

REINTEGRAÇÃO AO ESTUDO DA PROVA

(SEGUNDA PARTE)*

JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR
Desembargador do TJ/RJ

XI. As Classificações das Provas. As Presunções e os Indícios

A) **As Classificações** - Várias classificações doutrinárias da prova existem. Não obstante, as mais comumente adotadas são as de **Bentham, Malatesta e Carnelutti**, cada qual com exposição própria a respeito.

A classificação de Bentham, voltada para os escritos, dá relevo ao momento em que as provas literais se produzem, podendo ser **casuais ou preconstituídas**, quando visam a prevenir futuros litígios. Contudo, ao denominar de prova preconstituída “aquela que a lei ordenou a criação e sua conservação para corporificar a existência de um direito ou de uma obrigação, até o ponto em que a exibição dessa prova seja necessária à manutenção desse direito ou dessa obrigação”, teria limitado **Bentham**, segundo a doutrina, o alcance da prova documental. Para isso chama a atenção Pedro Batista Martins, apoiado em João Mendes, ao afirmar que há provas literais como, por exemplo, as cartas, os assentamentos e os apontamentos, as quais, conquanto realizadas antes do ingresso de uma ação em Juízo, não deixam de ser casuais.

Todavia, o caráter casual dessas provas estaria mais no fato de terem sido criadas sem prévia determinação de lei, para amparo a direitos, do que no momento de sua realização. **Bentham**, porém, fez essa distinção e em seguida reconhece, ao atribuir à prova preconstituída uma força antilitigiosa, o efeito protectivo continuado com que a mesma mantém os direitos ao abrigo de litígios futuros.

A classificação de **Malatesta** parte de três aspectos básicos, quais sejam: **o objeto, o sujeito e a forma** da prova. Segundo o objeto, a prova é dividida em direta e indireta, na conformidade de sua relação direta ou

* A primeira parte deste trabalho foi publicada na Revista da EMERJ nº 8.

indireta com o fato probando. Assim, o testemunho ocular, o documento, a perícia, são modalidades de provas diretas. Já as presunções e os indícios são modalidades de provas indiretas, pois reclamam uma atividade intelectual indutivo-dedutiva. Segundo o sujeito, a prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde provém a prova, a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando. Conseqüentemente, segundo o sujeito, a prova é pessoal e real. Como prova pessoal temos o depoimento pessoal, a confissão e o testemunho. Como prova real temos toda a atestação produzida por uma coisa. Finalmente, segundo a forma, a prova se divide em testemunhal, documental e material, pelo modo ou maneira com que se apresenta.

Já **Carnelutti** estabelece sua classificação tomando o juiz como sujeito da prova. O objeto da prova é o fato sobre o qual versa a ação e que deva ser verificado. Daí parte **Carnelutti** para suas duas categorias fundamentais que são a prova direta e a indireta, sempre tomadas perante o juiz. As provas diretas, por sua vez, se subdividem em pessoais ou reais, segundo a fonte de que promanam. As indiretas se subdividem em históricas e críticas. Toda reprodução de um fato compreende a prova histórica, podendo ser testemunhal ou documental. Todo o juízo de raciocínio ou de experiência corresponde à prova crítica. Como prova crítica temos as presunções, os indícios e as regras gerais de experiência.

B) Presunções e indícios como provas indiretas. Diferenças na formação e na conclusão - Perante as modalidades de classificação das provas acima, encontramos as presunções e os indícios situados como provas indiretas, sendo que **Carnelutti** lhes dá o atributo de prova indireta crítica.

Não obstante isso, absteve-se o Código vigente de dedicar normas gerais reguladoras das presunções e dos indícios, ao contrário do que o fizera o direito anterior (arts. 251 a 253 do anterior CPC). Isso não quer dizer que receberam uma depreciação legal, mas sim que passaram a ser considerados sob um outro prisma de sua natureza jurídica.

Estando as presunções *hominis* ou *facti* previstas expressamente através das máximas gerais de experiência (art. 335) e tendo as presunções *juris* ou *legis* seu lugar adequado nos institutos de direito substancial e formal onde especificamente se impõem, não há necessidade de uma regulamentação genérica das presunções. E sendo os indícios convergentes, que noutros tempos já foram identificados às presunções, juízos de valor embasado no livre convencimento do juiz, situam-se tão bem neste setor quanto no da

prova. Ainda assim, mais de uma vez faz a lei implícita alusão aos indícios, embora no campo de outros institutos (v.g., art. 371, III e art. 402, I).

Sendo ambas modalidades da mencionada prova indireta, diferem-se hoje em seu alcance. A despeito disso, se a presunção é o resultado colhido através de um juízo de probabilidade, também o são os indícios. Mas a primeira é um processo lógico consistente na ilação tirada de um fato conhecido, para a prova de um fato desconhecido (art. 1.349 do CC francês). Já o indício é a circunstância conhecida que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239 do CPP). Logo, se a presunção resulta na ilação de um fato conhecido para a prova de um fato desconhecido, o indício fica aquém, pois é circunstância que conduz a outras circunstâncias, as quais, conjugadas, formam a presunção. Daí afirmar **João Monteiro** que o indício é o meio e a presunção, o resultado. Desse modo, **de nada vale o indício se tomado insuladamente**.

C) Os indícios em sua essência final - Em sua essência, desdobrado como um meio remoto de outro meio próximo para a descoberta da verdade e sem que haja um ou mais indícios ou circunstâncias a si entrelaçados, o indício isolado não chega a lugar nenhum para a formação de um convencimento. **E de nada valerá na apreciação final da prova dos fatos**.

Os indícios podem se formar tanto por meio de circunstâncias observadas e assim, de ilações abstratas decorrentes de aspectos fáticos, quanto por meio de circunstâncias concretas deduzidas de princípios de prova.

Como exemplo de ilações decorrentes de aspectos fáticos, temos a desproporção entre o preço da venda e o preço real do bem vendido a revelar a presença do vetusto instituto da **lesão** (Livro Quarto, Tít. XIII das Ordenações Filipinas), este não contemplado em nosso direito positivo, pelo que se apresenta como fato que, por si, conduz à presença do **indício** acerca da existência de um vício do consentimento.

Mas isso só ocorrerá no caso da **lesão simples** através da qual, segundo a melhor e mais antiga doutrina a respeito, a venda do bem é feita por valor abaixo e até a metade de seu real preço de mercado.

Quando, porém, ocorrer a **lesão enorme** na desproporção no preço (ao ficar abaixo da metade até 1/3) e a **lesão enormíssima**, sendo o vendedor enganado em além de dois terços do valor do bem (logo a venda ficou abaixo de 1/3) nessas duas últimas hipóteses de **lesão**, haverá o *dolus in re ipsa*, a independência de qualquer meio de prova. Queremos dizer, a prova do

dolo de aproveitamento se evidenciará tão-somente pelo próprio preço desproporcional, dispensando prova complementar.

Como exemplo de circunstâncias concretas indiciárias temos qualquer princípio de prova por escrito, o *testimonium per tabellas* (declaração escrita), o testemunho por ouvir dizer, o reconhecimento de firma por semelhança quando aposta em documento particular, a informação de pagamentos de propina a terceiros em contabilidade de origem ilícita etc.

São os indícios fontes de prova que podem ou não conduzir a um convencimento. Sua relevância no campo da prova só ocorre quando são **somados** a outras circunstâncias ou outros indícios. Por si, isoladamente, reiterar-se *ad nauseam*, são irrelevantes, pois não levam a nenhum resultado.

Seja nascido de um elemento concreto de informação componente dos autos, seja de um raciocínio indutivo, o indício é sempre o caminho inicial para a apuração da verdade, pelo que pode ser situado na faixa do livre convencimento do juiz. Inclusive só receberá algum valor e convulsionará o campo da prova, ao neste penetrar, se estiver coerente, preciso e concordante com outros elementos de convicção dos autos.

Em suma, o indício é um raciocínio de indução e dedução, ou seja, um trabalho intelectual que sugere um resultado, mas que, por si, não pode produzir esse resultado, pelo que se forma fora da área de regulamentação do instituto da prova. Por isso mesmo, singularizadamente, não pode ser considerado propriamente como um meio de prova, embora, numa decomposição de valor, como dissemos, pode perfeitamente assumir o papel de meio remoto do meio próximo de prova, tanto que sempre dependente da atividade intelectual de conjugação. Forma-se, portanto, através de duas etapas intelectivas situadas na área do livre convencimento do juiz, com presença óbvia do sistema de fixação formal de fatos.

XII. Princípios Gerais da Prova - Tomando-se o meio de prova em sua acepção real, toda e qualquer disposição legal que, entrosada com outras, tenha por objetivo a busca da verdade, deve ser considerada como meio de prova. Passa a se situar, esse conjunto de disposições convergentes, a partir do pólo oposto da prova legal, onde emerge o critério apriorístico da certeza ficta.

Nessa circunstância, podemos considerar os princípios gerais da prova como critérios legais em busca do ideal de verdade. **Echandía** cataloga vinte e sete princípios. Vários, porém, correspondem à subdivisão de

outros. Por isso podemos condensá-los, tomando-se o grau de intensidade com que iluminam nosso direito processual e fazendo-se remissão a alguns dispositivos que os consagram, nos seguintes:

1º - **Princípio da auto-responsabilidade das partes** - A despeito da incorreção do vocábulo composto “auto-responsabilidade”, bem lembrada por **Castro Mendes**, encontra-se este *nomen juris* consagrado na doutrina. Quer expressar que a parte suporta as conseqüências de sua inatividade, de sua negligência e inclusive de seus erros insanáveis, bem como dos atos intencionais e maliciosos, na observação de **Valentin Siva Melero** (art. 14 a 18, 22, 125, n. III, 129 e 333 do CPC, dentre outros).

Sibi imputet, diziam os romanos.

2º - **Princípio da audiência contraditória** - É denominado pelo direito alemão de princípio da audiência bilateral - *Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*. Concretiza-se na frase: “Ninguém pode ser condenado sem ser ouvido”, o que em matéria de prova se subsume no cabimento da produção da prova somente havendo a possibilidade da contraprova. Logo, nenhuma prova pode ser produzida por uma parte na ausência da outra parte (arts. 125, I, 213/233, 319/324, 326, 327, 336, 398, 407, 408, 414, par. 1º, 416, 421, parágrafos 1º e 2º, 442, parágrafo único etc.).

3º - **Princípio da aquisição (ou comunhão da prova)** - Uma vez produzidos, todos os meios de prova passam a integrar o campo probatório unificado, servindo à comprovação do direito de qualquer dos litigantes e ao interesse da justiça na investigação da verdade (arts. 130, 342, 392, parágrafo único, 398, 440).

4º - **Princípio do livre convencimento motivado, da livre convicção, livre apreciação ou da persuasão racional** - Consiste na liberdade concedida ao juiz na apreciação da prova, mas atendendo aos fatos e circunstâncias **dos autos**, ainda que não alegados pelas partes, cabendo-lhe indicar na sentença os motivos de seu convencimento (arts. 131 e 436). *Quod non est in actis non est in mundo*.

5º - **Princípio da imediatidade** - De muito consagrado na doutrina alemã (*Unmittelbarkeit*), foi subdividido por **Goldschmidt** em dois:

A) em sentido subjetivo ou formal, segundo o qual o juiz deve tomar contato imediato e pessoal com os meios de prova, sobretudo a prova oral.

Malatesta ressalta a importância fundamental da imediatidade na prova oral quando adverte: “Há sinais de veracidade ou de mentira na fisionomia, no som da voz, na serenidade ou no embaraço de quem depõe:

é uma acumulação preciosa de provas indiretas, que se perde quando se julga sobre o escrito”. Na palavra de **Affonso José de Carvalho**, evidencia-se igualmente essa importância, até mesmo em sutilezas do depoimento, senão vejamos: “Um tique, uma contração nervosa da testemunha, uma transmutação de cor, uma turbacão, como diria o legislador filipino, uma palavra espontânea, um gesto, podem constituir revelações de estados d’alma capazes de gravar no observador uma convicção decisiva. Ora, uma tal observação, nos casos especiais em que se faz necessária, não a comete o julgador a outrem, a quem não possui aquele interesse imparcial e vivo de conhecer a verdade”.

B) Em sentido objetivo ou material, através do qual os meios de prova utilizados devem estar tão próximos quanto possível da percepção sensorial do juiz e das partes, o que o sistema anglo-saxônico denomina de *the best evidence rule* - a melhor prova. O princípio da imediatidade se entrosou intimamente com os três outros que serão a seguir independentemente apresentados, quais sejam o da oralidade, da concentração e da identidade física do juiz. Encontra-se presente em vários dispositivos do Código, dentre os quais os arts. 130 a 132, 336, 342 a 346, 361, 410 a 418, 427, 435, 440 a 443 e 446, n.II.

6° - **Princípio da oralidade** - Através deste, há a predominância da palavra falada (art. 336). São sempre orais os depoimentos das testemunhas e das partes, não tendo o mesmo valor probante qualquer declaração que pretenda substituí-los (arts. 342 a 346, 410 a 418).

De qualquer modo, é passível de valor indiciário a declaração escrita de terceiro, conhecida como *testimonium per tabellas*. Mas não se cotrapõe à regular prova oral, nem vale insuladamente.

Serão orais e com valor probante os resumos do laudo pericial feito pelos peritos em audiência, assim como os esclarecimentos por estes prestados quando houver pedido das partes (art. 435), havendo os debates orais quando se tornar necessária a produção de tais provas em audiência (art. 330, n. I).

7° - **Princípio da concentração** - A oralidade acima mencionada se concentra na audiência de instrução e julgamento (arts. 336, 343, 410, 435, 452). Só caberá a produção de tais provas noutra oportunidade nos casos estritamente previstos em lei (parágrafo único do art. 336).

8° - **Princípio da publicidade** - É considerado por **Bentham** em matéria de prova como a mais eficaz salvaguarda das decisões judiciais. Os atos processuais são, em regra, públicos, máxime a audiência (*mündliche*

Verhandlung), só correndo em segredo de justiça nos casos taxativamente expressos (art. 155 e seu parágrafo único).

9º - **Princípio da identidade física** - O ideal seria o mesmo juiz presidir toda a instrução e julgar a lide. Ante a impossibilidade prática de tal sempre ocorrer e mesmo isso ocorrendo, há as hipóteses de produção de prova fora da terra, através de cartas precatórias e rogatórias. O art. 132, com a nova redação dada pela Lei nº 8.637 de 31/3/93, se empenhou em regulamentar do melhor modo a identidade física do juiz que concluir a audiência.

10 - **Princípio dispositivo (*Vernhandlungs Dispositiomaxime*)** - Encontra-se em estreita conexão com o princípio do livre convencimento motivado. Por meio deste limita-se o juiz a julgar o que foi alegado e provado: *judex secundum allegata et probata judicare debet*.

Por sinal, a doutrina italiana costuma apresentar a regra latina das limitações do juiz à prova sob a redação: *judex secundum allegata et probata partium judicare debet* (**Satta** - *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Libro Primo, art. 115, p. 450; **Cappelletti** - *La Testomonianza della Parte*, v. I, p. 53). Se lá a regra com a redação acima é válida ante o disposto no art. 115 do CPC italiano, tal não ocorre perante nosso direito. Aqui não somente as partes produzem prova, pois também pode o juiz de ofício determinar sua produção, pelo que o campo probatório não se restringe ao *juxta probata partium*.

O campo do **contraditório**, outro princípio mas de caráter geral no processo e com o qual mantém o princípio dispositivo íntima correlação, é estabelecido exclusivamente pelas partes. Em decorrência da área dos fatos controvertidos, delimitam as partes o campo probatório, malgrado seja da competência do juiz a admissão, condução e até determinação de diligências atinentes à prova. Contrapõe-se, este princípio em exame, ao princípio inquisitório ou autoritário (*Untersuchungs - Offizialmaxime*), tido por respeitável corrente doutrinária como até então o predominante no Brasil. Curiosamente, a despeito de não terem as diretrizes mestras do vigente CPC sofrido alterações substanciais no assunto, divergem as respectivas exposições de motivos a respeito do princípio adotado. Se a do Código de 1939 informava ter sido contemplado o princípio autoritário, como bem acentua **Moacyr Amaral dos Santos**, a do Código vigente afirma ter sido consagrado o princípio dispositivo através do art. 262, “embora reforçando-se paralelamente a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes

para prevenir ou reprimir qualquer ato atentório à dignidade da justiça” (art. 125, III).

XIII. Os Oito Problemas da Prova - Em notável aula ministrada a 22.11.1973 na Faculdade de Direito de Osasco, São Paulo, partiu **Sentís Melendo** dos cinco problemas arrolados por **Eduardo Couture** para, acrescentando três outros, fazer uma bem lançada exposição dos caracteres essenciais do instituto da prova. Ao “que” é a prova, “que” se prova, “quem” prova, “como” se prova, “que” valor tem a prova, ampliou-os com o acréscimo: “com que” se prova, “para quem” se prova e “com que garantias” se prova (Rev. Forense, v. 246, p. 93).

Traz-nos, essa linha ideológica, a impressão de ter sido construída uma variante, mais próxima que a de Couture, dos princípios orientadores da redação da denúncia criminal ou do *lead* ou guia do noticiário jornalístico, quais sejam: *Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*.

Essa inspirada adaptação, oportuna ao instituto da prova, facilita consideravelmente seu aprofundado estudo perante os fatos e as afirmações das partes em litígio. Mas diga-se não se limitar **Sentís Melendo** ao litígio, *verbis*: “A prova é a mesma tanto na justiça civil como na penal, na do trabalho como na administrativa e, atrevo-me a declarar, a mesma na atividade judicial ou fora dela. Sou absolutamente unitarista”.

Já expusemos a natureza jurídica da prova. Lá não consideramos o melhor lugar para a inserção de excelente aula do grande mestre espanhol, radicado na Argentina, malgrado sob o título de **Natureza da Prova**. Nossa razão se prende a sua posição francamente unitarista, a qual louvamos e acolhemos, mas entendemos melhor enfocá-la separadamente à natureza jurídica do instituto assumida perante nosso atual *jus scriptum*.

Sem dúvida, a prova não é instituto exclusivo aos processos civil e penal, embora lhes devam pertencer as linhas mestras de sua regulamentação. Também é útil e necessária ao direito material ou substancial, ao processo trabalhista, ao administrativo e, já fora do direito, a todas as ciências reconstrutivas, com bem acentuou **Delepiane**. Reconheça-se, não obstante, conforme já o dissemos, ser a ciência processual a única a pesquisar a prova em sua razão ontológica e no modo de atender a seus objetivos. Ou melhor dizendo, é a única que tem a obrigação doutrinária de fazê-lo. Em sufrágio desse entendimento temos a própria palavra de **Sentís Melendo**, ao considerar a prova o ponto culminante do processo,

para concluir em certo trecho de sua aula: “Chegamos ao final do processo que é, antes de tudo, prova”.

Por isso, bem andou o Código de Processo Civil vigente, ao avocar a regulamentação das disposições gerais atinentes à prova. Por aqui se definiu pela natureza processual do instituto em suas bases mestras, sem que tal importe em sua exclusão do resto do mundo jurídico.

Podemos sintetizar do seguinte modo as respostas dadas por **Sentís Melendo** aos oito problemas por si enunciados: 1. Que é prova? Prova é verificação; 2. O que se provam? Provam-se as afirmações das partes; 3. Quem prova? Às partes cabe o ônus de provar e ao juiz, a faculdade. São palavras específicas, segundo **Sentís**, consagradas em quase todos os Códigos. Em nosso CPC, a distribuição do ônus da prova se encontra regulada no art. 333. As faculdades do juiz se circunscrevem aos meios de prova. Às partes incumbe as fontes de prova, além dos meios; 4. Como se prova? Através de um procedimento probatório preestabelecido; 5. Que valor tem a prova? É valorada na sentença mediante normas de sã crítica, conducente à livre convicção; 6. Com o que se prova? Prova-se com as fontes e os meios; as primeiras os elementos probatórios que existem antes do processo e dele independem; os segundos as atuações judiciais pelas quais as fontes se incorporam ao processo (**Sentís** - ob. cit., págs. 93/95); 7. Para quem se prova? As provas se adquirem para o processo. Por isso não é nem de uma parte, nem de outra, nem sequer do juiz; 8) Com que garantias se prova? A verificação de afirmações das partes, com a utilização de fontes que chegam ao processo através de meios admitidos pelo juiz, se realiza dentro dos sistemas e com as garantias estabelecidas (**Sentís Melendo**, pág. 97).

XIV. O Papel do Juiz na Produção da Prova - Ainda focalizando as lições de **Sentís Melendo**, encontramos-lo aludindo a uma histórica confusão idiomática sobre o sentido etimológico de dois vocábulos derivados da palavra “verdade”, quais sejam “averiguação” e “verificação”. Partindo da Lei das Sete Partidas em redação castelhana antiga, onde o vocábulo “averiguação” foi colocado no lugar de “verificação”, este constante da redação latina - *probatio est rei dubiae in judicio verificatio*, conclui o grande processualista ibérico que a prova em juízo não consiste em averiguar, mas sim em verificar. E não consiste em averiguar “porque a função do juiz não é averiguar; esta é a função das partes, porém não do julgador. Ao juiz pode

ser necessário esclarecer, clarificar algum aspecto do que se discutiu, porém nunca ir em busca dessa verdade que devem proporcionar-lhe as partes”.

Sem embargo de, em nossa língua, estarem os dois vocábulos num estágio de identidade semântica, quis **Sentís Melendo** apontar a origem da confusão histórica, na península Ibérica, entre prospecção da prova e esclarecimentos das afirmações e da prova, a primeira da alçada das partes e as últimas, na esfera da função jurisdicional.

Eis aqui o exato alcance do art. 130 do CPC e que se irradia para outros dispositivos. Já, em mais de uma oportunidade, tentamos exprimir essa mesma idéia, sem o conseguirmos com a clareza ora encontrada. Ao juiz é facultada a determinação de provas necessárias à instrução do processo, sem ficar à mercê do requerimento da parte. Essa faculdade, porém, jamais se transmudará em obrigação. O que cabe ao juiz afastar por todos os meios são as dúvidas que lhe assaltem sobre as provas das afirmações.

Em discussão comum nas lides forenses, adverte **Humberto Theodoro Jr.**, ao comentar o art. 130 do CPC, que não deve o juiz se substituir à parte na iniciativa da prova que a competia, diante do ônus estabelecido pelo art. 333, para não quebrar o tratamento igualitário exigido pelo art. 125, I (Código de Processo Civil Anotado, 1995, art. 130 p. 61).

Realmente, esse tratamento igual, ponto de equilíbrio no trato do juiz com as partes, deve ser observado como regra. Mas comporta exceção, quando o livre convencimento do juiz depender, fundamentalmente, de uma derradeira tentativa na vinda de um imparcial esclarecimento sobre aspectos duvidosos de fatos da causa.

Por outro lado, há provas necessárias à instrução da petição inicial e que podem não ter sido produzidas pelo autor.

Haverá, em tal caso, o desatendimento ao art. 283 do CPC pelo que, mesmo ocorrendo a revelia, tratando-se de documento indispensável, pode o Juiz determinar sua ulterior apresentação pelo autor.

Insuprida a falta, carece o processo de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular, impondo-se sua extinção sem julgamento do mérito.

XV. A Prova é Liberdade? - Em trecho derradeiro de sua primorosa aula, afirmou **Sentís Melendo**: “Assim, o que se deve fixar com clareza é o conceito de liberdade no seu verdadeiro sentido processual de disponibilidade e de utilização das provas, dos elementos que, como fontes, as partes

cuidarão de conhecer e oferecer e, como meios, o juiz deverá providenciar como subtítulo dessa aula a sugestiva frase: “A prova é liberdade”.

Não tomemos a liberdade enfatizada por **Sentís Melendo** como uma liberdade absoluta dentro do procedimento probatório. Não foi isto evidentemente o que pretendeu o grande mestre destacar. A incidência da liberdade absoluta no procedimento probatório, máxime perante as partes, conduziria a desastrosos resultados, ao consentir no paradoxo da permissão de indevidos desvios e propositadas procrastinações na apuração dos fatos. E tornar-se-ia incondizente com a admissão da prova que, como vimos, é da alçada do juiz.

Logo, em princípio deve haver liberdade. Podemos atribuir-lhe inclusive uma considerável amplitude, se sintonizada com a prova viável, influente, útil ou decisiva. A prova viável, no sentido de poder vir a ser útil ao processo, e que essa possibilidade exista, sem que *a priori* se tenha dela uma projeção de certeza. A prova influente ou útil, tomando-a segundo a contribuição que fornece para o alcance da verdade. A prova decisiva, diante da relevância que representa no encontro da verdade.

Situada a área de atuação da liberdade nos parâmetros acima, cabe-se discutir se a mesma, ainda assim, pode ser absoluta. E nesta parte discordamos do grande mestre, quando não prescreve limites para a liberdade, visivelmente a incompatibilizando com as restrições presentes em nossas normas processuais. Senão vejamos, como exemplo, que só valem em juízo os meios de prova legais típicos ou atípicos, desde que moralmente legítimos. Assim o juiz, ao determinar o depoimento pessoal da parte, não pode estar pretendendo obter a confissão. Nem se creia que tenha nossa legislação, sem rigorosas razões, erigido o sistema presidencialista como tradicional regra no comando, pelo juiz, da produção da prova oral, assim não se compatibilizando com o interrogatório cruzado (*cross-examination*) na oportunidade do depoimento pessoal.

Sobre o *cross-examination*, já tivemos ensejo de suscitar sérias dúvidas acerca das qualidades propaladas pelo maioria dos juristas anglo-saxões, estes recebendo a adesão de grandes juristas latinos como **Couture**, **Mauro Cappelletti** e o próprio **Sentís Melendo**. Sem embargo da tendência favorável desses grandes mestres, opomo-nos à adoção do interrogatório cruzado (conduzido pelos patronos de ambas as partes) por variadas razões, dentre as quais a regra *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*, o espírito humilde de nossos depoentes, comumente mais suscetíveis que a de outros

povos às influências das *leading questions* e encenações teatrais dos patronos das partes, além de milenares regras latinas como: *nemo tenetur edere contra re*.

Se, em conclusão, **Sentís Melendo** almeja a liberdade para a prova requerida pela parte, desde que atendidos os requisitos de viabilidade, utilidade, decisividade, honestidade e sintonia com os princípios e sistemas consagrados em lei, o que está harmônico como o todo de sua notável palestra, então dele não dissentimos e admitimos até a possibilidade da ocorrência, nessa circunstância, do cerceamento de defesa.

XVI. O Procedimento Sumário e a Prova - Sendo uma modalidade de procedimento comum do processo de conhecimento e, mesmo com a vinda da Lei nº 9.245 de 26/12/95, por força da escassez de sua regulamentação, naquilo que couber, aplicam-se, ao procedimento sumário do Título VII, Cap. III, todas as normas gerais do Livro I do CPC. Em matéria de prova, todavia, por sua natureza de procedimento de marcha célere, várias são as peculiaridades a exigir uma regulamentação própria e sobretudo adequada. Isso porque a Lei nº 9.245, que deu nova redação aos arts. 275/281 do CPC, não logrou se harmonizar idealmente, em seu art. 275, I, com o teto legal da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais), nem conquistou a desejável sumarização regulamentar do rito, como se verá adiante.

Deste ponto de partida encontramos a previsão legal de uma proposição da prova na petição inicial até mais precisa do que a da via ordinária, a despeito do silêncio sobre a prova documental que, sendo indispensável ao pedido e estando em poder do autor para a defesa de sua pretensão deve desde logo ser anexada à inicial. De igual modo poderá ser requerido o depoimento pessoal do réu e apresentado o rol de testemunhas que o autor pretende sejam ouvidas (art. 276) e, se requerer perícia, formulará quesitos e indicará assistente técnico.

Promovida a citação, não mais caberá ser peticionada qualquer proposição subsequente da prova pelo autor, o que está implícito na brevidade ritual. E antes só ainda se tornará cabível quando houver tempo de ser aditada ao mandado.

Vale aqui a pergunta a respeito da modificabilidade do rol de testemunhas até a audiência. E a resposta não pode ser outra senão a da perfeita aplicabilidade do disposto no art. 408 do CPC. A substituição da testemunha é defesa salvo: I - se vier a falecer no período que medeia o ingresso

da petição inicial em juízo e a data designada para a audiência; II - se, por enfermidade, não estiver em condições de depor; III - se, tendo mudado de residência, não for encontrado pelo oficial de Justiça. Isto quando o autor requerer sua intimação, o que na via sumaríssima deve igualmente constar da inicial, valendo o silêncio como compromisso de levar à audiência a testemunha, quando incide a presunção disposta no par. 1º do art. 412.

A admissão da prova proposta pelo autor será decidida no despacho que designar a audiência de conciliação.

A citação se efetivará com a antecedência mínima de dez dias e a advertência ao réu prevista nos arts. 285 e 319 do CPC.

Se o réu injustificadamente deixar de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na inicial (art. 319), **salvo se o contrário resultar da prova dos autos**, proferindo o juiz, desde logo, a sentença (art. 277 parágrafo 2º).

O art. 20 da Lei nº 9.099 de 26/9/95 (Juizados Especiais) já inovara a respeito da presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor em caso de revelia do réu, até então com caráter **absoluto** segundo a regra geral do art. 319 do CPC, que não fizera a ressalva relativa à liberdade de **convicção do juiz no exame da prova dos autos**, prevista no art. 209 do CPC de 1939.

Assim, se havia o questionamento doutrinário e jurisprudencial da presunção de veracidade se apresentar com caráter absoluto ou não perante o CPC vigente (*juris et de jure*) a assim não admitir prova com contrário, deixou de sê-lo tanto frente à Lei dos Juizados Especiais (9.099/95) quanto à do procedimento sumário (9.245/95).

Diante dessa tendência legal ulterior perante anterior controvérsia jurisprudencial na interpretação do art. 319, esta com predomínio do caráter absoluto, que defendíamos, passou a se tornar conveniente se reformular tal entendimento e se considerar, em todos os casos, **relativa** a presunção de veracidade (*juris tantum*), desse modo apreciando o juiz a prova e formando sua livre convicção, sem deixar de levar em conta a revelia.

Observe-se que, não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência de conciliação, a resposta escrita ou **oral**, no último caso ditando o juiz um resumo dessa defesa ao serventuário auxiliar, para ser passado à máquina de escrever ou ao computador, quando da redação da ata.

Será a contestação acompanhada de documentos, rol de testemunhas e, se o réu requerer a perícia, já com a formulação, no ato, dos quesitos,

podendo indicar assistente técnico. Com a resposta se exaure a proposição da prova pelo réu.

O que causa surpresa é, em lei de regência de procedimento simplificado, ser ignorada a apresentação de **pareceres técnicos** pelas partes, em lugar da prova pericial o que, dando celeridade ao rito e se harmonizando com sua própria sumariedade (*v.g.* art. 550 do CPC), não deve ser entendido como um afastamento da substituição (art. 427 do CPC).

Logo, é perfeitamente viável ser determinada a apresentação de parecer técnico pelas partes na via sumária, dispensando o juiz, se assim o entender, a realização de perícia requerida.

A esse respeito temos prevista a conversão do rito de sumário para ordinário, quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade, a tacitamente recomendar a apresentação de pareceres técnicos substitutivos, quando for bastante para elucidar as controvertidas versões dos fatos da causa (art. 277, parágrafo 5º).

Se, porém, for deferida a realização de perícia como vimos, torna-se provável o comprometimento da sumariedade do rito, já que o perito nomeado pelo juiz deverá peticionar aceitando a nomeação, propondo os honorários que entender cabíveis e, após fixados pelo juiz, comparecendo ao local da perícia e apresentando seu laudo, pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento (art. 433). Oferecerão os assistente técnicos seus pareceres no prazo de dez dias após a apresentação do laudo do perito.

Como é bem de ver, realizada a perícia, a prolação de sentença com dispensa da audiência é exceção e dependerá, antes, de concordância das partes, o que nem sempre ocorre. Logo, torna-se *a priori* necessária a audiência de instrução e julgamento para possíveis esclarecimentos do perito e do assistente técnico (art. 435).

Poderá já ser uma terceira audiência, se tiver inadvertidamente sido designada a segunda, prevista no parágrafo 2º do art. 278, a despeito da projeção, em seu texto, de designação para data além dos 30 dias e desse modo, com recomendação para após ser ultimada a perícia.

Essa sucessão de audiências já tivemos oportunidade de encontrar em razoável número de procedimentos sumários, a retratar não ter sido dos melhores, em agilização, seu atual regulamento.

Mas nessa fase carecerá de amparo legal uma nova proposição, pela parte, de prova oral em audiência (testemunhas e depoimento pessoal).

Por fim, como acentuaremos, além daqueles mencionados no Cap. III do Título VII do CPC, todos os meios de prova previstos em lei e portanto, típicos, bem como os moralmente legítimos e em consequência típicos ou atípicos, podem ser produzidos tanto no procedimento sumário, quanto no ordinário e no especial, mesmo assim a todo o tempo devendo o juiz no primeiro acima, preservar a sumariedade do rito.

XVII. O Estudo da Prova e seu Método Expositivo - Conforme tivemos ensejo de acima aduzir, torna-se, no campo da prova, temerário o lançamento de inovações legais ou sugestões doutrinárias desligadas de sua longa e universal evolução histórica. Sua existência ontológica já assentou uma estrutura sólida e os grandes autores que a comentam, por mais brilhantes que sejam, repetem-se, ante o milenar esmiuçamento de todos os seus quadrantes. O que afirmam ou contestam já foi afirmado por uns e contestado por outros. Não obstante, novos tempos virão e recomendarão novas pesquisas. O fato social é mutante, a exigir a reformulação progressiva do tão fascinante instituto.

Uma obra doutrinária sobre a prova, especificamente compromissada com comentários diretos de textos de novos ordenamentos processuais, não deve ficar cingida à observância do sistema legal de exposição da matéria. Deverá confrontar sinteticamente dispositivos novos com anteriores. Se não o fizer, padecerá de uma mais aprofundada coordenação teórica entre passado e presente, carecendo do exame direto dos objetivos primordiais da reformulação legislativa e estagnando-se numa suposta atualidade sem raízes.

Em vista disso, duas trajetórias expositivas se impunham para tão vasto e importante capítulo. Uma, dando-se realce à melhor doutrina até então assentada, sem deixar de confrontá-la com os mais recentes preceitos *sub censura*. Outra, acrescentando-se a tal orientação teórica, a previsão de situações fáticas futuras e soluções práticas, fundada no estudo da *mens legis*, de sua fonte, dos subsídios jurisprudenciais e pragmáticos da diuturna experiência forense.

Ficamos despretensiosamente com a última, sem dúvida a mais completa. Isso quer dizer que deveremos sempre consultar as fontes doutrinárias e jurisprudenciais de nosso direito e sobretudo dos direitos alienígenas, quando de lá foram trazidas as novas disposições legais. No ambiente alóctone, de onde muitas normas provieram, há também um vasto campo prático para antevisão de nosso futuro sob a égide de qualquer nova regulamentação.

Entronizados no novo século e terceiro milênio, podemos elaborar um retrospecto da aplicação pretoriana do Código atual, confrontando os períodos de **1939/1973** e **1974/2000**. Sem otimismo exacerbado, a despeito das não poucas imperfeições encontradas e possivelmente corrigidas, constatar-se-á saldo positivo do segundo período em relação ao primeiro.

Através desse saldo evidencia-se ter ocorrido um progressivo estímulo ao interesse pelo estudo da ciência processual. Seu nível era antes insatisfatório, talvez por contribuição do próprio ordenamento de 1939, em vários dispositivos, confuso, inseguro, arcaico e atécnico. Permitindo, até em assuntos de pouca profundidade, as mais insensatas interpretações, conduzia ao desalento seus pretensos estudiosos.

Hoje, com a forte presença de regras processuais seguras e pulsantes em normas pétreas constitucionais, além da já encetada Reforma Processual, várias leis da última década do Século XX lograram aperfeiçoar o processo e as provas tendo, doutrina e jurisprudência que se formaram, conquistado excelentes resultados. Mas ainda há muito a ser feito neste novo século e milênio. A variação dos fatos e o aperfeiçoamento do direito, no decorrer dos tempos, jamais se esgotam. ◆