

# A AMPLA DEFESA COMO PROTEÇÃO AOS PODERES DAS PARTES: PROIBIÇÃO DE INADMISSÃO DA PROVA POR JÁ ESTAR CONVENCIDO O JUIZ

*Professor Felipe Camilo Dall'Alba*  
*Procurador Federal – PF/RS*

**Sumário:** Introdução; I – Momento da prova; II – Conceito de *thema probandum* e objeto da prova à luz dos ensinamentos de Michele Taruffo; III – Definição do juízo de relevância, dando-se um enfoque à prova dos fatos inverossímeis e impossíveis; IV – O Precedente Convencimento do juiz como motivo para exclusão da prova; Conclusão; Referências bibliográficas

## Introdução.

É absolutamente dispensável demonstrar a importância do estudo do direito probatório para o processo vivido, ou seja, para prática forense. Um dos autores que melhor sintetizou isso foi Niloca Picardi, para quem a prova é o coração do processo. Trata-se precisamente de uma série de instrumentos úteis para verificação da hipótese de fato formulada, com o objetivo de que o juiz atinja a verdade provável, aplicando-se, assim, a norma jurídica de forma justa”.<sup>1</sup>

Dessa feita, o presente estudo propõe-se a, de forma breve, e com o auxílio de Michele Taruffo, apresentar o problema, no dia-a-dia forense, em que o Magistrado, sob o pretexto, muitas vezes explícito, e, outras vezes, não, denega a possibilidade da produção de prova por já estar convencido.

O estudo será composto de uma primeira parte na qual abordar-se-á o momento da prova, dando-se especial atenção àquele em que o juiz nega ou denega sua produção. Após, num segundo momento, explorar-se-ão os conceitos de **fato probandum** e objeto da prova, para, a seguir, estudar o juízo de relevância. E, por fim, analisar-se-á se o sistema admite que prévio convencimento constitua-se num motivo para exclusão da prova.

## I Momentos da Prova.

As partes levam, para o processo, um conjunto de alegações fáticas, as quais necessitam ser comprovadas, para demonstração de sua existência. E esse procedimento de demonstração dos fatos, para efeitos didáticos, a fim de que o fenômeno seja compreendido na sua inteireza, é classificado pela doutrina desde a sua proposição até a sua avaliação. Nesse sentido, Dinamarco ensina que os momentos da prova, no processo civil brasileiro, são o da *propositura pela parte*, o da sua *admissão pelo juiz*, o da sua *realização* mediante

---

<sup>1</sup>Felipe Camilo Dall'Alba. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

“La prova è, il cuore del processo. Si tratta, più precisamente, di una serie di strumenti con i quali vengono verificate le ipotesi di fatto formulate nel processo, al fine di consentire al giudice di attingere la verità probabile (unica verità conseguibile, dati i limiti immanenti della coscienza umana) e pervenire, così, ad una applicazione "giusta" delle norme giuridiche alla fattispecie controversa”. (tradução livre).(PICARDI, Nicola. *Appunti di diritto processuale civile. Processo ordinario di cognizione le impugnación*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 19).

participação de todos os sujeitos processuais e o da *valoração*, que compete ao juiz com exclusividade<sup>2</sup>.

Entretanto, seguindo o caminho do procedimento comum ordinário, primeiramente, a parte que pretende comprovar sua afirmação propõe sua prova, isto é, diz quais são os instrumentos que utilizará. Segundo dispõe a legislação de regência, o autor fará o requerimento de prova com a inicial (Código de Processo Civil, art. 282, inciso VI) e o art. 324, no caso de revelia sem seus efeitos, manda que o autor especifique as provas que pretende produzir. Já o réu requer a produção de provas na contestação (art. 300). Porém, é bom ressaltar que a prática forense não segue à risca o modelo legal, pois, em qualquer hipótese, depois de cumpridas as providências preliminares e, em momento anterior, caso estas não sejam necessárias, o Magistrado abre oportunidade para que autor e réu especifiquem as provas que pretendem produzir.<sup>3</sup>

No próximo passo, vem a admissão da prova, momento em que o Magistrado verifica a regularidade do meio, ou seja, sua validade e relevância. Consoante Dinamarco, “o momento idealizado pelo Código para o juiz deferir ou indeferir provas no procedimento ordinário é o da audiência preliminar (art. 331, § 2º), mas eventuais requerimentos ulteriores serão apreciados depois”.<sup>4</sup>

Em seguida, a prova é produzida, isto é, entra em definitivo para dentro do processo, como um instrumento de convencimento judicial. Já a valoração é o momento final, aquele em que o órgão judicial analisa se determinada prova teve o condão de demonstrar os fatos que até aquele momento eram duvidosos.

O estudo, como já explicitado, tem por objetivo examinar, em específico, o momento relativo à admissão da prova pelo juiz, pois se devem evitar atos inúteis e protelatórios. Porém, há de se encontrar um ponto de equilíbrio entre o direito à prova e o juízo de relevância, pois, no que pese não ser o momento da verificação da eficácia probatória, que será efetivada mais adiante, quando do julgamento, há uma tendência de sua antecipação, passando o juiz a pré-julgar o processo em momento impróprio. É o estudo dessa relevância da prova que irá ocupar os próximos itens.

---

<sup>2</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 89. v. 3. Adverte ainda o autor: “Por isso, ao menos em face do direito positivo brasileiro é mais adequado designar como *produção da prova* todo conjunto de atividades que vão desde a *propositura*, quando a parte indica ao juiz a fonte de prova que pretende utilizar (ela *pro-duz* o meio de prova), até sua *realização* mediante as formas procedimentais determinadas em lei. Desse modo, aqueles quatro pólos ficam reduzidos a dois: a produção e a valoração da prova, sendo o primeiro composto da propositura, admissão e realização da prova”. (p. 89)

<sup>3</sup> Para uma abordagem mais profunda, consultar DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 90. v. 3. Diz Calmon de Passos, com apoio em Lopes da Costa, que a indicação dos meios de prova genericamente é inútil e ridícula. O art. 407 permite que as testemunhas sejam arroladas antes da audiência, então se não fizer na inicial, nenhuma preclusão ocorrerá. Os documentos são anexados à inicial, integram-na, instruindo-a. A hipótese não é de indicação, mas de produção. Por sua vez, o depoimento pessoal da parte é prova que o juiz pode determinar de ofício e será quase sempre conseqüência da imposição legal de proceder o juiz à conciliação prévia. Mesmo não havendo protesto por depoimento pessoal, podem as partes provocar o juiz para que ele, de ofício, determine sua produção. A mesma coisa se dando com a prova pericial. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 163. v. III).

<sup>4</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 90. v. 3

## II Conceito de *thema probandum* e objeto da prova à luz dos ensinamentos de Michele Taruffo.

É importante referir, desde o início, que não se provam fatos, mas as afirmações referentes a eles<sup>5</sup>, pois as afirmações materializam os fatos no processo. De toda forma, já no direito romano, notadamente no período formulário, o *iudex*, depois de analisar a fórmula, produzia a prova tendo em vista o **thema probandum**.<sup>6</sup> Nesse passo, numa primeira visão, é correto dizer que não integram o **thema probandum** os fatos não contestados, nem aqueles que, embora contestados, sejam juridicamente irrelevantes.<sup>7</sup> Com isso, não se quer dizer que não existam alguns casos que, mesmo não contestados, necessitam de prova, como são os fatos que envolvem interesse indisponível. Muito menos, que embora contestados, os fatos não precisem ser provados, a exemplo dos fatos notórios.

Assim, segundo Taruffo, “pode-se, portanto, definir o concreto *thema probandum* como o conjunto de fatos jurídicos relevantes, cuja existência ou inexistência deve ser demonstrada no curso do processo”.<sup>8</sup> Como regra geral, no direito brasileiro, é no despacho saneador, caso a prova tenha de ser produzida em audiência, o momento adequado para se definir qual será seu tema (fixação dos pontos controvertidos), porque, nesse instante, os debates escritos através da petição inicial, contestação e réplica já se findaram (CPC, art. 331, § 2º).

Além disso, apenas para espancar qualquer dúvida, em outro plano, encontra-se o ônus da prova, que possui dinamicidade, pois ao conjunto de alegações feitas pela parte autora pode o réu simplesmente negar os fatos, ou, com outra afirmação positiva, impor fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito. E é, nessa quadra, que se irá determinar a quem incumbe o ônus da prova, ou seja, a qual das partes se irá impor a derrota em caso de não se estabelecer a verdade possível. Não se olvidando que o ônus da prova é uma regra de julgamento, ou seja, somente em não se havendo prova dos autos, independentemente de quem as trouxe, é que se aplica a regra do art. 333 do CPC.

Mas, ao lado do tema da prova, é lícito, como faz Taruffo, trazer, à baila, outra classificação, como a do objeto da prova. Esse conceito é imprescindível para o correto desenvolvimento do tema, em especial no juízo de relevância.

Dessa forma, se de um lado tem-se o **thema probandum** como o conjunto de alegações controvertidas, de outro tem-se o objeto da prova, que se constitui em cada proposição factual que terá ligação umbilical com o **thema probandum**, isto é, aquele é uma parcela e este diz respeito a toda controvérsia. Então, para Taruffo o “objeto da prova é o fato específico, principal ou secundário, que vem indicado em sede de dedução da prova

<sup>5</sup> Nesse mesmo sentido, SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 325. v. 2 Arremata Sentis Melendo "que se an de verificar la realidad de las afirmaciones formuladas; y, naturalmente, estas afirmaciones han de tener un contenido, un objeto, una materia. Las afirmaciones, normalmente, generalmente, se refieren a hechos; he ahí viene la confusión que hace decir que se prueban hechos; de ahí viene también la confusión de que aparezca en algún precepto legal la idea de que, en determinadas circunstancias, las normas jurídicas son hechos; y que ele derecho haya de probarse [ ... ] (SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba, los grandes temas de derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea, 1978. p. 13-14).

<sup>6</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 124.

<sup>7</sup> TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p. 47.

<sup>8</sup> Si può pertanto definire il concreto *thema probandum* come l'insieme dei fatti giuridicamente rilevanti, la cui esistenza o inesistenza debba essere dimostrata nel corso dell'istruzione probatoria. (TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p. 53)

mesmo”.<sup>9</sup> Taruffo, com habilidade, mostra que a diferença entre objeto da prova e tema da prova tem uma importância estrutural, pois [...] “uma coisa é considerar um fato em relação a aquilo que é necessário provar em juízo, outra é considerar como objeto de um particular procedimento de cognição que possui o nome de prova”.<sup>10</sup>

Esses conceitos são de especial importância, como se verá no próximo item, para o delineamento do juízo de relevância, pois é necessário dar-se um limite ao poder judicial, no momento em que defere ou indefere uma prova, através de um critério objetivo.

### **III Definição do juízo de relevância, dando-se um enfoque à prova dos fatos inverossímeis e impossíveis.**

De início, é importante referir que o autor descreve os fatos na petição inicial que sejam relevantes juridicamente, com possível incidência em alguma norma, ou, a seu parecer, apresentem pertinência para o deslinde da lide. Pode-se falar, dessa feita, em relevância jurídica. Outra é a noção de relevância das proposições factuais que deverão ser provadas. Essa tem relação com os meios probatórios que conduzirão à demonstração do objeto da prova. Por sua vez, a relevância jurídica tem o sentido de que os fatos que não possuem consequências jurídicas não têm importância para o processo, logo nem as provas sobre às quais verteria. **Veja-se que são duas noções diversas que, quando da análise do juízo de relevância da prova, podem ser confundidas.**

Para Taruffo,

*Enquanto a primeira noção de relevância representa o critério para seleção preventiva dos meios de prova, e resulta, como melhor se verá em seguida, de uma certa relação lógica entre o fato sobre qual verte a prova e os fatos que devem ser acertados em juízo, a segunda representa o critério para individualização da juridicidade do fato, isto é, da sua correspondência a um tipo normativo [...].<sup>11</sup>*

Porém, o problema relativo ao juízo de relevância não é tão simples. De posse dos conceitos de **thema probandum** e de objeto da prova já é possível, em linha de princípio, estabelecer uma noção do juízo de relevância. Lembrando-se que provas nem sempre referem-se aos fatos jurídicos, mas podem dizer respeito a fatos secundários que, por indução, serão relevantes para solução da questão. Por isso, afigura-se, equivocadamente, que a prova deve ser dirigida somente aos fatos jurídicos, sendo irrelevante a prova dos demais fatos. Com Taruffo, é correto afirmar que a instrução probatória que tem por escopo demonstrar a existência dos fatos principais, podendo ser feita, através da prova, diretamente desses fatos ou também através da prova dos fatos secundários.<sup>12</sup> A relevância, então, estará umbilicalmente ligada à possível utilização do fato que verte a prova para o deslinde da controvérsia.<sup>13</sup> Além disso, fazendo uso dos conceitos até aqui descritos, obtempera Taruffo:

*É antes de tudo necessária uma observação: fala-se genericamente de relevância da prova e do meio de prova, mas expressões deste gênero, que são usadas por comodidade de linguagem, são aptas a gerarem confusão. O que se pode definir relevante não é a prova como instrumento de cognição ou, em gênero, como*

<sup>9</sup> TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p. 37.

<sup>10</sup> Ibidem. p. 35.

<sup>11</sup> Ibidem. p. 25.

<sup>12</sup> TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p. 30.

<sup>13</sup> Ibidem. p. 56.

*instrumento para o acerto da existência de um fato, nem o meio de prova como coisa ou pessoa que fornece os elementos necessários para esta operação, bem assim o fato do qual a prova entende demonstrar a existência; com maior precisão, antes, o juízo de relevância verte sobre a proposição que enuncia o resultado do qual a prova deveria conseguir. A estrutura conceitual sobre qual deve se fundar a definição de relevância é portanto constituído de dois grupos de proposições factuais: aqueles que definem o objeto da prova e aquele que constituem o tema da prova, nas suas possíveis correlações”<sup>14</sup>*

Disse, ainda, Taruffo: “É relevante cada prova que verte de uma proposição factual que, assumida por hipótese como verdadeira pode constituir elemento de confirmação da proposição descritiva do factum probandum”.<sup>15</sup> Ou, com mais precisão, adverte o autor:

Nas três diversas hipóteses possíveis, a prova pode portanto ser considerada relevante:

*a) quando o seu objeto é dado de uma proposição relativa a um fato principal; b) quando o seu objeto é dado de uma proposição relativa a um fato secundário, que funda uma interpretação relativa à existência de um fato principal; c) quando o seu objeto é dado de uma proposição relativa a um fato secundário, que funda uma interpretação relativa a um outro fato secundário, e é relevante também a respeito da existência de um fato principal. Em síntese, a relevância da prova se pode definir como a impossibilidade que a proposição factual da qual ela verte determine ou incida, diretamente ou indiretamente, sobre e status lógico de probabilidade confirma a proposição relativa a existência de um fato principal.<sup>16</sup>*

Para exemplificar, far-se-á uso de um caso descrito por Luiso, em que a presença de Tício, em determinado lugar e em certo momento, era importante para o deslinde da querela. Portanto, todos os meios utilizados para comprovar tanto que Tício estava naquele lugar, como que não estava seriam relevantes. Exemplifica, também, agora um caso de irrelevância, quando o que se pretende provar é a causa interruptiva da prescrição que se deu seis anos antes do ajuizamento da ação, todavia, na espécie, a prescrição operara em cinco anos. Por isso, há irrelevância no fato objeto da prova, pois não tem relação lógica com o tema da prova, eis que a causa interruptiva é posterior à consumação da prescrição.<sup>17</sup>

De mais a mais, a atividade que o juiz realiza no momento do juízo de relevância e a feita, quando do julgamento, são essencialmente diferentes, pois a primeira, como já foi ressaltado, busca uma relação lógica por hipótese, em tese, já a outra se dá quando da análise final da eficácia da prova, porém ambas as operações têm como foco “a relação lógica entre dois grupos de proposições factuais hipotéticas: o primeiro grupo os fatos colocados como objeto da prova; o segundo grupo os fatos principais contestados (thema probandum)”.<sup>18</sup> Além do que, “[...] o conceito de relevância parece dotado de um relevo prático mais amplo do que o da eficácia probatória: só a prova relevante pode ser eficaz, mas nem toda prova relevante em abstrato em sede preliminar se releva pois, em concreto, dotada de real eficácia probatória”.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Ibidem. p. 54.

<sup>15</sup> Ibidem. p.249. Na mesma esteira, CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantia constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Boch, 1998. p. 301.

<sup>16</sup> TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p.250 (tradução do autor do artigo).

<sup>17</sup> LUISO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2. p. 85/86.

<sup>18</sup> TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p.233.

<sup>19</sup> Ibidem. p.248.

Outrossim, problema intrigante, pertencente também à matéria relativa à relevância probatória, e que é tratado exemplarmente por Taruffo, é a questão da prova dos fatos verossímeis, ou seja, em que medida deve ser produzida prova sobre fatos que não seguem aquilo que geralmente acontece. Ou melhor, seria permitido ao juiz negar a produção de uma prova, porque o fato a ser pesquisado foge à normalidade das coisas? A resposta é dada por Taruffo ao dizer que “a verossimilhança do objeto da prova não é jamais requisito de sua admissão”. Ora, outra não poderia ser a conclusão, porque o direito à prova é forte o suficiente para impedir qualquer tipo de cerceamento, em especial aqueles que digam respeito a fatos que não são próximos à verdade, mas que, embora saiam da normalidade, podem ser comprovados, nem que seja através de novos experimentos.

No que diz respeito aos fatos impossíveis, a conclusão deve ser outra. Se as alegações contêm fatos impossíveis, esses não podem fazer parte do **thema probandum**, contudo, se dizem respeito ao objeto da prova, têm de ser excluídos no juízo de relevância. Afirma Taruffo que “se o fato é posto no objeto da prova, a valoração é implícita no juízo de relevância, pois que, evidentemente, um fato impossível não pode ser considerado relevante a respeito daquilo que deve ser provado em juízo”.<sup>20</sup>

Proto Pisani é enfático ao dizer que “Se quer dizer que os fatos inverossímeis não necessitam de prova; a afirmação é inexata porque, mesmo por ser inverossível, o fatos necessitara de prova e antes de prova pontual. Exato, é ao contrário dizer que os fatos impossíveis não devem ser provados, mas tem de observar que o progresso da ciência reduz a área da impossibilidade”.<sup>21</sup> É importante referir que Danilo Knijnik chega a mesma conclusão.<sup>22</sup>

Assim, delineadas essas premissas, é mister agora, como fechamento, tratar, no tópico seguinte, da forma pela qual o sistema age, para limitar a possibilidade de o juiz não admitir as provas relevantes, pelo fato de já estar convencido.

#### **IV O precedente convencimento do juiz como motivo para exclusão da prova**

O Magistrado, e a experiência jurídica está repleta de exemplos, é tentado a expungir, em nome do princípio do livre convencimento, determinado meio de prova proposta pela parte, porque, no seu sentir, as afirmações já estariam provadas. Desse modo, indaga-se: poderia o juiz repelir determinada prova ou julgar o processo, antecipadamente, pois já formou seu convencimento? Ensina Taruffo:

*O status de verdade que caracteriza o resultado do accertamento judicial é caracterizado pela relatividade, isto é, do fato que é válido e na medida na qual a prova oferece elementos concretos (dados do conhecimento particular) idôneos a fundá-los, e, isto que mais importa, não é nunca definitivo, ao menos em linha de princípio, a fim de que não venha a formar o conteúdo da decisão. Isto implica, sempre em linha de princípio,*

---

<sup>20</sup> TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p. 80. No mesmo sentido, AMARAL DOS SANTOS, Moacir. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 2. v.

<sup>21</sup> Si suole dire che i fatti inverosimili non sono bisognosi di prova; l’affermazione è inesatta poichè, proprio perchè inversomile, il fatto sarà bisognoso di prova ed anzi di prova particolarmente puntuale. “Esatto è invece il dire che i fatti impossibili non devono essere provati, ma è appena il caso di osservare che i progressi delle scienze riducono sempre di più l’area della impossibilita. (tradução livre). (PROTO PISANI, Andrea . *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 4. ed.. Napoli: Jovene, 2002. p. 408)

<sup>22</sup> KNIJNIK, Danilo. e-mail enviado, gentilmente pelo autor, em 12/11/2004, às 14h53 min., referente ao livro que ainda está no prelo.

*que o convencimento judicial sobre o qual o juiz instrutor possui possa sempre ser modificado, ao menos enquanto seja possível colocar e tentar novas provas.*<sup>23</sup>

Nessa quadra, ao se analisar a relevância da prova por esse ângulo, e ao juiz fosse permitido, em toda e qualquer hipótese, inadmitir meios probatórios pelo fato de já estar convencido, facilmente perceber-se-ia que a relevância ou irrelevância estaria sendo vista como eficácia da prova. Isto é, o juiz estaria, em momento anterior ao julgamento, já adiantando o resultado da prova que, no seu sentir, seria idônea ou inidônea. Mas, “essa valoração não pode ser realizada antecipadamente, não sendo possível fundar, por esse motivo, a exclusão de uma prova relevante”.<sup>24</sup>

Outrossim, Proto Pisani colocou a questão com uma precisão cirúrgica, já que, exatamente, como o autor diz, está-se diante de um conflito entre o direito à prova e o direito ao caráter prático do processo. Isso porque, em muitas situações, a prova proposta é desnecessária para o andamento do processo, porém, ao mesmo tempo, a parte que a propôs tem esse direito, sob pena de lhe ser cerceada a defesa, pois o Tribunal poderá reexaminar a matéria. Afirma o mestre:

*Mais delicada é a reflexão sobre o enunciado segundo o qual os fatos já provados não necessitam de prova. Essa enunciação, a primeira vista banal, encontra base normativa no art. 209, que dispõe que o juiz declara fechada a instrução quando ele entende supérflua pelo resultado já obtido, as ulteriores assunções. A norma é banal onde consente ao juiz de não assumir outros meios de prova diretos a corroborar a opinião que ele já formou sobre a base dos quais já estão no processo; é delicado, ao contrário, onde consente o juiz de emanar o mesmo juízo de superfluidade no instante em que o meio de prova pode contrastar a opinião que se formou com as provas já constantes. Com base no direito à prova, contesta-se radicalmente uma similar possibilidade (ou se considera o art. 209 nessa parte é constitucionalmente ilegítimo), porém outros afirmam que o caráter prático do processo e a exigência que ele tenha um fim justificam a existência e o uso de uma norma do art. 209, pois que dela o juiz deve fazer um uso atento e sobretudo conste na motivação do provimento as razões que estão na base do seu juízo de superfluidade (permitem de tal modo um controle também pela cassação ao senso do art. 306 n. 5) ”.*<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Lo *status* di verità che caratterizza il risultato dell'accertamento giudiziale è dunque caratterizzato della *relatività*, cioè dal fatto che esso è valido se e nella misura in cui lè provae offrono elementi concreti (dati di conoscenza particolare) idonei a fondarlo, e, ciò che più importa, non è mai definitivo, almeno in linea di principio, finchè non venga a formarsi il contenuto della decisione. Ciò implica, sempre in linea di principio, che il convincimento cui il giudice istruttore perviene possa sempre esser modificado, almeno in quanto sia possibile ammettere ed esperirre nuove prove. TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p.75.

<sup>24</sup> TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p.77.

<sup>25</sup> Più delicata è la riflessione sull'enunciazione secondo cui i fatti già provati non hanno bisogno di prova. Questa enunciazione, a prima vista banale, trova riscontro normativo nell'art. 209 là dove dispone che il giudice dichiara chiusa l'istruzione 'quando egli ravvisa superflua, per i risultati già raggiunti, la ulteriore assunzione'. La norma, direi, è banale là dove consente al giudice di non assumere altri mezzi di prova diretti a corroborare l'opinione che egli si è già formato sulla base di quelli già assunti; diviene delicatissima, invece, là dove consente al giudice di emanare il c.d. giudizio di superfluità nonostante che i mezzi di prova ancora da assumere siano diretti a contrastare l'opinione che egli si è già formato sulla base di quelli già assunti. A fronte di coloro che, sulla base del c.d. diritto alla prova, contestano radicalmente una simile (seconda) possibilità (o considerano l'art. 209 in parte qua costituzionalmente illegittimo), altri ritengono che il carattere pratico del processo e l'esigenza che esso abbia una fine giustificano l'esistenza e l'uso di una norma quale l'art. 209, purchè di essa il giudice faccia un uso particolarmente attento e soprattutto dia conto nella motivazione del provvedimento delle ragioni che sono alla base del suo giudizio di superfluità (consentendo in tal modo un controllo anche in cassazione ai

Nesse giro, é no caso concreto que será dada solução para a colisão entre os princípios, conforme as circunstâncias que rodeiam a situação, pois não há precedência entre princípios.<sup>26</sup> Danilo Knijnik, atento a essa questão, doutrina que “deve ser analisada com certa reserva a orientação jurisprudencial segundo a qual o juiz está autorizado a indeferir a prova se ele, juiz, está convencido dos fatos, visto que a prova deve ser produzida à vista de todas as qualificações jurídicas possíveis, sob pena de, por via transversa, prejudicar-se a demanda [...]”.<sup>27</sup> No caso a seguir transcrito, o Tribunal gaúcho deu preferência ao direito à prova:

**EMENTA: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA. 1. A destituição do pátrio poder é medida extremamente drástica, que rompe todos os liames jurídicos entre pais e filhos, e reclama cabal demonstração de alguma das hipóteses prevista na lei. 2. Há claro cerceamento de defesa quando a sentença é lançada sem que seja feita a devida instrução, mormente quando a parte arrolou testemunhas, que não foram ouvidas. 3. É imprescindível a reabertura da instrução para que a genitora seja ouvida e submetida a exame toxicológico e psiquiátrico, bem como sejam analisados psicologicamente os infantes, com o devido estudo social, sendo ouvidas as testemunhas arroladas. Sentença desconstituída. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007174709, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 22/10/2003)**<sup>28</sup>

Tentou Taruffo equacionar a celeuma. Para o autor, embora, como regra geral, o precedente convencimento do juiz não possa ser motivo de exclusão da prova, Taruffo propõe que os meios probatórios que venham a confirmar o já provado poderiam ser excluídos, porém aqueles meios probatórios em sentido contrário ao posto no processo não poderiam. Isso devido ao fato de, no primeiro caso, a reconstrução ficar a mesma, já, no segundo, outro resultado poderia ser obtido.<sup>29</sup> Um exemplo nos foi alcançado pelo Tribunal Constitucional Espanhol, na SSTC n. 205/1991:

*No presente caso, o exame das atuações na relação com a doutrina exposta, põem de manifesto, sem dúvida alguma, que a denegação da prova testemunhal proposta pelo recorrente é constitucionalmente inadmissível. Em efeito, em primeiro lugar, o juiz da instrução decreto a inadmissão da totalidade da prova testemunhas proposta, não por considerá-la impertinente em relação com os fatos, mas sim por considerar suficientemente informado com as declarações sumárias das pessoas proposta como testemunhas – prestadas, por certo, ante o Julgador de Pás de Otero de Rey, via auxílio judicial- razão pela qual a denegação decretada carece de*

---

sensi dell'art. 306 n. 5). (tradução livre). (PROTO PISANI, Andréa. Lezioni di Diritto Processuale Civile. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002. p. 408.) Interessante abordagem pode ser encontrada em PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 211.

<sup>26</sup> Para uma análise completa, consultar ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002. p. 90/95. Luiso, outrossim, verga-se a possibilidade de erro na decisão do juízo de relevância e diz que “do resto a irremediabilidade do erro judiciário é uma característica própria de todos os instrumentos que pretendem realizar a economia processual”. (LUIISO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2. p. 87)

<sup>27</sup> KNIJNIK, Danilo. e-mail enviado, gentilmente pelo autor, em 12/11/2004, às 14 h 53 min., referente ao livro que ainda está no prelo.

<sup>28</sup> São inúmeros os precedentes nesse sentido, à guisa de exemplo, tem-se a decisão do STJ, Resp. 7319- DF, 3ª T. Rel. Min. Dias Trindade, j. 19.03.91. DJU de 22.4.91, p. 4.786. Consultar, ainda, o apanhado jurisprudencial realizado por JUNIOR MENDONÇA, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 114-115.

<sup>29</sup> TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970. p.78.

*justificação e é, por tanto, arbitrária. A denegação impediu o ora recorrente, em sua condição de acusado de fazer valer ante o Juiz em juízo oral dados que poderiam resultar determinantes para sua defesa. Não podemos esquecer que entre as testemunhas propostas figurava a lesionada e prejudicada dona Digna Varela Prado, e que as outras testemunhas propostas, ao parecer, havia presenciado o fatos, pelo que, quaisquer que fossem os sentido das declarações dessas pessoas em juízo oral é indubitável que as mesma, em princípio, poderiam influenciar para o descobrimento dos fatos, que se tratava, segundo o recorrente, de testemunhas presenciais, sendo que o acusado aduziu que havia agido em legítima defesa.<sup>30</sup>*

Tendo em vista os argumentos expostos, pode-se dizer que ao juiz não é permitido inadmitir a prova pelo simples fato de já estar convencido, pois isso implicará cerceamento de defesa. Não se olvide, como bem ponderou Nicoló Trocker, que “a vedação à valoração antecipada da prova evita que se saia do lugar natural de sua avaliação que ocorre quando ela já foi produzida”<sup>31</sup>, ou seja, a sentença é o palco natural para avaliação do conjunto probatório. Claro que, se a prova se afasta dos fatos debatidos no processo, seja ela direta ou indireta, correta é atitude do juiz ao não aceitar o meio probatório proposto.

## Conclusão

O juízo de relevância, como se pôde constatar no decorrer da exposição, afigura-se em um dos temas importantes para resolução justa do processo. Conforme a direção que o juiz dê, haverá, possivelmente ofensa à ampla defesa. Portanto, segundo afirmam Marinoi e Arenhart, “é sempre bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo sua função”.<sup>32</sup> Nessa quadra, nem o convencimento do juiz e muito menos a efetividade do processo, serão suficientes para breçar o direito à produção da prova.

Então, posto o tema seja difícil, espera-se tenha contribuído, para auxiliar à condução de um processo pautado pelo diálogo e cooperação entre o juiz e as partes, noção já de há muito advogada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> (Tradução livre) En el presente caso, el examen de las actuaciones en relación con la doctrina expuesta pone de manifiesto, sin duda alguna al respecto, que la denegación de la prueba testifical propuesta por el hoy recurrente es constitucionalmente inadmisibile. **En efecto, en primer término, el Juez de Instrucción decretó la inadmisión de la totalidad de la prueba testifical propuesta, no por considerarla impertinente en relación con los hechos enjuiciados, sino por considerarse suficientemente informado con las declaraciones sumariales de las personas propuestas como testigos -prestadas, por cierto, ante el Juzgado de Paz de Otero de Rey, vía auxilio judicial-, razón por la cual la denegación así decretada carece de justificación y es, por tanto, arbitraria.** La denegación impidió al hoy recurrente, en su condición de acusado, hacer valer ante el Juez en el juicio oral datos que pudieran resultar determinantes para su defensa. No hay que olvidar, al respecto, que entre los testigos propuestos figuraba la lesionada y perjudicada, doña Digna Varela Prado, y que los demás testigos propuestos, al parecer, habían presenciado los hechos enjuiciados, por lo que, cualquiera que fuera el sentido de las declaraciones de estas personas en el juicio oral, es indudable que las mismas, en principio, podían tener influencia para el enjuiciamiento de los hechos, sobre todo teniendo en cuenta el supuesto de hecho enjuiciado -lesiones causadas en riña-, que se trataba, según el recurrente, de testigos presenciales y que el acusado adujo que había obrado en legítima defensa.

<sup>31</sup> (Tradução livre) TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giufrè, 1974. p. 522.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 323.

<sup>33</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

## Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.
- AMARAL DOS SANTOS, Moacir. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 2. v.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.
- CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Boch, 1998.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.
- JUNIOR MENDONÇA, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- KNIJNIK, Danilo. e-mail enviado, gentilmente, pelo autor, em 12/11/2004, às 14h53 min., referente ao livro que ainda está no prelo.
- LUISO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PICARDI, Nicola. *Appunti di diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione e le impugnación*. Milano: Giuffrè, 2003.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
- PROTO PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 4. ed.. Napoli: Jovene, 2002.
- TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba, los grandes temas de derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea, 1978.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005. v. 2.
- TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.
- TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.