



# DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÓRIO

VOLUME 1

ORGANIZADORAS:  
Fernanda Brandt e  
Denise Bittencourt Friedrich



EAD Unisc



DIREITO DAS FAMÍLIAS E  
SUCESSÓRIO  
VOLUME 1





Reitora  
*Carmen Lúcia de Lima Helfer*

Vice-Reitor  
*Rafael Frederico Henn*

Pró-Reitor Acadêmico  
*Rolf Fredi Molz*

Pró-Reitor Administrativo  
*Dorivaldo Brites de Oliveira*

**EDITORA DA UNISC**

Editora  
*Helga Haas*

**COMISSÃO EDITORIAL**

*Helga Haas - Presidente*  
*Adílson Ben da Costa*  
*Carlos Renê Ayres*  
*Cristiane Davina Redin Freitas*  
*Marcus Vinicius Castro Witczak*  
*Mozart Linhares da Silva*  
*Rudimar Serpa de Abreu*

© *Copyright*: dos autores  
1ª edição 2021  
Direitos reservados desta edição:  
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: Bruno Seidel Neto  
(Assessoria de Comunicação da UNISC)

Editoração: Clarice Agnes

D598 Direito das famílias e sucessório [recurso eletrônico] : volume 1 / Fernanda Brandt, Denise Bittencourt Friedrich (organizadoras). – 1. ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2021.

Dados eletrônicos.  
Inclui bibliografias.  
Modo de acesso: World Wide Web: [www.unisc.br/edunisc](http://www.unisc.br/edunisc)  
ISBN 978-65-88564-15-8

1. Direito de família 2. Herança e sucessão. I. Brandt, Fernanda. II. Friedrich, Denise Bittencourt.

CDD-Dóris: 342.165

Bibliotecária: Muriel Thurmer - CRB 10/1558



Avenida Independência, 2293  
Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462  
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS  
E-mail: [editora@unisc.br](mailto:editora@unisc.br) - [www.unisc.br/edunisc](http://www.unisc.br/edunisc)



# A PROVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DAS PARTES NA BUSCA DA VERDADE JUDICIAL CARACTERIZADORA DO PROCESSO JUSTO

Cláudio Tessari<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo busca demonstrar que a prova é um direito fundamental das partes e que no âmbito do processo civil brasileiro foi adotada a espécie/modelo de processo cooperativo - *que robustece a prova com tal fundamentalidade* - na busca da verdade judicial caracterizadora do processo justo, para tanto analisa e interpreta dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, da Constituição Federal de 1988 e dos Pactos de San José da Costa Rica e de Direitos Cívicos e Políticos da ONU, além do conteúdo de decisões judiciais dos Tribunais Superiores.

**Palavras-chave:** prova; direito fundamental; verdade judicial; processo justo.

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das características principais do novo Código de Processo Civil, introduzido no ordenamento jurídico nacional pela Lei n. 13.105, de 16.03.2015, é a efetividade do processo, entendendo-se como a capacidade do processo atingir os seus objetivos como instrumento à aplicação do direito, orientando as condutas das pessoas, em suas relações uma com as outras, dentro da sociedade.

Visando, então, aprimorar os mecanismos de entrega da tutela jurisdicional, foi necessária a implementação de algumas técnicas processuais que servissem de ferramenta ao magistrado, sendo uma delas a que corresponde aos poderes conferidos ao Juiz na condução do processo com a sua iniciativa no campo probatório, também nominado como “poderes de gerenciamento do processo pelo Juiz”, na medida em que as provas produzidas no processo passaram a ser destinadas a todos os sujeitos processuais além do Juiz.

Pois bem, o objetivo deste artigo é demonstrar que a prova é um direito fundamental das partes na busca da verdade judicial - mescla da verdade formal

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter Laureate International Universities. Especialista em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico pela PUCRS. Docente do Curso de Pós-graduação - Especialização em Família e Sucessões: Direito Material, Processual e Questões Controversas da EAD UNISC. Professor visitante de vários cursos de Pós-graduação lato sensu, MBA e LLM. Membro da Comissão Especial de Direito Tributário da OAB/RS. Sócio do Instituto de Estudos Tributários - IET. Advogado Tributarista. [tessari.tpadv@gmail.com](mailto:tessari.tpadv@gmail.com)



e material -, e que o modelo/espécie de processo cooperativo adotado pelo sistema processual civil brasileiro no âmbito do CPC/15, robustece a prova com tal fundamentalidade caracterizadora do processo justo.

## 2 A PROVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DAS PARTES NA BUSCA DA VERDADE JUDICIAL

Direitos fundamentais são aqueles que foram eleitos como verdadeiros fundamentos de determinado ordenamento jurídico, e podem ter sua fundamentalidade fulcrada em dois aspectos: material e formal.

O formal diz respeito aos direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal, ou seja, que se beneficiam da positivação no texto da Magna Lex, como aqueles previstos nos diversos incisos do artigo 5º da CF/88.

O material, por sua vez, de acordo com Ramos (2013, p. 43), diz respeito àqueles direitos cujo conteúdo é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade, já que sem o respeito a eles não seria possível falar em um espaço de liberdade da decisão e da autorrealização, muito menos em garantia e defesa da subjetividade pessoal.

Para Guedes e Leal (2015, p. 16) a fundamentalidade material da prova está intrinsecamente ligada à verdade e à importância dessa para qualquer relação jurídica. Contudo, o fato de o conceito de prova e de verdade estarem intimamente ligados não quer dizer que são sinônimos. O processo civil deve ser analisado como uma produção cultural, que acompanha as transformações de uma dada sociedade, e não como uma moldura técnica e uniforme de conformação da realidade jurídica.

Nesse contexto, a garantia do contraditório, antes considerada como uma mera contraposição de teses entre as partes passa a constituir garantia de influência e não surpresa na atividade processual. Todavia essa concepção clássica de restrição do princípio do contraditório ao debate de teses se coloca como limitação para o desenvolvimento de um processo colaborativo.

Nesse sentido, fez-se necessária, por meio do novo Código de Processo Civil de 2015, a reestruturação do estudo da atividade probatória, fundamental para alcance das principais finalidades do processo (GUEDES; LEAL, 2015, p. 16).

É quem nos fornece o estudo mais completo sobre a função da prova e sua aptidão para atingir a verdade, e, quanto a essa possibilidade no plano teórico, adverte que “a teoria da verdade material, que nos países socialistas derivou do materialismo dialético (em particular da doutrina epistemológica de Lênin), contém um conceito cardinal da teoria da prova e da disciplina do processo civil e penal” (TARUFFO, 1992, p. 3).



Taruffo (1992, p. 58-59) sustenta que não é o caso de indicar uma orientação filosófica específica como premissa exclusiva para a análise da verdade judicial, concluindo, então, que “ao contrário, é suficiente mostrar que existem orientações idôneas a fornecer o fundamento teórico da possibilidade de construir noções sensatas de verdade judicial”.

Com relação à possibilidade ideológica, o escopo do processo é produzir decisões justas que jamais terão essa característica “se estiverem fundadas em um acerto dos fatos equivocado ou pouco confiável já que não é qualquer solução do conflito que se aceita como válida, mas sim aquela que resultar da aplicação de critérios de justiça” (TARUFFO, 1992, p. 9).

A verdade dos fatos no processo é teoricamente possível e ideologicamente necessária, e Taruffo (1992) decidiu demonstrar a sua possibilidade prática, ou seja, a prova e sua capacidade como fator para o alcance da verdade.

De acordo com Guimarães (2013, p. 1.141) não há que se falar em verdade formal ou verdade material, pelo simples fato de que a verdade não aceita adjetivações, uma vez que a primeira poderia ser conceituada com a pertinência absoluta entre uma afirmação e o que se passou na realidade fenomênica, enquanto a segunda seria a verdade meramente refletida no processo e que se encontra juridicamente apta a fundamentar uma decisão, e a fusão dessas duas verdades pode ser qualificada com a verdade judicial.

Tal assertiva está bem demonstrada no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, mais especificamente na norma que trata “das regras de experiência”. Tal disposição também existia no âmbito do Código de Processo Civil de 1973, contudo, anteriormente, o juiz só estava autorizado a utilizá-las na “falta de normas jurídicas particulares”, agora, não, justamente porque deve conduzir o processo na busca da verdade judicial como um direito fundamental, *verbis*:

<i>Código de processo Civil de 1973</i>	<i>Código de Processo Civil de 2015</i>
Art. 335. <i>Em falta de normas jurídicas particulares</i> , o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.	Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Com razão, então, que “o processo não possui a verdade, embora a persiga continuamente, e aspirando obtê-la se utilizará das provas” (TARUFFO, 1992, p. 12).

A prova tem relação com os fatos, e não com o direito, conforme determina a legislação processual vigente.<sup>2</sup> (DINAMARCO, 2001, p. 46-47) conceitua o direito à

<sup>2</sup> CPC/2015: Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.



prova como “o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que se possa demonstrar no processo a veracidade do que se afirma em relação aos fatos relevantes para o julgamento”.

Canotilho (2008, p. 170) atribui a seguinte definição para prova: “trata-se do poder de uma parte apresentar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável e de exhibir os meios representativos dessa realidade [...]” o direito à prova “em sentido lato tem o poder de demonstrar em juízo os fundamentos da própria pretensão e, em sentido estrito, alegando matéria de fato”.

Contudo, mesmo “estando inserido em outros direitos ou garantias fundamentais, o direito à prova deve ser estudado à parte, e ter reconhecido o seu fundamento constitucional” (CANOTILHO, 2008, p. 170).

A tese de que a prova é um direito com *status* constitucional é bem difundida, principalmente por força da constitucionalização do processo civil,<sup>3</sup> que poderia ser extraído do princípio do devido processo legal e nos seus desdobramentos, como o acesso à justiça, garantido sua efetividade, por ser condição *sine qua non* para realização do direito.

O conteúdo do direito fundamental à prova compreende duas dimensões fundamentais, a saber: a) o direito à prática de atos processuais com vistas ao emprego dos meios de prova que permitam persuadir o julgador no sentido da presença da correspondência entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes e controvertidos que tenham sido feitas pelas partes e a realidade histórica; b) o direito à tutela jurisdicional pautada pela valoração da prova produzida nos autos de acordo com os critérios de livre apreciação da prova e de persuasão racional do juiz. (REICHELTL, 2018, p. 172).

O direito fundamental à prova, então, encontra-se assentado em bases constitucionais principiológicas do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório (CF/88, artigo 5º, LIV,<sup>4</sup> LV), responsáveis por proporcionarem o exercício dos direitos processuais adequados à solução dos conflitos trazidos a juízo e por possibilitarem resultados eficazes para todos aqueles que buscam a prestação da tutela jurisdicional.

Assim, o direito à prova, possui previsão constitucional no art. 5º, inciso LV, que

3 CPC/2015: Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse Código.

4 CF/88. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;



aduz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (PEDRONI; FERREIRA, 2018, p. 125), princípios indissociáveis à noção de devido processo legal.

O contraditório e a ampla defesa possibilitam que o processo se desenvolva de maneira democrática, pois garantem a atuação igualitária das partes. Nesse tocante, percebe-se que o art. 5º, inciso LV, da CF/1988, representa três importantes direitos das partes, quais sejam: (i) direito de informação; (ii) direito de manifestação; e (iii) direito de ver seus argumentos considerados (PEDRONI; FERREIRA, 2018, p. 125).

Dessa forma, só existe direito de defesa quando possibilitada a produção de provas. Dentro desse contexto, a prova assume com a finalidade precípua de convencer o juízo acerca da veracidade dos fatos que estão sendo apresentados, a fim de que haja um julgamento justo. Todavia, mais do que isso, a prova tem o condão de determinar o comportamento das partes diante do processo, isso porque, antes de convencer o juiz, a prova deve convencer as próprias partes sobre a plausibilidade dos fatos que serão alegados em juízo (PEDRONI; FERREIRA, 2018, p. 125).

Assim, o direito fundamental à prova deve ser reconhecido e implementado, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, como um instituto jurídico que, numa concepção sistemática, deve demonstrar a compreensão de que, resultante da lei escrita, são constituídos juízos lógicos compatíveis dentre dos quais há de se operar o raciocínio do intérprete do direito, como esquema de incidência e aplicação da lei (TAVARES; CUNHA, 2011, p. 111).

Se, conforme restou demonstrado anteriormente, a busca da verdade judicial é um elemento necessário para que a decisão possa ser considerada justa, e se a verdade é necessariamente um elemento para que o direito tenha sua função básica de orientar condutas, a própria ideia de Estado Constitucional (que, antes de qualquer coisa, é Estado de Direito) não pode prescindir do direito à prova para os litigantes que, então, além de formalmente fundamental, como demonstrado, também o é materialmente.

Para tanto demonstrar, cabe asseverar que está presente no ordenamento jurídico pátrio um núcleo essencial que tem como premissa que existem nos direitos fundamentais conteúdos invioláveis, indisponíveis, que não podem ser relativizados, ou que acabam por prevalecer em caso de colisão.

E, em tal núcleo essencial está incluído o direito fundamental à admissibilidade da prova albergado nas disposições constantes do artigo 5º, LVI, da CF/88, ao asseverar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” pois que, se estão vedadas as provas obtidas por meios ilícitos as demais, então, devem ser admitidas.

Integram o núcleo essencial do direito fundamental da prova: a) admissão de





quaisquer provas lícitas, desde que relevantes ou pertinentes; e, *b*) que o exame de admissão da prova seja feito antes da valoração, não podendo ser indeferida prova por prévio convencimento subjetivo do juízo (RAMOS, 2013, p. 59).

Defende, então, Ramos (2013, p. 59) que no momento da produção da prova entrecruzam-se os direitos fundamentais à ampla defesa, à prova e ao contraditório, de modo que o perfil mínimo (núcleo essencial) do direito à prova exige que:

*a*) seja possibilitada a assistência técnica e a manifestação em todos os momentos da produção da prova, em homenagem, respectivamente, à ampla defesa a ao contraditório, e deferida a asseguarção ou produção imediata da prova, quando diante do critério de urgência ou, como se sustenta na doutrina, mesmo sem ele;

*b*) submeta-se a valoração da confiabilidade das provas em si às regras de racionalidade e lógica, respeitados os critérios de completude, coerência, congruência, contendo ainda:

*b.1*) análise sobre o conteúdo de cada prova em relação à veracidade ou falsidade do enunciado de fato;

*b.2*) análise de cada uma das hipóteses levantadas com os fatos;

*b.3*) utilização de supostos adicionais que contenham generalização universal ou quase universal;

*c*) sejam consideradas provadas somente as hipóteses que foram corroboradas por elementos de prova suficientes;

*d*) sejam considerados suficientes os graus de corroboração determinados pelo modelo de constatação aplicável no caso em análise;

*e*) seja fornecida adequada motivação, em homenagem ao direito fundamental à motivação da decisão judicial;

*f*) tenham as partes o dever de levar a juízo todos os elementos de prova pertinentes e relevantes de que dispõem;

*g*) aloque ao legislador os riscos da não corroboração objetiva das hipóteses fáticas de maneira justa, com correlato dever do juiz, caso isso ocorra, julgar a demanda em favor do autor ou do réu (dependendo da regra).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça se pode identificar a inequívoca caracterização da prova como um direito fundamental na busca da verdade judicial no bojo da decisão colegiada - proferida em 26.03.2019 - nos autos do Recurso Especial 1.770.213-SP, ao reconhecer que a “prova nova” - inclusive testemunhal - (artigo 966, VII, do CPC/2015) e não “o documento novo” (artigo 485, VII, do CPC/1973) é que é passível de causar a desconstituição de julgado por meio de ação rescisória (REsp n. 1.770.123-SP, 2018/0219451-6, STJ, 3ª T., Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva,



j. 26.03.2019, v.u., DJe 02.04.2019).<sup>5</sup>

Cabe asseverar, por fim, que por força das disposições constantes do artigo 5º, § 2º, da CF/88, os “direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesse sentido, o direito à prova é assegurado pelos: a) artigo 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica - internalizado no Brasil pelo meio do Decreto n. 678/1992 -, especificamente em suas alíneas “c” (concessão ao acusado do tempo e dos meios de prova adequados para a preparação de sua defesa); e “f” (direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, e de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos); e, b) artigo 14.3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU - internalizado no Brasil pelo Decreto n. 592/1992 -, na alínea “e” (de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação).

### **3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA COMO UM ELEMENTO CARACTERIZADOR DO PROCESSO JUSTO, DIANTE DA ADOÇÃO PELO CPC/2015 DE UM *TERTIUM GENUS* DE ESPÉCIE/MODELO DE PROCESSO: O COOPERATIVO**

De acordo com Oliveira e Mitidiero (2015, p. 27-28) os direitos fundamentais processuais possuem, ainda, a peculiaridade de ter como princípio (ou sobreprincípio) norteador o direito ao justo processo, visto pela doutrina como o modelo de atuação (interferência) mínima processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais, ou seja, sem alguns elementos mínimos, não há que se falar em processo justo.

O respeito ao direito fundamental constitucional à prova deve pautar-se no sentido de “evitar que o processo seja utilizado para obtenção de resultados desejados pelas partes, mas não albergados pelo ordenamento jurídico” (REICHELTL, 2018, p. 175).

Mesmo sendo o direito fundamental à prova um dos elementos do processo justo mais cotidiano da vida jurídica, identifica-se, ainda, no âmbito dos Tribunais pátrios e em parte, na doutrina um enfrentamento tímido<sup>6</sup> do tema sob o prisma de

5 Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1770123&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1770123&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR). Acesso em: 20 mai. 2019.

6 Com exceções de CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001; e, REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre:



sua fundamentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, talvez, segundo Ramos (2013, p. 42), por conta do, possivelmente equivocado, entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que violações a direitos fundamentais processuais seriam somente ofensas reflexas à Constituição Federal, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. 2. Tributário. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Prazo prescricional. Matéria infraconstitucional. Precedentes. 3. Direito administrativo. Alegação de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Controvérsia que depende do exame prévio de normas infraconstitucionais. Ofensa reflexa à Constituição Federal. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE n. 645.279-RJ, STF, 2ª T., Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 11.12.2012, v.u., Ata n. 196/2012, DJe n. 247, p. 17.12.2012).<sup>7</sup>

Inconformada com essa absurda decisão, a parte recorrente opôs os cabíveis embargos declaratórios e, surpreendentemente, além de ter seu recurso rejeitado, por unanimidade, foi condenada ao pagamento de multa de 1% sobre o valor corrigido da causa:

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Embargos protelatórios. Imposição de multa. Embargos de declaração rejeitados. (Emb. Decl. no Ag. Reg. no RExt com Agravo n. 645.279-RJ, STF, 2ª T., Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 19.02.2013, v.u., Ata n. 2, DJe n. 39, 27.02.2013).<sup>8</sup>

Contudo, os processos judiciais não se formam visando a proclamação de teses acadêmicas de direito, já que eles só existem para a tutela de interesses concretos nascidos da vida e das relações jurídicas nelas criadas e desenvolvidas. É que os direitos subjetivos, como defende Júnior (2009, p. 71), são a matéria prima com que laboram os Tribunais e esses direitos, por sua vez, nascem de fatos sendo que daí cumpre aos Magistrados conhecerem sempre os fatos que se colocam à base de qualquer litígio sendo, então, as provas, no processo, o meio de se chegar à cognição do suporte fático de pretensões litigiosas.

---

Livraria do Advogado Editora, 2009, que enfrentam tal temática com a profundidade que o tema exige.

7 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/verImpressao.asp?imprimir=true&incidente=4092860>. Acesso em: 20 mai. 2019.

8 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=127368710&ext=.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.



Como bem identificou Júnior (2009, p. 72) na década de 50 as preocupações com as metas políticas e sociais do processo eram diminutas e a ciência jurídica via na jurisdição o instrumento voltado, quase que exclusivamente, para realizar a vontade da lei sendo que o natural e desejável era o juiz neutro, imparcial, equidistante do drama das partes e, por isso, alheio à formação do objetivo do processo e à atividade probatória tendente a demonstrar a causa do pedido do autor e da resistência do réu.

A nova tônica da ciência processual centrou-se na ideia de acesso à justiça, na medida em que o direito de ação passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas como a garantia cívica de justiça, assumindo a missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não só permitissem a realização da vontade da lei, mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça.

Assim sendo, o processo assumiu o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do processo justo, comprometido com desígnios sociais e políticos que obviamente não poderia ser dirigido por um juiz neutro e insensível.

Nesse processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome ele atua, ou seja, todos agem em direção ao escopo de atingir a pacificação social com eliminação dos litígios, de maneira legal e justa.

Como bem observaram Kim e Benassi (2018, p. 141) essa nova perspectiva possibilita evoluir na compreensão do devido processo legal, do sentido estritamente formal para o devido processo legal substantivo de forma ampliada em que se exija, para respeitar todos direitos fundamentais das partes, um processo legal justo e materialmente (in)formado por todos os princípios da justiça constitucionalmente conformados.

Atente que a Constituição Federal Brasileira garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV). E, o direito ao processo justo (*fair trial*) constitui a maior colaboração da *Common Law* para a *Civil Law*, constituindo-se em princípio fundamental para a organização do processo no Estado Constitucional, proporcionando um modelo mínimo quanto a essa situação (KIM; BENASSI, 2018, p. 145).

A mais abalizada doutrina processual, frequentemente, identifica duas grandes espécies/modelos de processo: o dispositivo e o inquisitivo.

A espécie/modelo dispositivo (ou adversarial) de processo - muito comum em grande parte dos países de *common law* - está caracterizada num conflito entre dois adversários, diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, ou seja, “o juiz assume figura secundária, quase que de expectador ao longo do procedimento, tomando contato com as provas, salvo raríssimas exceções, somente na audiência, momento em que deverá ser proferida a sentença de mérito” (REDONDO, 2014, p. 9).



A função principal do Magistrado é a de decidir somente no fim do curso processual, sendo a maior parte da atividade processual, inclusive a produção probatória, que é desenvolvida pelas partes por meio de seus advogados.

Já a espécie/modelo inquisitivo (inquisitorial ou não adversarial) de processo, muito comum nos países de tradição romano-germânica de *civil law*, o órgão jurisdicional assume a função de protagonista principal da relação processual, ou seja, rompida a inércia da jurisdição “pela provocação da parte, o processo passa a se desenvolver por impulso oficial [...] o magistrado é quem realiza a maior parte da atividade processual, especialmente no que tange à condução, ao desenvolvimento e à instrução do processo” (REDONDO, 2014, p. 11). Ao Magistrado é permitida a produção de prova de ofício, bem como o indeferimento de provas que considerar desnecessárias ou irrelevantes para solução da causa.

Então “em qualquer dos modelos referidos anteriormente há sempre a preponderância exagerada de um dos sujeitos na condução do processo (seja o magistrado, sejam as partes)” (DIDIER, 2014, p. 74-75).

No âmbito do direito processual civil brasileiro dependendo do aspecto ou do instituto há características de ambos as espécies/modelos referidas anteriormente, confira-se: *a*) o dispositivo: instauração do processo (art. 2º, do CPC/15); a fixação do objeto litigioso (arts. 141, 492, do CPC/15); e, *b*) o inquisitivo: os poderes instrutórios do Juiz (art. 130, do CPC/15).

Contudo, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF/88), exige que o processo civil brasileiro seja - nem exclusivamente - inquisitivo e - tampouco somente - dispositivo.

Conclui, então, Redondo (2014, p. 10) que se de um lado é verdade que o processo é um instrumento de Direito Público e destinado à pacificação social, à afirmação do poder estatal (modelo inquisitivo) e à justa aplicação do direito, de outro é igualmente correto que o processo não é um fim em si mesmo, servindo, essencialmente, para a tutela efetiva de um direito material violado ou ameaçado, observando, sempre, os limites do pedido (modelo dispositivo).

Dessa forma, o direito processual civil brasileiro adota um modelo processual cooperativo, que consiste em um meio termo entre os sistemas inquisitorial a adversarial (dispositivo), como resultado da cooperação, nenhum dos sujeitos processuais (partes e juiz) ganha destaque especial ao longo do procedimento, não obstante o magistrado estar dotado de supremacia no momento da decisão.

A condução do processo, então, deixa de ser determinada exclusivamente pela vontade das partes, mas não chega a haver uma condução inquisitorial por parte do órgão jurisdicional. Adota-se, em suma, um discurso democrático que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica (DIDIER, 2014, p.



74-75).

A cooperação está estabelecida “no dever, de todos os sujeitos processuais, de adotar condutas, sempre de acordo com boa-fé e a lealdade, que cooperem com a maior eficiência e transparência no procedimento” (REDONDO, 2014, p. 10).

A espécie/modelo de processo cooperativo está positivada, de forma expressa, no Código de Processo Civil português (art. 7º) e alemão (§ 139, 1 a 5), e no brasileiro nas disposições constantes dos arts. 5º, LIV, da CF/88 (devido processo legal); 5º, LV, da CF/88 (contraditório e mais ampla defesa) e, por fim, 6º e 357, § 3º, do CPC/15 (cooperação nacional), *verbis*:

CPC/2015:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.  
[...]

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...]

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Assim sendo, após a vigência da Lei n. 13.015/2015, tornou-se evidente e indiscutível a eficácia normativa da espécie/modelo de processo cooperativo no âmbito do direito processual civil brasileiro. Essa espécie/modelo de processo cooperativo impõe às partes três deveres: a) esclarecimento - praticar os atos processuais com clareza, coerência e transparência (art. 330, I, do CPC/15); b) lealdade - agir com boa fé processual (art. 80, do CPC/15); e, c) proteção - uma parte não pode causar danos à outra (art. 776, do CPC/15).

Já em relação ao Magistrado, a espécie/modelo de processo cooperativo lhe exige o exercício de uma posição de agente-colaborador da relação processual, isto é, “de participante ativo do contraditório e do procedimento, e não de mero fiscal passivo de regras, mero espectador” (REDONDO, 2014, p. 12), gerando, assim, quatro deveres para o mesmo: a) consulta; b) esclarecimento; c) prevenção; e, d) auxílio - se a causa apresentar complexidade quanto à matéria de fato ou de direito, marcar audiência e pleitear que as partes esclareçam suas alegações resolvendo as dúvidas do julgador (art. 357, parágrafo único, do CPC/15).

Assim sendo, a atuação jurisdicional deve estar comprometida com a realização de escopos de ordem pública, em especial no que tange ao respeito aos ideais de justiça procedimental e de legitimação da decisão judicial construída sob signo do esforço de encontrar correspondência entre o que foi narrado nos autos e o que





efetivamente aconteceu (REICHELT, 2018, p. 175).

Embora aparentemente tenhamos um processo judicial essencialmente liberal, está previsto na Constituição Federal de 1988, que tem como objetivo primário assegurar a igualdade de tratamento entre as partes e garantir a imparcialidade do Magistrado, que o processo justo exige mais que isso, ou seja, o Estado Democrático de Direito não pode admitir que o processo decorra apenas da aplicação das normas processuais de forma automatizada (KIM; BENASSI, 2018, p. 141).

Para Comoglio (1998, p. 63) processo justo é o resultado de uma transfusão entre as “garantias processuais, resultando em algo diverso e superior, que não só é gerado por aquelas garantias, mas as informa e as revê, acaso não tenham por objetivo assegurar a dignidade humana processual”.

Em uma Constituição, como a brasileira, com diversos direitos fundamentais processuais - inclusive da prova -, não se pode mais defender um devido processo legal formal, mas há que se evoluir para o reconhecimento de que há um direito fundamental a um processo justo, que deve respeitar os aspectos processuais formais, mas também substanciais e que esteja materialmente informado pelos valores da justiça e dignidade da pessoa humana.

E a prova compõe além de um direito fundamental um direito ao processo justo. Nesse sentido, cabe asseverar que o novo Código de Processo Civil prevê os seguintes meios de prova: I - produção antecipada da prova (arts. 381 a 383); II - ata notarial (art. 384); depoimento pessoal (arts. 385 a 388); III - confissão (arts. 389 a 395); IV - exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404); V - prova documental (arts. 405 a 441); VI - prova testemunhal (arts. 442 a 463); VII - prova pericial (arts. 464 a 480); VIII - inspeção judicial (arts. 481 a 484); IX - prova emprestada (art. 372).

E, a busca pelo processo justo, no que concerne ao direito fundamental à prova, está materializada no âmbito do CPC/2015, dentre outras, na norma que estabelece que o juiz não poderá apreciar livremente a prova:

<i>Código de Processo Civil de 1973</i>	<i>Código de Processo Civil de 2015</i>
Art. 131. O juiz <i>apreciará livremente</i> a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.	Art. 371. O juiz <i>apreciará</i> a prova constante nos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões de formação de seu convencimento.

Como bem observou (BORGES, 2017, p. 173), a supressão do advérbio “livremente” pelo novo regime processual não é obra do acaso. Embora o critério de valoração da prova mais recorrente, na praxe processual brasileira, seja a do livre convencimento, existem várias diretrizes abstratas que limitam a liberdade do juiz na apreciação da prova, prefixando seu peso probatório, como se pode comprovar nos artigos que tratam dos documentos eletrônicos:



Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Sem correspondência	Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.
Sem correspondência	Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.
Sem correspondência	Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.

Assim sendo, à luz dos artigos 439 a 441, o CPC/2015 passou-se a admitir documentos eletrônicos como prova processual, em consonância com Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965, de 23.04.2014).

Por tais razões, é que o direito fundamental à prova pode ser entendido como um elemento caracterizador do processo justo, diante da adoção pelo CPC/2015 do modelo de processo cooperativo.

#### 4 CONCLUSÕES

Não há que se falar em *verdade formal* ou *verdade material*, já que a verdade não aceita adjetivações, e a fusão dessas duas verdades pode ser identificada como a *verdade judicial*, sendo o direito fundamental à prova fulcrado nos princípios constitucionais do devido processo legal, da ação e do contraditório (arts. 5º, LIV e LV, da CF/88), materializa três importantes direitos das partes, quais sejam: (i) direito de informação; (ii) direito de manifestação; e (iii) direito de ver seus argumentos considerados.

Só existe direito de defesa quando possibilitada a produção de provas que, então, está incluída num núcleo essencial que tem como premissa a circunstância fática e jurídica de que existem nos direitos fundamentais conteúdos invioláveis, indisponíveis, que não podem ser relativizados, ou que acabem por prevalecer em caso de colisão, conforme disposição constante do art. 5º, LVI, da CF/88, *mutatis mutandis*.

Cabe ressaltar, ainda, que o direito fundamental constitucional à prova deve pautar-se no sentido de evitar que o processo seja utilizado para obtenção de resultados desejados pelas partes, mas não albergados pelo ordenamento jurídico, razão pela qual o processo assumiu o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do processo justo, comprometido com os ideais de justiça procedimental e de legitimação da decisão judicial que deve ser construída sob o signo do esforço de encontrar correspondência entre o que foi narrado nos autos e o que efetivamente aconteceu.





Daí a adoção, pelo novo Código de Processo Civil, de uma espécie/modelo de processo cooperativo (arts. 6º e 357, § 3º, do CPC/2015), tornando a prova além de um direito fundamental um direito ao processo justo (arts. 371, 372, 373, § 1º, 439, 440 e 441, do CPC/2015).

Assim sendo, ao adotar o modelo/espécie de processo cooperativo, o legislador brasileiro, por meio do Código de Processo Civil de 2015, deu sustentação à prova como um direito fundamental pelo qual se faz a busca da verdade judicial - mescla da verdade formal e material - caracterizadora do processo justo.

## REFERÊNCIAS

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. *In*: SEMINÁRIO - DIMENSÕES MATERIAIS E EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1., 2011, Santa Catarina. **Anais** [...]. Santa Catarina: Unoesc, 2011. p. 133. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959/536>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BORGES, Ronaldo Souza. O sistema misto de valoração da prova no novo Código de Processo Civil: a relação entre prova livre e prova legal. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 264, a. 42, fev. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O ônus da prova na jurisdição das liberdades**. Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2008.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) exegese do art. 373, §§ 1º e 2º no NCPC. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 246, a. 40, agosto 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Os modelos de garantias constitucionais de processo. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, vol. 90, a. 23, abr.-jun. 1998.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.

GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração colaborativa do material probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 240, a. 40, fevereiro 2015.



GUIMARÃES, Filipe, Processo, prova e verdade. *In*: FUX, Luiz (coord.). **Processo Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1141.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, Ed. Dialética, vol. 80, novembro 2009.

KIM, Richard Pae; BENASSI, Maria Cristina Kunse dos Santos. O direito fundamental ao processo justo e seu conteúdo jurídico. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. TR, v. 279, a. 43, maio 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração do processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Calos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015. v. I.

PEDRONI, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 285, a. 43, novembro 2018.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 224, a. 38, outubro 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da Cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, Ed. Dialética, v. 133, abril 2014.

REICHELDT, Luis Alberto. Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justa em perspectiva cível na realidade brasileira: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 282, a. 43, agosto 2018.

REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 281, a. 43, julho 2018.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**: nozione generale. Milano: Giuffrè, 1992.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 195, a. 36, maio 2011.

