ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

DIREITO À PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

RIGHT TO EVIDENCE IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

João Batista de França Silva*

RESUMO: Os operadores do Direito lidam diariamente com a prova. A produção dos efeitos jurídicos depende da ocorrência de fatos, e é justamente a prova o instrumento que se destina a verificar a sua ocorrência. Assim é indispensável conhecer os contornos desse instrumento. Nesse contexto, a presente pesquisa objetiva analisar a prova enquanto direito, com assento constitucional, corolário do devido processo legal, do contraditório, do direito de ação e de defesa, bem como suas projeções no âmbito do processo civil brasileiro. A aquisição de dados, sendo uma pesquisa teórica, se deu através da documentação indireta: textos legislativos e documentação bibliográfica.
Palavras-chave: Processo Civil Brasileiro. Direito à prova.

ABSTRACT: Operators of law deal daily with the proof. The production of legal effect depends on the occurrence of facts and it is actually the proof that the instrument intended to verify the occurrence of such facts. So it is essential to know the delineations of the instrument. In this context, this research aims to examine the evidence as a right with constitutional basis as a corollary of the due process of law, the adversary system, the right of action and defense, as well as their projections under the Brazilian Civil Procedure. The acquirement of data as a theoretic investigation occurred through indirect documentation: legislative texts and bibliography.
Keywords: Brazilian Civil Procedure. Right to evidence.

* Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Advogado. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

É lição repetida na doutrina jurídica que a prova se relaciona a fatos[1]. Essa lição funda-se no seguinte raciocínio: se o direito se origina de fatos, para verificar a existência do primeiro, é necessário atestar a ocorrência dos últimos[2], [3].

Mas a prova não é instituto exclusivo do processo ou mesmo do direito. Esse instrumento de reconstrução racional dos fatos passados é utilizado por todas as formas do saber humano, de maneira que a noção de prova é anterior e exterior ao processo e até mesmo ao direito[4].

Nada obstante, diante dos estreitos limites deste artigo, mostra-se impossível investigar as concepções extraprocessuais ou mesmo extrajurídicas de prova, bastando, por ora, firmar a noção de que esta se destina à **reconstrução racional dos fatos passados para saber quem tem razão no processo**[5].

No entanto, autores há que, com a palavra *prova*, aludem ao conjunto de **atividades** e **meios** tendentes a demonstrar a verdade dos fatos relevantes para a solução da questão deduzida em juízo[6], mas também se referem com o mesmo vocábulo ao próprio **convencimento do juiz**[7].

Assim, pode-se afirmar que o termo *prova* alberga o conjunto de *procedimentos,* de *elementos* e de *raciocínios* por meio dos quais se reconstrói a verdade dos fatos da causa[8], o que pode ser chamado de "tripla fisionomia da prova"[9], [10].

1 "Se todo direito, como fenômeno social, existe nos fatos sobre os quais eventualmente se controverte, compreende-se a importância para o processualista do domínio seguro dos princípios e segredos do direito probatório" (SILVA, 2003, v. 1, p. 337).

2 CINTRA, Antônio C. de A; GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 371.

3 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 210. t. 4.

4 GRECO, Leonardo. **O conceito de prova**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 388.

5 ECHANDÍA, Hernando Davis. Teoria general de la prueba judicial. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981. p. 10-11. t. 1.

6 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 43. v. 3.

7 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 1.047.

8 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 84.

9 ECHANDÍA, Hernando Davis. **Teoria general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, p. 28. t. 1.

10 Echandía afirma que é inevitável reconhecer a presença de três aspectos na noção de prova, do ponto de vista processual. Assim a prova é entendida como o meio ou instrumento; as razões que se encontram nesse meio

Com efeito, à luz dessa **noção tripartida da prova**[11], ela é *atividade*, *meio* e *resultado*[12]. Como atividade, o vocábulo *prova* se refere ao "conjunto de atos, realizados pelo juiz e pelas partes, com a finalidade de reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão"[13]; é, em síntese, o *procedimento probatório*[14].

Ao lado dessa concepção, a expressão prova é entendida também como *meio*, ou seja, "como um instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são introduzidas no processo"[15], visando "a formação do convencimento do juiz (*iudici fit probatio*) sobre a existência ou não dos fatos constantes do *thema pobandum*"[16].

Finalmente, a prova é vista ainda enquanto *resultado*, isto é, como "sinônimo de êxito ou valoração consubstanciado na convicção do juiz"[17].

Claro está que uma investigação mais amiúde a respeito da problemática mostrará que o tema vai muito além da simplificação delineada acima[18]. Na verdade, a prova é, dentre os temas da teoria geral do processo, um dos mais complexos[19].

Isso se deve, dentre outros fatores, a que a prova se projeta para fora do processo e do direito, conforme dito, penetrando em inúmeros campos do conhecimento humano, como a lógica, a epistemologia e a psicologia[20].

A despeito disso, a breve noção aqui delineada — de resto amplamente divulgada pela doutrina — tem o objetivo apenas de introduzir a temática, uma vez que o presente trabalho tem por finalidade analisar a prova, no âmbito do processo civil, como um **direito**, delineando os seus fundamentos e os seus consectários.

---

ou instrumento em favor da existência ou inexistência dos fatos; e, finalmente, o resultado, o convencimento do juiz acerca da existência ou não desses mesmos fatos. (1981, t.1, p. 33).

11 Essa não é a única forma de ver a questão. Como a palavra prova é polissêmica, existem autores que formulam noções diversas. João Batista Lopes, p. ex., acolhe, por assim dizer, uma noção dupla da prova. Segundo o autor, a prova pode ser estudada sob aspecto objetivo e subjetivo. "Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo", e mais à frente, "Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo" (2002, p. 24-62).

12 CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

13 Ibid., p. 48.

14 Ibid., p. 48

15 Ibid., p. 48.

16 Ibid., p. 48

17 Ibid., p. 48

18 GRECO, Leonardo. **O conceito de prova**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 367.

19 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán**. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 22.

20 Ibid., p. 22.

2 DIREITO À PROVA

A conhecida noção de *prova* como instrumento que possibilita a demonstração do fato jurídico que é fonte da qual se irradia o direito ou da qual promanam efeitos jurídicos[21], [22], ressaltada no item anterior, é importante por colocar em relevo a sua íntima e indeclinável **relação instrumental** com o desempenho da própria **função jurisdicional**.

Sucede daí que a prova — e os demais institutos fundamentais do direito processual civil[23], já que a disciplina legal do processo sofre inegavelmente a influência do regime político debaixo da qual é erigida[24], [25] — só pode ser adequadamente compreendida à luz do modelo de jurisdição delineado pela Constituição[26], em face mesmo do "*caráter fundacional*"[27] e da *"primazia normativa*"[28] da Lei Fundamental.

A Constituição, nessa esteira, assegura a tutela dos direitos, inclusive a *tutela jurisdicional* deles[29] (art. 5º, XXXV). Isto implica dizer que, desde que o Estado

21 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 210. t.4.

22 "Dessa necessidade de saber come sono andate le cose decorre o destaque que se dá ao processo de conhecimento. Realmente, seria impensável o direito processual sem sua mais nobre função: o processo destinado à descoberta dos fatos sobre os quais o Estado é chamado a manifestar-se. É neste campo que o juiz conhece os fatos e aplica a eles a norma correspondente, seguindo o milenar brocardo narra mihi factum, dabo tibi ius. Daí o fundamento da atividade probatória do juiz e dos atos processuais que formam o procedimento, legitimados que são pela necessidade da busca da verdade." (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 27).

23 "[...] O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações de liberdade, igualdade e responsabilidade." (DINAMARCO, 1993. p. 25).

24 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El neoprivatismo en el proceso civil. In: AROCA, Juan Monteiro (coord.). **Proceso civil e ideología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 201.

25 "[...] Compreende-se, pois, que o processo do Estado liberal não possa sobreviver nos regimes socialistas, nem esteja mais presente no Estado ocidental contemporâneo, de cunho social. O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultuar. Os princípios que ela inclui não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formação verbal. O que há de perene nos princípios é a idéia-mestra que cada um contém; e eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante à sua extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional. A inafastabilidade histórica das estruturas e instituições sociais atinge também os princípios constitucionais do processo, que assim não podem ser rigorosamente considerados sub specie aeternitatis" (sic) (DINAMARCO, 1993, p. 30-1).

26 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46. v.1.

27 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 1.057. Grifo nosso.

28 Ibid., p. 1.057. Grifo nosso.

29 "Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais [...]. O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo", mais

vedou a tutela privada, ele investiu os jurisdicionados de uma **posição jurídica**, da qual decorre um plexo de direitos e deveres que podem ser exigidos e devem ser prestados pelo Estado, não só por intermédio da atividade normativa ou fático-administrativa, mas também pela ***tutela jurisdicional***[30].

Nessa esteira, não há dificuldade em afirmar e reconhecer, como corolário desse complexo de direitos que decorrem dessa **posição jurídica protegida**, um direito à prova[31], já que não seria idôneo falar em tutela adequada de um direito fundamental ou mesmo de um direito de qualquer espécie se não é dado ao jurisdicionado valer-se dos meios úteis para demonstrar a verdade dos fatos dos quais emanam esses direitos[32].

Observe que, segundo a perspectiva de jurisdição, fundado nas lições de Luiz Guilherme Marinoni, o direito à prova decorre da ideia de tutela dos direitos que derivam das posições jurídicas, e não do processo. Essa tomada de posição é fundamental para compreender que o processo é o instrumento que deve necessariamente viabilizar o exercício desse direito[33].

à frente, "O dever de proteção ou de tutela dos direitos, que identifica o Estado constitucional, nada tem a ver com a noção clássica de direito subjetivo. O estado possui o dever de tutelar determinados direitos, mediante normas e atividades fático-administrativas, em razão da sua relevância social e jurídica. Trata-se do dever de tutelar os direitos fundamentais. Mas não é só. O Estado também tem o dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela normativa, além de ter o dever de dar tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXC, CF)" (MARINONI, 2010, p. 139-141, grifos no original).

30 No dizer de Marinoni "Assim, por exemplo, o Estado tem o dever de tutelar, através de normas e atividades fático-administrativas, o meio ambiente. Mas também tem o dever de dar-lhe tutela jurisdicional, conforme as necessidades derivadas da situação concreta. Isso porque determinada situação concreta pode demonstrar a necessidade de tutela jurisdicional inibitória, outra de tutela jurisdicional ressarcitória e assim por diante. O Estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional prometida pelos direitos – transindividuais ou individuais" (2010, p. 141, grifo no original).

31 "O status jurídico de direito subjetivo à prova torna possível contextualizar a problemática probatória no enfoque constitucional. A Constituição Federal brasileira de 1988 assegura a garantia do acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV), que é uma expressão ampla que abarca um complexo de direitos fundamentais processuais, dentre os quais deve ser incluído o direito à prova. Esses direitos, para serem efetivos, precisam ser cumpridos pelo Estado. Logo, o direito subjetivo processual à prova exige que o juiz, desde que o meio probatório seja relevante e admissível, torne concreta a previsão constitucional." (CAMBI , 2001, p. 44).

32 "[...] O instituto jurídico da prova pode ser compreendido como uma situação jurídica ativa, o que lhe dá um perfil democrático, possibilitando, às partes, a mais ampla participação processual e, com isso, ampliando as condições de influir na formação do convencimento do juiz." (CAMBI, 2001, p. 44).

33 "[...] A ideia de que as tutelas dos direitos derivam das posições jurídicas e não do processo. O processo se apresenta aí como algo que necessariamente deve viabilizar a tutela autorizada e prometida pelo direito material. Nessa perspectiva, [...] não há como admitir que a técnica processual possa ser incapaz de permitir a tutela do direito. Na ausência de técnica processual adequada, o juiz deve suprir a omissão da legislação processual com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. De outra forma teria que se aceitar, conforme fez Chiovenda, que uma tutela prometida pelo direito material não pode ser "conseguível no processo" pela circunstância de a técnica processual idônea não estar "autorizada em lei". E aí seria necessário concluir que a falta de lei pode negar ao Estado a técnica processual capaz de lhe permitir o exercício da jurisdição e, além

Assim o direito à prova está intimamente relacionado ao direito de ação[34], de defesa e ao contraditório[35], que serão objeto de breve revista, logo em seguida, para a compreensão adequada do tema. Por ora, deixe-se afirmado que, do ponto de vista estrutural, o direito à prova abrangeria o direito à proposição de provas, o direito à utilização e efetiva produção de provas relevantes, pertinentes e admissíveis, além do direito à adequada valoração da prova[36].

Assentadas essas premissas, não subsistiram dúvidas de que a violação do direito à prova dos litigantes no processo implicará em desrespeito à própria Constituição, inquinando de nulidade absoluta o pronunciamento jurisdicional.

3 DIREITO DE AÇÃO E DE DEFESA: O CONTRADITÓRIO E O DIREITO À PROVA

Não se passará aqui em revista sobre as várias teorias da ação, que extrapola o objeto do presente artigo, sendo suficiente firmar que o direito de ação surge a partir do momento em que o Estado veda a tutela privada dos direitos[37].

O direito de ação, nessa esteira, é a compensação do Estado pela proibição à realização privada dos direitos e, por isso, ele é o direito à *tutela jurisdicional*[38]

disso, desconsiderar o direito fundamental de ação ou à tutela jurisdicional efetiva, o qual é um direito essencial para proteção de todos os demais direitos, inclusive os fundamentais." (MARINONI, 2010, p. 143).

34 "Assim como existe um direito subjetivo de ação para iniciar o processo e obter uma sentença, igualmente um direito de recorrer que prolonga os efeitos daquele, pode-se afirmar que existe um direito subjetivo de provar, no processo, os fatos dos quais se intenta deduzir a pretensão formulada ou a exceção proposta." (ECHANDÍA, 1981, p. 34- 5).

35 "Dentro do contraditório existe o direito à prova. Quanto a isso não há a menor dúvida, porque é evidente que de nada valeria contradizer, de nada valeria defender-se numa atitude passiva, se não houvesse uma real e efetiva possibilidade de influir sobre o convencimento do juiz mediante a produção de elementos probatórios." (GRINOVER, 1998, p. 41).

36 "Nesse sentido amplo, o direito subjetivo à prova deve abranger não só o direito à introdução do material probatório, mas também o direito à participação em todas as fases do respectivo processo. Quanto ao conteúdo estrutural, nele estariam compreendidos o (i) direito à proposição das provas, o (ii) direito à utilização e efetiva produção das provas relevantes, pertinentes e admissíveis, bem como o (iii) direito à valoração da prova." (CAMBI, 2001, p. 46).

37 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 31-2.

38 "O Estado Constitucional caracteriza-se pelo seu dever de dar tutela aos direitos. A jurisdição, nessa quadrada, tem de prestar tutela jurisdicional a todos que acorrem ao Estado, tenham ou não razão em suas afirmações. A tutela jurisdicional consiste na predisposição a todos de um processo justo, adequado e efetivo, com todos os meios necessários à obtenção do melhor resultado possível para a situação levada a juízo. É a resposta da jurisdição ao direito de participação em juízo das partes. A tutela jurisdicional pode ou não conduzir à tutela jurisdicional do direito do demandante, o que só ocorre com a prolação da decisão de procedência ou de seu eventual cumprimento. Todavia, de modo nenhum se pode pensar que só há tutela jurisdicional com uma decisão de procedência ao demandante: a decisão

efetiva aos direitos[39], [40].

Tão importante quanto afirmar que o direito de ação é o direito de exigir do Estado a proteção de todo e qualquer direito é reconhecer que este direito não se resume ao ato inaugural de provocação da jurisdição[41], [42], [43] ou, como diz

de improcedência viabiliza igualmente tutela jurisdicional, mas já aí tutela jurisdicional certificatória negativa. Tutela jurisdicional e tutela jurisdicional do direito são conceitos que não se confundem", e mais à frente, "Com a reestruturação do Código de Processo Civil, restou claro que hoje interessa muito mais a efetiva realização do direito material do que a sua simples declaração pela sentença de mérito. Daí, pois, a necessidade de compreender a ação com um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, como direito à ação adequada, e não mais como simples direito ao processo e a um julgamento de mérito. No plano processual, existe direito fundamental à ação adequada e efetiva; no plano material, existe direito à tutela do direito." (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 96-7).

39 "O direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado. Ele não é um direito que exige que o Estado atue para protegê-lo, mas sim um direito que requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento", e mais, "[...] O direito fundamental de ação não incide somente contra o Estado-juiz, mas igualmente sobre o legislador. Como a jurisdição não pode atuar se não tiver a seu dispor uma estrutura administrativa adequada e técnicas processuais que realmente lhe permitam prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva, o direito fundamental de ação, antes de exigir algo do juiz, fica na dependência do legislador." (MARINONI, 2010, p. 210-211).

40 Marinoni distingue tutela jurisdicional ao direito, que é o direito de ação, previsto de forma abstrata e atípica na Constituição (art. 5º, XXXV), da tutela jurisdicional do direito, que é prestada através da sentença de procedência. A sentença de improcedência, assim, não presta tutela do direito material, mas presta tutela jurisdicional.

41 "Não há mais espaço para entender o 'direito de ação' ou, simplesmente, a 'ação' como a mera ruptura da inércia da jurisdição, quando o tema é inserido no seu devido contexto, do 'modelo constitucional do processo civil'", e seguidamente, "A 'ação', destarte, deixa de ser um direito estático e passa a ser compreendida como um direito eminentemente dinâmico. É ela um direito subjetivo público, exercitado e exercitável contra o Estado desde a quebra da inércia jurisdicional até a efetiva prestação da tutela jurisdicional [...]. A ação, analisada nesta perspectiva, é a forma pela qual os diversos 'direitos' extraídos do 'modelo constitucional do processo civil' [...] são transportados para o plano do processo e, mais do que isto, tornam-se exigíveis concretamente no plano do processo. Por tal razão é que se faz tão importante entender que estas 'posições de vantagem' a serem ocupadas ao 'longo de todo o processo' (os deveres, os direitos, os poderes, as faculdades, as obrigações, as sujeições e os ônus freqüentemente referidos pela doutrina) sejam compreendidos não apenas [...] como elementos característicos do processo ou do procedimento [...], mas também da ação, que se realiza no processo consoante os diversos tipos de procedimento [...]" (sic) (BUENO, 2007, p. 334-5).

42 "[...] Não se exaure a ação no ato de iniciativa processual, nem a defesa na resposta à demanda. Aquela é definida, mediante o exame analítico que lhe faz modernamente a doutrina, como grama de poderes e não um poder só: inclui um poder de iniciativa e muitos de impulso e participação, exercidos ao longo do procedimento. Assim também o jus exceptionis que, como contraposto negativo da ação, constitui a soma das posições ativas do demandado, integrantes da complexa relação jurídica processual. O valor do procedimento e das situações ativas e passivas que o apóiam (relação jurídica processual), ou seja, o valor do processo reside na capacidade que tenha de dar livre curso ao exercício adequado efetivo e eficiente da ação e da defesa, para que também a jurisdição, em clima de equilíbrio e como resultado do contraditório regular, produza os efeitos desejados pela ordem jurídica e sócio-política" (sic) (DINAMARCO, 1993, p. 81).

43 GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Novos Estudos Jurídicos, ano 7, n. 14, p. 9-68, p. 14, abr. 2002.

Marinoni, não é um "ato solitário"[44], [45].

Ao contrário, "A ação é *exercida* e, portanto, *desenvolve-se* com o objetivo de permitir o julgamento do mérito (do pedido)"[46] e essa perspectiva é fundamental para compreender que esse ato de provocação (apresentação do pedido de apreciação de uma afirmação de direito) é visto também como "direito de influir sobre o convencimento do juiz"[47], [48].

O direito de ação, então, e na esteira das lições de Marinoni[49], consiste num plexo de posições jurídicas, ao lado de técnicas processuais, que possibilitam à tutela jurisdicional efetiva; dentre essas posições jurídicas, está incluído o direito à prova[50], [51].

Não é por outra razão, não custa ressaltar, que a doutrina vem afirmando a existência de um *status activus processualis*[52], ao lado de outras formas de *status*,

44 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 219.

45 Também Eduardo Cambi, quando aduz "Assim, as garantias constitucionais da ação e da defesa não se exaurem em um só ato, formalmente previsto no procedimento (em sentido estático), mas se estendem ao longo de todo o procedimento (em sentido dinâmico), porque o efetivo acesso à ordem jurídica justa implica a plena afirmação da pretensão (ou tese jurídica) pelo autor e a ampla refutação desta pretensão (antítese) pelo réu" (2001, p. 112).

46 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 220.

47 Ibid., p. 220.

48 Marinoni (2010, p. 220) define o direito de ação nestes termos: "Portanto, a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV) significa, de uma só vez, que: i) o autor tem o direito de afirmar lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa afirmação apreciada pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condição de ação pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou foi exercitada; v) o autor tem o direito de influir sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem o direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; vii) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor de o direito ao procedimento adequado à situação de direito substancial carente de proteção."

49 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 220.

50 CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 44.

51 "No pensamento praticamente unânime da doutrina atual, não se deve reduzir o conceito de ação, mesmo em perspectiva abstrata, à simples possibilidade de instaurar um processo. Seu conteúdo é mais amplo: abarca séria extensa de faculdades cujo exercício se considera necessário, em princípio, para garantir a correta e eficaz prestação da jurisdição. Dentre tais faculdades sobressai o chamado direito à prova. Sem embargo da forte tendência, no processo contemporâneo, ao incremento de poderes do juiz na investigação da verdade, inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa – que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial." (BARBOSA MOREIRA, 1996, p. 107).

52 "O status activus processualis tem importante papel, no Estado Democrático de Direito, já que através deste se assegura a plenitude das outras formas de status. Não se pode afirmar ser 'Democrático de Direito' o

como o poder de influir efetivamente no destino do processo[53] e, por conseguinte, no convencimento do juiz[54].

Compreendido o direito de ação nesses termos, não é difícil extrair o direito à prova, como uma situação ativa da parte de poder se valer, ao menos a partir de uma perspectiva teórica, dos mais amplos meios probatórios disponíveis[55] para convencer o juiz da veracidade da sua versão dos fatos (dos quais emana o direito alegado[56]), como também da falsidade das alegações de fatos da parte adversa[57].

O direito à prova, como decorrência do poder de influir no convencimento judicial, também está relacionado ao contraditório[58], [59]. Com efeito, o conteúdo

Estado, caso seja o processo avesso à participação ativa das partes. Devem, pois, todos os atos e fases do processo propiciar a participação procedimental destas, a fim de que estas tenham condições de, ao pleitearem a proteção jurídica adequada a um determinado direito material, poderem influir no processo de formação da solução jurídica apropriada ao caso." (MEDINA; WAMBIER, 2009, v. 1, p. 38).

53 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36-8. v. 1.

54 "O processo é método de resolução de conflitos de que devem participar, ativa e racionalmente, as partes e o órgão jurisdicional. Para tanto, deve o processo oferecer instrumentos de proteção e realização dos direitos dos indivíduos, e ser, também, espaço em que se permita exercitar democraticamente tais direitos", e mais, "Pode-se dizer, seguindo a teoria das relações de status, que o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional (direito de ação corresponde ao denominado status positivo (ou status civitatis). Mas o status positivo não esgota o papel das partes, no processo. No status passivo (ou status subiectionis) leva-se em conta a sujeição do indivíduo ao Estado; no negativo (status libertatis), a liberdade frente ao Estado. Assim, o status libertatis tem a ver com a faculdade de agir em juízo, que condiciona o início da atividade jurisdicional (art. 2º do CPC); sob outra face, ao exercer o direito de ação a parte reclama do órgão a prestação jurisdicional que lhe deve ser conferida pelo Estado (status positivo); mas o pedido apresentado pelo autor pode ser ou não julgado procedente, e a este resultado se submeterão as partes, o que é manifestação do status subiectionis", em seguida, "Além destas formas de status, reconhece-se que as partes têm status activus processualis, isto é, direito de participar 'no procedimento da decisão da competência dos poderes públicos'. Tal participação não se limita ao direito de se manifestar e de ser ouvido, mas, mais que isso, consiste em poder influir decisivamente nos destinos do processo", e, finalmente, "Não se confundem as situações em que se encontram as partes, no processo, frente ao Estado, no status positivo e no status ativo: além de poder exigir do Estado a proteção jurídica inerente ao direito material (status positivo), a parte deve poder participar ativamente do processo (status activus processaulis)" (MEDINA; WAMBIER, 2009, v. 1, p. 36-8).

55 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Temas de direito processual: 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 107.

56 "Nesse sentido importa, em uma expressão, o direito de participar adequadamente do processo, que deflui do direito ao contraditório, outorgando tanto ao autor quanto ao réu – o direito de o autor participar alegando, requerendo prova, participando da sua produção, falando sobre o seu resultado, e até mesmo recorrendo ou respondendo a eventual recurso interposto pelo réu" (MARINONI, 2010, p. 220).

57 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 198. v. 1.

58 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O sistema de nulidades processuais e a Constituição**: o processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 41.

59 Ada Grinover esclarece que perspectiva do direito à prova, como corolário do contraditório, é reconhecido nos sistemas anglo-americano e da Europa central. Com efeito: "No sistema processual anglo-americano, o right to evidence é conatural ao estilo competitivo do processo, dominado pela iniciativa probatória das partes e ali se reconhece que o direito fundamental de ser ouvido em juízo engloba o direito a apresentar provas e interrogar as testemunhas trazidas pelo adversário", prossegue, "Já nos ordenamentos da Europa continental, impregnados

do contraditório, no estágio atual, não compreende apenas a garantia de participação formal, mas também o "direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo"[60], através da participação real e efetiva[61] do diálogo processual[62], constituindo o direito à prova[63] aspecto fundamental dessa garantia[64], já

durante séculos pela ideologia inquisitória, a tarefa da apuração da verdade dos fatos permaneceu confiada sobretudo à iniciativa do próprio juiz, não sendo reconhecido, portanto, um verdadeiro direito à prova das partes, especialmente do acusado no processo penal. Mais recentemente, entretanto, a doutrina e a jurisprudência, interpretando as garantias processuais asseguradas aos litigantes pelas Constituições do pós-guerra e, sem dúvida, influenciadas especialmente pelas regras internacionais previstas na Convenção Européia de Direitos Humanos, passaram a reconhecer a existência de tal direito fundamental ao correto exercício da jurisdição". Em seguida, "Assim, na antiga Alemanha Federal reconhecia-se que o direito à prova não se esgota na faculdade de produzir os meios representativos da realidade deduzida em juízo, mas ainda compreende uma verdadeira pretensão de ver admitidas as provas propostas (beweisserhebungsanspruch)", para mais à frente, "E na Itálica, através da exegese do art. 24 da Constituição de 1948, que assegurava a inviolabilidade do direito de defesa, chegou-se à compreensão de que a regra constitucional não se limita a garantir às partes o direito a um defensor ou de simplesmente expor as próprias razões ao juiz, mas implica o diritto di difendersi provando, ou seja, o direito de não ver diminuída a possibilidade de defesa através de uma restrição arbitrária dos meios de prova oferecidos ao juiz ou do objeto da prova proposta", e finalmente, "Além disso, com a promulgação do Codice di procedura penale de 1988, o legislador peninsular reconheceu expressamente a existência de tal direito, com a fórmula do art. 190 do mencionado texto legal: 'le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudiece provvede senza ritardo com ordinanza, escludendo le prove vietate dalla legge e quelle Che manifestamente sono superflue o irrelevanti', dando, com isso, no entender de Siracusano, um passo decisivo para a 'transição de um regime processual autoritário a um regime processual democrático.'" (GRINOVER, 1998, p. 324).

60 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição**: o processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 323.

61 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 60. v. 1.

62 "A garantia do contraditório é uma exigência do processo, uma vez que, como a relação jurídica processual é dinâmica, a idéia do contraditório permeia todos os atos do procedimento. Afirmar que o contraditório deve ser efetivo significa dizer que as partes, para dialogarem entre si, com o juiz e com os seus auxiliares, devem ter à disposição todos os instrumentos processuais adequados. O contraditório resolve-se na dinâmica de pedir-alegar-provar, convergindo para decisão judicial. Logo, às partes devem ser conferidas todas as possibilidades de participação do iter de formação da decisão judicial, com amplas oportunidades de influir no convencimento do juiz" (sic) (CAMBI, 2001, p. 132).

63 "[...] O direito à prova é resultado da necessidade de garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Como demonstra Vogorriti, a estreita conexão entre as alegações dos fatos, com que se exercem os direitos de ação e de defesa, e a possibilidade de submeter ao juiz os elementos necessários para demonstrar os fundamentos das próprias alegações tornou clara a influência das normas em termos de prova sobre os direitos garantidos pelo due process of law. A mesma conexão impõe o reconhecimento, em nível constitucional, de um verdadeiro e próprio direito à prova (right to evidence) em favor daqueles que têm o direito de agir ou de se defender em juízo" (MARINONI, 1999, p. 258).

64 Marinoni (2010, p. 270-1) defende que o direito de ação é constituído pelo direito a um procedimento próprio à participação. No dizer do autor "o direito ao procedimento" é "compreendido como via capaz de garantir os direitos à participação e à efetividade do direito material". Com isso "objetiva-se demonstrar que o autor tem o direito de participar de forma plena no processo – influindo sobre o convencimento do juiz e atuando para obter a tutela do direito – e, por consequência, o direito ao procedimento idôneo às necessidades do direito material". E mais "A participação efetiva tem relação com a possibilidade de alegar, provar, participar da produção da prova e falar sobre o seu resultado. O direito de participar – que cabe ao

que atividade probatória é central no processo[65], [66].

Além disso, conforme observam Marinoni e Mitidiero, a Constituição, quando estatui no art. 5º, LVI, serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito, assegura o direito fundamental à prova, desde que moralmente legítimas, pertinentes e relevantes[67].

Destarte, não pode subsistir dúvida de que o direito à prova, diretamente relacionado com os direitos constitucionais processuais[68], tem

autor através da ação e ao réu da defesa – está ancorado na ideia de que, quando se objetiva uma decisão estatal, é imprescindível abrir aos interessados a oportunidade à participação, direito que decorre da própria noção de democracia, ou melhor, de legimitação do poder mediante a participação democrática". Esclarece seguidamente "Essa possibilidade de participação é outorgada ao autor e ao réu mediante o que se denomina direito ao contraditório, que nada mais é do que o direito que confere às partes a possibilidade de autor no processo com o objetivo de obter uma tutela jurisdicional favorável". Mais à frente "Na verdade, o contraditório não se liga apenas à defesa, mas sim à possibilidade, conferida a ambas as partes, de influir sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. Ou seja, deriva do contraditório o direito ao uso dos meios adequados de influir sobre o convencimento do juiz, como os meios de prova. Fala-se, nessa dimensão, em direito à prova, reconhecido no direito americano como right to evidence."

65 Ada Pellegrini Grinover (1998, p. 323) acentua essa perspectiva, quando leciona, "Dentre as atividades necessárias à tutela dos interesses postulados pelas partes sobressai, sem dúvida, a probatória, pois a prova é indiscutivelmente o momento central do processo, no qual são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas. Assim, o direito à prova constitui aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa negação da própria ação e da defesa."

66 Advirta-se que mesmo na vigência da Constituição anterior, no ordenamento jurídico brasileiro, os processualistas Calmon de Passos e Barbosa Moreira já vislumbravam como decorrência do contraditório, o direito à prova. É o que se extrai da preleção de Ada Pellegini Grinover (1998, p. 323-4): no Brasil, como não poderia deixar de ser, prevalece o mesmo entendimento desde o texto constitucional anterior, no qual já entreviam, tanto a doutrina como a jurisprudência, a mesma garantia defensiva.
Nesse sentido, as sempre argutas observações de Calmon de Passos e Barbosa Moreira:
"Pode-se afirmar [...] que do art. 153, §4º, da Constituição do Brasil deriva o direito de acesso aos tribunais mediante um processo em que assegurado o direito de ser julgado por um juiz independente e imparcial, pré-constituído pela lei (direito ao juiz natural), processo cujo custo não seja incompatível com a capacidade econômica dos litigantes e no qual, em todo o curso do procedimento, fiquem assegurados o contraditório, a igualdade das partes, o direito à prova e à motivação das decisões proferidas (sem grifos no texto)'.
'A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que a ambas as partes hão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas. [...]. Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão jurisdicional. Também significa que as partes terão as mesmas oportunidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados'."

67 "Ao afirmar que 'são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), nossa Constituição assevera que, desde que admissíveis, há direito fundamental à prova no processo civil. A admissibilidade da prova prende-se às qualidades da alegação de fato a provar: sendo controversa, pertinente e relevante, há direito à produção de provas, constituindo o seu indeferimento evidente violação desse direito fundamental" (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 334).

68 Ressalta a natureza da constituição do direito à prova também José Roberto dos Santos Bedaque "O acesso efetivo à prova é direito fundamental, compreendido nas idéias de acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV da CF/1998)", em seguida, "Em última análise, o amplo acesso aos meios de prova constitui corolário natural dos direitos de ação e de defesa." (sic) (BEDAQUE, 2009, p. 22-3).

status de direito constitucional[69] e fundamental[70], de tal modo que a indevida restrição ao seu regular exercício[71],seja pelo legislador, através da edição de leis que regulamentam o procedimento, seja pelo juiz, inquina o ato de manifesta inconstitucionalidade[72].

4 CONTEÚDO DO DIREITO À PROVA

Estabelecida a existência de um direito à prova, seja ele corolário do direito de ação e de defesa, ou do contraditório, importa dizer algo sobre o seu conteúdo. De pronto, afirme-se que esse abarca todas as fases do procedimento probatório[73].

Nessa esteira, o direito à prova compreende, num primeiro momento, o **direito a indicar e requerer a produção de provas**[74], [75] (de meios de prova), o que é reconhecido, segundo adverte Grinover, até mesmo nos sistemas não habituados às garantias processuais[76].

Mas essa situação jurídica ativa envolve também o **direito à admis-**

69 REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 327.

70 CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

71 "A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante. Esse o princípio fundamental, que se reflete, por exemplo, na propensão dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica da enumeração taxativa e permitir que, além de documentos, depoimentos, perícias e outros meios tradicionais, em geral minuciosamente regulados em textos legais específicos, se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas 'atípicas')" (BARBOSA MOREIRA, 1996, p. 108).

72 Uma das projeções do direito à prova, assegurada, inclusive, pelo contraditório, na visão de Eduardo Cambi, consiste nessa vedação, isto é, na "proibição das limitações probatórias que imponham obstáculos que tornem praticamente impossível ou restrinjam de modo não razoável a prova dos fatos controvertidos." (CAMBI, 2001, p. 137).

73 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição**. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 326.

74 REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 327.

75 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 173. v. 5.

76 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição**: O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 326.

são, no processo, das provas requeridas, direito esse que não é absoluto[77], [78], sendo imprescindível que meios sejam moralmente legítimos, pertinentes e relevantes[79], nos termos do art. 332 do Código de Processo Civil[80], [81].

Outra projeção fundamental do direito à prova vislumbra-se no momento da produção da prova, (**direito à produção de prova**), relacionada, pois, com o contraditório, e implica a participação das partes na atividade probatória, seja na sua colheita (produzindo ou mesmo exigindo a produção[82]), seja oferecendo contraprova[83], [84], inclusive quando determinada de ofício pelo juiz[85], na hipótese do art. 130, da Lei Instrumental Civil.

Finalmente, o direito à prova abarca o **direito à adequada valoração da**

77 "[...] Quando se pensa na incidência da garantia de participação sobre o juiz ou no caso concreto, trona-se evidente a necessidade de vincular o direito de participação com a situação do direito material. A aferição do direito de participação no caso concreto deve ser feita a partir da tutela jurisdicional do direito almejada", mais à frente, "Ou seja, o autor não tem o ônus de fazer alegações e produzir provas sobre pontos que não importem para o juiz se convencer de que a tutela do direito deve ser concedida. Mas, para que a tutela do direito possa ser efetivamente prestada, também não se pode permitir ao réu alegar e provar em torno de questões não relativas à situação de direito substancial objeto de tutela, o que afasta do juiz, por consequência lógica, a possibilidade de conhecê-las, gerando-lhe o dever de proibir a produção de provas ao seu redor" (MARINONI, 2010, p. 271).

78 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O sistema de nulidades processuais e a Constituição**. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 42.

79 CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 137.

80 "Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

81 Ada Pellegrini Grinover (1998, p. 326)., referindo-se ao Processo Penal, preleciona "O segundo momento do procedimento probatório é o da admissão das provas propostas, no qual o juiz, considerando as restrições legítimas feitas pelo ordenamento à introdução das provas no processo, deferirá ou não o ingresso de dados probatórios. Aqui já verifica que, conquanto proeminente, o direito examinado não é absoluto, mas deve ser entendido como direito às provas lícitas, pertinentes e relevantes, como decorre, aliás, da fórmula empregada pelo art. 190 do CPP italiano, antes referido."

82 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 199. v. 1.

83 "Igualmente importante é o reconhecimento do direito à prova no momento em que os elementos informativos ingressam no processo, ou seja, por ocasião da produção da prova. Trata-se então de assegurar a efetividade do contraditório, não somente pela presença das partes nos atos instrutórios, mas especialmente pela prerrogativa de intervenção na colheita dos dados, pela possibilidade de crítica das informações colhidas e ainda pela faculdade de oferecer contraprova." (GRINOVER, 1998, p. 326).

84 CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 137.

85 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 258-9.

prova[86], [87], isto é, o direito de as partes verem as provas produzidas apreciadas[88], [89], de forma objetiva e racional, na sentença, porquanto, de nada valeriam as projeções anteriores, e mesmo o contraditório, o direito de ação e de defesa, se o juiz não apreciasse o material probatório[90].

Claro está que o direito à prova, na projeção do direito à adequada valoração, **veda que o juiz aprecie apenas as provas que justifiquem a sua tomada de posição diante das versões dos fatos apresentadas pelas partes**. Decorre desse direito, com *status* constitucional e fundamental, que todas as provas *admitidas* e *produzidas* no processo sejam valoradas[91].

Conseguintemente, o artigo 131 do Código de Processo Civil[92] deve ser interpretado à luz do direito constitucional à prova, de maneira que o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado não

86 "Têm as partes, ainda, o direito de ver avaliadas motivadamente pelo juiz as provas que foram produzidas, admitindo-se ação rescisória, em caso de omissão, no julgamento, quanto à prova." (MEDINA; WAMBIER, 2009, v. 1, p. 199).

87 "Com efeito, de nada valeria assegurar às partes um direito à proposição de provas, de admissão das provas lícitas, pertinentes e relevantes, de participação ativa no momento de sua produção, se essas mesmas provas pudessem ser ignoradas pelo juiz no momento de proferir a decisão final", e mais à frente, "O contraditório, assim como as garantias dele decorrentes, só possuem sentido e legitimam o exercício da jurisdição se a participação dos interessados, as provas que apresentem, as alegações que ofereçam forem efetivamente consideradas na formação do convencimento judicial; fora daí, a sentença será um ato arbitrário, não de exercício legítimo do poder no Estado de Direito", para concluir dizendo, "O direito à prova, como aspecto essencial do contraditório e da defesa, representa, em síntese, o direito das partes em verem examinadas na sentença as provas relevantes para a solução da causa." (GRINOVER, 1998, p. 326).

88 REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 327.

89 Para Reichelt (2009, p. 327) o conteúdo do direito à prova abrange "o direito à motivação das decisões relacionadas à proposição, à admissão, à produção e à valoração das provas."

90 O direito à prova, para ser efetivo, "compreende não apenas o poder de produção da prova, mas também a segurança de que venha a ser considerada e corretamente valorada pelo julgador", que complementa, "Nessa medida, as regras que permitem ao juiz dispensar prova desnecessária devem ser aplicadas com extremo cuidado, pois podem representar violação a um dos componentes do contraditório e da ampla defesa (arts. 130 e 407, parágrafo único do CPC." (BEDAQUE, 2009, p. 35).

91 Com efeito "não basta ao juiz aludir às provas que confirmam a hipótese por ele abraçada, já que isto está muito longe de ser uma justificativa das suas razões. Para que ele realmente possa justificar a sua decisão, não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não o convenceram". Isso porque "a necessidade de o juiz justificar as suas próprias razões, demonstrando o motivo pelo qual prefere uma prova em relação a outra, nada mais é do que um corolário do direito à prova, uma vez que, como é evidente, o direito a provar não se resume à possibilidade de produzir a prova, mas também refere-se ao direito de ter essa prova valorada, pouco importando qual venha ser o sentido da decisão judicial", e mais, "nesse sentido, nos parece correta a advertência, já feita em sede doutrinária, de que a motivação é mais importante para o perdedor do que para o vencedor." (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 267).

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

autoriza que o juiz relegue ao oblívio as provas que contrariam a tese por ele adota[93], sendo certo, outrossim, que o próprio dispositivo legal impõe "deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Ressalte-se, por fim, que a questão não é meramente acadêmica. Ao contrário, apresenta relevantes repercussões práticas. A violação de qualquer dessas projeções do direito à prova implica também na violação ao contraditório e caracteriza cerceamento de defesa[94], [95]. Esse ato padece de atipicidade constitucional, conforme lição de Ada Pellegrini Grivoner, e tem como consequência a nulidade absoluta[96], [97], [98].

Sucede daí que no eventual recurso de apelação contra essa decisão — violadora do direito à prova em qualquer das manifestações acima delineadas — deve ter como causa de pedir recursal a **invalidação** da decisão

93 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 267.

94 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 200. v. 1.

95 No dizer de Cambi "Ocorre cerceamento de defesa quando a decisão judicial causa gravame ou prejuízo à parte, em decorrência da violação do direito à prova. Todavia, o meio de prova de que a parte deve pretender valer-se em juízo deve ser pertinente, relevante e admissível, além de mostrar-se útil para a decisão da causa." (CAMBI, 2001, p. 137).

96 "Ocorrendo atipicidade constitucional, ou seja, infringência aos preceitos maiores que disciplinam a atividade judiciária, garantido o justo processo, é evidente que não se poderá cogitar de mera irregularidade, ou mesmo de nulidade apenas relativa, dependente de argüição oportuna dos interessados, pois o que está em jogo é a própria qualidade da prestação jurisdicional; é o interesse público que exige o reconhecimento da invalidade", mais à frente prossegue, "É o que ocorre seguramente com a violação do direito à prova, na medida em que a subtração de um elemento probatório relevante para a formação do convencimento judicial não afeta apenas o direito da parte em vê-lo incorporado ao processo e examinado pelo órgão judiciário, mas prejudica a própria prestação estatal, que se afasta da verdade completa dos fatos e, assim, não se legitima", para concluir "Para nós, a denegação da prova requerida, desde que lícita, pertinente e relevante, implica a nulidade da sentença proferida em a sua efetiva produção e apreciação pelo juiz." (sic) (GRINOVER, 1998, p. 327).

97 No mesmo sentido, Eduardo Cambi "A decisão judicial que incorrer em cerceamento de defesa deve ser considerada eivada de nulidade absoluta, já que a violação do direito à prova, por ser corolário das garantias da ação, da defesa e do contraditório, todas instituídas no interesse da ordem pública, resulta na infringência à Constituição. O Tribunal, nesses casos, ao apreciar os recursos, deve anular a decisão, para que outra seja proferida em seu lugar. Nas apelações, o juízo ad quem não pode simplesmente reformar a sentença, pois, desse modo, violaria a garantia do duplo grau de jurisdição. Assim, a prova considerada idônea deve ser produzida no juízo a quo que, depois de valorá-la, formando a sua convicção, emitirá o provimento judicial, sujeito ao controle recursal." (CAMBI, 2001, p. 141-2).

98 Em precedente citado por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, é possível verificar que o STJ já admitiu ação rescisória por ausência de valoração da prova, assim ementado: "AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. OMISSÃO, NO JULGAMENTO, QUANTO À PROVA. CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE VERSADA NO INC. IX, ART. 485, CPC. Não havendo deliberação judicial acerca de prova relevante para o desate da lide, tem cabida a ação rescisória porquanto presumível que o acórdão não teria julgado como fez se houvesse atentado para a prova. Ação julgada procedente." (AR 852/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/1999, DJ 27/03/2000, p. 62)."

proferida pelo juízo *a quo*, e não a simples reforma, devendo a matéria ser devolvida à instância recorrida para que esta profira novo julgamento, doravante — isto é claro — apreciando adequadamente a prova.

5 CONCLUSÃO

A noção tripartida da prova, como visto, não afasta a concepção da prova como um direito, que, do ponto de vista estrutural, abrange:

a) o direito à proposição de provas;
b) o direito à utilização e efetiva produção de provas relevantes, pertinentes e admissíveis;
c) o direito à adequada valoração da prova.

Como o direito à prova encontra fundamento na própria Constituição, especialmente na cláusula geral do devido processo, no contraditório, no direito de ação e de defesa, a violação de qualquer desses desdobramentos fulmina o pronunciamento judicial de manifesta nulidade.

Nessa esteira, a causa de pedir recursal será a nulidade absoluta da decisão. Conseguintemente, o pedido recursal será a invalidação do pronunciamento e a devolução dos autos à instância recorrida para proferir nova decisão, doravante observando o direito à prova.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Temas de direito processual**: 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. El neoprivatismo en el proceso civil. In: AROCA, Juan Monteiro (Coord.). **Proceso civil e ideología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

ECHANDÍA, Hernando Davis. **Teoria general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981. t. 1.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, ano 7, n. 14, p. 9-68, abr.2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Sistema de nulidades processuais e a Constituição. **O processo em evolução**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

____. O Direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição. **O processo em evolução**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 24/62 (capítulos de 2 a 9). Material da 1ª aula da disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Processual Civil – IBDP e Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

____. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

____. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

____. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 5.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 4.

REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

Correspondência | Correspondence:

João Batista de França Silva
Rua Raimundo Firmino de Oliveira, 386, Alto de São Manoel, CEP 59.628-330. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3314-8176.
Email: joaofransa@oab-rn.org.br

Recebido: 19/12/2011.
Aprovado: 25/02/2012.