

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

CHARLINE ZUCHELO DE MORAIS

**A preclusão temporal no direito probatório:
um estudo à luz dos princípios constitucionais.**

**CURITIBA
2008**

CHARLINE ZUCHELO DE MORAIS

**A preclusão temporal no direito probatório:
um estudo à luz dos princípios constitucionais.**

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Freire de Barros
Teixeira.

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

CHARLINE ZUCHELO DE MORAIS

**A preclusão temporal no direito probatório:
um estudo à luz dos princípios constitucionais.**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Freire de Barros Teixeira

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de _____ de 2008.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL	8
2.1. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	10
2.2. GARANTIA DO PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS.....	11
2.3. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	12
2.3.1. Princípios do contraditório e da ampla defesa.....	14
2.4. PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE.....	17
3. PRECLUSÃO	20
3.1. CONCEITO.....	20
3.2. NATUREZA JURÍDICA.....	22
3.3. CLASSIFICAÇÃO.....	22
3.4. FINALIDADE E FUNDAMENTO.....	24
3.5. EFEITOS.....	25
4. DIREITO PROBATÓRIO	27
4.1. FINALIDADE.....	27
4.2. O DIREITO À PROVA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	29
4.3. OBJETO E LIMITAÇÕES.....	31
4.4. FASES.....	33
5. A PRECLUSÃO TEMPORAL NO DIREITO À PROVA	36
5.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INCIDÊNCIA DA PRECLUSÃO NO DIREITO PROBATÓRIO.....	36
5.2. O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO ATUAL.....	40
6. CONCLUSÃO	43
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

RESUMO

A sociedade em que vivemos passa por contínuas transformações, não podendo o processo civil quedar-se inerte, alheio às novas exigências que lhe são impostas. O processo atual deve ser efetivo, entendido, assim, como célere e justo. Neste sentido, importante refletir se os institutos e procedimentos adotados pelo Código de Processo Civil brasileiro estão condizentes com a realidade que lhe é apresentada. Com esse intuito, investiga-se os contornos da aplicabilidade do instituto da preclusão temporal em face do direito à prova no procedimento comum ordinário, posto que, se, por um lado, o direito à prova possui fundamento constitucional e é correlato à busca de uma decisão justa, por outro, tais aspectos não o tornam um direito absoluto ou ilimitado, visto que, se assim fosse, o processo poderia alongar-se demasiadamente no tempo, o que, sem sombra de dúvida, traria prejuízos às partes, em especial àquela que tem razão. Celeridade e justiça são pilares de uma boa prestação jurisdicional que nem sempre se harmonizam. Faz-se necessário que ambos os valores sejam aplicados de forma equilibrada, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional se dê de forma efetiva.

Palavras-chave: preclusão, direito à prova, celeridade, contraditório e ampla defesa, efetividade do processo.

1. INTRODUÇÃO

Há uma preocupação crescente e generalizada no mundo jurídico pela busca de um processo capaz de dar efetividade aos direitos que precisam ser através dele protegidos. Com efeito, para a concretização do verdadeiro acesso à Justiça, há que se disponibilizar aos cidadãos um processo célere, eficiente e que busque, acima de tudo, a justiça.

A proteção e promoção da dignidade da pessoa humana é a razão de ser do Estado, bem como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), sendo que uma das formas de promovê-la é, inegavelmente, por meio da realização de uma prestação jurisdicional adequada. Assim, é direito do cidadão receber uma efetiva e justa tutela jurisdicional. Por isso, a importância de se refletir se os institutos e procedimentos adotados pelo processo civil estão atendendo à efetividade, à celeridade e aos demais ditames processuais insertos na Constituição Federal.

Na monografia a ser desenvolvida, far-se-á um estudo sobre a aplicabilidade da preclusão temporal no tocante à atividade probatória das partes, especificamente no âmbito do procedimento comum ordinário. O objetivo é investigar se a preclusão temporal incide de maneira absoluta sobre a possibilidade de as partes produzirem prova a qualquer tempo.

Na defesa do instituto, tem-se o argumento de que a preclusão compele o processo a avançar à solução final, servindo de barreira ao retorno de fases já superadas e imprimindo maior celeridade ao rito, o que confere com a imprescindibilidade de se assegurar precisão e duração razoável no desenvolvimento dos atos processuais. A crítica à preclusão, por outro lado, diz

respeito a sua falta de comprometimento com a justiça, que, por sua vez, é o ideal maior do processo civil.

Toda esta problemática está envolta pela ponderação que se deve fazer entre os princípios da efetividade e da justiça do julgado, posto que ambos devem ser perseguidos concomitantemente pelo processo civil, sem predileções por um ou por outro, visto que a Constituição Federal não lhes outorga diferentes graus de relevância entre si (CF, art. 5º, XXXV, LV e LXXVIII).

Paralelamente, é condição essencial do Estado Democrático de Direito que seja assegurado aos cidadãos um processo rápido e uma sentença justa. Tanto os princípios da ampla defesa e do contraditório, quanto o direito à razoável duração do processo, fazem parte do conteúdo da cláusula do devido processo legal e constituem garantias constitucionais. Despido de qualquer dos princípios acima citados, o direito processual se torna fragilizado – senão inócuo – e inconsistente a proteção jurídica, o que deixa desprotegidas as relações jurídicas. E, para a real concretização do devido processo legal, imprescindível que se atenda concomitantemente à efetividade processual e a justiça material.

De fato, o processo civil enfrenta o dilema de ter de atender a duas exigências contraditórias entre si: a justiça material – apoiada, via de regra, sobre a ampla produção probatória – e a efetividade – em cujo conteúdo se insere a celeridade. Diz-se que são valores a princípio contraditórios entre si porque, enquanto um requer o mínimo de dispêndio possível de tempo, o outro, impreterivelmente, demanda tempo. A concessão de mais oportunidades às partes para apresentarem suas razões e provas, na mesma proporção em que aumenta a chance de obtenção de uma sentença justa, desatende à necessidade de que o processo se desenvolva com a maior rapidez possível.

É nesse quadro conflitante que assume relevância o estudo sobre o instituto da preclusão no âmbito do direito probatório, principalmente para saber se constitui um intermediador satisfatório entre os dois escopos do processo civil – “um processo rápido e uma sentença justa”¹ – e em que medida se aplica à atividade probatória.

A primeira parte do trabalho alude aos princípios constitucionais, aspectos indispensáveis a uma boa jurisdição: princípio do devido processo legal, da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa e da eventualidade, a fim de que se verifique que o estudo do direito processual civil e de seus institutos sempre deve se ater ao atendimento de tais valores.

A preclusão é tratada a seguir, pontuando-se os aspectos gerais sobre o instituto: conceito, características, natureza jurídica, classificação, finalidade, fundamento e efeitos.

A terceira parte cuida do direito probatório, sendo caracterizado como direito constitucional. Mencionam-se os aspectos gerais do direito probatório: a relevância da prova civil, seu objeto, limitações e finalidade.

No quarto capítulo, por fim, analisa-se se a preclusão temporal opera efeitos na instrução probatória, no âmbito do processo civil brasileiro, e, em caso afirmativo, em que medida isso ocorre.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 12.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

Num primeiro momento, a satisfação daquele que tivesse um interesse e o queria ver realizado se dava através da força, na denominada “justiça privada”. Com o passar do tempo, e devido à aquisição pelo Estado de poder suficiente para tanto, passou-se à proibição da autotutela², tornando-se uma função estatal a solução dos conflitos de interesses. Com isso, aquele que então não mais poderia fazer justiça por suas próprias mãos, deveria recorrer ao Estado a fim de ver seu interesse realizado; é o direito de ação.

A princípio, o direito de ação era interpretado como sendo o direito “à obtenção de uma sentença”³. Nos dias atuais, porém, é mais que isso: é o direito de acesso à *efetiva* tutela jurisdicional⁴. A efetividade do processo, por sua vez, “traz em si a superação da ilusão de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material”⁵. Dessa forma, a fim de fornecer uma tutela adequada, o processo deve estar sempre atento ao direito material.

Considerando que os institutos processuais não estão previstos somente no Código de Processo Civil e nas demais leis que regulam o direito processual, mas, principalmente, na Constituição, depreende-se que o estudo e

² Código Penal, art. 345: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”.

³ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol. 2: processo de conhecimento*. 6. ed. rev. atual. e ampliada da obra *Manual de Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2007, p. 33.

⁴ Segundo Guilherme Freire de Barros Teixeira, “a ação não se esgota apenas com a garantia de acesso à justiça, devendo ser analisada sob um outro enfoque, de muito maior relevo, como o direito de acesso ao devido processo legal... sendo necessário que se assegure o efetivo acesso a um processo justo, rápido e eficaz”. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 37.

⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 33. No mesmo sentido, Eduardo Cambi (CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 104).

aplicação do direito processual civil deve-se dar à luz dos princípios constitucionais, sob pena de não atingir ele os objetivos para os quais se destina, uma vez que “a Constituição é responsável pela unificação do ordenamento jurídico e dá sentido ao sistema jurídico, constituindo o fundamento de validade da lei”⁶.

Na lição de Eduardo Cambi, a Constituição, além de ser fonte de validade formal da lei infraconstitucional, configura-se também como “*reserva axiológica da justiça*” (grifos no original). E, em assim sendo, permite que, ao ser ela observada na aplicação do direito e no desenvolver do processo, a justiça seja realizada. Observa o mesmo autor que

(...) a situação jurídica da *sujeição* impede que as partes evitem os atos decorrentes do exercício da atividade jurisdicional, mas isso não significa que não tenham direitos processuais a serem respeitados pelo Estado, para que a decisão possa ser considerada legítima⁷ (grifos no original).

Conseqüentemente, as leis processuais não podem deixar de levar em consideração as garantias previstas na Constituição, notadamente aquelas que estruturam os direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de serem inconstitucionais.

Após essa breve introdução, passaremos à análise de alguns dos princípios constitucionais atinentes ao processo civil e relacionados ao tema do presente trabalho. Antes, porém, cabe alertar para o fato de que os princípios não possuem, cada qual, um conteúdo rígido, podendo, muitas vezes, interpenetrarem-se e decorrerem uns dos outros, tornando difícil sua conceituação e delimitação de conteúdo⁸.

⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 94.

⁷ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 95/96, 98 e 100.

⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípio do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 109.

2.1. Princípio do acesso à justiça

Reza o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que significa que “a todos é garantido o pleno acesso à justiça”⁹.

Conforme já dito anteriormente, o princípio do acesso à justiça, atualmente, significa mais que o simples acesso ao Poder Judiciário¹⁰: representa o “*acesso à ordem jurídica justa*”¹¹(grifos no original).

Segundo Eduardo Cambi, o direito à ordem jurídica justa deve ser compreendido sob dois enfoques: o primeiro relaciona-se ao curso do processo; e o segundo faz referência ao seu resultado. Para o autor, o acesso à ordem jurídica justa garante não só os instrumentos processuais disponíveis no curso do processo, mas também um resultado adequado ao final de seu curso¹².

Para tanto, de acordo com o mesmo autor, a expressão “acesso à ordem jurídica justa” deve ser entendida como compreendendo os seguintes fatores:

1) o ingresso em juízo; 2) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; 3) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); 4) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada)¹³.

Por esse motivo, continua o autor “para a noção de acesso à ordem jurídica justa converge o conjunto das garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual”.¹⁴

⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 112.

¹⁰ PORTANOVA, Rui. *Idem, Ibidem*.

¹¹ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 104.

¹² CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 107.

¹³ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 104.

¹⁴ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 105.

Dessa forma, qualquer norma que inviabilize o acesso à ordem jurídica justa deve ser considerada inconstitucional.

2.2. Garantia do processo sem dilações indevidas¹⁵

Dispõe a Magna Carta, por inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹⁶. Assim, “o processo deve ter andamento o mais célere possível”¹⁷. E o ideal de justiça dos tempos atuais é justamente esse: o de um processo barato, rápido e justo¹⁸.

Também nosso Código de Processo Civil previu regra acerca da celeridade do processo: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: II- velar pela rápida solução do litígio”¹⁹. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, citado por José Rogério Cruz e Tucci,

as legislações processuais modernas ‘devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo no processo’²⁰.

Isso porque é inegável que a justiça da decisão está também atrelada à rapidez com que é proferida:

um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa,

¹⁵ Denominação dada por Rogério Cruz e Tucci a artigo por ele redigido. IN: CRUZ E TUCCI, Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo: RT, 1999, p. 234.

¹⁶ Constituição Federal, inciso LXXVIII.

¹⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípio do processo civil*, 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 171.

¹⁸ PORTANOVA, Rui. *Idem, ibidem*.

¹⁹ Código de Processo Civil, art. 125, inciso II.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. Apud CRUZ E TUCCI, Rogério. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. IN: CRUZ E TUCCI, Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, RT, p. 235.

qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão²¹.

Conforme pontua Rui Barbosa, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”²².

Assim, “incumbe ao ordenamento processual atender, do modo mais completo e eficiente possível, ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa”²³. Um processo célere atende tanto à vontade das partes quanto do próprio órgão Jurisdicional, vez que a tempestividade constitui um dos principais fatores a determinar o grau de eficiência do Poder Judiciário.

Contudo, conforme adverte José Rogério Cruz e Tucci, não há ainda, na doutrina ou na jurisprudência, uma definição do que sejam *dilações indevidas* e a descrição das situações em que elas ocorrem²⁴. Colaboram, porém, para que elas não ocorram o princípio da eventualidade e o instituto da preclusão, sendo que o princípio da eventualidade será visto em tópico deste mesmo capítulo, e o instituto da preclusão estudado no capítulo 2 do presente trabalho.

2.3. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa

Rezam os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, respectivamente, que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

²¹ CRUZ E TUCCI, Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo: RT, 1999, p. 236.

²² BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*, p. 67. Apud FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*, Curitiba: Juruá, 1991, p. 13.

²³ CRUZ E TUCCI, Rogério. *Idem, Ibidem*.

²⁴ CRUZ E TUCCI, Rogério. *Idem*, p. 239.

acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Tais incisos significam, basicamente, que qualquer pessoa terá direito à tutela jurisdicional e à realização de um processo adequado antes de ser privado de sua liberdade, vida ou patrimônio²⁵.

Pode-se dizer que o princípio do devido processo legal, por ser de conteúdo indeterminado, constitui-se em garantia ampla, que abrange as garantias da ação, da ampla defesa e do contraditório. Para Eduardo Cambi, além destas, poderiam ser classificadas como derivadas do devido processo legal, as garantias do juiz natural, do direito à citação e a intimações, de alegar e produzir provas e a garantia do dever de motivação das decisões judiciais. Por isso, continua o autor,

“pode-se considerar a garantia do devido processo legal como uma *garantia de justiça* que assegura o *direito ao processo justo*, o qual consiste no direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e a todas as oportunidades que a Constituição juntamente com as leis processuais oferecem para a concretização da defesa judicial dos direitos lesados ou ameaçados de lesão”²⁶ (grifos no original).

Dessa forma, o princípio do devido processo legal dá ao processo civil uma conotação não apenas técnica, mas também ético-política²⁷, pois assegura um procedimento comprometido com a qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que assegura às partes a participação em seu desenvolvimento, produzindo provas e tendo amplas e iguais oportunidades de influírem no convencimento do juiz²⁸.

²⁵ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: RT, 2001, p. 109.

²⁶ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 111.

²⁷ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 108.

²⁸ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 113.

2.3.1. Os princípios do contraditório e da ampla defesa

Rui Portanova afirma ser o enunciado do princípio da ampla defesa que “o cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas”²⁹.

De acordo com o mesmo autor, o direito à defesa não pode ser visto como uma “generosidade”, mas sim como um “interesse público”³⁰, pois é pressuposto de um Estado democrático.

Significa o direito à ampla defesa que a parte tem o direito de fazer alegações para defender seus interesses e, mais que isso, tem o direito de provar o que alega. Pontua Justino Magno Araújo, citado por Rui Portanova, que

a defesa é direito humano básico, visando a resguardar a individualidade, para que não sucumba ante o poder particular ou do Estado. Com esta carga de humanidade, a defesa não precisa se limitar a razões meramente legais. Pelo contrário (...) razões de fato e também axiológicas podem ser alegadas³¹.

Para que a atuação jurisdicional seja legítima, por uma questão de isonomia, é necessário que se dê igual proteção ao autor e ao réu em seus direitos de agir e defender-se. Ação e defesa, portanto, devem ser vistos como direitos iguais e contrapostos. “Um tratamento diferenciado para o autor em relação ao réu seria absolutamente incompatível com o princípio da isonomia, com a noção de tutela jurisdicional e com a tentativa de buscar-se uma decisão justa”³². À medida que se deve conceder ao autor o direito à obtenção de uma tutela do Estado e instrumentos capazes de lhe permitir uma sentença favorável, também ao réu deve-se dar meios adequados a obter uma decisão que lhe dê razão, rejeitando a

²⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípio do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 125.

³⁰ PORTANOVA, Rui. *Idem, ibidem*.

³¹ PORTANOVA, Rui. *Idem*, p. 127.

³² CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 119.

pretensão do autor. Em outras palavras, deve-se assegurar aos litigantes em processo a “paridade de armas”³³, para, assim, disporem de iguais oportunidades de obterem uma sentença judicial favorável.

O direito de ação do autor não se esgota com a petição inicial, da mesma forma que o direito de defesa do réu não se finda com a contestação. Assim, ao longo de todo o processo judicial deve ser permitido ao autor a prática de uma série de poderes específicos e, ao réu deve-se oportunizar a defesa no transcurso do processo.

Desse modo, o direito à defesa é concebido em sentido amplo, ou seja, consiste ele “na possibilidade efetiva de reagir em juízo, com todos os meios processuais predispostos pelo ordenamento jurídico, para que o demandado possa fazer valer as suas próprias razões”³⁴. Dentre tais meios, inclui-se o direito à prova, pois uma defesa sem possibilidade de prova não se configuraria uma defesa ampla.

O princípio do contraditório, por sua vez, segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, significa “ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los”³⁵. Trata-se, pois, de um princípio argumentativo, que visa conceder às partes a possibilidade de influenciar no convencimento do juiz. Contudo, conforme adverte Rui Portanova, “o conteúdo do princípio é tão rico, tão vasto, tão cheio de importância, que dificilmente uma síntese poderia projetar toda a sua extensão”³⁶.

Leciona Antonio Carlos Marcato que

“garantia fundamental da justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo o qual todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz suas razões antes que ele profira sua decisão...”

³³ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 120.

³⁴ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 123.

³⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *A contrariedade na instrução criminal*, p. 109. Apud PORTANOVA, Rui. *Princípio do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161.

³⁶ PORTANOVA, Rui. *Idem, ibidem*.

As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias. Qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida³⁷.

Em assim sendo, o contraditório contribui para a diminuição das desigualdades fáticas e jurídicas entre autor e réu. De acordo com a professora Ada Pellegrini Grinover,

a *plenitude* e a *efetividade* do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças³⁸ (grifos no original).

Assim, o princípio da igualdade das partes relaciona-se intimamente com o contraditório³⁹.

Contudo, a fim de se garantir essa igualdade, a posição ativa do juiz no processo é essencial, conforme ensina Guilherme Freire de Barros Teixeira:

[o contraditório] em sua perspectiva moderna, não se limita mais a assegurar a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los, exigindo uma participação mais ativa do juiz, que deve velar para que seja assegurada a paridade de armas aos litigantes⁴⁰.

No tocante às provas, o princípio do contraditório pontua a “necessidade de amplo debate e maior proximidade do juiz com a parte (...) A parte

³⁷ MARCATO, Antonio Carlos. *Preclusões: limitação ao contraditório?*, IN: Revista de processo, vol. 17, 1980, p. 110.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, p. 11. Apud PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 164.

³⁹ Sanseverino e Komatsu, citados por Antonio Carlos Marcato, consideram o princípio do contraditório como derivado de dois outros princípios: o da igualdade jurídica e o da bilateralidade da ação: “Assim, o princípio constitucional da igualdade jurídica, do qual um dos desdobramentos é o direito de defesa para o réu, contraposto ao direito de ação para o autor, está intimamente vinculado a um cânon eminentemente processual: o da bilateralidade da ação, surgindo, da composição de ambos, o princípio da bilateralidade das audiências (contraditório)” (MARCATO, Antonio Carlos. *Idem*, p. 111).

⁴⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 19. “A instrução do processo não é privativa das partes, não podendo o juiz assumir uma postura passiva, na qual se limita a aguardar a iniciativa dos interessados. A garantia constitucional do contraditório deve assegurar a paridade de armas aos litigantes, exigindo-se uma postura ativa do juiz, que deve velar para que seja assegurada a efetiva igualdade entre as partes, independentemente da natureza da relação jurídica de direito material, pouco importando que se trate de direitos disponíveis ou não, devendo ser abandonada a tradicional concepção de que o julgador deve ser um mero expectador, que aguarda a iniciativa das partes. Assim, o contraditório efetivo e equilibrado passa, necessariamente, por uma participação mais ativa do juiz no processo” (p. 33). E complementa o autor: “Para ser imparcial, o juiz não precisa ser neutro. Basta que seja equidistante” (p. 299).

tem direito de participar na formação e na produção de todos os meios de prova”⁴¹. Para tanto, é imprescindível que a parte tenha ciência dos atos praticados pela outra, pois “a possibilidade de reação de qualquer das partes à pretensão da outra depende sempre da informação (ciência) do ato praticado”⁴². Assim, são elementos essenciais ao contraditório a informação dos atos praticados (citação e intimações) e a possibilidade de reação⁴³.

Diante de todo o exposto, pode-se dizer, em suma, que a ampla defesa condiz com a garantia do litigante de expor em Juízo todos os fatos e argumentos que lhe sejam favoráveis. Já o contraditório, refere-se ao direito da parte de ser notificada dos atos praticados pelo Juiz e pelo adversário, bem como de reagir ao que foi decidido ou manifestado.

Por outro lado, impende observar que tais garantias, embora fundamentais ao cumprimento do devido processo legal, não são absolutas. Em determinadas situações, cedem espaço a outros valores igualmente relevantes, também previstos na Constituição Federal. Assim, por exemplo, atos de defesa de caráter meramente procrastinatório devem ser afastados em nome dos princípios da celeridade ou brevidade, cuja inobservância constitui óbice à efetividade do processo.

2.4. Princípio da eventualidade

Segundo Guilherme Freire de Barros Teixeira, o princípio da eventualidade é

⁴¹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 163.

⁴² MARCATO, Antonio Carlos, *Preclusões: limitações ao contraditório?* IN: Revista de Processo, vol. 17, 1980, p. 111.

⁴³ MARCATO, Antonio Carlos. *Idem*, p. 112.

o princípio que impõe ao autor a alegação, na petição inicial, dos fatos essenciais, dos fundamentos jurídicos e dos pedidos dele decorrentes, sob pena de não mais poder deduzi-los ou formulá-los posteriormente, e, ao réu, a apresentação concentrada e simultânea de todas as alegações e exceções em sua resposta, ainda que de natureza diversa ou incompatíveis entre si, para a eventualidade de não ser acolhido algum dos argumentos utilizados, sob pena de preclusão⁴⁴.

O princípio da eventualidade foi adotado com bastante rigor pelo legislador do Código de Processo Civil brasileiro de 1973⁴⁵. Isso porque, adotou-se em nosso ordenamento jurídico um procedimento bastante rígido no tocante às preclusões. Um sistema no qual se conceda liberdade às partes para fazerem suas alegações a qualquer tempo não se coaduna o princípio da eventualidade. O princípio da eventualidade, portanto, “foi concebido com o objetivo de ordenar e acelerar a tramitação do processo”, uma vez que concentra as alegações e pedidos das partes. Relaciona-se, portanto, à “necessidade de conciliação entre a segurança e a celeridade”⁴⁶.

O princípio da eventualidade também se relaciona com os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, ao exigir do autor que apresente na petição inicial todos os seus pedidos e alegações, permite ao réu uma defesa ampla, conhecendo quais conseqüências poderão lhe ocorrer em cada uma dos argumentos levantados pelo autor. Além disso, evita que as partes utilizem de meios procrastinatórios e evitam a ocultação de fatos e argumentos para as fases finais do processo⁴⁷.

Contudo, cabe advertir que o princípio da eventualidade limita-se aos fatos, não exigindo a especificação de provas na petição inicial e na contestação,

⁴⁴ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 50.

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, p. 79.

⁴⁶ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros, *Idem*, p. 45, 291, 292 e 21. Trata-se – a aplicação do princípio da eventualidade e a medida em que é aplicado – de uma opção legislativa, vez que o legislador deve equacionar e optar entre a celeridade do processo e a reconstituição dos fatos pretéritos inerentes a ele (p. 20).

⁴⁷ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Idem*, p. 300, 331 e 332.

limitando-se à apresentação dos documentos necessários à propositura da ação⁴⁸. As conseqüências do não requerimento de provas no momento oportuno advêm da preclusão, e não do princípio da eventualidade, que com ele não se confunde, conforme se demonstrará quando tratarmos especificamente da preclusão.

⁴⁸ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 41 e 31.

3. PRECLUSÃO

3.1. Conceito

Dentre os vários conceitos formulados na doutrina, imperiosa se faz a citação da definição elaborada por Giuseppe Chiovenda, pois, além de ser ela seguida por diversos doutrinadores, foi o mestre italiano o primeiro a conceituar o instituto.

Segundo ele, preclusão é “a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício”⁴⁹. Contudo, tal conceito restou bastante vago, devido à expressão “limites assinalados por lei”, sendo então complementado pelo próprio Chiovenda, segundo o qual, a preclusão decorreria dos seguintes fatos:

a) não haver observado a ordem assinalada por lei para seu exercício, como os termos peremptórios ou a sucessão legal de atividades e das exceções; b) ou de haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a apresentação de uma exceção incompatível com outra ou a prática de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de haver já exercitado validamente uma vez a faculdade⁵⁰.

Tal conceito, contudo, recebe críticas pelos doutrinadores em razão de não abarcar todas as possibilidades de preclusão existentes. Celso Agrícola Barbi, por exemplo, afirma que “a compreensão do instituto é bem mais ampla e mesmo bem diversa da que sua definição deixa transparecer”, assinalando que a preclusão pode atingir tanto as partes, em suas faculdades processuais, quanto o juiz, nas questões já decididas. Há quem discorde dessa posição, tal como Manoel Caetano Ferreira Filho, o qual diz que “embora tenha dado ênfase maior à extinção de

⁴⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Da preclusão no processo civil*, IN: Revista Forense, vol. 158, ano 52, março-abril de 1955, p. 59.

⁵⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Idem*, p. 60.

faculdades das partes, Chiovenda não descuidou que também em relação aos poderes do juiz opera a preclusão⁵¹.

De toda sorte, pode-se inferir, do conceito de Chiovenda, que a preclusão se constitui em um instituto de direito processual que opera efeitos internos ao processo e ocasiona a perda, extinção, ou consumação de uma faculdade – ou poder – processual, podendo ocorrer em três situações: a) por não ter sido observada a ordem ou a oportunidade legal para seu exercício; b) por ter-se realizado uma atividade incompatível com a prática de outra; c) por já se ter praticado validamente a mesma faculdade.

Alguns autores identificam o instituto da preclusão com o princípio da eventualidade, devido às grandes semelhanças que guardam entre si⁵². Contudo, eles não se confundem. Fazendo uso das palavras de Guilherme Freire de Barros Teixeira, podemos dizer, sinteticamente, que a diferença entre a preclusão e o princípio da eventualidade se dá da seguinte forma:

Este último [princípio da eventualidade] está limitado à fase introdutória da demanda, ou seja, à petição inicial e à contestação. Contrariamente, a preclusão protraí-se ao longo de todo o procedimento, não se limitando à fase inicial do processo⁵³.

De acordo com Manoel Caetano Ferreira Filho, “o princípio da eventualidade está sempre acompanhado do princípio da preclusão; a recíproca, contudo, não é verdadeira, já que, mesmo na ausência daquele, pode operar este”⁵⁴.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 23.

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Idem*, p. 78.

⁵³ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 267.

⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Idem*, p. 79.

3.2. Natureza jurídica

A preclusão pode ser apresentada como um instituto de caráter especificamente processual⁵⁵, cujos efeitos operam-se exclusivamente sobre o processo em que incide⁵⁶.

Além disso, conforme leciona Antonio Alberto Alves Barbosa, as normas que regulam a preclusão são obrigatórias e de caráter público, pois, além de assegurarem a igualdade de direitos entre as partes, baseiam-se na “necessidade de todos os atos e faculdades serem exercidos no momento e na forma apropriados, de modo a imperar a ordem e a lógica processuais”⁵⁷.

João Batista Lopes, atribui à preclusão um caráter sancionatório. Segundo ele, “a natureza jurídica da preclusão é a de uma penalidade *sui generis*, consistente no impedimento da prática de um ato, em virtude do decurso do prazo para fazê-lo ou em razão do exercício de faculdade com ele incompatível”⁵⁸. Tal pensamento terá conseqüências no tocante ao fato de o instituto da preclusão incidir apenas sobre os atos das partes ou também sobre os poderes do juiz, conforme adiante se verá.

3.3. Classificação

Conforme se pode depreender do conceito elaborado por Chiovenda e de sua posterior complementação, a preclusão pode ser classificada em três

⁵⁵ BARBOSA, Antonio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. rev. e atual. 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 88.

⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4 ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: RT, 2006, p. 474.

⁵⁷ BARBOSA, ANTONIO ALBERTO ALVES. *Idem*, p.89.

⁵⁸ LOPES, João Batista. *Breves considerações sobre o instituto da preclusão*. IN: Revista de Processo, v. 23, 1981, p. 47.

espécies: temporal, lógica e consumativa⁵⁹. As duas primeiras aplicam-se às atividades das partes, enquanto a terceira incide também sobre os poderes do juiz.

Cada modalidade de preclusão enuncia uma situação distinta da qual ela pode decorrer.

A preclusão temporal ocorre quando uma faculdade ou direito processual não foi exercitado no tempo e momento previsto em lei, não podendo mais sê-lo.

A preclusão lógica, por sua vez, se dá pela impossibilidade de se praticar de um ato incompatível com outro já consumado.

Por fim, a preclusão consumativa opera em razão de não se poder repetir um ato previsto em lei e já praticado.

Em uma definição que engloba as três espécies, o professor Moniz de Aragão diz que “a preclusão é um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual”⁶⁰.

Há quem mencione ainda – embora haja divergência na doutrina⁶¹ – a preclusão *pro judicato* como sendo uma quarta espécie de preclusão. Recairia ela sobre a atividade do magistrado, no tocante às questões decididas no curso do processo. Haveria um “impedimento ou barreira antepostos ao juiz, a fim de que ele não decida uma mesma questão mais de uma vez”⁶².

⁵⁹ A classificação das preclusões é tratada por diversos autores. Tomou-se, aqui, por base, o estudo realizado por Antonio Carlos Marcato (MARCATO, Antonio Carlos. *Preclusões: limitação ao contraditório?*, IN: Revista de processo, vol. 17, 1980, p. 107).

⁶⁰ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Apud FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 33.

⁶¹ Para João Batista Lopes, em razão de o instituto da preclusão ter caráter de penalidade, tratar-se-ia a preclusão *pro judicato* de preclusão imprópria, não existindo, assim, em sentido técnico, para o juiz (LOPES, João Batista, *Breves considerações sobre o instituto da preclusão*, IN: Revista de Processo, v. 23, 1981, p. 49); Já Teresa Wambier não a coloca em classificação autônoma, mas na categoria da preclusão consumativa (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: RT, 2006, p. 478).

⁶² LOPES, João Batista. *Idem*, p. 49.

3.4. Finalidade e fundamento

O instituto da preclusão tem por fim garantir a “boa marcha processual”, nas palavras de Antonio Alberto Alves Barbosa⁶³.

Segundo o autor,

“é o instituto que impõe a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo e que consiste na impossibilidade da prática de atos processuais fora do momento e da forma adequados, contrariamente à lógica, ou quando já tenham sido praticados válida ou invalidamente”⁶⁴.

O processo, para atingir seus objetivos, desenvolve-se de forma lógica e ordenada, prevendo atos em determinados momentos e sob condições pré-estabelecidas. Tal forma se dá para preservar a própria segurança do direito dos envolvidos⁶⁵.

A preclusão constitui uma garantia do processo à medida que “força as partes litigantes e o juiz a acompanharem-no com diligência, praticando os atos processuais nas fases e momentos oportunos”⁶⁶.

De acordo com Manoel Caetano Ferreira Filho,

a finalidade da preclusão é, pois, tornar certo e ordenado o caminho do processo, isto é, assegurar-lhe um desenvolvimento expedito e livre de contradições ou de retorno e garantir, outrossim, a certeza das situações jurídicas processuais⁶⁷.

O instituto da preclusão opõe-se ao princípio da liberdade (ou elasticidade), no qual as partes poderiam praticar os atos processuais no momento que melhor lhes aprouvesse. Tal sistema favorece manobras dilatórias, desordem no movimento processual e surpresas para as partes.

⁶³ BARBOSA, Antonio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. revista e atualizada, 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 53.

⁶⁴ BARBOSA, Antonio Alberto Alves. *Idem*, p. 52.

⁶⁵ BARBOSA, Antonio Alberto Alves, *Idem*, p. 55.

⁶⁶ BARBOSA, Antonio Alberto Alves, *Idem*, p. 61.

⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 29.

A intenção do legislador ao determinar a ocorrência da preclusão é imprimir maior precisão à marcha processual, impedindo-a de ser interminável e de retornar a fases já superadas, de modo que a solução do litígio e a entrega definitiva da tutela jurisdicional sejam concretizadas o mais rápido possível⁶⁸. Além disso, visa impedir que as partes surpreendam-se uma a outra justapondo argumentos, fatos e pedidos anteriormente não formulados, dificultando o trabalho tanto do autor quanto do réu.

Cada país pode optar por um sistema de preclusões que seja mais ou menos rígido, mas, de qualquer forma, terá que adotá-lo em alguma medida, a fim de se efetivar um processo simples, breve e econômico⁶⁹.

O instituto, entretanto, não obtém pleno êxito nos fins a que se propõe, além de que não se compromete com a justiça das decisões, o que lhe rende diversas críticas. Segundo Manoel Caetano Ferreira Filho,

o instituto da preclusão, por visar à celeridade do processo, é totalmente descomprometido com a justiça ou injustiça da decisão: o que se pretende com a preclusão é apenas abreviar o máximo possível a duração do processo, pouco importando que isto implique em uma sentença injusta⁷⁰.

3.5. Efeitos

A preclusão incide apenas nos limites do processo em que ocorre, operando efeitos, todavia, em todas as fases processuais.

De acordo com Manoel Caetano Ferreira Filho, “o ato praticado após ter-se verificado a preclusão é ineficaz, não produzindo qualquer efeito na relação

⁶⁸ BARBOSA, Antonio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. revista e atualizada, 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 223 e 230.

⁶⁹ BARBOSA, Antonio Alberto Alves, *Idem*, p. 63 e 57.

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 15.

processual”⁷¹. O principal efeito da preclusão, portanto, é, após ter sido ela verificada, tornar ineficaz o ato praticado, não produzindo, assim, qualquer efeito na relação processual.

Nem todas as matérias, todavia, estão sujeitas à preclusão. É o caso das questões de ordem pública, tais como aquelas referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Questão bastante discutida refere-se aos efeitos da preclusão quanto às partes e ao juiz. Enquanto a grande maioria dos autores defende que a preclusão atinge todos os integrantes da relação processual – partes e juiz – há quem afaste seus efeitos quanto ao órgão jurisdicional⁷².

Em se considerando, todavia, que a preclusão atinge os poderes do juiz, tem-se que opera somente a preclusão consumativa, a qual incide apenas sobre os atos proferidos pelo juiz com significativa carga decisória e não relacionados à extinção da lide⁷³.

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 31.

⁷² São exemplos de defensores da primeira idéia: Antonio Alberto Alves Barbosa (BARBOSA, Antonio Alberto Alves, *Da preclusão processual civil*. 2. ed. rev. e atual. 2. t. São Paulo: RT, 1994) e Teresa Arruda Alvim Wambier (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: RT, 2006); no segundo grupo pode ser citado João Batista Lopes (LOPES, João Bastista. *Breves considerações sobre o instituto da preclusão*. Revista de Processo, v. 23, 1981).

⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano, *Idem*, p. 85/86.

4. DIREITO PROBATÓRIO

4.1. Finalidade

Segundo Eduardo Cambi, “provar significa demonstrar a verdade⁷⁴ de uma proposição afirmada”⁷⁵ (grifos no original). Pode-se dizer que a finalidade da prova é demonstrar os fatos suscitados pelas partes, auxiliando na formação da convicção racional do juiz⁷⁶.

Às partes não basta aduzir os fatos e os fundamentos de seu pedido ou de sua defesa; devem comprová-los, a fim de que ratifiquem suas afirmações. Assim, possuem não só o direito à prova, como o ônus de produzi-la.

A prova é o instrumento que visa demonstrar a existência de um fato ou a veracidade de uma alegação⁷⁷. Tem finalidade persuasiva à medida em que

⁷⁴ Acerca do conceito de verdade, porém, há divergência entre os autores. Juridicamente, faz-se uma distinção entre verdade formal e material, as quais corresponderiam à verdade processual e à verdade histórica/empírica, respectivamente (CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 71). Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a verdade nunca pode ser compreendida em sua totalidade: “a essência da verdade é intangível” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol. 2: processo de conhecimento*. 6. ed. rev. atual. e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2007, p. 251). Todavia, conforme pontua Moniz de Aragão, o conceito de verdade é polêmico entre juristas e entre filósofos, do que se conclui que tal discussão se mostra descabida no seio do processo (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 206). O que se deve ter em mente, porém, é que o magistrado deve sempre procurar chegar, o mais perto possível, do que acredita ser a verdade dos fatos (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 456), verdade esta compreendida não no sentido ilusório de uma verdade absoluta, mas no de melhor demonstração dos fatos obtida dentro do processo (CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 190).

⁷⁵ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 47.

⁷⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 2: processo de conhecimento. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 414. Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a prova não se destina a provar os fatos e sim a alegação que se faz deles: “(...) é, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que esse existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da veracidade dos fatos alegados” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 261 – grifos no original).

⁷⁷ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 304.

procura materializar as alegações das partes e, com isso, convencer o Juízo⁷⁸. É, assim, um instrumento de demonstração, de modo que auxilia no esclarecimento e confirmação dos fatos suscitados, colaborando com a formação da convicção do juiz, a partir da aproximação deste com os fatos concretos.

No processo de conhecimento⁷⁹, a prova constitui elemento essencial, pois “o conhecimento dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a aplicação do direito positivo”⁸⁰. O acervo probatório tem por finalidade a reconstrução de fatos pretéritos e, à medida que atinge tal objetivo, favorece a prolação de decisões justas.

A busca da verdade, através da reconstrução dos fatos, fornece sentido axiológico ao processo, uma vez que a prolação de decisões acertadas, a qual constitui a finalidade do processo judicial, depende da comprovação da veracidade dos fatos alegados. Nesse sentido, Eduardo Cambi:

(...) a finalidade do processo não é somente a busca da verdade, mas algo maior, isto é, a justiça, para a qual a determinação da verdade é somente uma premissa. Perseguindo essa finalidade, o processo deve visar a busca da justiça das decisões⁸¹.

Nesse sentido, a prova também aproveita ao juiz, pois a ele cabe julgar a causa, mas não sem antes investigar a veracidade do que é relatado nos autos. A prova é fundamental para o magistrado conhecer dos fatos o mais próximo possível da realidade e, na seqüência, formar sua convicção sobre a causa, assegurando uma decisão justa⁸².

⁷⁸ A respeito, ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol. 2: processo de conhecimento*. 6 ed. rev. atual. e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento, p. 253-258 (“o processo e o discurso”).

⁷⁹ Cujá função primordial é a busca da verdade substancial. (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 249).

⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 248.

⁸¹ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 77.

⁸² Levanta-se, na doutrina, questionamento acerca dos poderes instrutórios do juiz; se poderia ele, de ofício, requerer a produção de provas e, se sim, de que forma e em que momento isso deveria ser feito. Contudo, não se abordará a questão no presente trabalho a fim de se limitar o tema.

Em assim ocorrendo, a prova alcança um segundo objetivo, qual seja, legitimar o Poder Jurisdicional. Isso porque, na motivação judicial deve constar, obrigatoriamente, a conclusão advinda da análise do conjunto probatório trazido aos autos, garantindo-se, assim, que não haja arbitrariedade na decisão judicial. Se a motivação é requisito de validade da decisão, tem-se que a prova fornece credibilidade imediata à sentença e, conseqüentemente, ao Poder Judiciário. Nas palavras de Eduardo Cambi:

(...) as provas cumprem, basicamente, duas funções no processo: uma interna e outra externa. A primeira refere-se à *cognição*, isto é, a prova é um instrumento adequado à reconstrução dos fatos no processo, a fim de permitir que, após a discussão e a compreensão dos fatos necessários ao julgamento da causa, o juiz possa formar a sua convicção. Por outro lado, a prova cumpre, ainda uma função externa, estando voltada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional⁸³ (grifos no original).

4.2. O direito à prova como garantia constitucional

O direito à prova pode ser considerado um direito constitucional, uma vez que decorre de garantias previstas na Magna Carta.

De acordo com Eduardo Cambi, o direito à prova é deduzido do texto constitucional de forma implícita e explícita. Pela forma implícita, é abstraído dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório (Constituição Federal, art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV)⁸⁴. Pela forma explícita, com base no art. 5º, parágrafo 2º, que, de acordo com o autor, incorpora

⁸³ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 57.

⁸⁴ Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

no ordenamento jurídico brasileiro tratados internacionais que prevêem o direito subjetivo à prova⁸⁵.

O devido processo legal pressupõe, dentre outras garantias processuais, o direito das partes à ampla defesa, o que se materializa pela oportunidade de as partes provarem o que afirmam.

Da mesma forma, os princípios do contraditório e da ampla defesa implicam o direito à prova, pois firmam que se conceda às partes o direito de demonstrarem a veracidade de suas alegações, bem como de refutarem as alegações contrárias, por meio de provas que confirmem sua posição.

Além deles, também o princípio da ação relaciona-se à atividade probatória, uma vez que o direito dos cidadãos de provocar a atividade jurisdicional não se limita apenas à mera possibilidade de se dirigir aos órgãos jurisdicionais, mas, e principalmente, de se ter “*acesso à ordem jurídica justa e à legitimidade da tutela jurisdicional*”⁸⁶ (grifos no original).

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

assegurar o direito de ação no plano constitucional é garantir o acesso ao devido processo legal, ou seja, ao instrumento tal como concebido pela própria Constituição Federal. Entre os princípios inerentes ao processo, destacam-se o contraditório e a ampla defesa. (...) Contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado⁸⁷.

Nessa perspectiva, o direito à prova pode ser considerado como um “*direito público subjetivo*”, bem como “uma conquista do Estado Democrático de Direito”⁸⁸, pois permite aos cidadãos atuarem ativamente no processo quando a decisão a ser proferida lhes diga respeito.

⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 18.

⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 18.

⁸⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. IN: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 168.

⁸⁸ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 44 e 45.

Para Eduardo Cambi, “o direito à prova tem a finalidade de tornar mais efetiva a realização dos direitos materiais”. Por esse motivo, afirma o autor ser vedado ao legislador suprimir ou criar empecilhos ou limitações injustificáveis ao seu exercício, bem como cabe ao juiz assegurar às partes o efetivo exercício desse direito constitucional⁸⁹.

Embora se trate, todavia, de direito constitucional, o direito à prova não pode ser considerado como valor absoluto. Embora a regra seja que a parte possa se valer de qualquer meio de prova, desde que moral e legítimo, para demonstrar suas alegações, em algumas situações, tais como para proteger outro direito, de igual ou maior valor, também previsto na Constituição, o direito à prova pode ser restringido⁹⁰.

4.3. Objeto e limitações

De regra, constituem objeto de prova apenas os fatos⁹¹, pois o direito deve ser conhecido pelo magistrado⁹². Exceção a essa regra se faz, contudo, nos casos previstos no art. 337 do CPC, que exime o juiz de conhecer, de pronto, direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário⁹³. Tanto é verdade que o juiz deve conhecer a lei, que as partes não são obrigadas a indicar os dispositivos legais

⁸⁹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 453.

⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. IN: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 169.

⁹¹ Há quem distinga os “fatos” das “afirmações sobre os fatos”, afirmando ser objeto da prova apenas as alegações sobre os acontecimentos: “é, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que existe ou não existe” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol. 2: processo de conhecimento*. 6 ed. rev. atual. e ampl. da obra Manual de Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2007, p. 261; e CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 296). Contudo, tal questão não será aqui estudada, vez que ultrapassa os objetivos deste trabalho.

⁹² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 262.

⁹³ Código de Processo Civil, art. 337: “a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

que disciplinam a matéria, bastando que apresentem os fatos e a pertinência jurídica de seu pedido ou defesa. Presume-se que o direito seja de conhecimento das partes e, principalmente, do julgador, pelo que, em regra, é dispensável sua prova nos autos.

Entretanto, nem todos os fatos são passíveis de prova. De acordo com a letra do art. 334 do CPC, “não dependem de prova os fatos: I- notórios; II- afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III- admitidos, no processo, como incontroversos; IV- em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade”.

Demandam produção probatória, portanto, os fatos relevantes (que podem influenciar a decisão), pertinentes (relacionados à causa e alegados pelas partes) e controversos (alegados por uma parte e impugnados pela outra), desde que não sejam notórios, ou seja, não conhecidos “no momento e no lugar em que a decisão é proferida”⁹⁴ e que sobre eles não recaia qualquer presunção legal de veracidade ou existência⁹⁵, cujo exemplo se poderia citar a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor quando incidem os efeitos da revelia.

Além das restrições impostas pela lei, deve-se ter em mente que o princípio da ampla defesa não justifica produção de todo e qualquer tipo de prova.

O juiz deve sempre fazer uma análise, quanto às provas requeridas, de sua pertinência, relevância, necessidade e utilidade. Deve-se evitar, em nome da celeridade e da economia processuais, provas que extrapolam os limites do pedido inicial, que não sejam relevantes para a solução da lide e as meramente

⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol. 2: processo de conhecimento*. 6 ed. rev. atual. e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento, São Paulo: RT, 2007, p. 276.

⁹⁵ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 296/300.

protelatórias. É o que se depreende da leitura dos arts. 125, inciso II, e 130 do CPC⁹⁶.

Outro limite que se coloca à produção de provas refere-se às chamadas “provas legais”. Havendo a previsão de que uma determinada prova é necessária para confirmar o direito pleiteado, não há discricionariedade das partes ou do Juízo quanto à espécie de prova a ser produzida, pois a lei, previamente, definiu qual o tipo de prova necessária a fazer a prova de tal fato. É o que ocorre, por exemplo, quando a lei exige o uso de instrumento público para certificar determinado direito⁹⁷.

Ainda, nos termos do art. 332 do CPC e art. 5º, inciso LVI da CF⁹⁸, para que uma prova possa ser admitida, é necessário que seja idônea, cabendo ao juiz indeferir provas ilegais e moralmente ilícitas.

4.4. Fases

A realização da prova no processo pode ser dividida em quatro fases: requerimento, admissão, produção e valoração⁹⁹.

A primeira fase corresponde à propositura da prova, na qual as partes pleiteiam ao Juízo os meios de prova que pretendem produzir. No procedimento

⁹⁶ Código de Processo Civil, art. 125, II: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) II- velar pela rápida solução do litígio; art. 130: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

⁹⁷ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 55.

⁹⁸ Código de Processo Civil, 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”.

Constituição Federal, art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, vol. 2: processo de conhecimento*. 6 ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual de Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2007, p. 288/289.

comum ordinário, de acordo com os artigos 282, VI e 300 do CPC¹⁰⁰, o momento da propositura se dá com a petição inicial para o autor e com a contestação para o réu. Todavia, na prática, o que se constata, tanto na petição inicial quanto na contestação, são requerimentos genéricos de produção de provas, ocorrendo a especificação propriamente dita apenas na audiência preliminar, quando frustrada a conciliação, ou antes do saneamento do processo. Há, ainda, exceções à regra legal quando, por exemplo, o requerimento da prova ocorre fora e antes do processo ser instaurado, por via de ação cautelar própria, tendente a evitar o perecimento de determinada prova, e, também, quando o requerimento de produção de prova ocorre no mesmo processo, porém em momento posterior, quando se faz necessária a prova de “fato novo”¹⁰¹.

Superada a fase postulatória, segue a fase de admissão da prova pleiteada. Nesse momento, o magistrado, com base nos critérios mencionados no tópico anterior (utilidade, pertinência, relevância, legalidade, moralidade e utilidade), decidirá quanto ao cabimento e conveniência da prova requerida. Para tanto, o requerimento da prova deve ser específico, não se admitindo seja ele genérico ou indeterminado, devendo a parte mencionar a finalidade da prova a ser produzida. De igual maneira, com fulcro no art. 93, inciso IX, da CF¹⁰², deve o juiz fundamentar a decisão na qual admite ou indefere a produção de determinada prova.

¹⁰⁰ Código de Processo Civil, art. 282, VI: “A petição inicial indicará: (...) VI- as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”; art. 300: “Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

¹⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, vol. 2: processo de conhecimento*. 6 ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual de Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2007, p. 288.

¹⁰² Constituição Federal, art. 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

Em sendo admitida a prova, ocorrerá a sua produção. De acordo com a letra do art. 336 do CPC, a regra é que as provas sejam produzidas em audiência. Contudo, há situações de exceção, previstas no parágrafo único do mesmo artigo¹⁰³.

A última fase corresponde à valoração do conjunto probatório, a qual, via de regra, ocorrerá na sentença ou na decisão concessiva de tutela antecipatória. De acordo com o artigo 131 do CPC¹⁰⁴, o direito pátrio adota, como sistema de valoração da prova, a persuasão racional do juiz ou livre convencimento motivado. Assim, a lei concede ao juiz liberdade na valoração dos elementos de convicção e, ao mesmo tempo, força-o a formar seu convencimento à luz das provas produzidas.

Por fim, cabe ressaltar que, via de regra, os momentos do procedimento probatório se dão de forma separada. Há, porém, exceções, podendo ocorrer fases diferentes em uma mesma ocasião. É o que se verifica, por exemplo, com a prova documental, em que sua propositura e apresentação nos autos ocorrem concomitantemente.

¹⁰³ Código de Processo Civil, art. 336: “Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência. Parágrafo único. Quando a parte, ou a testemunha, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la”.

¹⁰⁴ Código de Processo Civil, art. 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

5. A PRECLUSÃO TEMPORAL NO DIREITO À PROVA

5.1. Argumentos favoráveis à incidência da preclusão no direito probatório

A importância da prova no processo é indubitável, pois, para que o juiz decida a causa é imprescindível que fiquem demonstrados os fatos alegados pelas partes¹⁰⁵.

O ideal seria conceder às partes todas as oportunidades de dedução probatória até o momento de se proferir a sentença. Contudo, se assim fosse, teria que se sacrificar a celeridade processual, além de possibilitar emprego de táticas ardilosas pelas partes¹⁰⁶.

O princípio da eventualidade exige que tanto o autor quanto o réu apresentem, na petição inicial e na resposta, respectivamente, todas as suas alegações, mesmo que de natureza diversas e incompatíveis entre si, as quais podem ser acatadas na eventualidade de não ser acolhida a anterior. Em se considerando que as deduções probatórias são conseqüências diretas da alegação e da contestação dos fatos, tem-se, por dedução lógica, que as partes devem indicar, juntamente com as alegações feitas, os meios de prova com que pretendem prova-las¹⁰⁷.

Contudo, a fase introdutiva da causa tem apenas uma função “*indicativa e provisória*”, cabendo ao juiz, no curso do processo¹⁰⁸, com base nos

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 86.

¹⁰⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 30.

¹⁰⁷ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 28. Isso, porém, não decorre do princípio da eventualidade, conforme adverte Guilherme Freire de Barros Teixeira (TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros, *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 35/41).

¹⁰⁸ De acordo com nosso Código de Processo Civil, é na audiência preliminar, após a tentativa de conciliação, e restando esta infrutífera, que o juiz deverá fixar os pontos controvertidos e determinar as provas a serem produzidas (art. 331, § 2º).

critérios de admissibilidade, relevância e pertinência, fixar quais são as questões controvertidas e quais serão as provas produzidas, sob pena de se prolongar indefinidamente a discussão fática¹⁰⁹. Além do mais, conforme Guilherme Freire de Barros Teixeira, é no decurso da dialeticidade processual que se vai verificar quais alegações são passíveis de prova e, diante disso, quais necessitam ser efetivamente produzidas¹¹⁰.

Dos artigos 264, 300 e 303 do CPC, depreende-se que a liberdade das partes de modificar ou completar suas alegações se dá até o momento da realização da audiência preliminar, na qual, segundo o art. 331, §2º do CPC, será realizado o saneamento do processo¹¹¹.

Assim, a faculdade do autor e do réu em fazer alegações e requerer e produzir provas não é ilimitada. Ao contrário, sobre ela incide uma série de preclusões, impedindo que um determinado ato se realize ou seja refeito. Trata-se de uma limitação ao direito à prova. Entretanto, nas palavras de Eduardo Cambi, “essa limitação é necessária, porque está inserida no contexto *dinâmico* do procedimento, cuja finalidade é tornar viável a dialética processual, já que a ampla liberdade tumultuaria a discussão da causa”¹¹². Se não houvesse essa delimitação

¹⁰⁹ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 29 e 32.

¹¹⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005: “Não se deve esquecer, ademais, que, muitas vezes, a contestação é que determinará quais os meios de prova serão necessários. Às vezes, por exemplo, no momento da propositura da ação, não parece necessária a realização de prova pericial, mas, após a contestação, pode restar demonstrada a necessidade de sua produção” (...) Verifica-se, então, que a produção de provas é uma decorrência natural do desenvolvimento da dialeticidade do processo...” (p. 36 e 40).

¹¹¹ Código de Processo Civil, art. 264: “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”.

Art. 300: “Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

Art. 303, *caput*: “Depois da contestação só é lícito deduzir novas alegações quando: (...)”.

¹¹² CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 31/32.

temporal, a duração do processo seria excessiva, o que comprometeria a eficácia da prestação da tutela jurisdicional.

No tocante às fases de realização da prova – que, conforme vimos em capítulo anterior, são quatro: propositura, admissão, produção e valoração –, podemos afirmar que a preclusão temporal incide, basicamente, sobre a primeira delas, qual seja, a produção.

Isso porque, conforme vimos, o Código de Processo Civil pátrio prevê uma série de momentos específicos para as partes proporem provas no procedimento comum ordinário. No rigor da letra da lei, uma vez não obedecidos esses momentos, preclui o direito da parte de exercer a faculdade de que dispunha¹¹³.

A segunda etapa da produção da prova é sua admissão. Considerando que constitui atividade pertinente tão-somente ao juiz, não há que se falar em preclusão temporal neste momento.

Proposta e admitida uma prova, passa-se à fase de produção da prova propriamente dita. Segundo a letra do Código, tal momento, em geral, se dá na audiência de instrução e julgamento¹¹⁴. Dessa forma, tem-se que a preclusão temporal, em regra, também não incide nessa fase. Contudo, considerando que nem todas as provas são passíveis de serem produzidas em audiência, é necessário que certos prazos sejam respeitados. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 421, §1º do CPC, que determina que as partes, dentro de cinco dias contados da intimação da nomeação do perito, indiquem o assistente técnico e apresentem quesitos.

¹¹³ Tal regra, contudo, vale apenas para as partes, excetuando-se a figura do juiz. De acordo com Manoel Caetano Ferreira Filho, o art. 130 do CPC confere ao juiz poderes de iniciativa probatória, não determinando, contudo, qualquer prazo para que o juiz exerça tal prerrogativa. Assim, “ausente o prazo, não há que se cogitar de preclusão temporal” (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 91).

¹¹⁴ Código de Processo Civil, art. 336: “Salvo disposição em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência”.

Por fim, ocorre a fase de valoração da prova, que se constitui em exercício exclusivo do juiz. O prazo previsto para o juiz proferir sentença¹¹⁵ é impróprio e, portanto, não gera conseqüências processuais ao magistrado¹¹⁶. Eventualmente, pode ele sofrer alguma repreensão disciplinar ou administrativa, ou ser responsabilizado civil e criminalmente, o que, de qualquer forma, nada tem a ver com a preclusão.

Dessa forma, embora a incidência da preclusão temporal se dê, basicamente, na fase de propositura da prova, tem-se que os prazos previstos no Código de Processo Civil em relação à atividade probatória, deveriam ser rigorosamente obedecidos, a fim de se evitar a excessiva demora do processo que tanto prejuízo traz às partes, em especial, àquela que tem razão. Segundo Guilherme Freire de Barros Teixeira,

Quanto mais tempo demorar para ser entregue a prestação jurisdicional, menos chances haverá de o processo ser justo, pois o atraso na tramitação do processo, na maioria dos casos, equivale à própria denegação da justiça¹¹⁷.

O cumprimento dos prazos legalmente previstos no ordenamento processual civil pode ser considerado como um dos fatores necessários para que o processo se desenvolva dentro de um tempo aceitável. É o que afirma Fernando da Fonseca Garjardoni:

é necessário que a série de atos concatenados entre si que compõem o procedimento venha ordenada temporalmente, isto é, que haja prazos preestabelecidos, adequados, para que cada um dos atos possa se realizar em consonância com os princípios constitucionais do contraditório e da

¹¹⁵ Código de Processo Civil, art. 456: "Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá sentença desde logo ou no prazo de 10 dias".

¹¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 91.

¹¹⁷ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 17. No mesmo sentido Fernando da Fonseca Gajardoni: "Até no aspecto antagônico à celeridade, a segurança da decisão, o fator tempo é preponderante. Quanto mais tempo se passa entre o fato a ser apurado e a data do julgamento, menos condições tem o órgão julgador de solucionar com segurança e justiça o litígio. As circunstâncias do caso que se consomem, as modificações fáticas e jurídicas (conflito de leis no tempo) da controvérsia, tudo contribui para um menor grau de qualidade da tutela prestada tempestivamente" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 48).

ampla defesa. Quando se fala em prefixação de prazos, deve-se lembrar que talvez a maior garantia de que um processo seja solucionado em tempo razoável é exatamente o cumprimento desses prazos, os quais, por óbvio, não devem ser fixados em tempo maior nem menor do que o necessário¹¹⁸.

A preclusão em matéria probatória é correlata à busca de agilização do processo.

Além disso, deve-se entender que, mais que um ônus, a produção da prova é um direito das partes. Nesse sentido, Manoel Caetano Ferreira Filho:

Portanto, por maior relevância que tenha a prova, a faculdade de provar encontra-se na esfera do poder de disposição da parte. Assim sendo, nenhum inconveniente há em admitir-se a preclusão de tal faculdade, se não exercida no momento oportuno¹¹⁹.

Não há que se falar, nesse caso, em cerceamento de defesa, pois oportunizou-se à parte momento para se manifestar nos autos.

5.2. O processo civil brasileiro atual

A tendência do processo civil atual, conforme se passará a demonstrar, evidencia uma preocupação com a celeridade processual, mas, também, com a justiça da decisão. Por esse motivo, um dos óbices à incidência da preclusão seja a busca pela verdade material no processo.

De acordo com Fernando da Fonseca Gajardoni, “certamente, o grande desafio do processo civil contemporâneo reside no equacionamento desses dois valores: tempo e segurança”¹²⁰. Enquanto a preclusão atende ao fator tempo, a

¹¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 58.

¹¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 91.

¹²⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Idem*, p. 41.

instrução probatória contribui fortemente com o fator segurança, uma vez que sua finalidade é a elucidação dos fatos, elemento essencial à justiça da decisão.

Em homenagem a princípios como o contraditório e a ampla defesa, o que se percebe na jurisprudência e na prática forense é uma amenização na incidência da preclusão. Segundo Manoel Caetano Ferreira Filho, “a jurisprudência, no que concerne à matéria de prova, atenua a preclusão temporal, dando uma certa flexibilidade aos prazos fixados para as partes exercerem suas faculdades”. E complementa o autor: “(...) Por outro lado, inexistente no código qualquer regra que autorize a atenuação, muito menos a eliminação das preclusões em matéria probatória”¹²¹.

A preclusão temporal em matéria probatória, se aplicada rigorosamente, opõe-se aos pilares do processo civil atual, quais sejam, a aproximação da verdade formal com a real e, conseqüentemente, a justiça das decisões. A busca da verdade é que dá sentido axiológico ao processo, tornando-se imprescindível a tentativa de se aproximar da realidade dos fatos para a construção de uma sentença justa e legítima.

Até mesmo o princípio da preclusão não deve ser visto com excessivo rigor, pois, atualmente, tem-se que a indicação das provas na petição inicial e na contestação não passa de mera formalidade, podendo as partes requererem provas posteriormente, desde que respeitados os momentos processuais para tanto. Além disso, há previsão de oportunidades posteriores para que as partes indiquem as provas que pretendam produzir. Com base nisso, afirma Guilherme Freire de Barros Teixeira que “as restrições infraconstitucionais ao direito à prova somente se

¹²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 90.

justificam se houver razões relevantes e que não sejam de cunho meramente formalista”¹²².

Isso não significa que a busca da verdade não possa sofrer limitações, mas sim que fincar o processo exclusivamente na celeridade, em detrimento da busca pela maior aproximação com os fatos e do atendimento das garantias processuais das partes corrompe o ideal de justiça do processo. Segundo Eduardo Cambi,

como a consagração do direito constitucional à prova tem a finalidade de tornar mais efetiva a realização dos direitos materiais, o legislador não pode criar limites não justificados ou irracionais que inviabilizem o seu exercício, cabendo ao juiz, no contexto do controle de constitucionalidade das leis, assegurar às partes o direito de, efetivamente, provarem os fatos que servem de supedâneo para as suas respectivas pretensões e exceções¹²³.

O escopo do processo é, sem dúvida, a obtenção de sentenças justas.

Por esse motivo, a preclusão temporal não deve ser aplicada com extremo apego ao rigor formal, sob pena de se desviar o processo de sua finalidade.

Assevera Fernando da Fonseca Gajardoni:

Pacificar com celeridade, tornando o processo efetivo, sem descaracterizá-lo, sem torná-lo arbitrário ou aleatório, e, principalmente, sem perder de vista os princípios e garantias fundamentais, é o desafio do processo civil contemporâneo¹²⁴.

¹²² TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 40.

¹²³ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 453.

¹²⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 62.

6. CONCLUSÃO

Partindo-se da premissa de que o Estado garante, constitucionalmente, o acesso à jurisdição, entendida esta garantia não apenas como o direito à uma sentença, mas o direito a uma sentença justa, impera que se ofereça aos cidadãos uma prestação jurisdicional adequada, como mecanismo efetivo de defesa dos direitos.

Uma prestação jurisdicional adequada requer procedimentos e técnicas processuais que viabilizem, ao mesmo tempo, justiça e celeridade, valores que devem pautar o estudo do processo civil atual.

Neste contexto, o direito à prova possui estreita relação com a busca da justiça, pois, havendo matéria fática controvertida, a instrução probatória é imprescindível para que o juiz conheça os fatos o mais próximo possível da realidade e, conseqüentemente, tenha maiores chances de proferir uma decisão justa. Além disso, a prova é instrumento necessário para fiscalizar a atividade valorativa do juiz, evitando arbitrariedade, pois, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, que vigora em nosso ordenamento, o juiz deve, obrigatoriamente, motivar sua decisão no conjunto probatório produzido nos autos.

A prova deve ser compreendida, em primeiro lugar, como direito constitucional, posto que decorre dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, XXXV, LIV, LV). Sob outro enfoque, o direito à prova é imprescindível a uma ordem jurídica justa e à legitimidade da tutela jurisdicional. Por fim, o direito à prova é condizente com um Estado Democrático de Direito, pois possibilita aos cidadãos atuarem ativamente perante os órgãos estatais incumbidos da Jurisdição, quando a decisão a ser proferida lhes diga respeito.

Porém, o fato de o direito à prova ser um direito público subjetivo com fundamento constitucional, não o torna absoluto ou ilimitado material, formal ou temporalmente: a prova se sujeita a restrições legais e ao controle judicial. Daí porque é pertinente a análise sobre a aplicação do instituto da preclusão temporal em face da atividade probatória.

A preclusão temporal certamente tem como preocupação o tempo. Porém, sua grande desvantagem é a sua falta de comprometimento com a justiça material e com a busca da verdade. Assim, expõe Eduardo Cambi:

Esse sistema de preclusões tem desvantagens e vantagens. A maior desvantagem é sacrificar o interesse público na busca da verdade, que aconselharia conceder todas as oportunidades de dedução probatória, até o momento de proferir a sentença definitiva. Todavia, para que essa exigência fosse satisfeita, seria preciso sacrificar a celeridade processual, além de dar ensejo ao emprego de táticas dilatórias abusivas. Um procedimento que não concentrasse as deduções probatórias em um determinado momento do processo, não prevendo preclusões temporais, daria margem para que o litigante mais astuto apresentasse os seus melhores argumentos somente quando o adversário não tivesse condições de opô-los eficazmente. Isso seria prejudicial ao escopo da obtenção da sentença justa, porque permitiria táticas surpresas que dificultariam o exercício do contraditório e acirrariam os ânimos, já conflitantes, dos litigantes, além de ser um incentivo ao abuso e à má-fé processuais, contrários à noção dialética do processo, fundada no diálogo, na compreensão e na colaboração entre o juiz e as partes, voltados para a pacificação com justiça dos conflitos de interesses¹²⁵.

Indiscutivelmente, a celeridade processual – ou a falta dela – é preocupação constante do processo e certamente constitui uma faceta da justiça, pois, para que a justiça seja plena, há que se realizar dentro de um prazo razoável. Porém, com vistas ao atendimento da celeridade não se pode menosprezar a justiça material, que é o fim último do processo, sendo que, via de regra, uma decisão justa requer uma instrução probatória que satisfaça o conhecimento do juiz acerca dos fatos. Desta forma, empecilhos desarrazoados ao direito probatório são inadmissíveis no processo de hoje.

Com efeito, não se pode querer resolver o problema da morosidade judiciária apenas como um sistema rígido de preclusões, sob pena de se cometer inúmeras injustiças e, pior ainda, de persistir o problema mediante a falsa percepção de que está resolvido, já que inúmeras são as causas de morosidade, sendo que a preclusão pode colaborar apenas sutilmente nesse sentido.

Isso não significa dizer que a produção de provas e a busca da verdade não possam sofrer limitações, mas que se faça o balanceamento dos interesses e dos valores constitucionais em oposição, para que se possa decidir qual deles deve prevalecer e em que medida o outro deve ser sacrificado. Isso significa que para a solução da questão, há que se aplicar o princípio da proporcionalidade,

¹²⁵ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 30.

procurando harmonizar os direitos, valores ou bens constitucionalmente protegidos, e sempre visando, como escopo primordial, a justiça, manifestada na concretização da decisão mais adequada e justa.

Além disso, muito mais importante para evitar desperdício de tempo é que seja feito um rigoroso juízo de admissibilidade da prova quanto à pertinência, relevância, utilidade e legalidade, pois a produção de provas que não colaboram legitimamente para o esclarecimento dos fatos e para a solução do litígio é que configura desperdício de tempo.

Assim, conforme elucida João Batista Lopes ao discorrer acerca da preclusão em face da instrução probatória, os valores em conflito são, precisamente, a busca da verdade e a celeridade processual. Na conclusão do autor, é “da conjugação destes dois fatores que resulta o justo equilíbrio colimado pela moderna processualística”¹²⁶.

Neste contexto, cabe ao juiz assumir com firmeza seu poder-dever de dirigir o processo, sem coibir o direito das partes à produção de provas, mas, ao mesmo tempo, impedindo abusos e protelação probatória, sempre visando o alcance da justiça – que se traduz em um processo rápido e, concomitantemente, condizente com a realidade. Só assim é possível concretizar-se uma prestação jurisdicional adequada.

¹²⁶ LOPES, João Batista. *Breves considerações sobre o instituto da preclusão*. Revista de Processo, v. 23, 1981, p. 50.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, vol. 2: processo de conhecimento*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol. 2: processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual de Processo de Conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. *Da preclusão no processo civil*. IN: Revista Forense, vol. 158, ano 52, março-abril de 1955.

BARBOSA, Antonio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. rev. e atual. 2. t. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

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

CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

LOPES, João Batista. *Breves considerações sobre o instituto da preclusão*. Revista de Processo, v. 23, p. 45-60, 1981.

MARCATO, Antonio Carlos. *Preclusões: limitações ao contraditório?* IN: Revista de Processo, v. 17, 105-114, 1980.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev. atual. e ampliada de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.