

O direito à prova no Processo Civil

Eduardo Cambi

Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil na UFPR, Professor de Direito Processual Civil e Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

SUMÁRIO

1. O direito à prova como uma tendência contemporânea do direito processual civil;

2. Fundamentos para a formulação normativa do direito à prova;

3. Implicações do direito à prova no processo civil;

Referências bibliográficas.

1. O direito à prova como uma tendência contemporânea do direito processual civil

O direito à prova pode ser considerado um dos temas fundamentais do processo civil moderno, estando inserido entre os pontos sensíveis da efetividade do processo.

A expressão *efetividade do processo* tem sido utilizada, freqüentemente, pelos estudiosos que buscam aprimorar a ciência do direito processual civil.¹ Trata-se de uma expressão de conteúdo semântico multiforme e polivalente que procura sintetizar as aspirações contemporâneas na construção de um mecanismo processual que, além de cumprir com a sua tarefa de aplicar o direito material aos casos concretos (escopo jurídico), também consiga realizar outros fins (sociais e políticos) tão ou

1. Nesse sentido, conferir: MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo". In *Temas de direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27/42; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 270/303; GRINOVER, Ada Pellegrini. "Modernidade do direito processual brasileiro". In *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 10-1; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A efetividade do processo e a reforma processual". In *Revista Ajuris*, vol. 59, p. 253/68.

mais relevantes para a legitimação do exercício do poder jurisdicional. Nessa perspectiva, as preocupações daqueles que pensam o novo processo voltam-se às questões colocadas pelo movimento que constata no "acesso à justiça" um programa de reforma das leis processuais, mas principalmente um novo método de pensamento.²

O "movimento pelo acesso à justiça" representou, na expressão de um de seus principais arautos, o Prof. MAURO CAPPELLETTI, uma verdadeira "revolução copernicana", porque o processo passa a ser compreendido como o espelho capaz de revelar a cultura de sua época.³ Assim, deixa de ser um mero instrumento formal e retórico, para ser concebido como a verdadeira arena, onde se trava a luta por um direito efetivo, não meramente aparente. Esse movimento representa uma revolução na medida em que o direito processual deixa de ser analisado somente a partir do ponto de vista dos produtores das normas jurídicas. Procura-se adotar um método diverso que adota uma postura teleológica, enfocando o sistema processual no contexto das aspirações sociais e políticas que demandam respostas mais adequadas, céleres e eficientes. Com efeito, essa mudança de

perspectiva pretende concentrar suas atenções nos usuários, ou melhor, nos consumidores de justiça.⁴

Dessa forma, o operador jurídico não deve se contentar, necessariamente, com a solução normativa, até porque a norma não é um dado pronto e acabado, mas resulta da interpretação. Os textos legislativos constituem apenas o ordenamento em potência, isto é, um conjunto de normas potenciais ou de possibilidades de interpretação; o significado da norma é produzido pelo intérprete.⁵ A tarefa de interpretar as leis, que são genéricas e abstratas, consiste na sua concretização às circunstâncias e peculiaridades que se revelam nos casos concretos.⁶ Com efeito, os operadores jurídicos, notadamente aqueles que pretendem repensar o direito processual civil contemporâneo, devem analisar não somente a resposta oferecida pelo legislador, mas também examinar qual é o impacto dessa solução sobre as necessidades e sobre os problemas sociais que demandam, no plano jurídico, posicionamentos, orientações e decisões. Esse parece ser o caminho a se seguir na busca da efetividade do processo, mesmo porque de nada adiantaria a previsão abstrata de regras justas e razoáveis se não fossem

2. Cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
3. CAPPELLETTI, Mauro. "Problemas da reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas". In *Revista de processo*, vol. 65, p. 130.
4. GRINOVER, Ada Pellegrini. "O acesso à justiça no ano 2000". In *O processo civil contemporâneo*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: Juruá, 1994, p. 31-2.
5. GRAU, Eros Roberto. "A interpretação constitucional como processo". In *Revista jurídica Consulex*, vol. 3, março de 1997, p. 41.
6. A compreensão de um texto a ser interpretado pressupõe uma relação vital entre o intérprete e os sinais lingüísticos que compõe o objeto da interpretação. O leitor pertence ao texto que entende. Segundo Philippe Sollers, "ler é sobretudo entrar em si mesmo, aprender a considerar-se como um mundo de sinais, de mensagens codificadas, de rebus" ("O estilo de Deus". In *Folha de São*

aplicadas concretamente.⁷ Além disso, dentro de uma abordagem crítica, os conhecimentos jurídicos devem procurar espelhar as conquistas sociais, não se contentando com a mera reprodução irrefletida de velhas fórmulas, nem sempre satisfatórias às novas expectativas, desejos e desafios.

A renovação da ciência processual requer reflexões axiológicas permanentes que recaiam sobre a seleção dos problemas a serem estudados, sobre a escolha dos métodos de sua abordagem e sobre a capacidade de individualização dos valores envolvidos na interpretação e na aplicação das regras e dos princípios jurídicos.⁸ A construção de uma *dogmática crítica* passa pela remodelação dos conceitos, para que possam refletir a mudança dos valores que justificam e dão sentido às criações teóricas.

A preocupação em se construir um *direito à prova* se encaixa nessa perspectiva crítica, na medida em que o direito processual civil clássico costuma analisar o fenômeno probatório, quase que exclusivamente, pela categoria do *ônus da prova*.

A noção de *ônus* se insere no conjunto das situações jurídicas ativas e passivas que integram a relação jurídica processual. Consiste na possibilidade da parte agir na expectativa de obter o efeito

jurídico que está condicionado à sua prévia atuação. A situação jurídica do *ônus* está fundada no critério da *auto-responsabilidade*. Assim, a parte onerada deve responder pelas conseqüências desfavoráveis decorrentes da sua própria inércia. A satisfação do *ônus* da prova, contudo, não garante a efetiva obtenção do efeito jurídico pretendido. Por exemplo, não é assegurado ao autor, que se desincumbe da prova dos fatos constitutivos de seu direito (art. 333, inc. I, CPC), a procedência da ação, uma vez que o juiz pode rejeitar o acolhimento de sua pretensão, mesmo estando ela devidamente comprovada, baseando-se em outros fatos e outras provas constantes dos autos (v.g., uma ação de cobrança, em que o autor demonstra que entregou a mercadoria encomendada pelo demandado, pode ser julgada improcedente caso o réu comprove que houve *novação* da obrigação, que é um fato extintivo do direito, art. 333, inc. II, CPC).

A situação jurídica do *ônus da prova* permite, portanto, que o titular de um direito opte em exercê-lo ou não, sendo que a sua inércia acarreta, normalmente, a privação de um benefício, embora isso nem sempre ocorra. Por exemplo, mesmo não tendo o réu contestado a ação, o juiz pode julgar improcedente a ação, não aplicando obrigatoriamente a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pelo autor

Paulo, 28.11.1998, Caderno Mais!, p. 7). Consultar, também: Hans-George Gadamer. *Verdade e método*. Trad. de Flávio Paulo Meves. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 482 e ss.

7. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 78.
8. Cf. CHIARLONI, Sergio. *Riflessioni minime sull'insegnamento del diritto processuale civile*. In *Fivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 547-8.

(arts. 285, 302, *caput* e 319 do CPC), desde que esses fatos sejam impossíveis ou improváveis bem como quando a revelia não induza esse efeito (art. 320/CPC).⁹ Nessas hipóteses, o demandado poderá ser beneficiado por um julgamento que considere a ação improcedente, mesmo não tendo o réu apresentado sua defesa.

O ônus probatório têm dois perfis ou funções distintos.¹⁰ Serve, sob um primeiro aspecto, como uma *regra de conduta*, mediante a predeterminação dos fatos a serem demonstrados por cada uma das partes da relação jurídica processual. Nesse sentido, pela regra contida no art. 333 do CPC, incumbe ao autor a prova dos fatos *constitutivos* (inciso I) e, ao réu, a demonstração dos fatos *impeditivos, modificativos e extintivos* (inciso II). Trata-se da compreensão da prova em *sentido subjetivo*. Por outro lado, o ônus da prova serve como *regra de julgamento*, distribuindo, entre as partes, os riscos decorrentes da falta ou da insuficiência da prova, bem como permitindo que o juiz, estando em dúvida quanto a existência do fato, julgue a causa, uma vez que não se admite que o processo termine com uma decisão *non liquet*. Não obstante a in-

conveniência lógica dessa solução, o juiz deve julgar a causa, mesmo tendo dúvidas quanto às questões de fato submetidas a julgamento.¹¹ Trata-se, nessa perspectiva, de compreender o ônus da prova em *sentido objetivo*.

No entanto, tanto o perfil subjetivo quanto o objetivo do ônus da prova mostram-se insuficientes no contexto da *efetividade* do processo, por se tratar de uma situação jurídica eminentemente *negativa*, já que é levada em consideração pelo juiz, no momento em que deve sentenciar, quando tem que verificar quais os fatos foram efetivamente demonstrados.¹² Em outras palavras, as regras relativas ao ônus da prova auxiliam o juiz, principalmente no momento em que tem de decidir a causa, não influenciando na busca da elucidação das questões fáticas, durante a fase instrutória do processo.

Por isso, há autores que afirmam que o problema do ônus da prova somente se coloca quando a prova não foi produzida.¹³ Entretanto, isso significaria reduzir a compreensão do ônus da prova ao seu aspecto objetivo. Acreditamos que o sentido subje-

9. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. "Ônus de contestar e o efeito da revelia". In *Revista de processo*, vol. 41, p. 185/197.

10. Cf. ECHANDIA, Hernando Dévis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, 4. ed., Buenos Aires: Victor P. de Zavallia Editor, 1981, p. 434; MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1942, p. 96.

11. Com efeito, o raciocínio jurídico é diverso do que acontece em outros campos científicos. Enquanto o médico, por exemplo, após investigar exaustivamente os sintomas que seu paciente apresenta, pode, em razão de suas fundadas dúvidas, reconhecer, honestamente, a ausência de um diagnóstico preciso, o juiz tem que julgar se a pretensão deduzida pelo autor deve ser acolhida ou rejeitada. Cf. CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: CEDAM, 1954, p. 24-5; CARNELUTTI, Francesco. "Verità, dubbio, certezza". In *Rivista di diritto processuale*, 1965, p. 7; COMOGLIO, Luigi Paolo. *La prova civile*. Turim: UTET, 1998, p. 92/7.

12. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O juiz e a prova". In *Revista de processo*, vol. 35, p. 181.

13. Nesse sentido, cf. RESEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEA, 1956, p. 15-6; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Foderes instrutórios do juiz*. São Paulo: FT, 1991, p. 81-2.

tivo do ônus da prova não deva ser suprimido, porque serve para conferir algum caráter positivo, ainda que insatisfatório, à categoria dos *ônus probatórios*.¹⁴ Por exemplo, o juiz ao determinar a quem cabe as despesas processuais (art. 19/CPC) ou ao procurar inverter os ônus da prova (art. 6º, inc. VIII, CDC) deve levar em consideração o sentido subjetivo do ônus da prova. Todavia, essa afirmação não é suficiente para poder se concluir que a categoria do *ônus probatório* satisfaz a necessidade de se conceber o instrumento da prova como um meio efetivo, na medida em que essa perspectiva conceitual não dá conta das múltiplas deduções que poderiam se extrair da relação entre os sujeitos processuais e as provas, bem como continua relegando o problema da reconstrução dos fatos para o momento em que o juiz está mais preocupado em julgar a causa, ao invés de investigar profundamente as questões de fato nela envolvidas.

A compreensão do instituto jurídico da prova, pela categoria do *ônus probatório*, é, eminentemente, negativa, porque atribui a cada uma das partes a possibilidade de agir em juízo, que é acompanhada dos riscos inerentes às incertezas ocasionadas quando os fatos não forem satisfatórios ou integralmente demonstrados. Percebe-se, pois, a necessidade da reformulação das categorias processuais, a fim de que o processo possa ser concebido como um instrumento

mais eficiente para a atuação do direito material e para se conseguir pacificar, com justiça, os conflitos de interesses.

Nessa perspectiva, surge a necessidade de se tentar compreender o fenômeno probatório a partir de uma outra situação jurídica, a dos direitos (processuais) públicos subjetivos. Não se pretende, com isso, eliminar a perspectiva traçada pelos *ônus probatórios*, mas apenas dar um outro sentido ao instituto jurídico da prova, para que o processo possa cumprir sua missão de proporcionar a tutela jurisdicional efetiva àqueles que buscam o devido amparo estatal, na expectativa de que o Poder Judiciário possa remediar as potenciais ou efetivas lesões as suas esferas jurídicas.

Afinal, as matérias que envolvem o conhecimento dos fatos, salvo excepcionalmente (art. 334/CPC), requerem provas. As partes fazem alegações que, caso não sejam provadas, não surtem nenhum efeito: "Fato não provado, é fato inexistente".¹⁵ As partes devem, pois, ter a oportunidade de demonstrar os fatos que servem de fundamento para as suas respectivas pretensões e defesas, sob pena de não conseguirem influenciar o órgão julgador no julgamento da causa. Aliás, não haveria sentido em se procurar obter *decisões justas*, se o mecanismo processual não estivesse voltado à correta reconstrução das questões de fato que integram o objeto do processo.

14. A respeito dessa problemática, verificar: ECHANDIA, Hernando Devís. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, cit., p. 430/6; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 131/142.

15. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Cit., p. 203. Verificar, ainda: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. Milão: Giuffrè, 1992, p. 291; CALAMANDREI, Piero. "Il giudice e lo storico". In *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, p. 113-4.

A noção de *direito à prova* aumenta as possibilidades das partes influenciarem na formação do convencimento do juiz, ampliando as suas *chances* de obter uma decisão favorável aos seus interesses. Assim, as partes têm liberdade para demonstrar quaisquer fatos, mesmo que não possuam o respectivo ônus da prova, desde que entendam que a sua comprovação diminuirá os seus riscos processuais. Por exemplo, havendo dúvida quanto a natureza subjetiva ou objetiva da responsabilidade civil, o autor pode demonstrar a culpa do réu, embora, posteriormente, a ação venha a ser julgada de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva.

O *direito à prova* tem uma conotação democrática e é uma situação jurídica *ativa*, porque possibilita às partes a mais ampla possibilidade de participação processual, ampliando suas condições de influir na formação do convencimento do juiz. Com isso, percebe-se que as partes não têm apenas ônus, mas também *direitos*, que devem ser observados pelo Estado-juiz.

Com isso, percebe-se que o *direito à prova* tem duas dimensões que se complementam, já que, por seu intermédio, pretende-se satisfazer tanto os *interesses privados* das partes em influenciar o juiz na obtenção de uma decisão favorável e, ao mesmo tempo, o *interesse público* na justa e correta aplicação do direito material, tornando, enfim, o processo um instrumento

adequado e eficaz, voltado à legitimação social do exercício do poder jurisdicional.

Com efeito, a preocupação em se estruturar o critério da *máxima potencialidade e efetividade* possível de ser atribuída ao instrumento probatório depende da concretização de um genuíno *direito público subjetivo à prova*.

2. Fundamentos para a formulação normativa do direito à prova

A formulação do *direito à prova*, como sendo um direito público subjetivo, demanda a busca de fundamentos normativos que podem ser investigados a partir da interpretação das *garantias constitucionais processuais*.

O inter-relacionamento entre o processo civil e a Constituição permite a construção de uma *dogmática crítica*, na medida em que o texto constitucional serve como *fonte sistemática e metodológica* que possibilita a reflexão axiológica da função do mecanismo processual na sociedade contemporânea.

Aliás, essa perspectiva constitucional tem sido universalmente explorada na tentativa de se obter fundamentos normativos que possibilitem a evolução da ciência processual.¹⁶ Trata-se de uma postura correta, visualizada na Europa, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, onde

16. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. "Fundamental guarantees of the parties in the civil proceedings (general report)". In *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Coord. Mauro Cappelletti e Denis Tallon. Milão: Giuffrè, 1973, p. 746/52; CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 302/6.

foram elaboradas, sob a influência de tratados internacionais sobre direitos humanos, Constituições democráticas que procuraram tutelar os direitos fundamentais, plasmando não só aspectos jurídicos, mas, sobretudo, valores éticos necessários à construção de uma sociedade livre e justa, que procurasse se opor aos modelos totalitários que infelizmente deixaram cicatrizes históricas, sentidas por toda a população mundial.

A Constituição Federal de 1988 encerrou o regime autoritário instalado com o Golpe de 1964, representando uma grande conquista democrática, cujo alcance e implementação dependem da *força normativa* a ser a ela atribuída pelos operadores e pelos aplicadores do texto constitucional, que também inclui a tarefa de interpretação das leis infraconstitucionais, dentre as quais o Código de Processo Civil de 1973, em conformidade com a Constituição (*filtragem constitucional*).¹⁷

Com relação ao direito processual, a Constituição de 1988 prevê, expressamente, um amplo elenco de garantias, dentre as quais pode-se destacar a inafastabilidade de ingresso ao Poder Judiciário, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Todavia, isso não é tudo, uma vez que a Constituição não excluiu outros instrumentos processuais, desde que se possa vislumbrar as suas compatibilidades com o regime

e com os princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º, CF).

Com isso, pode-se afirmar que a nossa Constituição não assegurou o acesso à qualquer ordem jurídica, mas o *acesso à ordem jurídica justa*. A partir dessa compreensão, é necessário buscar configurar um *direito ao processo justo*, baseado em meios técnicos, mas também éticos. O processo, para ser justo, deve, pois, estar voltado a concretização dos valores constitucionais, mesmo porque, se o mecanismo processual se prestasse à aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, seria melhor dificultar o acesso à justiça, pois, assim, poder-se-ia evitar o cometimento de uma dupla injustiça.¹⁸

A correta reconstrução dos fatos no processo, mediante a utilização das provas, possibilita a realização de *decisões justas*. Pode-se, assim, asseverar que o *direito à prova*, ao pretender dar melhores oportunidades para que as partes influam na formação do convencimento do juiz, contribui para a *cognição mais fiel* dos fatos relevantes para a justa solução dos conflitos de interesses.¹⁹

Por isso, a regra contida no art. 5º, inciso XXXV, CF, tem sido interpretada em sentido amplo para, ao concretizar normativamente a aspiração contida na preocupação de se obter *acesso à ordem jurídica justa*, não possibilitar que o processo con-

17. Cf. CLÉVE, Clèmerson Merlin. "A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional antecipatória)". In *Anais do seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: COAD, 1993, p. 49; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 101/9.

18. WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e sociedade contemporânea". In *Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 129.

19. Cf. TARUFFO, Michele. "Idee per una teoria della decisione giusta". In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, p. 319.

temple iniquidades vindo a beneficiar o litigante que não tem razão, mas, ao contrário, sirva de instrumento para a realização de uma tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva.²⁰

Pode-se, então, afirmar que o *direito à prova é um direito constitucional*, a partir de duas perspectivas possíveis, deduzidas da Constituição Federal de 1988. Em uma *perspectiva interna*, o direito à prova pode ser extraído, implicitamente, da noção de *direito ao processo justo*, contida no art. 5º, inciso XXXV, da CF, bem como ser contemplado a partir da garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF) que, em sentido amplo, abarca as demais garantias constitucionais. Por outro lado, em uma *perspectiva externa*, a consagração do direito à prova deriva, expressamente, do art. 8º, § 2º, letra f, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), além do art. 14.1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil e incorporados ao elenco dos direitos fundamentais, pela regra contida no art. 5º, § 2º, da CF.

A origem da garantia do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF) remonta à tradição dos sistemas jurídicos da *common law*, tendo aparecido pela primeira vez no

art. 39 da Magna Carta de João-Sem-Terra, de 1215, passando pelo Estatuto de 1534 do Rei Eduardo III, tendo sido prevista, igualmente, nas Emendas V e XIV da Constituição norte-americana. O *due process of law* simboliza a própria garantia constitucional, uma vez que ninguém pode ser privado da sua vida, liberdade ou patrimônio sem a realização de um processo, em que sejam observadas as fórmulas contidas na lei. Trata-se, pois, de um *conceito jurídico indeterminado* que a jurisprudência norte-americana vem transformando em um "princípio fundamental de justiça", destinado a variar segundo as condições histórico-políticas e econômico-sociais próprias do momento de sua aplicação.²¹ Por isso, não é incorreto afirmar que a garantia do devido processo legal é o gênero da qual as demais garantias (ação, ampla defesa e contraditório) são espécies.²²

O *direito à prova* integra a garantia constitucional da ação,²³ na medida em que a ação é o *poder de agir em juízo* que as pessoas têm de romper a inércia da jurisdição, para que possam afirmar a existência de uma *pretensão* de direito material a ser tutelada pelo Poder Judiciário. No entanto, essa garantia é *dinâmica*, não se restringindo à fase postulatória do procedimento legal, mas implicando o poder de realizar no processo

20. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1997, p. 20; CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Garantia do processo sem dilações indevidas". In *Garantias constitucionais do processo civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999, p. 237.

21. Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970, p. 128/31.

22. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 30.

23. Nesse sentido, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A Constituição e as provas ilícitamente obtidas". In *Revista de processo*, vol. 84, p. 144; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973, p. 76-7; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Garantia da amplitude de produção probatória". In *Garantias constitucionais do processo civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999, p. 167-8.

todas as atividades (que incluem a possibilidade de alegar, deduzir, argumentar e provar) necessárias à obtenção da tutela jurisdicional requerida.²⁴

Do mesmo modo, o direito à prova também integra a garantia constitucional da ampla defesa. Afinal, a defesa nada mais é do que uma atividade contraposta e homóloga à ação. Existe em relação à ação e vice-versa (*bilateralidade da ação*); por isso, se o autor tem direito a provar os fatos que servem de fundamento para a sua pretensão, o réu, da mesma forma, tem o direito de demonstrar os fatos que servem de base para a sua defesa. Não é sem propósito, pois, que a regra contida no art. 5º, inciso LV, da CF garante a ampla defesa “com os meios e recursos a ela inerentes”. Nessa amplitude da garantia constitucional da defesa, pode ser enquadrado o direito à prova, porque negar a possibilidade da réu *defender-se provando* seria o mesmo que negar a própria noção da ampla defesa.²⁵ Ademais, um tratamento jurídico diferenciado seria incompatível com o princípio constitucional da isonomia, o que inviabilizaria a possibilidade de haver um contraditório efetivo e equilibrado.

Essa *bilateralidade da ação*, com os meios processuais a ela inerentes, constitui

uma manifestação da garantia constitucional do contraditório. Por isso, pretender dar tratamento isonômico substancial às partes, assegurando-lhes possibilidades equivalentes para poder influenciar no convencimento do juiz e, assim, conseguir obter a tutela jurisdicional buscada, é fazer respeitar o contraditório. Como a tutela jurisdicional plena deve ser conferida ao litigante que tem razão,²⁶ a garantia do contraditório está fundada no princípio *audi et alteram partem*, que é um aforismo de sabedoria, pelo qual um julgamento não pode ser realizado antes da argumentação de ambas as partes.²⁷ Conseqüentemente, o contraditório pode ser concebido como uma decorrência do princípio da *paridade de armas*, que abarca a necessidade de se conceder oportunidades iguais às partes (*Chancengleichheit*), bem como atribuir-lhes os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*), para que tanto o autor quanto o réu possa agir e defender-se em juízo, fazendo valer seus direitos em igualdade de condições.²⁸ Portanto, a *adequação qualitativa das possibilidades de se fazer ouvir em juízo* é um dos conteúdos da garantia constitucional do contraditório,²⁹ que, por isso, se torna um modo de efetivação da *participação* processual, dando, destarte, concretização ao espírito democrático.

24. COMOGLIO, Luigi Paolo. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”. In *Studi in onore di Luigi Montesano*. Vol. 2, Padova: CEDAM, 1997, p. 94.

25. Cf. VASSALI, Giuliano. “Il diritto alla prova nel processo penale”. In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1963, p. 12.

26. Segundo LIEBMAN, Enrico Tullio, “la tutela giurisdizionale spetta in effetti soltanto a chi ha ragione, non a chi vanta un diritto inesistente” (*Manuale di diritto processuale civile*. Vol. I, 3. ed., Milão: Giuffrè, 1973, p. 116). Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. “Tutela Jurisdizional”. In *Revista de processo*, vol. 81, p. 54/81.

27. CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Cit., p. 303.

28. NERY JR., Nelson. *Princípios constitucionais do processo civil na Constituição Federal*. Cit., p. 144.

29. COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995, p. 70.

Já a regra prevista no art. 5º, § 2º, da CF contém a fórmula dos *direitos fundamentais implícitos*, derivada, igualmente, da tradição jurídica da *common law* e prevista, especialmente, na Emenda IX da Constituição norte-americana.³⁰ Com efeito, pode-se afirmar que a Constituição brasileira de 1988 não adotou o princípio da *tipicidade* dos direitos fundamentais, admitindo a incorporação de outros direitos, como aqueles previstos nos tratados internacionais, desde que sejam ratificados pelo Brasil, incorporando-se ao ordenamento jurídico nacional, e possam ser considerados compatíveis com a Constituição.³¹

Na esteira do art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10.12.1948,³² o art. 14.1 do Pacto Interna-

cional dos Direitos Civis e Políticos, de 06.06.1966,³³ e os arts. 8.1 e 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 06.11.1969³⁴ consagram o *direito à prova*. Observa-se, todavia, pela leitura desses dispositivos que o *direito à prova* está consagrado expressamente para o processo penal, não para o processo civil, além de que esses preceitos normativos elencam, tão-somente, alguns meios de prova. De fato, o exame desses dispositivos requer uma *interpretação extensiva*, tal como vem ocorrendo na Corte Européia dos Direitos do Homem, com relação ao art. 6.3, letra *d*, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950.³⁵ Essa exegese decorre da própria noção de um *processo justo*, no qual devem ser colocados à disposição das partes todos

30. Na Emenda IX da Constituição dos EUA, está escrito: "The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people".

31. Cf. SCARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 81.

32. Esse dispositivo afirma que todo "homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele" (grifos nossos).

33. Esse preceito normativo assegura a toda pessoa o direito de ser ouvida publicamente e com todas as garantias, além do direito de "interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação".

34. O art. 8.1. dispõe que "pessoa terá direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza" (grifos nossos). Já o art. 8.2. preceitua que, durante o processo, toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a garantias mínimas, dentre as quais a "b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; (...); f) o direito da defesa inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras que possam lançar luz sobre os fatos".

35. Nessa regra jurídica, está escrito que todas as pessoas "tem direito a uma justa e pública audiência dentro de um tempo razoável, diante de um tribunal independente e imparcial, constituído por lei, com a finalidade de determinação seja de seus direitos e de seus deveres de caráter civil, seja da firmeza de toda acusação penal contra ele (...). Todo acusado tem especificamente o direito a: d) interrogar ou fazer interrogar as testemunhas a seu favor e obter a convocação e o interrogatório dos testemunhos a seu desfavor, nas mesmas condições dos testemunhos a seu favor". Cf. DENTI, Vittorio. "Armonizzazione e diritto alla prova". In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 673; UBERTIS, Giulio. "Diritto alla prova nel processo penale e corte europea dei diritti dell'uomo". In *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 489-490.

os meios de prova que puderem ser considerados relevantes para a elucidação das questões de fato que compõem a controvérsia, bem como à todos os tipos de processo em que possam haver violação dos direitos fundamentais.³⁶

Portanto, a operacionalização do conceito de *direito à prova* depende apenas da *força normativa* a ser dada pelo operador jurídico brasileiro à Constituição. Aliás, quanto a formulação normativa do *direito à prova*, o direito brasileiro é mais avançado que a maior parte das legislações estrangeiras, uma vez que a Constituição Federal de 1988 pretende conciliar a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, previstos na cláusula do *due process of law* e na fórmula dos *direitos constitucionais implícitos*, consagradas em países ligados à tradição jurídica da *common law*, com as garantias fundamentais escritas, plasmadas nas mais modernas Constituições Europeias e nos tratados internacionais de direitos humanos, elaborados no pós-guerra.

3. Implicações do direito à prova no processo civil

Embora o *direito à prova* possa ser concebido como um direito público subjetivo, isso não significa que possa ser enten-

dido como um direito absoluto e incondicionado.³⁷

A propósito, o STJ já firmou interessante precedente nesse sentido, determinando que a “produção de provas constitui direito subjetivo da parte, a comportar temperamento a critério da prudente disposição do magistrado que preside o feito, com base em fundamentado juízo acerca de sua utilidade e necessidade, de modo a resultar a operação no equilíbrio entre a celeridade desejável e a segurança indispensável na realização da justiça”.³⁸

Dessa forma, apesar do *direito à prova* estar sujeito ao princípio da *máxima efetividade*, pelo qual deve ser atribuída a uma norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê,³⁹ não se pode esquecer a dimensão principiológica e compromissória da Constituição brasileira, que pode acarretar colisões de valores e de bens constitucionais.

A harmonização e a coordenação dos bem jurídicos em conflitos, para evitar o sacrifício de uns em detrimento dos outros, depende da ponderação dos valores, procurando dar prioridade àquele que se mostre hierarquicamente mais relevante para a solução do caso concreto. Esse balanceamento é conseguido com a aplica-

36. Nesse sentido: TARUFFO, Michele. “Il diritto alla prova nel processo civile”. In *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 77, nota 9; Joan Picó i Junoy. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1996, p. 33; WALTER, Gehard. “Il diritto alla prova in Svizzera”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 1195.

37. Verificar: TARZIA, Giuseppe. “Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatoria civile”. In *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 648, nota 18; ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Tomo I, Cit., p. 36; JUNOY, Joan Picó i. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Cit., p. 148/56.

38. Ag. Reg. nº 84.048/RJ – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – unân. – j. 25.03.1996 – DJ 22.04.1996, p. 12.580.

39. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 227.

ção do princípio da *proporcionalidade*, que tem a função de encontrar a *justa medida* entre a limitação de um direito constitucional em favor da necessidade legítima de se realizar outro direito igualmente reconhecido pela Constituição que, nesse conflito, requer maior espaço de efetivação.⁴⁰

Tempo e segurança são dois valores igualmente importantes para o processo civil; por isso, devem ser igualmente ponderados pelo juiz.

O tempo no processo é um *ônus*, que deve ser distribuído igualmente entre as partes, não podendo ser suportado, tão-somente, pelo autor. Como o processo não pode servir para prejudicar a parte que tem razão, admite-se a possibilidade da concessão de tutela antecipada (art. 273/CPC), seja em relação a parte incontroversa da demanda,⁴¹ seja em relação aos pedidos formulados pelo autor, que estão acompanhados de provas e têm a probabilidade de serem verdadeiros, desde que a exceção substancial indireta seja provavelmente infundada, servindo apenas para pro-

telar o momento da realização do direito do credor. Neste caso, admite-se a antecipação dos efeitos da tutela, valendo-se da técnica da *condenação com reserva*; dessa forma, as regras relativas ao ônus da prova podem servir como critérios para a distribuição do tempo do processo.⁴²

Não resta dúvida que a justiça tardia nada mais é do que uma forma de denegação da própria justiça⁴³ e que a efetividade da tutela jurisdicional passa pela construção de técnicas que permitam a repartição do ônus do tempo do processo.

A produção das provas orais (*constituendas*), ao contrário das provas documentais (pré-constituídas), necessitam da realização da audiência de instrução, onde são produzidas, o que acarreta, inevitavelmente, uma maior duração do tempo do processo.

Todavia, a realização dos atos processuais requer tempo e é preciso dar tempo ao tempo, sob pena da *coguição* processual ser mal feita,⁴⁴ dando margem para que o processo sirva para tutelar injustiças.⁴⁵ As

40. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 218-9; ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 111-2.

41. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. Cit., p. 70/110; DÓRIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação a parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2000.

42. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. Cit., p. 33/69.

43. "Delayed justice can be equivalent to denial of justice. The speediness of justice is therefore a precondition for the efficacy of judicial defense" (STAVEV, Zhivko. *Fundamental guarantees of in civil proceedings: a survey of the laws of the european people's democracy*. In *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Coord. Mauro Cappelletti e Denis Tallon. Milão: Giuffrè, 1973, p. 415).

44. É, por isso, bastante pertinente a advertência de Piero Calamandrei, para o qual "il diritto in formazione è ancora tutto pieno di sorprese e tutto commisto e amalgamato nei fatti, come il metallo nel minerale appena scavato" ("La funzione della giurisprudenza nel tempo presente". In *Studi sul processo civile*. Vol. VI, Padova: CEDAM, 1957, p. 110).

45. "Il problema del procedimento, come dice la stessa parola, poichè procedere significa andare innanzi, ha un suo aspetto temporale, il quale è pure importante e interessante. (...) Lo slogan della giustizia rapida e sicura, che va per le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione in adiecto: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura" (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958, p. 154).

partes precisam de tempo para poderem influir no convencimento do juiz e o magistrado precisa de tempo para meditar a respeito dos argumentos trazidos pelas partes. Afinal, o juiz não é, tal como advertia GNAEUS FLAVIUS, uma dessas máquinas automáticas, nas quais basta introduzir, por um lado, uma moeda para que, por outro lado, saia um cartão com a resposta.⁴⁶

Essa afirmação não exime a responsabilidade que o juiz tem na concretização da celeridade processual, já que cabe a ele o dever de velar pela rápida solução do litígio (art. 125, inc. II, CPC). Contudo, a lei processual dá mecanismos para que o juiz possa cumprir esse dever, conferindo-lhe, em contrapartida, poderes processuais, tais como o contido na regra do art. 330, inciso I, do CPC, que lhe permite julgar o mérito do processo sem a necessidade da produção de provas orais, desde que isso não seja necessário.

O grau de discricionariedade do juiz para determinar o que é ou o que não é necessário não é ilimitado; aliás, a liberdade que o juiz possui para formar o seu livre convencimento (art. 130/CPC) não é irrestrita, sob pena da *submissão* das partes no processo virar sinônimo de *arbitrio*. Em um Estado de Democrático Direito, o instrumento processual deve estimular a *participação* das partes nos atos do processo, dando-lhes todas as oportunidades para poder influenciar no convencimento do juiz. Com efeito, tendo a Constituição reconhecido o *direito à prova*, o juiz não pode julgar

antecipadamente o mérito sem dar chance para que a parte produza a prova necessária para demonstrar suas alegações. Caso contrário, a decisão do juiz é *nula*, em razão do *cerceamento de defesa*. Afinal, havendo a necessidade de se produzir a prova, outra poderia ser a decisão do juiz, na hipótese em que pudesse levar em consideração esse material probatório.

Entretanto, para restar caracterizado a violação ac *direito à prova*, não basta a mera probabilidade da decisão ser diferente, caso a prova fosse produzida. Antes do juiz determinar a produção de uma prova *constituenda* ou, também, possibilitar a permanência nos autos de uma prova *pré-constituída*, deve levar em consideração outros critérios que servem para configurar o *direito à prova* e, eventualmente, restringir o seu exercício, em favor da efetivação de outros valores considerados mais relevantes para o sistema processual.

O *cerceamento de defesa* vai se caracterizar, tão-somente, quando a parte vier a sofrer um *prejuízo* ou um *gravame* decorrente da indevida transgressão do seu direito à prova. Porém, para que a parte possa se valer de um determinado meio de prova, é preciso que ele se mostre *pertinente*, *relevante*, *admissível* e *útil* para a decisão da causa.

Considera-se *pertinente* o meio de prova que recaia sobre um fato *controvertido* que integra a *res in iudicium deducta*, isto é, o *mérito* da causa. Para ser *relevante*, além do meio de prova recair sobre um fato *controvertido* e *pertinente*, deve

46. CALAMANDREI, Piero. "Il processo come giuoco". In *Rivista di diritto processuale*, 1950, p. 25.

corresponder a um fato abstratamente previsto na norma aplicável ao caso concreto (*fattispecie*), que precisa ser verificado para que se possa aplicar as conseqüências jurídicas potencialmente predeterminadas. O critério da *admissibilidade* não se refere ao objeto da prova, mas é um requisito de *legalidade*, que diz respeito tanto a *forma* como o meio de prova deve ser proposto (v.g., arts. 396-7/CPC), quanto às *proibições* e às *limitações* à capacidade de produzir efeitos (v.g., art. 5º, inc. LVI, CF e art. 401/CPC). Por fim, a *utilidade* está relacionada com o benefício que o meio de prova, que a parte pretende valer-se, possa vir a ter no conjunto dos demais meios de prova, devendo-se questionar se ele pode ou não auxiliar o juiz no julgamento da causa.

O poder do juiz de julgar antecipadamente o mérito é acompanhado do dever de motivar a decisão (art. 93, inc. IX, CF). Considerando que a causa se encontre “madura” para julgamento, o magistrado pode dispensar a produção de outras provas, por considerá-las supérfluas à solução do litúgio. Na fundamentação (art. 458, inc. II, CPC), indicará as razões de seu convencimento, cabendo as partes, em caso de inconformismo, recorrerem, pedindo ao tribunal que anule a decisão e assegure a oportunidade da parte produzir ou utilizar o meio de prova pretendido.

Portanto, o direito à prova não é um direito absoluto e incondicionado, podendo ser limitado a partir dos deveres e critérios acima elencados. O mais importante é, pois, ter em mente que critério da *máxima potencialidade e efetividade* possível de ser atribuída ao instrumento probatório não é um *critério residual*, mas primordial ao ordenamento processual contemporâneo, que procura dar maior liberdade aos sujeitos processuais, para que possam ser superados os resquícios legislativos e a mentalidade antiquada próprias do acrítico e antidemocrático sistema da prova legal, que se impunha muito mais pela força da inquisitorialidade da autoridade judiciária do que pela racionalidade dos argumentos discutidos e suscetíveis ao julgamento da causa.⁴⁷

Desse modo, é possível tratar o direito à prova como um *direito fundamental*, capaz de servir como instrumento para a legitimação do exercício do poder jurisdicional e, ao mesmo tempo, ser uma fonte de aperfeiçoamento democrático na busca de decisões melhores, isto é, que possam traduzir com maior perfeição o sentimento social de justiça, que as partes buscam ao se socorrerem ao Poder Judiciário e ao processo, como seu meio de acesso.

Todavia, quaisquer mudanças, mesmo aquelas mais simples, que são as que se

47. Verificar: DENTI, Vittorio. “L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei”. In *Processo civile e giustizia sociale*. Bolonha: Edizioni di Comunità, 1971, p. 79/120; Carlo Furno. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: CEDAM, 1940; COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 268/70; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 22/5.

operam no campo teórico, trazem perplexidades e dificuldades, que devem ser enfrentadas caso se pretenda fazer uma reflexão crítica das instituições jurídicas. No entanto, antes de tudo, é necessário pelo menos ter o *desejo* de aperfeiçoar o papel da ciência do direito com o objetivo de vê-la mais engajada na solução dos problemas sociais, para que, assim, os operadores jurídicos possam dar a sua parcela de contribuição na modificação de todas as situações iníquas que esteja ao seu alcance enfrentar.⁴⁸

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O juiz e a prova". In *Revista de processo*, vol. 35.

_____. "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo". In *Temas de direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. "Os novos rumos do processo civil brasileiro". In *Revista Ajuris*, vol. 62.

_____. "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas". In *Revista de processo*, vol. 84.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 1991.

_____. "Garantia da amplitude de produção probatória". In *Garantias constitucionais do processo civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999.

CALAMANDREI, Piero. "Il giudice e lo storico". In *Rivista di diritto processuale civile*, 1939.

_____. "Il processo come giuoco". *Rivista di diritto processuale*, 1950.

_____. *Processo e democrazia*. Padova: CEDAM, 1954.

_____. "La funzione della giurisprudenza nel tempo presente". In *Studi sul processo civile*. Vol. VI, Padova: CEDAM, 1957.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. "Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report)". In *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Coord. Mauro Cappelletti e Denis Tallon. Milão: Giuffrè, 1973.

_____. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

_____. "Problemas da reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas". In *Revista de processo*, vol. 65.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.

_____. "Verità, dubbio, certezza". In *Rivista di diritto processuale*, 1965.

48. Resta-nos, então, o consolo oportuno, extraído do otimismo incansável, vivenciado nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira: "Não temos a ingenuidade de supor que seja fácil modificar o mundo com puros instrumentos jurídicos. Se falta a vontade política da mudança, pouco se pode fazer, operando no plano específico do Direito. Nem por isso havemos de quedar-nos inertes, ou de encerrar-nos de uma vez por todas na famosa 'torre de marfim', vista por tantos como retiro inevitável de juristas, e particularmente de processualistas. Reconhecer que o Direito não é onipotente de modo nenhum nos obriga a vê-lo por impotente. No processo evolutivo, sua palavra está longe de ser a única, ou a definitiva. É, em todo caso, imprescindível; mais do que isso, insubstituível; e algumas vitórias permitem-nos acreditar que não tem sido, nem será, totalmente inútil" ("Os novos rumos do processo civil brasileiro". In *Revista Ajuris*, vol. 62, p. 189).

- CHIARLONI, Sergio. "Riflessioni minime sull'insegnamento del diritto processuale civile". In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. "A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional antecipatória)". In *Anais do seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: COAD, 1993.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Luigi Paolo Comoglio. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970.
- _____. "Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali". In *Studi in onore di Luigi Montesano*. Vol. 2, Padova: CEDAM, 1997.
- _____. *La prova civile*. Turim: UTET, 1998.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Garantia do processo sem dilações indevidas". In *Garantias constitucionais do processo civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999.
- DENTI, Vittorio. "Evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei". In *Processo civile e giustizia sociale*. Bolonha: Edizioni di Comunità, 1971.
- _____. "Armonizzazione e diritto alla prova". In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "Ônus de contestar e o efeito da revelia". In *Revista de processo*, vol. 41.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. "Tutela Jurisdicional". In *Revista de processo*, vol. 81.
- DÓRIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação a parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2000.
- ECHANDIA, Hernando Dévis. *Teoria general de la prova judicial*. Tomo I, 4. ed., Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor, 1981.
- FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: CEDAM, 1940.
- GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*. Trad. de Flávio Paulo Meuves. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.
- _____. "O acesso à justiça no ano 2000". In *O processo civil contemporâneo*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: Juruá, 1994.
- _____. "Modernidade do direito processual brasileiro". In *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. "A interpretação constitucional como processo". In *Revista jurídica Consulex*, vol. 3, março de 1997.
- JUNOY, Joan Picó i. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1996.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Vol. I, 3. ed., Milão: Giuffrè, 1973.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1997.
- MICHELLE, Gian Antonio. *Onere della prova*. Padova: CEDAM, 1942.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra editora, 1998.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed., São Paulo: RT, 1999.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.
- ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEJA, 1956.
- SCARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

- SOLLERS, Philippe. "O estilo de Deus". In *Folha de São Paulo*, 28.11.1998, Caderno Mais!
- STAVEV, Zhivko. "Fundamental guarantees of in civil proceedings: a survey of the laws of the european people's democracy". In *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Coord. Mauro Cappelletti e Denis Tallon. Milão: Giuffrè, 1973.
- TARUFFO, Michele. "Il diritto alla prova nel processo civile". In *Rivista di diritto processuale*, 1984.
- _____. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. Milão: Giuffrè, 1992.
- _____. "Idee per una teoria della decisione giusta". In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997.
- TARZIA, Giuseppe. "Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile". In *Rivista di diritto processuale*, 1984.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A efetividade do processo e a reforma processual". In *Revista Ajuris*, vol. 59.
- UBERTIS, Giulio. "Diritto alla prova nel processo penale e corte europea dei diritti dell'uomo". In *rivista di diritto processuale*, 1994.
- VASSALI, Giuliano. "Il diritto alla prova nel processo penale". In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968.
- WALTER, Gehard. "Il diritto alla prova in Svizzera". In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991.
- WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e sociedade contemporânea". In *Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinarmarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.