

7

A TEORIA DA METAMORFOSE DO CICLO DA PROVA NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO DA PROVA NAS PROCEDIMENTALIDADES DO CPC DE 1973 E DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Maria dos Reis¹

Francis Vanine de Andrade Reis²

RESUMO

O presente artigo envolve uma reflexão sobre o instituto jurídico da prova na construção de decisão judicial, numa releitura dos artigos 130 e 131 do atual CPC, entre outros, iluminada pela teoria do ciclo da metamorfose da prova. Destaca-se a relevância do respeito à construção

¹ Juiz de Direito e Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil na Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho em parceria com o Ministério Público de Minas Gerais e Direito Processual Civil pela FADM. Presidente da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Divinópolis. Diretor da 7ª Seccional da Amagis (Associação dos Magistrados Mineiros). Juiz Eleitoral. Juiz Coordenador dos Juizados de Conciliação do programa Novos Rumos, do TJMG, na Comarca de Divinópolis/MG.

² Advogado e Professor de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito das Relações de Consumo e Prática Jurídica na Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Coordenador da Monitoria do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Especialista em Direito Empresarial e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

compartilhada da cognição na estrutura procedimental, refletindo sobre um conteúdo constitucionalizado do princípio dispositivo, da iniciativa probatória do julgador e dos sistemas de apreciação das provas. Res-saltam-se, ainda, as técnicas de valoração e valorização da prova por ocasião da redação da sentença, no sentido de que o comando da prova não deve ficar na exclusiva sensibilidade do julgador, como fruto do acolhimento da teoria discursiva do direito.

Palavras-chaves: Instituto da prova; ciclo metamorfósico; argumentação discursiva; democracia.

INTRODUÇÃO

Com o advento da vintenária Constituição Cidadã de 1988 o “processo” passa a ser um meio democrático de solução de conflitos e que, portanto, perpassa pela racionalidade discursiva. Por isso, exsurge a necessidade de se repensá-lo, bem como a procedimentabilidade no CPC de 1973, cunhada sobre bases autoritárias, cogitando-se sobre a possibilidade de desenvolvimento de uma cognição pautada na mais ampla participação colaborativa das partes. Esta, inclusive, parece ser a linha adotada no Projeto de Lei n. 166/2010 (Novo Código de Processo Civil) em substituição a uma tradicional solitária atividade do juiz, o que gera importantes reflexos no instituto jurídico da prova.

O presente trabalho visa, portanto, questionar se os sistemas tradicionais de valoração da prova são adequados ao ideal democrático brasileiro e explorar implicações práticas na adoção da teoria do ciclo da metamorfose da prova cunhada por Rosemiro Pereira Leal com a finalidade de iluminar uma melhor técnica de redação da sentença.

Para tanto, num primeiro momento, serão revisitados os vários sistemas históricos de valoração das provas com o objetivo de analisar se o paulatino abandono dos meios cruéis, das atrocidades, importou num ganho de legitimidade na resolução dos conflitos sociais.

Posteriormente, será observado o aproveitamento da contemporânea Teoria Neoinstitucionalista do Processo em face da técnica de cognição e de suas implicações no instituto da prova, pela explicitação da teoria do ciclo metamorfósico diante dos princípios que o regem.

Por fim, surgirá um novo conceito de sentença adequado às premissas anteriormente assentadas, o qual, a título de hipótese, cogita-se como o mais adequado à ordem constitucional vigente.

1. PRINCIPAIS SISTEMAS HISTÓRICOS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Antes de começar uma reflexão sobre o Instituto Jurídico da Prova, a qual foi elevada à categoria de direito fundamental pela CF/1988 (artigo 5º, LV e LVI) e seu modo de produção durante o procedimento, surgiram vários sistemas de valoração da prova ao longo dos tempos, os quais precisam ser registrados, mesmo que em linhas gerais.

A percepção que se tem é de que o homem caminhou para se livrar das atrocidades, do poder mítico ou místico e, assim, “o vencedor de um duelo, por exemplo, era o escolhido por Deus em razão de sua bravura sustentada por uma força superior” (LEAL, 2000, p. 174).

Além disso, continua o jurista mineiro a dizer que “as pessoas nobres tinham suas palavras tarifadas em graus de importância para demonstrar a verdade, em confronto com os figurantes de classes sociais inferiores que quase nada valiam – processo inquisitório como único comando de revelação de justiça”.

Surgiram os juízos de equidade e conveniência até que, com o advento da CF/1988, reforçado o princípio da reserva legal, o sistema de valoração das provas abandonou aquela ideia de proteção divina, do arbítrio, da equidade e da conveniência para dar lugar a um sistema em que se tem por base a norma (fundamentação adequada). Vê-se, portanto, que ocorreu uma evolução no modelo probatório com base numa estrutura com características democráticas de procedimentabilidade, bem de acordo com a realidade jurídico-política vigente.

A CF/1988, realmente, representou um recomeço na história do Direito brasileiro e o sistema jurídico como um todo passou a ter um novo olhar sobre o que existia, provocando indagações e críticas em razão do que vigorava.

Passou por um momento de euforia diante da conquista dos direitos fundamentais e sociais no sentido de reduzir as desigualdades e o CPC começou a receber tantas leis modificadoras de seus princípios, de maneira que a interpretação do novo não foi voltada para o velho.

Ocorreu, então, uma espécie de filtragem constitucional capaz de mostrar um modelo democrático no direito processual dialógico em que as partes, maiores interessados no resultado da demanda, possam perceber que suas provas, suas razões e argumentos foram respeitados no provimento final proferido pelo juiz (sentença).

Os sistemas que a história relata, registrados a seguir, bem demonstram este novo modelo.

Sistema originário das ordálias (juízos de Deus)

No sistema originário das ordálias, juízos de Deus, acreditava-se que a parte que estivesse protegida pela divindade estaria com a razão e venceria a demanda. Historicamente, alguns dos exemplos estão na prática da água fervente atirada no corpo das partes e aquela parte que não se queimasse estaria protegida pela divindade e venceria a demanda, assim como o vencedor de um duelo, pela sua bravura.

Então, o sistema indicava que a certeza dos fatos da causa dependeria da lei natural ou divina e, assim sendo, a absolvição ou inocência de alguém estaria vinculada às suas virtudes, ao seu poder místico, à sua santidade.

Sistema legal da prova tarifada

No sistema legal da prova tarifada, a lei passa a atribuir valores fixos às espécies de provas (uma espécie de tabela de valores das provas) e tem-se como resquício desse sistema, os textos dos artigos 366 e 401 do atual CPC, ainda em vigor, que, inclusive, foram recepcionados pelo artigo 227 do CC/2002.³ O parágrafo único do referido

³ Artigo 366. Quando a Lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta. Artigo 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

dispositivo do CC veio para reforçar a ideia de tarifação da prova exclusivamente testemunhal, quando disse que ela poderá ser admitida como subsidiária ou complementar de prova por escrito.

Ora, os dispositivos em referência têm recebido interpretações mais brandas, a considerar, até mesmo, o texto do artigo 402, II, do CPC: “No caso em que, em razão de vínculo de amizade ou parentesco, não seria usual exigir-se prova por escrito, há impossibilidade moral” (STJ, 3ª Turma, REsp 651.315/MT, rel. Min. Castro Filho, j. em 09.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 324).

A propósito e apenas para ilustrar a questão do abrandamento do sistema em referência, o TJMG assim decidiu:

EMENTA: APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – CORRETAGEM – CONTRATO NÃO ASSINADO E PRODUZIDO UNILATERALMENTE – INÍCIO DE PROVA ESCRITA – INEXISTÊNCIA – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – ADMISSIBILIDADE – ART. 401, CPC – INTERPRETAÇÃO DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. O contrato produzido de forma unilateral pelo autor e não assinado pelos contratantes não constitui início de prova escrita que permita a utilização da prova testemunhal como complementar, na forma do art. 402, I, do Código de Processo Civil. II. Segundo interpretação do STJ, o art. 401, CPC, aplica-se somente à prova de existência de contrato e não aos efeitos e fatos jurídicos dele decorrentes. III. Admissível a prova exclusivamente testemunhal para provar a prestação de serviços de corretagem e intentar a sua cobrança, sob pena de propiciar o enriquecimento ilícito daquele que se beneficia do serviço sem a respectiva contraprestação (Apelação cível n. 1.0251.06.017698-8/001 – Comarca de Extrema – TJMG – Rel. Des. Marcelo Rodrigues – Julg. 23.01.2008, p. 31.01.2008).

Importante, também, o registro histórico de que há 200 a.C., permanecendo por 200 d.C., o Código de Manu, que nasceu de uma lenda em que Brahma cria a primeira mulher a quem deu o nome de Sarasva-

Artigo 22 do CC. Salvo casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados. Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

ti, a qual foi desposada após o nascimento de Manu, considerado o pai da humanidade, que acabou criando o Código de Leis Regulatoras da Convivência Social, em seu artigo 59, a prova exclusivamente testemunhal era admitida.⁴

Portanto, imagine-se, por exemplo, um fazendeiro que vendeu uma carreta de bois para outro fazendeiro, seu amigo, sem qualquer documento, como é comum acontecer ainda hoje no meio rural e que, não recebendo o valor ajustado verbalmente, só tem como prova da negociação, a testemunhal, e o valor do negócio ultrapassa o limite de dez vezes o salário mínimo vigente ao tempo da negociação.

Aceitar a letra fria dos dispositivos em referência, o fazendeiro não poderia comprovar que vendeu seus bois e que não recebeu, numa demonstração inequívoca de enriquecimento sem causa.

Portanto, a regra legal em registro deve receber um olhar mais brando, a fim de que não ocorra eventual enriquecimento ilícito, respeitando-se a relação jurídica que surge de uma contratação verbal lícita.

Sistema da convicção íntima do juiz

O sistema em destaque indica que o juiz passa a julgar de acordo com o seu livre convencimento formado por quaisquer elementos, não estando vinculado às provas dos autos. A exemplo disso ocorre no julgamento pelo tribunal do júri, em que os jurados decidem independentemente das provas dos autos, condenando ou absolvendo o acusado.

Entretanto, no Processo Civil ele está em desuso porque a decisão do juiz deve ser fundamentada nas provas e nas questões produzidas e argumentadas pelas partes durante o procedimento (artigo 93, IX, da CF/1988), imperando a parêmia latina *ex autis, ex mundi*, ou seja, o que não está nos autos não pode ser considerado como juridicamente existente.

⁴ Artigo 59. É preciso ter visto ou ouvido segundo a circunstância, para que um testemunho seja bom; a testemunha que diz a verdade, nesse caso, não perde nem sua virtude, nem sua riqueza.

Carnelutti, citado por Rosemiro Pereira Leal, disse com muita propriedade ao seu tempo: “a finalidade da prova é a fixação dos fatos do processo. Provar não quer dizer a demonstração da verdade dos fatos discutidos, mas determinar e fixar formalmente os fatos” (LEAL, p. 173).

De tudo isso fica em evidência que a decisão judicial proferida pelo julgador deve atentar ao que consta dos autos, dando ensejo a outro sistema de valoração das provas, a persuasão racional.

Sistema da persuasão racional

O livre convencimento do juiz, então, passa a ser vinculado às provas dos autos, porque a motivação (fundamentação) de sua decisão será em razão do que foi construído durante o procedimento, de maneira compartilhada, pelas partes.

Daí é que prevalece o brocardo latino, que equivale à parêmia já registrada: *quo non este in acti non este in mundo*, ou seja, o que não está nos autos não está no mundo e a conclusão é de que as provas “não são somente para o juiz, mas para o juízo (órgão jurisdicional estatal), aplicando-se o princípio da comunhão das provas (a ideia de processo como espaço discursivo).

Alexandre Freitas Câmara, ao fazer referência sobre os destinatários da prova e sistema de valoração, disse:

A prova possui dois tipos de destinatários: um destinatário direto, o Estado-juiz e destinatários indiretos, as partes. A prova, uma vez levada aos autos, pertence a todos, isto é, pertence ao processo, não sendo de nenhuma das partes (princípio da comunhão da prova). Como se costuma dizer no jargão forense, a prova (já produzida) é do juízo, e não das partes (CÂMARA, p. 348).

Então, no atual sistema em que impera o Estado Democrático de Direito, em que se deve respeitar o que as partes construíram durante o procedimento de maneira coparticipativa, o juiz deve fundamentar sua decisão de acordo com o que contém nos autos, afastando a excessiva liberdade conferida ao julgador no sistema anterior.

Na obra “Processo de Conhecimento e Cognição” (MADEIRA, p. 163) está o seguinte registro:

Ressalte-se que é inviável a avaliação equitativa dos fatos, pois o processo de conhecimento contemporâneo baseia-se no princípio da legalidade, não ansiando pela equanimidade do decisor. O atual sistema jurídico de apreciação de provas funcionará ainda que o julgador não possua virtudes pessoais, bastando que ele observe a atual principiologia constitucional em vigor.

Portanto, o sistema da persuasão racional baseia-se no que as partes construíram durante o procedimento, a fim de que a decisão judicial seja o resultado lógico e vinculativo da referida construção.

A ideia de “processo justo” está vinculada ao respeito que o decisor deverá ter na observância dos direitos fundamentais construtores do devido processo legal, o que, de certo modo está em desconhecimento com os textos dos artigos 130 e 131 do CPC, quanto aos poderes instrutórios do juiz (participação das partes).⁵

É preciso, portanto, que o juiz de hoje, na era pós-positivismo, diante do processo contemporâneo, mais do que nunca esteja comprometido com o valorar e valorizar o que contém nos autos, ou seja, o valorar significando dizer que existe nos autos (apreensão intelectual do elemento de prova) e o valorizar, no sentido de dar valor ao que disse que existe nos autos em razão das argumentações jurídicas apresentadas pelas partes durante o procedimento (LEAL, p. 175).

Em razão disso, ao juiz caberá conferir existência à prova e buscar o nexo entre a sua existência com os fatos alegados pela parte. “É um ato de entendimento e importância do conteúdo do elemento da prova, não bastando apenas a percepção dele no espaço de discussão procedimental, mas na sua relevância em razão da convicção da certeza de sua existência” (LEAL, p. 175).

⁵ Artigo 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Artigo 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Ao juiz contemporâneo caberá, ao decidir “ponderar os interesses das partes expressos em argumentos, devendo ser levada em conta a construção discursiva (racional) voltada para o agir humano (prático), para se obter o resultado correto” (ou pelo menos mais aceitável), (cf. CALDAS FERNANDES, p. 156).

É assim que o legislador constituinte quis com o texto do artigo 93, IX, da CF/1988, s.m.j., porque a construção das soluções de cada caso deve ser compartilhada com todos os interessados no resultado de suas argumentações durante o “iter” procedimental, senão resultaria na negativa da própria democracia que, segundo o Prof. Francis Vanine de Andrade Reis, em sua obra de final de curso de mestrado intitulada “Interesse Processual e Intersubjetividade Racional” (REIS, p. 18):

... foi o modo de vida escolhido pelo povo brasileiro para a construção de suas relações intersubjetivas. Há de se pensar na idéia de democracia como forma de regulação da convivência entre sujeitos, a qual não visa à superação das vontades divergentes pela utilização de forma física. O poder, visto como faculdade de fazer com que uma ou mais pessoas realizem determinadas ações ou tarefas, submetendo-se à vontade de outrem (CHALITA, 2005, p. 21), na democracia, está muito mais voltado para a dialogicidade do que para utilização de meios violentos que levem, portanto, ao silenciamento.

A compreensão dessas ideias resulta na conclusão de que o juiz, na verdade, não diz e nem dita o direito isoladamente (solitariamente), mas acaba “construindo-o com a participação das partes, num verdadeiro agir de maneira compartilhada” (MADEIRA, p. 163).

Também, é importante anotar, a fim de que a prova possa ser percebida na estrutura procedimental, que a melhor teoria que sustenta e esclarece o “processo” é a neoinstitucionalista criada pelo jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal, quando ensina que a CF/1988 elevou o processo à categoria de instituição, explicando que *instituição* significa “um conjunto de princípios fundamentais constitucionalizados e que devem existir na construção da estrutura do procedimento. Uma instituição regencial do procedimento, portanto, seja ele contencioso ou não, seja comum ou especial” (LEAL, 2000, p. 96, 228).

2. DA APLICAÇÃO DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO E DA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL DE MANEIRA COMPARTILHADA

A teoria neoinstitucionalista, a seguir registrada, tem o processo como gênero (teoria-organização lógica do conhecimento) e o procedimento como espécie (a técnica como produção do conhecimento), bem ao contrário da teoria estruturalista criada por Elio Fazzalari, mas trabalhada dentro da mesma estrutura espaço-temporal que respeita a simétrica paridade entre as partes da relação procedimental da teoria estruturalista do processo:

Processo é um conjunto de institutos de direitos fundamentais constitucionalizados (ampla defesa, isonomia, contraditório, direito a advogado, gratuidade da atividade jurisdicional, atenção ao princípio da legalidade) regente da construção da estrutura, numa relação espaço-temporal normativa do procedimento (LEAL, p. 228).

O procedimento nessa linguagem passa a estar num espaço legalmente instituído para argumentação jurídica coparticipativa em que as partes são tratadas com simétrica paridade em tempo de discursividade e assim a prova deixa de ser um simples elemento, mas passa a ser a própria visibilidade da argumentação jurídica da parte, como verdadeiro instituto jurídico formado por princípios próprios.

3. DO INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA E DE SEU CICLO DE TRANSMUTAÇÃO

A prova, sendo elevada à categoria de instituto jurídico e, instituto jurídico significando “um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação” (LEAL, p. 176), o elemento dela é apenas uma das etapas pelas quais esse instituto jurídico caminha em verdadeira transmutação para demonstrar visivelmente os fatos da causa.

A CF/1988, ao enumerar os direitos e garantias fundamentais, diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (artigo 5º, LVI).

O CPC, em seu artigo 332, também preceitua que “todos os meios de provas legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa” (grifamos).

E, por fim, o CC/2002, em seu artigo 212, também faz referência à prova quando preceitua que “salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante testemunhas, perícias, depoimentos pessoais etc.”.

Diante disso, não há dúvida de que a prova foi, realmente, elevada à categoria de instituto jurídico perfeitamente normatizado e, sendo assim, torna-se indispensável neste pequeno ensaio enumerar quais seriam esses princípios unificados que existem para explicá-la e sustentá-la.

Rosemiro Pereira Leal foi quem, em sua obra “Teoria Geral do Processo”, de maneira inédita, enumerou os princípios que se unificam em prol da explicação do instituto da prova, passando por uma verdadeira metamorfose em seu ciclo, apontando a transmutação do *elemento de prova em instrumento de prova pelos meios legais de provas* (LEAL, p. 261/263).

Com o registro dos mesmos, a seguir, a tentativa de explicá-los:

Princípio da indiciariedade (percepção): aponta o elemento de prova no espaço e assim a inteligência humana passa a trabalhar a existência de um fato ocorrido em algum lugar (ideia de espaço, de percepção). O juiz, por exemplo, ao ler a petição inicial ou a contestação faz um exercício de deslocamento mental para o local onde um fato tenha ocorrido e como ocorreu da maneira expressada nas referidas pretensões das partes.

Princípio da ideiação ou verbalidade: a ideia de que o meio legal capaz de coletar o elemento de prova, se perícia, se testemunha, se documentos etc., traduz-se num trabalho de consciência de como o elemento de prova, aquele existente naquele espaço, possa vir transportado para os autos do processo (processo como procedimento). Daí a ideia do tempo que será despendido e da forma utilizada no referido transporte, ou seja, a utilização desse meio para verbalizar o elemento de prova e definir a caminhada de sua produção nos autos (consciência do trabalho instrutório).

Princípio da instrumentalidade ou forma: é a realização do instrumento da prova pela forma estabelecida em lei. Instrumentalidade ou documentação como, por exemplo, a juntada aos autos do laudo pericial, que é o resultado do transporte do elemento de prova, pelos meios de prova legalmente permitidos, para os autos. O laudo é a materialização, a demonstração, a representatividade formal do elemento de prova registrado nos autos, a fim de que seja visualizada a argumentação jurídica da parte (fator de visibilidade da argumentação).

Assim, o ciclo da prova se transmuda, realmente, no decorrer desse procedimento, de maneira a ficarem demonstrados e representados nos autos os fatos da causa.

Por isso é que o exercício de transporte do elemento de prova pelos meios legais permitidos, em instrumento de prova registrado nos autos do procedimento, constitui uma verdadeira metamorfose do ciclo da prova, ou seja, a transmutação de seus elementos levados aos autos pelos meios legais permitidos e ali materializados. É um exercício indispensável à demonstração da argumentação jurídica sustentada pela parte em busca de sua pretensão, a fim de que o juiz possa, também, diante do mesmo exercício, buscar sua convicção quanto à certeza dos fatos, resolvendo ou não o mérito da causa (técnica de cognição).

Sendo assim, o elemento de prova envolve um espaço de existência – coisa a ser periciada, por exemplo; os meios de prova são as atividades permitidas pela lei para a realização do transporte do elemento de prova para os autos; o instrumento de prova passa a ser a representatividade do elemento de prova transportado pelos meios de provas permitidos, devidamente registrados nos autos.

Provar, portanto, é representar e demonstrar os elementos de prova pelos meios de prova permitidos em lei. O elemento de prova passa a ser uma realidade extraprocessual e a prova passa a ser uma realidade endoprocessual com a finalidade de formação de cognição em razão das argumentações jurídicas das partes.

4. CRÍTICAS AO SISTEMA ATUAL

Se o juiz precisa prestar contas em sua decisão sobre aquilo que as partes, democraticamente, construíram durante o procedimento,

os artigos 130 e 131 do atual CPC, por exemplo, de construção feita em regime autocrata, são dispositivos que não observam os critérios técnico-jurídicos da produção da prova, desse ciclo de transmutação como fator de argumentação jurídica das partes.

O ato que cabe ao juiz, até mesmo *de ofício*, a determinar as provas necessárias à instrução, com base no artigo 130, *v.g.*, passa a ser qualificado como ato inquisitório que esbarra no princípio do devido processo legal e naquilo que a CF/1988 prezou logo em seu primeiro dispositivo, “O Estado Democrático de Direito” e, democracia é decisão que deve ser de construção participativa.

Parece, então, um paradoxo compreender que haja o livre convencimento do juiz na apreciação das provas, conforme se vê pela redação do artigo 131 do CPC e, até mesmo, o indeferimento daquelas que ele achar desnecessárias porque já tem o seu convencimento formado, sem considerar as argumentações das partes, daqueles que, realmente, são os legítimos leitores e intérpretes da prova na pretensão de buscar uma decisão favorável com base nelas.

O processo não seria mais um espaço discursivo democrático. Todavia, isto não significa dizer que o juiz seja apenas um mero espectador das partes durante o *iter* procedimental, porque ele é o diretor/presidente do procedimento (investido de competência legal para presidi-lo), é o responsável pelo impulso oficial dos atos procedimentais na formação da estrutura espaço-temporal em simétrica paridade, respeitando o modelo legal (FAZZALARI, p. 119).

Surge o compromisso de respeitar os jurisdicionados e seus direitos e assim, no campo dos direitos disponíveis, em que prevalece a liberdade das pessoas para movimentar ou não a jurisdição, o juiz não estará mais autorizado a substituir a parte para provocar a incidência da atividade jurisdicional, prevalecendo as velhas máximas: *nemo index sine actore* (nenhuma atividade jurisdicional sem a provocação do interessado); *ne procedat iudex ex-officio* (o juiz não pode instaurar procedimento por iniciativa funcional própria para examinar e julgar alegações de direitos).

Apesar de textualizado no CPC atual, nos artigos em releitura aqui neste pequeno ensaio, diante do texto constitucional não será razoável substituir a parte na produção das provas, mesmo que os autos evidenciem

precariedade técnica de uma delas, porquanto o suprimento de eventual incúria da parte só poderá ocorrer se a lei expressamente autorizar (matéria de ordem pública – *ex officio* – princípio da reserva legal – direitos indisponíveis), sob pena de cair na arbitrariedade, o que fere o princípio do Estado Democrático de Direito em que a liberdade do jurisdicionado assume a condição de valor fundamental.

O requisito da inércia, portanto, é direito-garantia constitucionalizado no texto do artigo 5º, XXXV, da CR/1988, e no nosso Sistema Processual não há nenhum princípio que o restrinja ou o limite, a considerar, ainda, que o direito de ação é direito material incondicional. Este olhar de interpretação vem firmar a ideia de respeito ao princípio da imparcialidade.

Pela mesma forma, o artigo 33 da Lei n. 9.099/1995, regra que, apesar de ter sido criada em pleno momento democrático, distancia-se da ideia constitucional de uma construção compartilhada das soluções, quando preceitua que: “Art. 33. Todas as provas são produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias” (g.n.).

Para que isso possa ser aplicado, será necessário que as partes participem da discussão da excessividade, da impertinência ou da protelatoriedade entendida pelo juiz. Aí sim, haverá legitimidade na decisão judicial que não estará ofendendo ao devido processo constitucional e sua decisão será justa e, por certo, verdadeiramente legítima e respeitada.

A exemplo disso, verifica-se a regra do artigo 331 do CPC, no procedimento comum ordinário em que os pontos controvertidos devem ser fixados com a participação ativa das partes por meios de seus advogados.

A propósito, o Professor Francis Vanine de Andrade Reis, escreveu um artigo intitulado “Técnicas Diferenciadas de Sumarização da Cognição Exauriente” em que fez o seguinte registro: “Cognição, portanto, consiste na atividade de esclarecimento de todos os sujeitos do processo (sejam os parciais – partes – seja o imparcial – magistrado) das circunstâncias que envolvem a lide deduzida nos autos (mérito), através de atividade de apresentação de provas e alegações, inclusive, quanto à interpretação da lei, baseadas na racionalidade”. (TAVARES, p. 120/121).

O Projeto do Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 10, por exemplo, traz uma redação, que bem demonstra a inequívocidade da necessidade de participação das partes nas determinações, *ex officio*, feitas pelo juiz, antes que elas sejam efetivadas: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual ***não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar***, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício (grifei). Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

No mesmo sentido, a regra prevista no parágrafo único do artigo 110 do Projeto em referência: Art. 110. O juiz decidirá a lide nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Parágrafo único. As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício.

Não cabe mais, portanto, o juiz “Hércules” descrito por Ronald Dworkin (PENNA, 2010, p. 130-131), em que, de maneira perigosa, “surge o juiz como ser dotado de talentos extraordinários e de clarividência interpretativa das situações fáticas, como único ser a encontrar uma decisão considerada para ele (juiz), como justa, pouco importando a construção feita pelo jurisdicionado durante o procedimento”.

5. NOVA CONCEITUAÇÃO DE SENTENÇA DIANTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito impõe uma formação do procedimento de maneira compartilhada entre as partes e o juiz, a fim de que a sentença possa retratar o resultado fiel da discussão construída durante o *iter* procedimental (trajetória do procedimento legal). É que o Estado Democrático de Direito é regido pelos princípios da legalidade e pela supremacia da Constituição Federal (momento pós-positivista).

O conteúdo da sentença, portanto, diante desse raciocínio, passa a ser um ato de construção compartilhada entre as partes e o juiz, mas redigida pelo decididor, de maneira, realmente, solitária. Ela, a sentença, passa a ser “o resultado do que as próprias partes construíram de

maneira co-participativa durante a trajetória do procedimento imposto pelo modelo legal” (MADEIRA, p. 162).

Em verdade, o juiz, ao final, redige o ato sentencial consubstanciado no seu ofício de julgar, resolvendo ou não o mérito da causa, de maneira isolada e própria, com linguagem, também, própria, mas o seu conteúdo não é um ato de sua criação isolada, ou exclusiva, porque depende, e assim tem que registrar no relatório da sentença, das argumentações ou sustentações das partes que procuraram melhor esclarecer suas pretensões em busca de provimento favorável ao que sustentaram no momento de encerramento da fase preponderantemente cognitiva do procedimento.

Entender de forma diferente, *s.m.j.*, seria ferir a ideia de democracia que deve ser a base de sustentação, hoje, da legitimidade da decisão judicial e, portanto, de sua verdadeira efetividade (efetividade como legitimidade e não como celeridade). Decisão justa só pode ser a decisão legítima, aquela que respeita a todos os direitos fundamentais do cidadão (ideia de processo justo – decisão ética).

No encerramento, portanto, da fase cognitiva, o ato que porá fim a ela (sentença) será um exercício da técnica de valorar e valorizar todas as questões e argumentações jurídicas das partes, diante das provas produzidas nos autos, de maneira a ficar evidenciado o ciclo metamorfósico da teoria da prova.

Deverá estar registrado nos autos a transmutação do elemento de prova em instrumento de prova pelos meios legais de prova, a fim de que a sentença não seja um ato de conteúdo exclusivo e subjetivo do decisor, mas um ato em que as partes possam visualizar que os seus direitos fundamentais foram observados e respeitados pelo juiz (exigência democrática do Direito e da sociedade como um todo).

6. CONCLUSÕES

Em face desses breves ensaios que envolvem o estudo do instituto jurídico da prova na construção da decisão judicial, algumas conclusões práticas ficam registradas para reflexão diante do Estado Democrático de Direito, do devido processo legal e da exigência democrática da sociedade como um todo, em momento contemporâneo de pós-positivismo, a saber.

Os artigos 130 e 131 do atual CPC não estão de acordo o devido processo legal porque não passam pelo crivo da estrutura procedimental da prova, quando autoriza ao juiz, diante de direitos disponíveis, determinar, de ofício, provas não requeridas pelas partes (liberdade das pessoas de movimentar ou não a jurisdição), ou mesmo apreciar fatos e circunstâncias dos autos ainda que não alegados pelas partes sem ouvi-las (procedimento de construção compartilhada), em busca de uma chamada verdade real, entendida como uma pesquisa obsessiva da certeza, o que esbarra nos limites dos meios de obtenção das provas legalmente permitidas.

Aliás, o artigo 128 do atual CPC, em sentido contrário ao texto do artigo 131, preceitua que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (princípio dispositivo). E no artigo 460, em respeito ao princípio da reserva legal, o juiz não estará autorizado a ampliar o objeto do pedido formulado pela parte (sentença *ultra petita*), decidir de modo diverso da pretensão das partes (*extra petita*) ou a quem da pretensão das partes (*citra petita*).

O devido processo legal exige, portanto, a iniciativa da parte, em especial, no que se referem às provas de suas pretensões.

O livre convencimento do juiz na apreciação da prova deve observar as argumentações das partes sobre ela; ele não deve ser subjetivo. As partes devem ter a oportunidade de conferir se os princípios em que se baseiam o instituto jurídico da prova estão sendo observados, a fim de que possam argumentar a respeito e, assim, de maneira legítima e fundamentada, o juiz decidir sobre esta ou aquela prova em razão das argumentações jurídicas apresentadas pelas partes nos autos.

A sentença, então, salvo melhor juízo, passa a ser o resultado daquilo que as partes construíram durante o *iter* procedimental de maneira participativa, não sendo mais possível compreender que a decisão do juiz, em nome do livre convencimento, possa estar divorciada do discurso criado durante o procedimento, com a finalidade de esclarecer as pretensões das partes. Tanto isto é certo, que o segundo elemento da sentença, previsto no artigo 458 do atual CPC, deve conter a análise das questões de fato e de direito. A regra

não está a dizer de algumas questões, mas das questões, portanto, definidas como todas elas.

É bem de ver que o julgamento feito pelo tribunal do júri em que os jurados não estão vinculados às provas dos autos e nem às argumentações das partes (livre convencimento desmotivado?) é uma exceção.

Não se admite obtenção de elemento ou instrumento de prova produzido por meios ilícitos (artigo 332 do atual CPC – teoria dos frutos da árvore contaminada, hoje abrandado em certas situações que envolvam direitos indisponíveis – uma exceção excepcionalíssima?).

Não se admite estrangular ou suprimir o tempo-espaço ou oportunidade de provar em nome de uma justiça rápida, pena de retorno ao período da autocracia e as decisões judiciais passariam, então, a não ser legítimas (ofensa a direito fundamental do jurisdicionado).

O meio lícito de obtenção da prova nas democracias é desenvolvido em paradigma do devido processo legal, que impõe a participação lógico-procedimental probatória das partes na preparação da sentença do juiz. As partes não podem ser privadas de suas liberdades procedimentais, de tempo e de espaço suficientes para demonstrar e representar, de maneira visível nos autos, suas argumentações jurídicas (o elemento de prova transformado em instrumento de prova pelos meios legais).

O que não se permite são medidas protelatórias, que deverão ser, realmente, coibidas de maneira enérgica pelo julgador no exercício de sua função de presidir a causa de acordo com o procedimento previsto na lei (modelo legal).

Não se pode conceber mais a ideia de que o comando da prova fique na exclusiva sensibilidade do julgador, dotado de talento extraordinário, para dizer o que é e o que não é conveniente, sem antes ouvir as ponderações das partes, os verdadeiros interessados na sua decisão.

As sentenças, nas democracias, não se justificam mais na convicção íntima, cultural, ou no talento do julgador, mas no fundamento da estrutura formalizada e desenvolvida, com a participação dos sujeitos e partes do processo (ideia de juízo).

Percebe-se, então, que o atual CPC não adota o instituto jurídico da prova em sua plenitude, simplesmente porque foi construído na época da ditadura, inclusive, chega a “autorizar o suprimento de prova em nome do livre convencimento do juiz”, o que é, *s.m.j.*, extremamente perigoso, além de ofensivo ao Estado Democrático de Direito.

É preciso observar, ainda, em face das reflexões sobre a metamorfose do ciclo da prova que o artigo 285-A do atual CPC, figura criada em busca de celeridade e economia processual, não dá atenção ao devido processo legal, na medida em que a decisão do juiz não passa pelo crivo da discursividade, ou da argumentação compartilhada das partes, quando nem partes são formadas, numa relação processual indispensável à obediência do devido processo legal, diante do instituto da prova.

O dispositivo é preocupante e tem recebido algumas críticas “porque demonstra uma época em que se pretende tapar os defeitos de uma estrutura agônica na presteza de um Judiciário do bem-estar social e garantidor da segurança coletiva” (LEAL, 2001, p. 348).

E mais ainda. Diante da realidade em constante mutação, apresentando situações novas e singulares a todo instante, nem sempre será possível encontrar uma solução eticamente com base no direito positivo e nas regras formais de justiça.

O ato sentencial, com base no referido dispositivo (artigo 285-A) passa a não ser legítimo, porque não garante nenhuma discussão sobre a pretensão do autor.

É preciso que o poder instrutório presidido pelo juiz durante o procedimento seja observado de maneira a não demonstrar desprezo pelo estudo do instituto jurídico da prova e das argumentações das partes na colaboração das decisões judiciais.

A prova, como instituto jurídico, não pode mais privilegiar o “livre convencimento desmotivado do julgador”, porque se houver decisão fora do princípio do discurso juridicamente institucionalizado e direcionado aos direitos fundamentais, não estará sendo observada a democracia, e a decisão, por conseguinte, não será legítima, nem ética e nem, portanto, justa.

No Estado Democrático de Direito a normatividade há de acolher a teoria discursiva do direito e, assim sendo, as decisões judiciais não podem buscar fundamentos numa lógica avessa ao espaço discursivo, porque o sistema jurídico configurativo do direito democrático requer a recriação e fiscalização permanente do devido processo aberto a todos os integrantes da comunidade jurídica como responsabilidade maior do julgador.

Essas reflexões têm o caráter de contribuir, de alguma forma, ou pelo menos, provocar alguma crítica sobre a teoria da prova como instituto jurídico e suas implicações nas decisões judiciais, num procedimento que deve ser contemporaneamente democrático, por força da própria Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

CALDAS FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro. A Motivação das Decisões Judiciais nos Tempos do Processo Eletrônico. *Amagis Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 156, jul / dez. 2010.

CARNELUTTI. *La Prueba Civil*. Tradução de Niceto – Alcalá Zamora. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantias Constitucionais da Publicidade dos Atos Processuais e da Motivação das Decisões no Projeto do CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 40, p. 69.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1977.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Elaine Nassif. Campinas-SP: Bookseller, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Prova na Teoria do Processo Contemporâneo: Temas Atuais do Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. Rio de Janeiro: Landy, 2002.

PENNA, Saulo Versiani. Juiz e Ética. *Amagis Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 130-131, jul/dez. 2010.