivado*, explícita ou implicitamente.

Humberto Ávila, por outro lado, demonstra que há normas sem dispositivo, como os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito, em que a falta de dispositivo não lhes retiram a qualidade de norma¹⁹ e, portanto, de integram o que se denomina ordenamento jurídico.

Para os limites deste estudo é fundamental a observação de Eros Grau, “para cada sociedade manifesta-se um *determinado direito*”, “os princípios de direito que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios *deste* ordenamento jurídico, *deste* direito”, mas “há princípios de épocas históricas, princípios que se reproduzem de modo razoavelmente uniforme em

In: SALOMÃO LEITE, George (org.). *Dos princípios constitucionais* cit., p. 342.

19. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* cit., p. 30.

múltiplos direitos pressupostos”.²⁰ Em alguns setores, isto explica um grau de identificação entre ordenamentos jurídicos, sobretudo de países da mesma família, mas não é possível se esquecer das influências atuais que, por exemplo, países de *civil law* vêm recebendo de outros que adotam a *common law* (e vice-versa). Esta “influência”, entretanto, para ser reconhecida, precisa ser extraída do ordenamento jurídico, do direito que se estuda.

Nas palavras de Canotilho princípios são “*standards* juridicamente vinculantes radicados na exigência de *justiça*”.²¹

Cabe àqueles que se propõem a tratar dos princípios identificarem esses “*standards*” ou “*pensamentos diretores*” exatamente no ordenamento jurídico, o que deve implicar a demonstração de sua ocorrência.

Compreendendo e identificando os princípios em diferentes partes do ordenamento é que se chega ao que Celso Antônio Bandeira de Mello²² denominou “*todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo*”. Por este motivo, os princípios têm *função interpretativa*, assegurando *coerência interna* ao sistema.²³

Eros Roberto Grau, primeiramente citando Geraldo Ataliba, ressalta que as regras têm sua interpretação e eficácia condicionada pelos princípios, e complementa que não se trata apenas de uma hierarquia formal, que resulta de critérios de distribuição de competência entre órgãos, mas de *hierarquia substancial*.²⁴

20. GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito* cit., p. 149.

21. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 167.

22. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 842.

23. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito* cit., p. 207. Maria Helena Diniz leciona que “*Sistema* significa *nexo*, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos, e *método*, um instrumento de análise (...) Todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (que constituem seu repertório), relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura do sistema), que variam de concepção a concepção” (*Conflito de normas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8). Enrique M. Falcón define sistema com objetividade: “*el conjunto de actos y elementos interrelacionados, destinados al cumplimiento de um objetivo*” (*Tratado de la prueba*. Buenos Aires: Astrea, 2003. t. I, p. 189). Para A. Menezes Cordeiro, na introdução da obra de Claus-Wilhelm Canaris (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* cit., p. LXV), o discurso científico deve ter como base a ideia de sistema.

24. GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 79.

Celso Antônio Bandeira de Mello explicita o que: "Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desafetação ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".²⁵

Para Alexy, muito influenciado pelas posições de Dworkin,²⁶ os princípios também são normas,²⁷ isto é, normas são o gênero do qual os princípios e as regras são espécie, a diferença entre elas seria qualitativa e não de grau.

25. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 841-842. Na mesma linha, ressaltando a escolha da sociedade e os valores reunidos nos princípios constitucionais, especialmente, Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER aponta que os princípios constitucionais incorporam valores decorrentes de opções da sociedade, o que, por si só, teria o condão de legitimá-los (Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 – A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 831, p. 60).

26. Para Dworkin, a grande diferença entre princípio e regra é de natureza lógica, vez que esta aplica o modo do *tudo ou nada* (*all or nothing*) quando há um conflito, enquanto nos princípios há a *dimensão de peso* (*dimensión of weight*) que possibilita identificar qual princípio tem o peso maior em relação ao outro (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-46). Sem menoscabo ao trabalho desenvolvido por Dworkin, especialmente pelo que significou em termos de desenvolvimento de uma técnica jurídica mais refinada que o positivismo puro, a posição exposta vem sendo muito combatida, principalmente porque mesmo as regras não são aplicadas por um modo simplesmente de "sim" ou "não", sendo extremamente relevante uma análise crítica, uma interpretação sistemática que congregue a aplicação dos princípios.

27. ALEXY, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 95. Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional* cit., p. 166.

Para Humberto Ávila as regras apresentam diretamente a descrição de um comportamento ou a atribuição de uma competência e indiretamente a obtenção de um fim; os princípios apresentam diretamente a consecução de um fim e indiretamente modos de comportamento ou atribuições de competência. O doutrinador ainda apresenta uma terceira categoria que denomina *postulados* ou *normas de segundo grau* ou *de aplicação*, que são as que prescrevem e orientam determinados "modos de pensamento e argumentação", bem como estruturam o "modo de aplicação" (proporcionalidade, razoabilidade etc.) das regras e dos princípios, que, para ele, utilizam-se (regras e princípios) das mesmas formas de solução de conflitos.²⁸

Na sua *Teoria dos princípios* defende que da mesma norma pode se extrair uma regra e um princípio e dá exemplos, concluindo, "o qualificativo de princípio ou regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética".²⁹

Independentemente da admissão da teoria defendida por Humberto Ávila, há importante observação que é aproveitável por grande parte das teorias que pretendem compreender os princípios e as regras: "os princípios poderiam ser enquadrados³⁰ na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*)"; já as regras "geram para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autorizativas (*authority reasons*)", defendendo, com razão e clareza, que "a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios

28. É magistral a síntese das posições de Humberto Ávila por Claus-Wilhelm Canaris no prefácio da edição alemã da obra do primeiro (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* cit., 7. ed. p. 14-15).

29. *Teoria dos princípios* cit., p. 43. O exemplo é ilustrativo: "O dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de tributo, então a instituição ou aumento deve ser veiculado por lei, é aplicado como regra se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entendê-lo como mera exigência de lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser aplicado como princípio se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, focar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor liberdade para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio de analogia, e como meio de realização do valor segurança, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados" (idem, p. 42).

30. Interessante que Humberto Ávila emprega "enquadrados" para relacionar princípio e norma, sendo que esta última, como já expressei, vem do grego *gnorimos*, que significa *ca esquadro* e *esquadria*, muito próximos da expressão.

que a elas digam respeito (por exemplo, regras do procedimento legislativo em correlação com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados”.³¹

De forma próxima, Willis Santiago Guerra Filho diferencia princípios e regras: “As regras trazem a descrição de situações hipotéticas formadas por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores, a partir dos quais se estabelece o *status* deontico daquelas situações hipotéticas, ou seja, se proibido, obrigatório, facultado ou indiferente. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora”.³²

As regras contêm *mandados de definição*³³ (por razões de correção ou autorizativas); os princípios, *mandados de otimização*³⁴ (por razões substanciais ou finalísticas), que devem ser cumpridos em diferentes graus, razão pela qual Alexy afirma que estes exigem a *máxima realização possível*.³⁵

Os princípios, ao serem portadores de *razões substanciais* ou *finalísticas*, provocam *determinações* (mandados) a serem *otimizadas*, para que possam ser efetivados e, neste contexto, devem ser observados na *máxima realização possível*, jurídica e faticamente. Talvez, por esta característica que os diferencia das regras, é que se constata que normalmente princípios são nominalizados e re-

31. *Teoria dos princípios* cit., p. 49.

32. “Princípios constitucionais na perspectiva de uma teoria fundamental do direito”, In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Temas de teoria da Constituição e direitos fundamentais*, p. 264.

33. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: SALOMÃO LEITE, George (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 113, nota 23. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais* 1/612, 2003, denomina de *deveres definitivos*.

34. Embora Alexy admita a denominação, até por ser mais simples, não deixa de destacar que, rigorosamente, os princípios não são determinações de otimização, porque as determinações (contidas na compreensão dos princípios) é que devem ser otimizadas (ALEXY, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* cit., p. 109); logo, os princípios contêm *mandados a serem otimizados*.

35. *Idem*, p. 101.

gras não.³⁶ o que facilita a aplicação dos princípios, veiculadores de “diretrizes magnas”, sendo os “grandes nortes”.³⁷

A nominalização dos princípios é um dos pontos mais favoráveis ao alcance dos seus objetivos, sendo uma das receitas do seu sucesso e uma salvaguarda mínima à organização do ordenamento diante da grande profusão de regras, o que eleva a importância da escolha da denominação.

O conteúdo não se altera pelo rótulo, mas o erro na construção deste pode levar a não compreensão daquele.

○ O emprego dos princípios exige primeiramente a identificação dos aplicáveis e a constatação de haver ou não colidência entre eles. Havendo colidência, por meio de uma análise crítico-valorativa, chega-se à conclusão de qual deverá ser aplicado ou, pelo menos, em que grau haverá a aplicação de um com a redução do outro, o que se materializa mediante um *juízo de ponderação ou balanceamento* (*weighing and balancing* – “lei de colisão” para Alexy), aplicando a *proporcionalidade*.

Sobre a aplicação da proporcionalidade,³⁸ Humberto Ávila assevera que é um “processo de valoração de argumentos e contra-argumentos”,³⁹ na busca

36. CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais* cit., p. 59. O autor apresenta outra classificação para norma e regra; porém, o que aqui importa é a correta constatação de que aos princípios são atribuídas denominações, diferentemente das regras (que Cunha denomina normas).

37. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 34.

38. Virgílio Afonso da Silva destaca que o denominado “princípio” da proporcionalidade, não se trata de um princípio, porque não entra em conflito com outras normas-princípios, tanto que Alexy o classifica como regra e Humberto Ávila como dever, porém dever que decorre de uma regra (O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798/25-26, São Paulo: Ed. RT, 2002). Destaca também o autor que a *razoabilidade*, também denominada de *proibição de excesso*, embora possa se relacionar com a proporcionalidade, com esta não se confunde. Na proporcionalidade pode se aplicar a proibição de excesso (*Übermaßverbot*), mas esta tem objetivo específico relacionado com o controle de excesso dos poderes estatais, atualmente já se estudando também a *proibição de insuficiência* (*Untermassverbot*) (*idem*, p. 27). O autor apresenta cuidadoso levantamento histórico para demonstrar que até a origem é diversa, aclarando que a razoabilidade não está na Magna Carta de 1215, mas na Inglaterra em decisão judicial proferida em 1948 que traz o “teste da desarrazoabilidade” (*teste Wednesbury*), voltado a rejeitar atos excepcionalmente desarrazoáveis. Demonstra ainda que um ato pode ser razoável, mas não proporcional. A proporcionalidade, desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão tem estrutura diversa da razoabilidade, naquela há análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (*idem*, p. 25-31).

39. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* cit., p. 55. Para uma análise sobre as posições, especialmente brasileiras, acerca de princípios e regras, denominadas pelo

de qual princípio e em que grau deve prevalecer (em relação a um ou mais princípios). Aprofunda Alexy⁴⁰ apontando que há três etapas: (i) no primeiro momento deve ser determinada a *intensidade da intervenção*; (ii) no segundo, é tratada a *importância dos fundamentos justificadores da intervenção*; e (iii) finalmente, aplica-se a ponderação propriamente dita.

É importante destacar que a relação entre princípios pode ser:⁴¹

- i) de ausência de interferência;
- ii) de interdependência;
- iii) quando “parcialmente imbricados”, evitando o afastamento de um:
 - a. de redução do grau de aplicação de um;
 - b. de redução do grau de aplicação dos colidentes; e
- iv) de exclusão.

As possibilidades fáticas para a máxima realização do princípio dependem de dois subprincípios. Segundo Alexy, são eles *idoneidade e necessidade*, que, se observados, fazem incidir o das possibilidades jurídicas, a *proporcionalidade em sentido estrito*:

- i) na *idoneidade*, verifica-se se a forma de aplicação do princípio (*otimização*) está realmente sendo observada no plano dos fatos;
- ii) na *necessidade*, o foco é se não é possível de alguma forma tomar medidas que, por exemplo, observem dois princípios, sem, necessariamente, afastar um deles – então, será necessária a ponderação;
- iii) na *ponderação* (princípio da proporcionalidade em sentido estrito), aplica-se a otimização em relação às possibilidades jurídicas, com a seguinte “lei de ponderação”: “Quanto mais alto o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”⁴²

autor, criticamente, de defensoras de um sincretismo metodológico: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção cit., p. 612, denomina-os de *deveres definitivos*.

40. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68.
41. Esta enumeração é apresentada por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* cit., p. 62-63.
42. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 110-111.

Conhecendo os princípios, o intérprete recebe uma grande carga de valores e uma grande variedade de formas de serem estes alcançados, pois fornecem *diretivas*, embora careçam de “normação individualizante”.⁴³ Princípios não são valores, mas os incorporam⁴⁴ e os transmitem. O princípio está entre o valor e o conceito, supera aquele por se encontrar determinado, a ponto de permitir

Alexy dá um exemplo: “La relación con las posibilidades fácticas conduce a los subprincipios de idoneidad y necesidad. Si se adopta una medida M, que representa una intervención en la libertad de profesión y oficio (P1), para favorecer la protección de los consumidores (P2), pero ella no es idónea para ello, entonces puede omitirse M sin originar costos para la protección de los consumidores P2. La optimización de P1 y P2 exige entonces que no se adopte M. Este es exactamente el contenido del principio de idoneidad. Por su parte, el principio de necesidad establece que una medida M1 está prohibida en relación con los principios P1 y P2, si existe una medida alternativa a ella, por ejemplo M2, que favorece el principio P2 em uma forma equivalente a M1, pero interviene menos intensamente en el principio P1. Pensemos que P2 es de nuevo la protección de los consumidores, representado esta vez em la protección de los consumidores de errores al comprar. Ahora supongamos que M1 es la prohibición absoluta de que ciertos productos que parecen chocolates, pero que no lo son, circulen por el mercado. Asimismo, atribuyamos a M2 la categoría de deber de etiquetar claramente los productos. Como quiera que este deber de etiquetar los productos (M2) es evidentemente una intervención menos intensa em la libertad de profesión y oficio (P1) que la prohibición absoluta de circulación (M1), pero sirve em uma medida más o menos equivalente a los fines de protección de los consumidores (P2), entonces debe considerarse que la prohibición absoluta de circulación (M1) está prohibida, por ser um medio no necesario em relación com los principios P1 y P2” (ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* cit., p. 102-103).

43. WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo* cit., vol. 1, p. 345. Os autores exemplificam como o princípio apresenta diretivas: o princípio da boa fé apresenta diretivas das quais resultam a inadmissibilidade de *venire contra factum proprium*.
44. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – A função social do contrato cit., p. 60. Com precisão a processualista leciona que *conceitos indeterminados* podem ser utilizados na formulação de normas jurídicas e que acaba possibilitando a regulação de hipóteses até não previstas pelo legislador, porque “o conteúdo do conceito está para ser construído” sendo que o conceito vago apresenta “balizas” (idem, p. 60-61). Como diz, as normas são para regular o futuro, mas as que trazem conceitos vagos tem como “vocaçao” absorver o futuro, podendo ter vida útil mais longa, pelo menos potencialmente. Portanto, conclui, que a *vaguedad* não é uma imperfeição das línguas, mas uma característica que, bem empregada, pode ter função extremamente positiva.

a identificação das consequências jurídicas. Porém, o princípio não alcança o conceito, porque não está delimitado a ponto de esconder a valoração.⁴⁵

Não se pode conceber o direito como ciência em que não haja uma preocupação com o debate de valores e a análise efetiva dos fundamentos, na observação feliz de Marco Antônio Ribeiro Tura.⁴⁶

A proposta conceitual de Humberto Ávila é coerente e clara: "As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

"Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção".⁴⁷

45. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* cit., p. 86-87. Canaris especifica o porquê de o conceito ser impróprio para adequação valorativa e garantidora da unidade do direito (sistema): "no conceito (bem elaborado) a valoração está implícita; o princípio, pelo contrário explicita-a e por isso ele é mais adequado para extrapolar a unidade valorativa do Direito", exemplifica que a valoração é mais segura e imediata no princípio da autonomia do que no conceito de negócio jurídico (idem, p. 83).

46. TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. Disponível em: [www.lacier.com.br/artigos/O%20lugar%20dos%20princ%EDpios%20em%20uma%20concep%E7%E3o%20do%20direito%20como%20sistema.pdf]. Acesso em: 20 fev. 2008.

47. *Teoria dos princípios* cit., p. 78-79. Mas não se pode deixar de atentar para precisa advertência de BARROSO, Luis Roberto: "O direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais. Relembre-se: enquanto as normas são aplicadas na plenitude da sua força normativa – ou, então, são violadas –, os princípios são

Preocupado com a exacerbação no emprego e tratamento dos princípios, Cândido Rangel Dinamarco⁴⁸ adverte que na ordem constitucional e na ordem processual devem conviver harmonicamente, garantindo a busca de soluções equilibradas.

O comentário é correto, desde que na aplicação da convivência harmônica e de soluções equilibradas não seja esquecido que, justamente pela amplitude dos princípios e dos valores que irradiam, há zonas de conflito (tensão dialética⁴⁹) – "princípio jurídico é inconcebível em estado de isolamento"⁵⁰ – que simultaneamente provocam e asseguram a imprescindibilidade de um juízo de ponderação, para que, em determinados momentos, os valores induzidos por um princípio devam ser reduzidos ou afastados (ponderação/calibração) em relação a outros.⁵¹ Esta técnica de aplicação deve considerar as necessidades

ponderados" (BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense* 358/108, 2001). Mas, algumas vezes, o legislador cria regras utilizando termos vagos, e nem por isto, ter-se-á um princípio, haverá a *vaguedad*, como tradicionalmente há nos princípios, mas a diferença estará na manutenção do critério descritivo, que dependerá de trabalho hermenêutico, mas não alterará a desnecessidade de ponderação. Conclui Barroso: "Cabe assinalar, antes de encerrar a discussão acerca da distinção qualitativa entre regra e princípio, que ela nem sempre é singela. As dificuldades decorrem de fatores diversos, como as vicissitudes da técnica legislativa, a natureza das coisas e os limites da linguagem. Por vezes, uma regra conterá termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, como, por exemplo, ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse do menor. Em hipóteses como essas, a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada. Em algumas situações, uma regra excepcionará a aplicação de um princípio. Em outras, um princípio poderá paralisar a incidência de uma regra. Enfim, há um conjunto amplo de possibilidades nessa matéria. Esta não é, todavia, a instância própria para desenvolvê-las." (Fundamentos teóricos e filosóficos... cit., p. 108).

48. *Relendo princípios e renunciando a dogmas. Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Meditores, 2007. p. 24.

49. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: SALOMÃO LEITE, George (org.). *Dos princípios constitucionais* cit., p. 110.

50. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991. p. 26.

51. Para Claus-Wilhelm Canaris é fluída a diferença entre exceção a um princípio, que é possível, e a presença de um princípio contrário. A forma de identificação é observar

e valores, o que assegura uma *revitalização do ordenamento jurídico*, sempre pronto, com menor ou maior esforço do intérprete/aplicador, a responder às perguntas derivadas de determinado problema (tema), em determinado local e momento histórico, sendo os princípios jurídicos “vetores para soluções interpretativas”⁵² ou “chaves de interpretação”.⁵³

A colisão de princípios não é um defeito, é a grande virtude, faz parte da lógica do sistema, não têm eles a “pretensão da exclusividade”,⁵⁴ têm uma “convivência conflitual”,⁵⁵ não de contradição, mas de *oposição*.⁵⁶

Para tanto, é importante o conhecimento dos princípios de cada área do conhecimento jurídico. É a proposta deste trabalho em relação à prova no processo civil.

Os princípios adotados em determinado ordenamento jurídico, podem também ter maior ou menor importância e incidência diante de determinada necessidade e de um momento histórico.

Nas palavras de Alexy,⁵⁷ a teoria dos princípios “possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade” e para Dworkin⁵⁸ “a atitude do direito é construtiva; sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar

se a limitação possui generalidade e categoria suficientes para ser considerado princípio (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito cit.*, p. 88).

52. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio apud CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário cit.*, p. 28.

53. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 292.

54. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito cit.*, p. 88: O pensador ainda observa que a *contradição* deve ser evitada ou solucionada porque expõe uma desarmonia, o que é muito diferente da *oposição*, esta sim muito identificada na *colisão de princípios*; que clamam por um ajuste que resolva “num compromisso, no duplo sentido da palavra” porque “a oposição é, pois, simultaneamente superada e ainda mantida no compromisso” (*idem*, p. 205-206).

55. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional cit.*, p. 168, citando descrição de Zagrebelsky.

56. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito cit.*, p. 205-206.

57. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. *Constitucionalismo discursivo cit.*, p. 69.

58. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 492.

o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado”.

É fundamental a compreensão do princípio no ordenamento jurídico, de sua dimensão, função e aplicação, porque é deste conhecimento que serão extraídos os elementos assecuratórios da organização e da coerência. É o sistema jurídico.

Os princípios, como ponto de partida, serão o início de uma reflexão, sua base, mas em relação ao direito posto, como opções, somente podem ser “extraídos” da análise deste.

Os princípios têm funções *normogênica* e *sistêmica*.⁵⁹

O princípio, de variadas formas, pode influenciar o legislador, mas uma vez positivado, será instrumento empregado pelo intérprete, assegurando coerência ao que se pretende denominar sistema jurídico.

São, portanto, dois momentos distintos, o da obtenção do extrato (o princípio) e o de sua utilização.

Tomando emprestada imagem de Carnelutti, citada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁶⁰ a relação entre *princípio* e *sistema* é equivalente a do álcool que conserva o *vinho*, conferindo-lhe ainda vitalidade, estando dentro dele, mas com ele não se confundindo.

2.3 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

As classificações devem ter uma função, podendo a decisão por um ou outro método classificatório se fundar em um critério de comodidade; segundo Eros Roberto Grau,⁶¹ embasado em Carrió, esta escolha se assemelha à opção entre o sistema métrico decimal e o sistema de medição dos ingleses. A preferência não se dá por identificação de verdadeiro e falso, mas, sim, pela facilidade de manejo e de satisfação de uma necessidade.

59. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional cit.*, p. 169, em que o constitucionalista explicita: “são o fundamento de regras jurídicas e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional”.

60. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. vol. 2, p. 360.

61. *A ordem econômica na Constituição de 1988 cit.*, p. 87.

No processo civil, a classificação empregada usualmente é a de *princípios informativos* e *princípios fundamentais*.⁶²

Os *princípios informativos* são praticamente desprovidos de conteúdo ideológico, embasam-se em critérios predominantemente técnicos,⁶³ sendo divididos em: (i) lógico; (ii) jurídico; (iii) político; e (iv) econômico.

O *lógico* expressa que o processo deve ter uma sequência e ordem dos atos processuais, organizados para que se alcance uma conclusão. Esta ideia de sequência está ínsita à própria palavra *processo*, que denota avanço, ir adiante. Por isto, é *processo*, e, não, *retrocesso*. Inicia-se, em relação à técnica cognitiva, com a fase postulatória em que ambas as partes apresentam seus argumentos, suas postulações, seguindo para uma fase ordinatória, após probatória e decisória. Também está presente na ordem de apreciação das questões, em que as questões prévias, preliminares e prejudiciais antecedem as de mérito.

O *princípio jurídico* representa a necessidade de o processo seguir regras previamente estabelecidas, sendo um de seus exemplos as regras atinentes ao direito intertemporal.

No *princípio político*, o destaque é da função que desempenha o processo para que determinadas premissas sejam alcançadas.⁶⁴

O processo é, simultaneamente, sob a perspectiva das partes, meio de solução dos conflitos de interesses e, vista esta de forma mais abrangente, é também instrumento de controle social, pois a autotutela é vedada, mas, em contrapartida, o Estado assegura o acesso à ordem jurídica justa, porque “el

62. Utiliza a terminologia, para tratar dos princípios fundamentais da oralidade e concentração, Giuseppe Chiovenda (Procedimento oral. *Processo oral*. 1.ª série. Trad. Osvaldo Magon. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 39). O processualista italiano também a emprega como sinônimos de *princípios gerais* e *princípios fundamentais* no seu *Principios de derecho procesal civil*. t. I, p. 170. Chiovenda atribui a Mancini o que denomina “*principios fundamentales*” lógico, jurídico, político e econômico. Os princípios informativos, em espanhol, são tratados por Arruda Alvim como princípios formativos (cf. *Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil* brasileiro. *RePro* 38/106, São Paulo: Ed. RT, 1985). Utilizando também princípios informativos e fundamentais: MENDONÇA LIMA, Alcides de. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. *RePro* 34/9-10, São Paulo: Ed. RT, 1984).

63. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005: vol. 1, p. 23. Também, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais* cit., p. 35.

64. ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990: vol. 1, p. 82.

derecho nace para que muera la guerra”, sendo o processo um meio de concretização do direito.⁶⁵

O *princípio econômico* orienta a postura legislativa, criando leis que possibilitem, com o mínimo de atividade, o alcance máximo de rendimento possível.

Já os *princípios fundamentais* (por alguns denominados de *formativos*⁶⁶), diversamente dos informativos, trazem diretrizes marcadamente políticas, com forte carga ideológica,⁶⁷ sem se desprezar motivos de ordem técnica e científica,⁶⁸ normalmente a justificar a decisão.⁶⁹ São aqueles em que no sistema jurídico há uma opção.⁷⁰ Portanto, uma escolha pode significar a prevalência de um princípio em oposição a outro, que tenha conteúdo diverso.⁷¹ Costumam também ser denominados princípios gerais.⁷²

Neste estudo não se objetiva tratar diretamente da teoria geral da prova, nem serão analisados todos os princípios fundamentais do processo civil. A proposta é o levantamento, reunião e análise, enfim, o estudo dos princípios fundamentais da prova cível, na convicção de sua atualidade e importância.

Para Couture o “sistema legal é, pois, um sistema de princípios que constituem uma espécie de esqueleto, a estrutura rígida e interna da obra, seu arcabouço lógico, sobre o qual se ordenam os detalhes da composição”.⁷³

65. CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo; Marino Ayerra Redín. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997. p. 8.

66. MILLAR, Robert Wyness denomina-os de princípios básicos ou formativos (*Los principios formativos del procedimiento civil*. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 43).

67. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil* cit., p. 23.

68. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 2, p. 72.

69. MENDONÇA LIMA, Alcides de. Princípios informativos no Código de Processo Civil cit., p. 12.

70. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais* cit., p. 35.

71. Idem, *ibidem*.

72. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil* cit., vol. 2, p.

73. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil* cit., p. 23. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais* cit., p. 35. PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 84.

73. COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*, p. 40.

Em determinada perspectiva, tratar de princípios é para o direito o que o autoconhecimento é para o homem. A intangibilidade da perfeição não é contraditória à ideia de avanços. Entretanto, para que estes sejam significativos, o conhecimento efetivo do estado atual é imprescindível, tanto na busca de uma evolução, como na possibilidade de, conscientemente, reconhecer os avanços e também os retrocessos.

Nas palavras diretas de Geraldo Ataliba: "Qualquer proposta exegética objetiva e imparcial, como convém a um trabalho científico, deve considerar as normas a serem estudadas em harmonia com o contexto geral do sistema jurídico. Os preceitos normativos não podem ser corretamente entendidos isoladamente, mas, pelo contrário, haverão de ser considerados à luz das exigências globais do sistema, conspicuamente fixadas em seus princípios. Em suma, somente a compreensão sistemática poderá conduzir a resultados seguros. É principalmente a circunstância de muitos intérpretes desprezarem tais postulados metodológicos que gera as disparidades constantemente registradas em matéria de propostas de interpretação".⁷⁴

Especificamente voltado ao processo, Moacyr Amaral Santos observa que "são os princípios gerais de cada sistema que permitem ao legislador a criação de novos institutos, e ao intérprete dar a inteligência dos que no sistema se estruturam, o sentido e a aplicação das normas legais que os disciplinam, propiciando, assim, a colaboração da ciência jurídica na obra incessante do aprimoramento do processo, visando sua adaptação às circunstâncias ocorrentes com as transformações dos fenômenos sociais, dia a dia mais apressadas e até inesperadas e bruscas".⁷⁵

Os princípios, normalmente, não são enumerados taxativamente; aliás, podem ser inconscientemente adotados, o que não impede que das normas, da repetição de determinadas soluções, possa se extrair um princípio.⁷⁶

Na seara probatória, tal qual na executiva, há uma grande profusão de regras. Se por um lado há previsões para uma parcela considerável de questões, especialmente procedimentais, por outro esta quantidade conduz ao automatismo, em que, por vezes, sequer são questionados equívocos, visões deturpadas sobre um assunto, simplesmente porque a "lei foi observada", sem que

neste discurso haja uma preocupação efetiva com os princípios fundamentais que orientam a matéria probatória; enfim, sem, realmente, uma visão sistemática, que demonstraria a inobservância da norma. Falhas como esta corroem o que se entende por sistema jurídico, devendo ser evitadas.

Os princípios têm uma função essencial (para não empregar "fundamental") em tudo que se relaciona com a prova, porque transmitem uma enorme carga de informação qualificada aos operadores do direito, de forma extremamente pontual. Os princípios fundamentais da prova são vetores de conhecimento essencial e elementar para aplicação correta, coerente e eficaz dos instrumentos voltados ao esclarecimento de fatos, indispensáveis na busca do processo justo.

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa não são princípios fundamentais da prova cível, mas do processo civil, porém a relação com a prova é tão expressiva que serão aqui sucintamente tratados.

O contraditório possibilita a ampla defesa;⁷⁷ portanto, apresenta os quadrantes para oposição das amplas defesas (pelo menos entre autor e réu). A ampla defesa é, simultaneamente, resultante e assecuratória do contraditório, sendo esta aplicação, na seara processual, de que todos são iguais perante a lei.⁷⁸

No STF tem se empregado a denominação "princípios" (plural) "do contraditório e da ampla defesa",⁷⁹ reconhecendo-se a existência de dois princípios e não apenas um.⁸⁰

74. *República e Constituição* cit., p. 179.

75. *Primeiras linhas de direito processual civil* cit., vol. 2, p. 73.

76. COUTURE, Eduardo J. Apud MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Princípios informativos no Código de Processo Civil* cit., p. 14-15.

77. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; DINAMARCO, Cândido R; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 56.

78. ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Tratado de direito processual civil* cit., vol. 1, p. 86.

79. AgIn AgRg 625090/PI, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.11.2007, publ. 07.12.2007.

80. Em acórdão do STJ já se declarou: "A interpretação do princípio da ampla defesa visa a propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa" (MS 8.832/DF 3.ª Seção, rel. Min. Paulo Medina, rel. p/ o acórdão Min. Gilson Dipp, j. 24.08.2005, DJ 10.09.2007, p. 184).

A ampla defesa é o fundamento lógico do contraditório;⁸¹ ampla defesa é o contraditório pela perspectiva das atividades das partes. Em relação a elas, o contraditório é elemento estático, enquanto a ampla defesa, o dinâmico.

Enquanto o contraditório assegura conhecimento, oportunidade de defesa de interesses e consideração judicial, a ampla defesa assegura o elemento dinâmico da bilateralidade, que é a efetiva utilização de meios e recursos pelas partes. Por isso, a ampla defesa é o fundamento lógico do contraditório, pois de nada adiantaria ciência-oportunidade-consideração judicial, se as partes não pudessem *ativamente* diante da informação, realizar atos (meios e recursos) voltados à consideração judicial.

Contraditório é a representação máxima e necessária do conflito de interesses, de um processo que é *dialético* e voltado à solução, concebido com estrutura propiciadora de tese (autor), antítese (réu) e síntese (juiz).⁸²

Na primeira fase do direito romano era imprescindível a presença física do réu, não se admitindo a contumácia, empregando-se até coerção,⁸³ tal era a exigência de "materialização" da estrutura.

Uma das maiores conquistas do processo foi a *contumácia* do réu, ou seja, a compreensão que a presença física no processo não é necessária, exigindo-se apenas a comunicação ao réu, por citação, da propositura de uma ação contra ele e do prazo para apresentação de defesa, ou seja, assegurando-lhe a ciência e a oportunidade de ser ouvido. Defender-se para o réu é uma opção, poderá não se defender, mas arcará com as consequências. A defesa deixou de ser um dever e passou a ser um ônus.

Retomando os comentários acerca da ampla defesa, esta antes de 1988 era expressamente prevista para o processo penal (art. 153, § 16, da CF/1969).⁸⁴

81. GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo. *O processo em sua unidade - II*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 61.

82. Durante o processo a relação tese-antítese-síntese não se expressa sempre na ordem autor-réu-juiz, porque é possível uma modificação daquele que apresenta a alegação, por exemplo, o réu pode juntar um documento, o autor poderá se manifestar e produzir prova e caberá ao juiz decidir.

83. ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Tratado de direito processual civil cit.*, vol. 1, p. 83.

84. Constituição Federal de 1969:

"Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16. A instrução criminal será contraditória,

Porém, contraditório é expressão de toda a estrutura dialética do processo e de como validamente se forma, presente durante todo o procedimento, não devendo restringir-se a uma garantia do réu, mas também do autor e daqueles que, em cada situação particular, têm assegurados, mediante regime jurídico específico, a participação no processo (v.g., assistentes simples).

Diz Humberto Theodoro Junior: "Não se completa o contraditório, todavia, com a simples ouvida da parte. Há de se lhe ensejar oportunidade de rebater as alegações do outro litigante, com argumentos e provas. De tal forma, se se ouve a parte, mas não se lhe dá oportunidade de provar as alegações, o contraditório fica vazio de conteúdo".⁸⁵

O processualista traz importantes advertências, sendo que claramente considera a ampla defesa parte integrante do contraditório. —

Na verdade, o contraditório não se forma se não estiverem presentes três elementos: ciência de um ato processual, oportunidade para manifestação com demonstração de correção das alegações nesta contidas e consideração judicial.

Toda e qualquer pessoa que for atingida pelo processo tem direito ao contraditório, não se podendo deixar de reconhecer que há estreita relação entre este e o inc. XXXV do art. 5.º, que "a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Com precisão, José Roberto dos Santos Bedaque destaca que o contraditório evita que a autoridade do magistrado transforme-se em arbitrio.⁸⁶

Do ponto de vista histórico, analisada nossa tradição processual-constitucional, houve melhoria da garantia constitucional de acesso amplo ao Poder Judiciário, na medida em que, além da inclusão da palavra *ameaça* no dispositivo, foi suprimida⁸⁷ a palavra "individual", ampliando a definição para o alcance também dos direitos coletivos, que têm a mesma garantia do contraditório.

observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu".

Constituição Federal de 1946:

"Art. 144. A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

85. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *RePro* 23/182, São Paulo: Ed. RT, 1981.

86. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 60.

87. ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Tratado de direito processual civil cit.*, vol. 1, p. 88.

O contraditório é ciência, oportunidade e consideração judicial. Vejamos cada um.

2.4.1 Contraditório – Ciência

O primeiro componente do contraditório é a imprescindibilidade de informação sobre atos processuais realizados ou a ocorrer. O réu precisa ser citado, as partes comunicadas da audiência e da oportunidade para apresentação do rol de testemunhas e tantas situações em que o *conhecimento* é a primeira etapa do contraditório.

2.4.2 Contraditório – Oportunidade

É inútil informar a parte de uma ação proposta, da juntada de documento, de contestação, do laudo pericial, se não se lhe confere oportunidade para manifestação e comprovação de seus argumentos. Cumpre-se aqui o segundo estágio do contraditório.⁸⁸ A oportunidade deve ser compatível com o ato a ser realizado, caso isso não se verifique, o contraditório estará sendo inobservado.

Se uma questão técnica altamente complexa é objeto da prova pericial e o laudo é entregue após sete meses da retirada dos autos pelo perito, com mais de duzentas folhas, inúmeras fotografias e DVDs, não é compatível (*rectius*, razoável) que os assistentes técnicos das partes tenham dez dias para análise, elaboração e entrega de pareceres. O parágrafo único do art. 433 prevê um prazo, é verdade, porém a regra ali estabelecida o é abstratamente, considera-se que, ao menos para a maioria, dez dias é tempo suficiente para o ato.

Mas a igualdade real indica que para situações diversas o tratamento deverá ser diferenciado, observando precisamente o grau desta desigualdade. Assim, pode a parte, logo no início do prazo, requerer um prazo maior que o abstratamente fixado em lei e que seja compatível com o que se permite realizar. Os fundamentos, além do art. 5.º, *caput*, da CF/1988, serão os princípios inseridos no seu inc. LV, do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela

88. Segundo Edoardo F. Ricci: para o contraditório, que deve ser equilibrado (princ. da igualdade), não basta a ciência, é preciso dar efetiva oportunidade para cada parte se manifestar (RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. Cooperação de Mariulza Franco. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 497).

inerentes e do inc. XXXV do mesmo artigo, porque a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Caso um prazo previsto no Código de Processo Civil não se revele compatível com o ato a ser realizado, evidentemente, a inflexibilidade significaria que o legislador infraconstitucional (*in abstracto*) estaria autorizado pela Constituição a impedir a alteração do prazo pelo Judiciário (*in concreto*), quando presente a lesão, o que inócorre.⁸⁹

O juiz ao definir um prazo diverso do fixado na lei, adapta-o ao ato processual permitido; enfim, realiza um ato de *parametrização*. Não descumpra a lei, pois observa a teleologia do dispositivo e não afasta do controle do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5.º, XXXV). Oportunidades processuais são, necessariamente, parametrizáveis, sob pena de não serem momentos para efetiva realização, quando o prazo for insuficiente para o fim a que se destina.⁹⁰

Em outras palavras, estabelecer “oportunidade” para realização de ato processual impossível é inadmissível, equivale ao negócio jurídico nulo por ter objeto impossível (CC, art. 166, II).

Nas palavras de José Souto Maior Borges: “as leis são feitas para o que normalmente acontece’ (*quod plerumque fit*) (...) A regra geral somente deve valer para a ‘maioria dos casos’, não para todo e qualquer caso. Os seus âmbitos de validade material e pessoal suportam essa demarcação congênita (...) Logo devem ser contempladas na regra jurídica as diferenças naturais (...) A igualdade está na justa proporcionalidade”.⁹¹

No exemplo citado anteriormente, o art. 433, parágrafo único, do CPC estabelece momento processual para manifestação dos assistentes-técnicos,

89. Caso indeferido o pedido, cabe a interposição de agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal, visando a determinação, *in limine*, de um prazo ampliado.

90. Nesse sentido, acórdão do TJSP: “Prova – Laudo pericial – Pedido de concessão de prazo suplementar para manifestação da parte – Indeferimento – Inadmissibilidade – Alegação de complexidade e grande quantidade de documentos – Pedido, demais, não impugnado pelo agravado – Recurso provido. Em se tratando de prazo, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito” (AgIn 116.064-4/SP, 6.ª Câmara de Direito Privado, rel. Mohamed Amaro, 01.07.1999, v.u.)

91. BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial*. p. 96.

a oportunidade é que será proporcional (parametrizada) às dificuldades para realização do ato.

O art. 177 do CPC estabelece que os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei, porém quando esta for omissa o juiz determinará os prazos tendo em conta a complexidade da causa.

Portanto, as oportunidades terão uma variação de prazo, com base na complexidade.

E às hipóteses de prazo único previsto na lei e complexidade diversa, não se aplica a mesma exegese?

Determinado prazo posto na lei pode envolver questão simples e questão complexa. Porém, estabelecido prazo único para hipóteses diversas, não estaria tratando situações desiguais de maneira idêntica?

Sendo positiva a resposta, inobservado está o princípio da igualdade.

Mais: o art. 177 do CPC traz uma importante previsão, a complexidade admite a parametrização, portanto quando a complexidade estiver presente e o prazo não for simétrico à oportunidade, deve ser alterado pelo juiz.

Outra situação no plano probatório que pode ser destacada, envolvendo a oportunidade, é a das audiências de justificação prévia, como nas ações possessórias (art. 928), nos pedidos de antecipação de tutela específica (art. 461, § 3.º) entre tantos outros. O comum é, quando possível sem perecimento do objeto, que o réu seja comunicado do ajuizamento da ação e do pedido de concessão de liminar e lhe seja dada a oportunidade de comparecer à audiência; porém, o que se costuma afirmar é que poderá apenas formular perguntas às testemunhas trazidas pelo autor. Ou seja, estaria impedido de trazer testemunhas.

Que contraditório é este em que se tem o trabalho de cientificar o réu, permite-lhe formular perguntas às testemunhas (trazidas pelo autor), mas se impede o réu de também trazer testemunhas?

Não há razoabilidade, especialmente se considerado que o réu deve, por meios próprios, trazê-las, sob pena de não serem ouvidas (pelo menos não naquele momento processual). Qual magistrado, cioso de sua atividade e da observância do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, refletida no princípio da paridade de armas (mesmos instrumentos processuais para as partes), não ouviria testemunhas trazidas pelo réu que estão na porta da sala de audiências?

Nas palavras de Echandía: "para la validez de toda prueba en juicio es necesario que la parte contra quien se aduce haya tenido oportunidad de

contradecirla".⁹² E mais, salvo raríssimas exceções fundamentadas em *proporcionalidade*, com incidência de outros princípios constitucionais, a aquisição e comunhão da prova deve se dar com contraditório durante a produção da prova e não de forma *postecipada*.⁹³

Não há contraditório, nem ampla defesa, quando se impede o réu de levar testemunhas na audiência de justificação prévia. Como se admitir uma decisão judicial, já com a presença do réu, ainda que sem apresentação de contestação ditada pela urgência do momento, sem que o réu possa *ativamente* interferir na instrução não exauriente?

Somente há oportunidade, observando o contraditório e a ampla defesa, quando são dadas condições reais para realização do ato processual.

2.4.3 Contraditório – Consideração judicial⁹⁴

Finalmente, de nada adianta o cumprimento das duas etapas prévias, ciência e oportunidade, quando o ato realizado é desconsiderado pelo

92. *Noções generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966. p. 49.

93. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 46.

94. Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco entendem que o contraditório reúne os dois primeiros elementos, denominando-os de "informação" e "reação" (*Teoria geral do processo cit.*, p. 570). Parecem mais indicadas, ciência e oportunidade, a primeira porque deixa mais claro o *dever do Estado* e não o seu resultado, a segunda porque reação ressalta a característica individual, voltada ao interesse pessoal, enquanto no contraditório parece mais adequado se focalizar o dever estatal e, especialmente, a existência de "condições" para dita reação, daí e porque optamos por "oportunidade". Finalmente, sem razão ficaria o princípio do contraditório se todos os esforços para sua observância ficassem concentrados na "ciência" e na "oportunidade", porque tudo isto é concebido para que haja "consideração" judicial. Se efetivamente o contraditório decorre da existência de um processo dialético, em que da tese e da antítese chega-se à síntese – decisão judicial – (idem, p. 55), este elemento final não pode ser descartado da definição do contraditório. Os ilustres processualistas apontam a importância da "consideração judicial" ao, tratando do contraditório, afirmarem, de forma precisa: "O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz". Em outra passagem destacam que "o princípio do contraditório, que garante às partes a ciência dos atos e termos do processo, com a possibilidade de impugná-los e com isso estabelecer um autêntico diálogo com o juiz" (destacou-se) (idem, p. 55 e 298).

juiz.⁹⁵ O contraditório não é exclusivamente uma garantia das partes, é um instrumento do sistema, concebido para atuar imantado à determinação de que todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas (art. 93, IX, da CF), na busca da *eficiência do ato estatal (de julgamento)*, exigida pelo disposto no art. 37 da CF.

A Corte Suprema norte-americana já acenou que é “imprescindível dar-se ao réu razoável oportunidade de *fazer-se escutar*”⁹⁶ (destacou-se), de “ter o seu dia na Corte”, o que é expressão máxima do *due process of law*.

Wolff-Bachof-Stober denominam de “princípio da *audição jurídica*”, o princípio de que somente podem “ser usados factos que o atingido conhece e sobre os quais tenha sido ouvido”.⁹⁷

O exposto não significa que tudo que a parte alega ou mesmo todas as provas apresentadas devem constar sempre exaustivamente nas decisões judiciais, o que representaria ônus excessivo e inútil.⁹⁸ O que é inadmissível é a descon sideração. O relevante é que não poderá faltar explicitamente na decisão, é o que se extrai da hipótese de cabimento dos embargos de declaração: “for omitido ponto sobre o qual *devia* pronunciar-se o juiz ou tribunal” (art. 535, II), inclusive sobre as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento, conforme disposto no art. 458, II, aplicável a todas as decisões, em qualquer grau.⁹⁹

95. Tratando do princípio do contraditório, Echandía afirma que prefere esta denominação à bilateralidade da audiência e que também se insere na noção de contraditório que toda decisão do juiz deve ser *objeto de estudo*, desde o *ponto de vista de ambas as partes*, por isto, é que foi dada oportunidade de previamente serem ouvidas (idem, p. 49). Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco utilizam “princípio da audiência bilateral” como sinônimo de contraditório, como expressão do brocardo *audiatur et altera pars* (*Teoria geral do processo cit.*, p. 55).

96. Arruda Alvim, citando passagem de Couture (ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Tratado de direito processual civil cit.*, vol. 1, p. 84).

97. WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo cit.*, vol. 1, p. 345.

98. IARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 44.

99. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 5, p. 549.

Na decisão judicial não pode haver discriminação, “manifestando-se a respeito de alguma(s) e silenciando acerca de outra(s). Não tem ele [juiz], por outro lado, o dever de expressar sua convicção acerca de *todos* os argumentos utilizados pelas partes, por mais impertinentes e irrelevantes que sejam; mas, salvo quando totalmente óbvia, há de aclarar a razão pela qual assim os considerou”.¹⁰⁰

Arruda Alvim, fundamentado em lição de Blomeyer, emprega como expressão do princípio do contraditório “o direito de ser ouvido” (*rechliches Gehörs*), e, com precisão cirúrgica, adverte que sua incidência na seara probatória significa analisar criticamente se o tipo de prova e de procedimento estabelecidos na lei se encaixam à comprovação da pretensão. Observa-se, pois, aqui a *adaptabilidade* viabilizadora do princípio da *máxima eficiência dos meios probatórios*.¹⁰¹

Em poucas palavras, se o tipo de prova ou de procedimento previstos em lei impedir ou dificultar a comprovação de alegações fáticas, a ponto de prejudicar a qualidade da demonstração, há violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Normalmente, a violação está na falta de oportunidade ou na sua inefetividade e no impedimento de consideração judicial dos argumentos e provas da parte atingida, já a violação da ampla defesa estará na inexistência ou inefetividade de *meios e recursos* que possibilitem às partes a demonstração de seus argumentos jurídicos e fáticos.

O contraditório extravasa as divisas de uma garantia para as partes, como já foi dito, sua projeção constitucional é mais ampla, representando um instrumento importantíssimo para o Estado, que do contraditório materializado eficazmente pela ampla defesa (dos direitos dos interessados) serão reunidos os

100. Embora tratando de procedimento administrativo, em voto do Min. Teori Albino Zavascki fica claro que “consideração” é parte integrante do contraditório e da ampla defesa: “Constata-se, do exposto, que os *argumentos e elementos probatórios* trazidos pela ora impetrante aos autos do processo administrativo foram tomados em *consideração pela Funai na formulação da convicção expressa em seu parecer*, ainda que para serem tidos por irrelevantes à delimitação das terras indígenas, ou mesmo para serem refutados por considerações de ordem técnica. Resta descaracterizada, assim, a ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa” (MS 10.269/DF, 1.ª Seção, rel. Min. José Delgado, rel. p/ o acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 14.09.2005, DJ 17.10.2005, p. 162).

101. V. Capítulo 8.

elementos que permitirão o exercício da *ponderação*¹⁰² no julgamento. Afinal, “a garantia da motivação consiste na *última manifestação do contraditório*”.¹⁰³

O contraditório também deve ser observado em seu aspecto substancial e, por constar na Constituição Federal, qualquer lei que não o observe será inconstitucional.¹⁰⁴

Apresentados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, estão fixadas as premissas metodológicas para o estudo dos princípios fundamentais da prova cível.

102. Terminologia empregada por Arruda Alvim expressando a consideração das manifestações como determinante para observância do princípio do contraditório (ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Tratado de direito processual civil* cit., vol. 1, p. 90).

103. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 389.

104. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* cit., p. 57.

Como forma de viabilizar a vida em sociedade foi impedida a autotutela,¹ em que cada um, com base em sua *própria convicção*, exigiria o que lhe parecesse de direito (ou de simples desejo). Até a terminologia “direito” estaria sendo empregada erroneamente, porque, sob o império da autotutela, somente os mais fortes conseguem impor sua vontade, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Uma das formas de intervenção estatal na vida dos homens é o processo judicial, que busca solucionar um *conflito* por meio de uma decisão que não reúne condições para ficar a cargo dos próprios interessados. Diante disto, o integrante do Poder Judiciário, sujeito imparcial, precisa analisar *questões de direito e de fato*. Em relação às primeiras, o juiz, em regra após o contraditório, estaria em condições de respondê-las e proferir decisão; porém, para as questões de fato, há a necessidade do emprego dos meios de prova.

Para o juiz não basta a alegação dos fatos, é necessária a demonstração da sua ocorrência ou inoocorrência,² o que se dá não exatamente pela prova, mas pelos *meios de prova* (testemunhal, documental, entre outros) ou por *formas de solução* de questões fáticas, como as máximas da experiência, presunções e o ônus da prova, sendo *sucedâneos probatórios*.

Prova vem do latim – *probatio* – significando ensaio, verificação, exame, inspeção, argumento, prova, razão, aprovação;³ um procedimento capaz de propiciar um saber.⁴

1. CP, art. 345 (“exercício arbitrário das próprias razões”).

2. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. 4. p. 1-2.

3. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 1, p. 11.

4. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia* cit., p. 947, verbete “prova”.

Prova também tem relação com a derivação *probus* que identifica o “que é de boa qualidade, bom”.⁵

Etimologicamente, prova não apenas expressa os instrumentos para alguma verificação, como também o seu resultado, o produto, a consequência de uma análise.

“Prova” é, então, utilizada em diversos sentidos; o que também ocorre no âmbito jurídico:

i) *ação de provar (actus probandi)* – atitudes das partes ou de quem participa do processo para demonstrar a correção de determinada afirmativa fática, quando o autor ou o réu juntam um documento ou quando o próprio juiz, utilizando-se dos seus deveres-poderes instrutórios, determina a realização de uma prova;

ii) *meio de prova* – é o caráter objetivo da prova,⁶ a forma pela qual as “provas” são produzidas; meios de prova são os instrumentos utilizados para a solução das questões fáticas: provas pericial, testemunhal, documental etc.;

iii) *resultado* – é o caráter subjetivo da prova,⁷ o esclarecimento da questão fática, o resultado, confirmado pelo convencimento do juiz acerca da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato.

A distinção entre *prova* (ação de provar) e *meios de prova* é relevante, algumas vezes no Código de Processo Civil é admitida a produção de prova, mas não determinado meio, como ao não admitir prova exclusivamente testemunhal em contratos de valor superior ao décuplo do salário mínimo (art. 401).⁸

Outro exemplo da importância é o de prova que demonstra um fato, contudo obtida por meio ilícito: o fato pode ser objeto de prova, mas o meio pelo qual foi obtida é vedado, não podendo a prova derivada desta operação ser utilizada (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” – CF, art. 5.º, LVI).

5. HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Dicionário eletrônico*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

6. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 1, p. 19.

7. Idem, *ibidem*.

8. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1, p. 478.

O objeto da prova são os fatos, ou para boa parte da doutrina, as *alegações sobre fatos*.⁹ Fatos, em termos probatórios, “são todas as ocorrências externas e internas, acessíveis à percepção sensível por terceiro”,¹⁰ o que significa que acontecimentos passados ou presentes poderão ser considerados, normalmente do “mundo exterior”, o que não elide também a verificação de intenções, conhecimento e outros que fazem parte da “vida psíquica”.¹¹⁻¹²

A divisão em questões de fato e de direito deve ocorrer pelo *critério funcional*.¹³ É questão de fato “aquela relacionada aos pressupostos fáticos da incidência; toda questão relacionada à existência e às características do suporte fático concreto (...) toda questão relacionada à causa de pedir será considerada questão de fato. Será questão de direito toda aquela relacionada com a aplicação da hipótese de incidência no suporte fático; toda questão relacionada à tarefa de subsunção do fato ou conjunto de fatos à norma”.¹⁴

Os fatos não são rigorosamente “obtidos” pelos meios de prova, mas cognoscíveis por estes, ou seja, o trabalho probatório desenvolvido no processo não alcançará o *fato*, mas sim a conclusão de muito provavelmente ter ocorrido

9. JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 268. Embora Carnelutti utilize “afirmação” (*Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora Y Carillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944. vol. 2, p. 400), o mais preciso é se falar em “alegações” porque engloba tanto “afirmações” como “negações” (cf. Echandi, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial cit.*, t. I, p. 467). Mas Carnelutti (*Sistema de derecho procesal civil cit.*, vol. 2, p. 400) ainda contribui decisivamente ao definir o objeto *mediato* (para ele a afirmação, para nós a alegação) e o objeto *mediato*, o *quid* alegado, o *fato*. Esta divisão é importante, porque no plano instrutório alguns fatos podem surgir ou serem considerados relevantes pelo juiz, mesmo que não alegados pelas partes, o que não afastará a prova, e, conseqüentemente, o seu objeto, o fato, ainda que sem a alegação das partes.

10. JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil cit.*, p. 268.

11. Idem, *ibidem*.

12. Segundo Hernando Devis Echandi: “Prueba judicial (en particular es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos” (*Teoría general de la prueba judicial cit.*, t. I, p. 25).

13. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação – o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 61.

14. Idem, *ibidem*.

(ou não),¹⁵ estar ocorrendo (ou não) ou poder ocorrer (ou não). Normalmente, os meios de prova não colocam as partes e o juiz em contato direto com o fato (ocorrendo), mas sim com informações que conjugadas permitem extrair uma conclusão sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos.

A prova propicia a cognição judicial, o julgamento da lide que, ao envolver questão fática, é item indispensável para que o jurisdicionado alcance o bem da vida almejado. Daí por que atualmente tanto se ressalta que a noção de direito de acesso à ordem jurídica justa¹⁶ está indissociavelmente relacionada ao direito à prova, porque aquele inexistente sem este,¹⁷ sendo ambos elementos intrínsecos do Estado Democrático de Direito.¹⁸

15. O fenômeno de *reconstrução histórica* é destacado por Echandía (*Teoría general de la prueba judicial* cit., vol. 1, p. 1-7). Nesse sentido Francisco Rosito ressalta que o julgador para reconstrução dos fatos alegados, na investigação judiciária, emprega o método abduutivo, em que “a construção representa o resultado de uma série de inferências abduativas, que, combinadas entre si, contribuem para a formalização de uma hipótese provável, com caráter propriamente inventivo e de descoberta”, concluindo, com lições de Vicenzo Russo, que “enquanto a indução conduz à observação de um fato à formulação de uma regra [parte-se do particular para o geral, objetivando chegar às ideias], e enquanto a dedução produz a simples aplicação de uma regra já conhecida [parte-se do geral para o particular, organizando as ideias, não admitindo probabilidade], a abdução [também denominada de método reconstrutivo, sendo tipo particular de indução por visar descobrir o passado, encerrando-se em probabilidade] parte de um fato particular a um outro fato particular, tal como ocorre em juízo” (*Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2007. p. 21-22). Os textos em colchetes são conclusões do mesmo autor (idem, p. 15-21).

16. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 128.

17. COMOGLIO, Luigi Paolo. Il modelli di garanzia costituzionale del processo. *Studi di onore di Vittorio Denti*. Milano: Cedam, 1994. vol. 1, p. 317. Ada Pellegrini Grinover ressalta que o direito à prova, “embora sem previsão expressa, deve ser considerado como autêntica garantia constitucional integrante dos conceitos de devido processo legal, inafastabilidade do controle jurisdicional, contraditório e ampla defesa. Com efeito, de nada valeria assegurar o ingresso em juízo se, por outro lado, não fosse assegurada a efetiva possibilidade de provar os fatos alegados e controvertidos.” (*Perícia complexa – parecer*, disponível em [http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00rpericia_ADPG.php], acesso em: 08.02.2008).

18. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985. p. 341.

O direito à prova corresponde, na precisa divisão analítica de Carlos Alberto de Salles:¹⁹

i) ao “*direito à produção probatória*”, compreendida como a disponibilidade de utilização dos meios no escopo de demonstração da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato, também com fulcro no inc. XXXV do art. 5.º da CF;

ii) ao *tratamento em contraditório*,²⁰ assegurando-se a ciência acerca de determinada prova, a oportunidade de manifestação e contraprova e consideração judicial destas atividades;

iii) a *correta valoração da prova*, o que importa na adequada análise e consideração pelo juiz, de forma fundamentada;²¹

Para iniciar, a seguir, o tratamento do princípio da atipicidade, é importante a compreensão da diferença entre *meios* e *fontes* da prova.

As *fontes* da prova são as pessoas (partes e terceiros), semoventes, coisas e fenômenos, naturais (maré, pôr do sol) ou artificiais (como os produzidos em laboratório),²² enquanto os *meios de prova* são os instrumentos para alcançar este conhecimento, ou “as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte)”.²³

Se a pergunta for: *onde podem ser obtidas informações?* Estar-se-á tratando das *fontes de prova*. Se for: *como estas informações chegam ao julgador?* Estão

19. Transição paradigmática na prova processual civil. In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ALVIM, Tereza. *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 917.

20. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover: “o direito à prova... nada mais é do que uma resultante do contraditório” e que “na relação entre *contraditório* e *prova*, aquele emerge como verdadeira *condição de eficácia desta*”, o que deve alcançar não somente a oportunidade de contraposição, mas também a participação *durante* a produção da prova, o mesmo devendo ocorrer nas provas determinadas de ofício (Princípios processuais fora do processo. *RePro* 147/313-315, São Paulo: Ed. RT, maio 2007).

21. V. o princípio da unidade probatória no capítulo 10.

22. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *RePro* 76/115, São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1994.

23. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2007. vol. 2, p. 29.

sendo procurados os meios de prova.²⁴ A primeira é objeto, a segunda é instrumento.

Finalmente, por prova cível deve ser entendida aquela que se relaciona às questões fáticas no âmbito não penal, isto é, naqueles casos em que o fato probando se integra ao espectro cognoscível necessário para a solução de ações cíveis, estas entendidas como aquelas em que não se apura a ocorrência de um ilícito penal para fins de persecução criminal, mas sim na solução de casos cíveis, não penais; ou seja, o enquadramento se dá por método classificatório residual.

PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DA PROVA

SUMÁRIO: 4.1 Conteúdo e alcance – 4.2 Maior aptidão entre os meios de prova – 4.3 Hipóteses de provas atípicas: 4.3.1 O comportamento das partes no processo como elemento do conjunto probatório; 4.3.2 Prova emprestada; 4.3.3 Fotografia digital; 4.3.4 E-mail; 4.3.5 Fatos ocorridos na Internet; 4.3.6 Prova científica.

4.1 CONTEÚDO E ALCANCE

A opção pela adoção do princípio da atipicidade da prova, também conhecido como princípio da não taxatividade ou da liberdade da prova,¹ representa a autorização conferida para que outros modos de prova sejam empregados, além daqueles previstos na lei. Estes representam a prova típica; aqueles, a prova atípica.

O princípio da atipicidade tem estrita correlação com o princípio do livre convencimento motivado do juiz;² quanto mais aberto o sistema, em relação à

1. TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 4, p. 201; e Echandi, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial* cit., t. I, p. 530.
2. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. 2. ed. rev. ampl. Coimbra: Almedina, 2002. p. 122. Em sentido contrário, RICCI (*Le prove atipiche*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999. p. 121 e ss), para quem há um erro de perspectiva, porque o livre convencimento não está relacionado com a atipicidade da prova, porém, ao que parece, sua posição está muito relacionada com a função instrutória do juiz, para muitos, restrita na Itália; mas que, pelo menos na nossa arquitetura constitucional e infraconstitucional, não se coaduna com os princípios norteadores de um processo igualitário e justo, em que o Estado, na solução do processo, deve agir com eficiência (art. 37 da CF) e resultados efetivos (art. 5.º, LXXVIII, da CF) e dos deveres-poderes instrutórios amplos preconizados no art. 130 do CPC, elementos

24. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas. *Temas de direito processual*. Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 41.