

Cristiano Chaves de Farias
Nelson Rosenvald

Curso de **DIREITO** **CIVIL**

22^a

Edição

REVISTA
ATUALIZADA
AMPLIADA

Parte Geral e LINDB

1

2024



EDITORA
*Jus***PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO II

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Sumário • 1. Noções Gerais – 2. As Fontes do Direito: 2.1 Considerações introdutórias; 2.2 Fontes materiais, formais e não formais; 2.3 Fontes imediatas e mediatas – 3. Interpretação das Normas – 4. A Necessária e cuidadosa distinção entre Texto, Norma, Interpretação e Aplicação – 5. Integração das Normas – 6. Vigência das Normas – 7. A Obrigatoriedade das Normas – 8. A Eficácia das Leis no Tempo – 9. Eficácia das Leis no Espaço: 9.1 A aplicação da lei estrangeira e o princípio da territorialidade mitigada (moderada); 9.2 O respeito à ordem jurídica brasileira como filtro para a admissão da legislação ou homologação da decisão estrangeira no território nacional; 9.3 A aplicação da sentença ou do laudo arbitral estrangeiro e a necessidade de *exequatur* (homologação) do Superior Tribunal de Justiça.; 9.4 Prova dos fatos ocorridos no exterior; 9.5 O Direito das Famílias e a sua aplicação no espaço (Direito Internacional das Famílias) – 10. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a segurança jurídica das relações com a administração pública: 10.1 Proibição de decisão baseada em valores jurídicos abstratos nas esferas administrativa, controladora e judicial; 10.2 Indicação expressa dos efeitos da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa; 10.3 Interpretação das normas jurídicas sobre gestão pública; 10.4 Decisões sancionatórias (punitivas) ou de validade e sua necessária dosimetria; 10.5 Mudança de interpretação ou orientação sobre as normas de direito público e a modulação eficaz; 10.6 Respeito à confiança: revisões relativas à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa devem se submeter à norma do tempo de sua celebração; 10.7 Compromisso de ajustamento de conduta para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa; 10.8 Possibilidade de imposição de compensação; 10.9 Responsabilidade civil do agente público; 10.10 Possibilidade de consultas públicas; 10.11 Instrumentos para maximizar a segurança jurídica.

“E é como se então, de repente, eu chegasse ao fundo do fim, de volta ao começo, ao fundo do fim, de volta ao começo.”

**(Luiz Gonzaga Júnior, De volta ao começo,
de Luiz Gonzaga Júnior)**

*“Mas eu sou o amargo da língua, a mãe, o pai e o avô;
O filho que ainda não veio; o início, o fim e o meio.
Eu sou o início, o fim e o meio.”*

**(Raul Seixas, Gita,
de Raul Seixas e Paulo Coelho)**

1. NOÇÕES GERAIS

Originalmente denominada (com pouca técnica normativa) Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, o Decreto-lei nº 4.657/42 mereceu, mais contemporaneamente, uma melhor terminologia, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*.

Submetida a sucessivas e substanciaosas ampliações, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, agora, conta com 30 dispositivos, ganhando uma nova feição, por abordar matérias relativas à edição, elaboração e aplicação das normas jurídicas, além de regras sobre direito internacional privado e, outrossim, uma parametrização para interpretação do direito público interno.

Ganhou, portanto, uma nova feição, mais ampla e multifacetada, bem distinta da que tinha originalmente.

É que, desde as suas priscas origens francesas, a Lei de Introdução tinha como propósito único estabelecer regras e princípios para a edição, interpretação, integração e aplicação da norma jurídica. Ou seja, historicamente se destinou a regulamentar a efetiva concretização de uma lei, desde a sua interpretação até a aplicação. A toda evidência, o seu objeto ultrapassa as latitudes e longitudes do Direito Civil, sendo, efetivamente, aplicáveis a todos os ramos da ciência jurídica,¹ razão pela qual se mostrava imprópria a expressão *Lei de Introdução ao Código Civil*.

Nesse diapasão, ao contrário do que parecia sugerir a sua antiga nomenclatura (*Lei de Introdução ao Código Civil*), em verdade, a *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB* não dispõe sobre matéria de Direito Civil (relações privadas), tratando de aspectos gerais relativos à aplicabilidade das normas jurídicas, como um todo. Alcança, pois, toda e qualquer norma jurídica, seja de direito privado ou de direito público.

Bem por isso, o advento do Código Civil de 2002, sem sombra de dúvidas, em nada afetou a Lei de Introdução, que continua vigente em sua inteireza, não tendo sofrido revogação, exatamente em face da distinção de seu objeto em relação à Codificação Civil:² enquanto a Lei Civil cuida da proteção jurídica da pessoa humana, a Lei de Introdução se ocupa das regras jurídicas sobre a própria lei.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, aliás, representa uma manifestação da tradição jurídica ocidental, oriunda do Direito francês.

Explicam Tereza Cristina Monteiro Mafra, Mônica Silveira Vieira, Mônica Aragão M. Ferreira e Costa e Marcelo de Oliveira Milagres que, na França, antes da entrada em

1. Essa aplicação universal sofre algumas limitações, como a impossibilidade de aplicação de alguns institutos previstos na lei introdutória. Exemplificando, vale lembrar que no Direito Penal e no Direito Tributário, a aplicação da analogia, como regra integratória da norma, não pode implicar a criação de sanções penais (crime ou contravenção penal) ou de tributos. De qualquer forma, vale registrar a possibilidade de utilização da analogia no Direito Penal, dès que *in bonam partem*, isto é, em favor do réu. Por igual, no Direito Tributário admite-se a analogia como critério integrativo, ressalvada a possibilidade de exigência de tributo não previsto em lei (CTN, art. 108, § 1º).
2. Nesse sentido, Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 57.

vigor do seu Código Napoleônico de 1804, detectou-se a necessidade de editar uma norma legal “que regulasse a aplicação das normas jurídicas no Estado. Tal ideia de uma Lei de Introdução ao Código foi adotada pelos demais ordenamentos jurídicos europeus, tendo chegado ao Código Civil brasileiro”.³

A ideia presente, desde as origens, na Lei Introdutória, portanto, era estabelecer parâmetros gerais para a elaboração, a vigência e a eficácia das leis, além da interpretação, integração e aplicação das próprias normas legais, genericamente compreendidas. Revela, indubitavelmente, matéria de grande importância, que se espalha por todo o ordenamento jurídico, não se confinando aos contornos do Direito Civil, aplicável que é a toda e qualquer norma legal, seja qual for a sua natureza.

Trata-se, assim, de norma anexa ao Código Civil (e a qualquer outro diploma legal), porém autônoma, independente. Tem *status* de lei ordinária e, a toda evidência, não está incluída no âmbito do Estatuto Civil, cujo conteúdo se volta para a proteção das relações jurídicas de ordem privada.

Enfim, não é (e não poderia ser) “parte integrante do Código Civil, constituindo tão somente uma lei anexa para tornar possível uma mais fácil aplicação das leis”, como anota Maria Helena Diniz.⁴

Não se trata propriamente, dessa maneira, de uma lei introdutória ao Código Civil, mas, de verdadeira *lei de introdução às normas jurídicas*. É uma espécie de *manual sobre como devem ser elaboradas as leis*. Traça os parâmetros para a elaboração, vigência e eficácia das leis, bem assim como as regras e os princípios de aplicação, interpretação e integração do Direito. Aliás, acolhendo essas considerações (que eram apresentadas desde a primeira edição desta obra), foi editada a Lei nº 12.376/10, estabelecendo, expressamente, em seu art. 2º:

Art. 2º, Lei nº 12.376/10:

“A ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.’”

Na síntese feliz de Wilson de Souza Campos Batalha, cuida-se de “um conjunto de normas sobre normas”⁵ ou, como preferem os germânicos, é uma *sobrenorma* –, isto é, uma norma legal cujo conteúdo e finalidade são de disciplinar a edição de outras leis.

Na realidade, constitui um conjunto de normas preliminares de aplicação universal, à totalidade do ordenamento jurídico. Ou seja, um direito que tem o fito de regulamentar o próprio direito. Por isso, a sua aplicação aos diferentes ramos da ciência evidenciando que tende a muito mais do que a nomenclatura insinua. Cuida-se, pois, de relevante parâmetro para a efetivação das normas jurídicas.

3. MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; VIEIRA, Mônica Silveira; COSTA, Mônica Aragão M. Ferreira e; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *A LICC e o Código Civil de 2002*, op. cit., p. 33.

4. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, op. cit., p. 3.

5. Apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 57.

Também se inseriu no corpo da Lei de Introdução uma normatividade básica para a disciplina das relações internacionais privadas.

Mais recentemente, todavia, a Lei nº 13.655/18 acrescentou à Lei de Introdução os arts. 20 a 30, destinados a estabelecer instrumentos para o controle das decisões prolatadas nas esferas administrativa, controladora e judicial e conferir maior segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito Público. Com isso, foram entronizadas na Lei Introdutória matérias que lhes eram, claramente, estranhas, distintas de seu objeto normativo. Parece-nos, inclusive, ter ocorrido uma frontal violação dos incisos II e IV do art. 7º da Lei Complementar nº 95/98 que, dirigindo-se ao próprio legislador, proíbem que uma norma legal contenha matérias estranhas ao seu objeto ou a este não vinculadas por afinidade, pertinência ou conexão.

Ora, a simples – e ainda que perfunctória – leitura do conteúdo dos dispositivos acrescidos conduz, com segurança, à conclusão de que se transbordou, a mais não poder, a *ratio essendi* originária da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

De todo modo, não se pode negar que os acréscimos possuem um aspecto relevante: o aperfeiçoamento, sistematização e estruturação das decisões proferidas nas instâncias administrativa, controladora e judicial, almejando segurança jurídica para quem se relaciona com o Poder Público como um todo. Assim, são concatenados mecanismos de contenção da decidibilidade dos mais diversos sujeitos (administradores, controladores e magistrados), obstando deliberações despóticas, arbitrárias e baseadas em juízos abstratos e genéricos.

Em visão completa e sistêmica, somadas as mudanças implementadas e considerada a ampliação de seu objeto, é possível vislumbrar que as principais funções da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro são:

- i) determinar o início da obrigatoriedade das leis (art. 1º);
- ii) regular a vigência e eficácia das normas jurídicas (arts. 1º e 2º);
- iii) impor a eficácia geral e abstrata da obrigatoriedade, não admitindo a ignorância da lei vigente (art. 3º);
- iv) traçar os mecanismos de integração da norma legal, para a hipótese de lacuna na norma (art. 4º);
- v) delimitar os critérios de hermenêutica, de interpretação da lei (art. 5º);
- vi) regulamentar o direito intertemporal (art. 6º);
- vii) regulamentar o direito internacional privado no Brasil (arts. 7º a 17),⁶ abarcando normas relacionadas à pessoa e à família (arts. 7º e 11), aos bens (art. 8º), às obrigações (art. 9º), à sucessão (art. 10), à competência

6. Com idêntico raciocínio: Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil: parte geral*, op. cit., p. 14; e Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 57.

da autoridade judiciária brasileira (art. 12), à prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro (art. 13), à prova da legislação de outros países (art. 14), à execução da sentença proferida por juiz estrangeiro (art. 15), à proibição do retorno (art. 16), aos limites da aplicação da lei e atos judiciais de outro país no Brasil (art. 17) e, finalmente, aos atos civis praticados por autoridades consulares brasileiras no estrangeiro (arts. 18 e 19);

- viii) impedir decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial com lastro em valores genéricos e abstratos, exigindo a demonstração da necessidade e adequação da medida (art. 20);
- ix) estabelecer a obrigatoriedade de indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas pelas decisões que decretam invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas (art. 21);
- x) ditar mecanismos de interpretação das normas sobre gestão pública (art. 22);
- xi) impor a adoção de modulação dos efeitos de decisões administrativas, controladoras ou judiciais que vier a estabelecer interpretação ou orientação nova acerca de um determinado tema (art. 23);
- xii) determinar que a revisão de atos praticados nas searas administrativas, controladoras ou judiciais se baseie nas normas e orientações vigentes no momento da prática do ato (art. 24);
- xiii) possibilitar a celebração de compromisso de ajustamento de conduta para eliminar irregularidades ou incertezas jurídicas ou, ainda, situações contenciosas na aplicação do Direito Público (art. 26);
- xiv) possibilitar a imposição de compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos nas relações entre a Administração Pública e o administrado (art. 27);
- xv) criar regras de responsabilização pessoal dos agentes públicos (art. 28);
- xvi) facultar a realização de consultas públicas em qualquer das unidades do Poder Público para que sejam editados atos normativos (art. 29);
- xvii) recomendar uma atuação dos agentes públicos no sentido de aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas do Direito Administrativo (art. 30).

Nessa linha de entendimento, com os acréscimos realizados, para além de servir como instrumento para orientar, servir como um norte, à edição e à efetiva aplicação da norma jurídica em nosso país (em todas as esferas legislativas), a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também se destina ao estabelecimento de normas para incrementar segurança jurídica nas relações travadas com a Administração Pública, evitando excessos interpretativos.

Um incremento evidente, com significativa ampliação do objeto da norma legal.

2. AS FONTES DO DIREITO

2.1 Considerações introdutórias

O vocábulo *fontes*, em sentido etimológico, vem de *fons-tis*, significando nascente de água, isto é, aquilo que se origina ou produz. Daí se dizer que “para se chegar à fonte, é preciso nadar contra a corrente”.⁷

A partir dessa ideia, é possível afirmar que a expressão *fontes do direito* pertine ao seu nascedouro, à sua origem, ao lugar de onde emana. Por óbvio, a referência há de ser compreendida de forma muito mais ampla do que, exclusivamente, relacionada ao direito objetivo (até porque o ordenamento jurídico transcende a positividade).

Por isso, já se disse “que as fontes são os elementos geradores do direito, ou os elementos de onde deriva o direito”, na visão de Arnaldo Rizzardo.⁸

A finalidade das fontes é servir como *função de garantia*, impedindo que o juiz, ao decidir os casos concretos que lhe são postos, deixe transbordar o seu subjetivismo. Impede, pois, o julgamento centrado em critérios pessoais.

Importante indagação se pode formular: quais são as fontes do direito?

Pois bem, diferentes critérios existem para classificar as fontes, fazendo com que sejam reconhecidas diferentes fontes do direito.

2.2 Fontes materiais, formais e não formais

As *fontes materiais* ou *fontes no sentido sociológico* são aquelas causas que determinam a formulação da norma jurídica (direito objetivo). Ou seja, os seus motivos sociais, éticos, filosóficos, econômicos etc., tudo aquilo que, colhido na realidade viva da sociedade, serve para influir no espírito do legislador na edição legislativa.

Leoni Lopes de Oliveira formula interessante exemplo: “Saber por que o legislador da Lei nº 9.278/96⁹ estabeleceu dever alimentar e sucessório entre companheiros, aqueles que vivem em união estável, é procurar as fontes materiais dessas normas. Então, iria se perquirir, sob o ponto de vista filosófico, quais os motivos de justiça, de segurança das relações, das necessidades econômicas de proteger a companheira que ajudou na aquisição do patrimônio comum etc.”.¹⁰

Desse modo, as *fontes materiais* podem ser classificadas em *históricas, orgânicas, filosóficas, sociológicas* etc.

7. Assim, Leoni Lopes de Oliveira, chegando mesmo a concluir, em linguagem filosófica, que “fontes de direito parecem ser os locais onde vamos colher (e onde jorra) a pura, a cristalina água lustral do Direito” (*Introdução ao Direito*, op. cit., p. 161).

8. RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 37.

9. No Código Civil, a matéria em exemplo (direito aos alimentos e direito à sucessão entre os companheiros) está tratada nos arts. 1.694 e 1.790, respectivamente. Este último, inclusive, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou que a sucessão na união estável esteja submetida às mesmas regras da sucessão no casamento (STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 878.694/MG, rel. Min. Luís Roberto Barroso).

10. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 157.

De outra banda, as *fontes formais* do direito são as que determinam os *modos de formação e de revelação das normas jurídicas*. Equivale a dizer, as fontes formais indicam os meios através dos quais o direito objetivo se manifesta.

Oportuno registrar, nesse particular, que há controvérsia quanto à classificação das fontes formais. Sintetizando a discussão doutrinária, Orlando Gomes, após enfatizar a inexistência de consenso na classificação das fontes formais do Direito, destaca que “alguns doutrinadores reduzem-nas à lei e ao costume; outros acrescentam a jurisprudência e os princípios gerais do Direito; e os mesmos precisos incluem ainda a doutrina e a equidade”.¹¹

Com efeito, é de se concordar com o mestre Caio Mário da Silva Pereira, tomando por base o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, compreendendo, então, como fontes formais do direito *a lei* (em sentido amplo, significando a norma jurídica, englobando, não apenas a norma legal, mas também os decretos, regulamentos, portarias, atos administrativos, contratos sociais, convenções de condomínios etc.), *a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*.¹² Ademais, há de se atentar para o fato de que as fontes formais se subdividem em *principal e acessória*. Aquela (fonte formal principal) é a *lei*, enquanto as demais são as fontes formais acessórias, também ditas secundárias. No ponto, convém realçar que também poderiam ser enclamestradas como fontes formais secundárias do Direito as *normas coletivas decorrentes do poder normativo da Justiça do Trabalho* (isto é, a possibilidade de a Justiça Especializada do Trabalho estabelecer normas jurídicas para determinadas categorias, através dos dissídios coletivos) e as *súmulas vinculantes* do Supremo Tribunal Federal. Não se ignora que ambas decorrem, expressamente, de previsão legal, motivo pelo qual podem ser elencadas como fontes formais secundárias.

Há, ainda, as fontes *não formais* do direito, que são a *doutrina* e a *jurisprudência*. Nesse ponto, sem dúvida, não é possível resumir as fontes do Direito às fontes formais (lei – *rectius*, norma jurídica, costumes, analogia e princípios gerais de direito), esquecendo da jurisprudência e da doutrina. É certa e incontroversa a influência da orientação científica emanada dos estudiosos da ciência, bem como dos caminhos de compreensão abertos pela reiteração de decisões pelos nossos tribunais.¹³

2.3 Fontes imediatas e mediatas

Também a partir do entendimento emanado do art. 4º da Lei de Introdução, é possível fixar a divisão das fontes do direito em *imediatas*, também ditas *diretas*, e *mediatas*, igualmente denominadas *secundárias*.

11. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 39.

12. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 56-57.

13. Assim, também, em opinião que merece abono: Rizzardo, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 36.

Em primeiro lugar, como fonte imediata, encontra-se a *lei*, evidenciando a sua primazia sobre as demais fontes. Com isso, é possível antever uma “hierarquia das fontes, onde tem preferência, onde está no topo da pirâmide, a lei”, de acordo com a lição de Leoni Lopes de Oliveira.¹⁴ É bem verdade, de qualquer modo, que há uma irresistível tendência a uma compreensão mais valorativa do Direito, diminuindo a importância da norma positivada, ampliando a importância principiológica.¹⁵ Até porque é importante ter em tela, sempre, a fórmula proposta por Miguel Reale de que o Direito não é apenas *norma*, mas, também, *fato* e *valor*, na sua reconhecida *teoria tridimensional do Direito*.

Sendo omissa a norma jurídica (isto é, a norma-regra e a norma-princípio), deve o juiz, então, decidir aplicando a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais de direito* (sem prejuízo de utilização da *doutrina* e da *jurisprudência*, como instrumentos auxiliares), que se constituem fontes *mediatas* ou *secundárias*.

Segundo Clóvis Beviláqua, a *lei* é a “regra geral que, emanando de autoridade competente, é imposta, coativamente, à obediência de todos”,¹⁶ passando a existir no ordenamento jurídico e estando apta a produzir efeitos a partir da promulgação.¹⁷

A *analogia* consiste em aplicar a alguma hipótese, não prevista especialmente em lei, disposição relativa a caso semelhante. Como salienta Washington de Barros Monteiro, a *analogia* consiste “em aplicar à hipótese, não prevista especialmente em lei, disposição relativa a caso semelhante”.¹⁸ Vale recordar que a analogia, no sistema jurídico brasileiro, também é considerada mecanismo de integração da norma, como será visto alhures.

Já os *costumes*, por seu turno, são as práticas longevas, uniformes e gerais, constantes da repetição geral de comportamentos, que, pela reiteração, passam a indicar um modo de proceder em determinado meio social. É a norma criada e afirmada pelo uso social, de maneira espontânea, sem a intervenção legislativa. Deve ser compreendido por dois diferentes ângulos: (i) *objetivo*, caracterizado pela repetição ou reiteração; (ii) *subjetivo*, percebido pela convicção de sua necessidade.¹⁹

Finalmente, os *princípios gerais de direito*, como o próprio nome indica, são os postulados extraídos da cultura jurídica, fundando o próprio sistema da ciência jurídica. São ideais ligados ao senso de justiça. Emanam do Direito Romano, sintetizados em três axiomas: não lesar a ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que é

14. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 169.

15. Consulte-se, a respeito, a interessante monografia de Alberto Gosson Jorge Júnior. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, op. cit., em especial, p. 25 ss.

16. *Apud* SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Direito Civil*: parte geral, op. cit., p. 19.

17. Dirley da Cunha Júnior esclarece que, enquanto a sanção “é ato de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo que manifesta, expressa ou tacitamente, a sua concordância com o projeto de lei já aprovado pelo Congresso”, a “promulgação é a declaração oficial de que a lei existe, é autêntica e está pronta para ser executada” (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 912-913).

18. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 40.

19. Assim, Leoni Lopes de Oliveira. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 173.

seu (*suum cuique tribuere*) e viver honestamente (*honeste vivere*). A previsão para a aplicação dos princípios gerais do direito, na omissão da lei, vem encartada em diversos ordenamentos jurídicos, como no Direito português (CC, art. 1º), no Direito espanhol (CC, art. 1º) e no Direito argentino (CC, art. 16).

Para bem utilizar essas fontes jurídicas, é comum recorrer ao auxílio prestado pela *doutrina* e pela *jurisprudência*.

A *doutrina* é o entendimento firmado pelos juristas de um determinado ordenamento jurídico, equacionando as questões relacionadas ao estudo do Direito. Por isso, é chamada também de *direito científico* ou *direito dos juristas*. Hodiernamente, de maneira praticamente unânime, vem se entendendo que a doutrina é fonte não formal do direito, porque se revela através da influência sobre o espírito dos profissionais da ciência jurídica. Basta perceber a importante influência da doutrina sobre o magistrado quando da aplicação da lei. Veja-se, a título ilustrativo, que, muita vez, o legislador transfere para a doutrina o trabalho de construir determinados conceitos e delimitar a extensão de algumas normas. São os chamados *conceitos vagos*. É o caso, *exempli gratia*, da parte final do inciso I do art. 178 do Código de Processo Civil, aludindo à intervenção do Ministério Público, no processo civil, como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*), nas causas em que estiver presente o *interesse público ou social*. Trata-se, nitidamente, de conceito indeterminado (interesse público ou social) que deverá ter o seu balizamento afirmado pela doutrina.²⁰

No que respeita à *jurisprudência*,²¹ vislumbra-se como o conjunto de decisões judiciais proferidas em determinado sentido, afirmando a existência de uma linha de orientação sobre determinados temas. Pressupõe dois elementos: o conhecimento do Direito (pelos aplicadores) e sua aplicabilidade no caso concreto. Entre nós, após o advento da Emenda Constitucional nº 45, de acordo com a redação do art. 103-A da Carta Constitucional, a jurisprudência ganhou especial importância, podendo, até mesmo, vincular a decisão do juiz de primeiro grau de jurisdição, quando se tratar de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional. É o que se convencionou chamar *jurisprudência com efeito vinculante*, ou simplesmente, *súmula vinculante*.

Reza, nesse diapasão, o art. 103-A da Carta Constitucional: “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante

20. Sobre o assunto, buscando dar sentido ao mencionado dispositivo legal, importa esclarecer que a expressão *interesse público ou social* não diz respeito ao interesse do Poder Público, devendo ser entendida a partir do art. 127 da Constituição Federal, que afirma dever atuar o Ministério Público na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo-lhe vedado prestar assessoria, judicial ou extrajudicial, às entidades da Administração Pública, que possuem representação judicial própria. Remeta-se, acerca do tema, ao Parágrafo Único do art. 178 do Código de Ritos: “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.”

21. Leoni Lopes de Oliveira recorda que o vocábulo *jurisprudência* deriva do latim *iurisprudentia*, significando a aplicação das normas e princípios em determinado sistema jurídico. Cf. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 176.

em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. Pois bem, como se pode notar, a súmula vinculante nada mais é que uma *súmula da jurisprudência predominante* no Supremo Tribunal Federal, formulando uma proposição, sobre matéria constitucional, que possui força obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário (juízes e tribunais) e da administração pública.

De fato, a instituição da súmula vinculante vem a atender, em boa medida, a onerosa atividade dos tribunais brasileiros de julgar reiterados e repetitivos recursos, apenas retardando a prestação jurisdicional.²² Acresça-se, por oportuno, que o precedente obrigatório tem alcance limitado: somente pode ser editado em matéria constitucional que tenha sido objeto de reiteradas decisões, por deliberação de dois terços dos integrantes da Corte Excelsa (oito dos onze ministros). Mais ainda, os seus efeitos apenas serão produzidos depois de sua publicação na imprensa oficial. Outrossim, é pressuposto natural da edição de uma súmula vinculante a existência de controvérsia atual (conflito efetivo) a respeito da validade, interpretação ou eficácia de determinada norma constitucional. De qualquer sorte, há possibilidade de revisão ou cancelamento da súmula, permitindo a oxigenação da jurisprudência, através de novos argumentos jurídicos. A revisão é uma modalidade de alteração do conteúdo da súmula, enquanto o cancelamento é a sua revogação total.

Não é despidendo registrar que o art. 8º da Emenda Constitucional aludida estabelece que as súmulas do Pretório Supremo até então existentes somente poderão produzir efeito vinculante após a sua confirmação por dois terços dos ministros daquele Tribunal e com regular publicação na imprensa oficial.

Finalmente, lembre-se a possibilidade de existir divergência na jurisprudência, através do acolhimento de diferentes interpretações por parte dos julgadores. Se a divergência é interna em determinada corte, resolve-se através do incidente de uniformização de jurisprudência. Em se tratando de divergência de entendimento entre tribunais diversos (de mesma hierarquia), sobre a interpretação do direito federal, e em se tratando de idêntica matéria, o remédio cabível será o recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105 da Constituição da República, a quem competirá pacificar o entendimento. Entretanto, se a divergência entre diferentes tribunais é na interpretação da norma constitucional, caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

22. Corroborando desse entendimento, Sérgio Bermudes percebe ser “preciso que se entenda que, consoante a prevalecente teoria da vontade estatal, a função precípua do Poder Judiciário não é atender ao interesse das partes, mas eliminar os conflitos, pacificando o grupo social. Ao julgarem, os juízes, enquanto compõem os litígios, vão também desenvolvendo uma atividade pedagógica porque mostram o sentido das regras jurídicas, assim contribuindo para o cumprimento espontâneo das normas de direito. Só mediante a consagração do princípio do precedente obrigatório, embora ele não seja ideal, se diminuirá a carga formidável dos processos que emperram a máquina judiciária e sufocam os órgãos jurisdicionais, que acabam existindo apenas para tratar do urgente, relegando o necessário a um plano subalterno” (A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45, op. cit., p. 116-117).

3. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

A efetiva aplicação de uma norma jurídica exige, como um movimento antecedente, natural e imperativo, a realização de uma *interpretação*, com o objetivo de estabelecer o seu exato alcance e sentido. Não há aplicação de uma norma sem uma prévia interpretação. São atividades implicacionais e umbilicalmente interligadas.

Assim, a *interpretação da norma* é a busca da descoberta do seu sentido e objetivo, determinando o seu conteúdo e delimitando o seu alcance.

Com a lição de Sílvio Rodrigues, confere-se o nome de *interpretação* à “operação que tem por objeto precisar o conteúdo exato de uma norma jurídica”.²³ A interpretação, pois, é um processo intelectual, pautado em determinar os significados da própria norma jurídica, extraíndo o que ela contém. Em suma-síntese: interpretar a norma jurídica é explicar, aclarar, o seu sentido.

A necessidade e a importância da interpretação são incontroversas. Não há, efetivamente, uma aplicação da norma jurídica que não seja precedida de atividade interpretativa, hermenêutica. Daí a absoluta impertinência da antiga parêmia oriunda do Direito Medieval *in claris, interpretatio cessat* (na clareza da lei, não há interpretação).²⁴

Aliás, *saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém sua força e poder*, nas palavras de Carlos Maximiliano.²⁵

Percebe-se, pois, que o problema da interpretação da norma diz respeito a outro mais genérico, que é o da aplicação do Direito. No ponto, há um inescandível perigo. É que muitos imaginam que a interpretação da norma apenas interessa no momento da sua efetiva aplicação, o que faria com que fosse procedida, basicamente, pelo julgador no momento da decisão.²⁶ O argumento não procede. Com efeito, todos os atores envolvidos no cenário jurídico interpretam, a todo tempo, a norma jurídica. O advogado, ao elaborar o pedido, ou a defesa, para o seu cliente está interpretando, antes mesmo do juiz. O promotor de Justiça interpreta ao formular os seus pedidos. O professor, em sua cátedra, interpreta a norma, com vistas ao seu magistério. E, por óbvio, ao formular reflexões e respostas, em avaliações, por exemplo, o estudante também está interpretando.

A verdade é que todos os juristas interpretam a norma – advogados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, magistrados, professores, estudantes...

23. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral*, op. cit., p. 23.

24. A linha de argumentação também é compartilhada por Manoel Messias Peixinho, em excelente obra sobre a interpretação constitucional, bem percebendo não haver “norma suficientemente clara que prescindia da interpretação e que a conclusão sobre a clareza de determinado enunciado normativo é resultado do próprio processo interpretativo” (*A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*, op. cit., p. 16-17).

25. Apud PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*, op. cit., p. 16.

26. Com esse pensar, San Tiago Dantas. *Programa de Direito Civil*, op. cit., p. 101.

CAPÍTULO IX

A Prova do Negócio Jurídico (A Prova Civil e as suas Dimensões)

Sumário • 1. Escorço Histórico e Importância – 2. Noções Conceituais – 3. Prova e Verdade: Reminiscências Imprescindíveis – 4. Direito Constitucional à Prova Civil – 5. Natureza Jurídica das Leis Referentes à Prova: a Combinação das Regras do Código Civil com o Código de Processo Civil de 2015 – 6. O Objeto da Prova – 7. O Ônus da Prova: 7.1 Generalidades e a Teoria da Carga Probatória Dinâmica; 7.2 O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – 8. A Admissibilidade da Prova Emprestada – 9. O juiz e a atividade probatória (os poderes do juiz na produção de provas e a admissibilidade de provas atípicas, como a prova cibernética e a análise da linguagem corporal) – 10. A Prova do Direito Estrangeiro Quando Admitida a sua Aplicação – 11. A Questão da Prova Ilícita à Luz da Técnica de Ponderação dos Valores Constitucionais – 12. Licitude da Gravação de Conversa por um dos Interlocutores – 13. A Interceptação Telefônica e a sua Excepcional Admissibilidade em Sede Civil – 14. Possibilidade de Requisição de Documentos e Informações Resguardadas por Sigilo Legal à Receita Federal, ao Banco Central do Brasil e às Instituições Bancárias – 15. A Revelia e a Prova – 16. A Confissão: 16.1 Generalidades; 16.2 Natureza jurídica (a confissão como um ato jurídico em sentido estrito: sepultando a polêmica sobre o assunto); 16.3 A anulabilidade da confissão; 16.4 A confissão realizada por quem não pode dispor dos direitos relacionados aos fatos confessados; 16.5 A possibilidade de confissão pelo representante da parte; 16.6 Não vinculação do magistrado à confissão – 17. Prova Documental: 17.1 Generalidades e uma nova concepção de prova documental, admitidos os documentos eletrônicos; 17.2 Documento público; 17.3 O documento particular; 17.4 O telegrama e sua força probatória; 17.5 Prova através de cópia fotográfica de documento e necessidade de autenticação oficial; 17.6 Ausência do título de crédito ou do documento original e impossibilidade de suprimento de prova; 17.7 Uso obrigatório do vernáculo nos documentos e as regras do Mercosul; 17.8 Prova documental através de reproduções fotográficas, cinematográficas, registros fonográficos e reproduções mecânicas e a admissibilidade de fotografias digitais; 17.9 Admissibilidade do documento eletrônico como prova documental; 17.10 Livros e fichas dos empresários e empresas – 18. Prova Pericial: 18.1 Generalidades; 18.2 Possibilidade de recusa à perícia médica; 18.3 Perícia médica necessária e a não aproveitabilidade da recusa em submeter-se à perícia; 18.4 Inaplicabilidade da regra legal a casos específicos de justificada recusa ao exame médico (homenagem ao princípio da proporcionalidade); 18.5 A presunção judicial gerada pela recusa e a inutilidade do art. 232 do Código Civil – 19. Prova Testemunhal: 19.1 Noções gerais e a Curva do Esquecimento (ou Curva de Ebbinghaus); 19.2 Admissibilidade da prova testemunhal; 19.3 O direito ao silêncio da testemunha e das próprias partes; 19.4 A produção de prova testemunhal por meios eletrônicos; 19.5 Depoimento de uma única testemunha como meio de prova; 19.6 O depoimento especial de criança ou adolescente; 19.7 Condições de admissibilidade das testemunhas; 19.8 A possibilidade de escusa legítima do dever de prestar testemunho – 20. A ata notarial.

*“Existem provas de amor; Provas de amor apenas Provas de amor;
 Não existe o amor;
 Não existe o amor; Não existe o amor;
 não existe o amor, apenas provas de amor.”*

(Titãs, *Provas de amor*, de Paulo Miklos)

*“E nessa loucura de dizer que não te quero
 Vou negando as aparências,
 disfarçando as evidências
 Mas para que viver fingindo
 Se eu não posso enganar meu coração
 Eu sei que te amo.”*

**(Chitãozinho e Xororó, *Evidências*,
 de Paulo Sérgio Valle e José Augusto)**

1. ESCORÇO HISTÓRICO E IMPORTÂNCIA

É simples perceber a importância do estudo da prova. Basta lembrar que entre os povos da antiguidade, dada a ausência de critérios técnicos e racionais a para demonstração de acontecimentos que repercutiam no direito, a prova era influenciada pela religião, invocando-se “proteção divina na busca da verdade”, como lembra João Batista Lopes.¹

Assim, chegou-se mesmo ao absurdo de tentar descobrir a verdade através da “prova pelo fogo” (com o acusado tocando com a língua um ferro quente, pois se queimasse estaria mentindo), da “prova das serpentes” (quando se lançava o réu no meio de répteis, sendo considerado culpado se fosse picado), da “prova das bebidas amargas” (pela qual se ministrava à mulher acusada de adultério bebidas fortes e amargas, sendo, absurdamente, presumida a quebra do dever de fidelidade e respeito se viesse a contrair os músculos do rosto), dentre outros meios verdadeiramente cruéis. Tudo isso sem esquecer dos velhos e conhecidos *duelos*, que também serviram como meio de prova, dada a crença de que o ente Divino não permitiria a vitória daquele que não estivesse alegando fatos verdadeiros.²

Nessa ambientação, vislumbra-se a importância da sistematização das regras sobre as provas, tocando o interesse, a um só tempo, ao direito material e ao direito processual. Assim, a organização e sistematização das regras referentes às provas afiguram-se de extrema importância não somente para impedir o arbítrio do magistrado, garantindo o império da norma constitucional que assegura o devido processo legal

1. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, op. cit., p. 19.

2. Os exemplos foram talhados por João Batista Lopes, que lembra terem sido substituídas tais “modalidades probatórias” pelo juramento, especialmente entre os gregos e os romanos, ainda marcado pela forte influência religiosa (*A prova no direito processual civil*, op. cit., p. 20).

(art. 5º, LV), bem assim como para permitir maior segurança nas relações jurídicas como um todo.

São variados os sistemas existentes para sustentar a possibilidade de produção de provas: (i) *o sistema do civil law*, com a prova produzida em audiência perante o juiz, predominando o elemento escrito, o que importa em retardamento da instrução processual; (ii) *o sistema do common law*, com a presença de jurados, avultando a importância da oralidade, possibilitado o “interrogatório cruzado” (perguntas e re-perguntas diretas) e sem a intervenção do Ministério Público na área civil, como se tem nos Estados Unidos da América; (iii) *o sistema socialista*, abraçado nos países do leste europeu, cujo procedimento é predominantemente oral, caracterizado pelo contato do juiz com as partes, impondo-se a busca da verdade real.

O sistema brasileiro é resultado de vários outros, aperfeiçoado. É que a evolução da prestação jurisdicional exigiu uma natural evolução da prova. Assim, entre nós, avulta a *oralidade* na colheita da prova, *contato direto* do juiz com as provas produzidas, *preocupação com a simplificação e celeridade do processo* e *fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz*, consectário natural da afirmação das chamadas *cláusulas gerais*.

É assim que o sistema jurídico brasileiro, a partir do comando maior do art. 93 da *Lex Fundamentallis*, acolhe o *sistema da persuasão fundamentada* (repetido pelo art. 371 do Código de Processo Civil de 2015), afirmando que o juiz deve motivar o seu entendimento, independentemente de quem produziu a prova.

Não fosse apenas o alto relevo teórico da prova e seus contornos, evidencia o seu estudo, outrossim, incontroversa importância prática, centrada, especialmente, na impossibilidade de discutir, em sede de recurso extraordinário e especial (dirigidos, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça para garantir a correta aplicação da norma constitucional ou da legislação federal, basicamente), a análise probatória do caso concreto submetido à atividade judiciária. É que, nos precisos termos do Enunciado 7 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Assim, nos recursos excepcionais (cujo cabimento é restrito, admitidos apenas nas hipóteses dos arts. 102 e 105 da Carta Maior), é descabida a discussão sobre o acerto ou desacerto do convencimento do juiz.

Tempere-se, porém, essa regra, lembrando que na hipótese de aplicação indevida dos institutos jurídicos relativos à prova, admitir-se-á o recurso especial (direcionado ao Superior Tribunal de Justiça) com o propósito de assegurar a correta aplicação da lei federal.

Nessa linha de raciocínio, é fácil perceber a grande importância – teórica e prática – da prova para a vida em sociedade, afinal, “aquilo que se não prova equivale ao que não existe”, como desfecha Washington de Barros Monteiro.³

3. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 288.

2. NOÇÕES CONCEITUAIS

Etimologicamente, o termo *prova* deriva da expressão latina *probo, probatio, probus*, querendo significar bom, reto, honrado, decorrendo, naturalmente, o sentido de que a prova resulta no que é autêntico. Comumente, por isso, liga-se a prova à ideia de demonstração da veracidade de uma proposição.⁴

Juridicamente, o vocábulo *prova* é plurívoco, não unívoco. Hospeda diferentes sentidos, referindo-se tanto ao fato representado, quanto à atividade probatória, como, também, ao meio ou fonte de prova e ao convencimento gerado.⁵

Assim, somente se faz mister falar de prova quando se afirma algo cuja exatidão se tem de demonstrar. É a demonstração ou descoberta de uma situação afirmada.

Lembre-se, por oportuno, que não se deve confundir a *prova* com a *forma dos fatos jurídicos*. Esta (a forma) é elemento integrante do fato jurídico (negocial), enquanto aquela (a prova) pode ser constituída por um elemento do negócio jurídico (como um instrumento público de contrato) ou mesmo estranho a ele, como um outro documento ou uma perícia.⁶ Andou bem o legislador salientando essa distinção.

O termo *prova* pode ser tomado em dois significados distintos. Objetivamente, o vocábulo *prova* concerne aos meios destinados a demonstrar a existência concreta de um fato. De outra banda, não se pode negar um senso subjetivo para a compreensão da prova, encarando-a, também, como um verdadeiro estado de convicção que é gerado no intérprete e no aplicador ao analisar os meios apresentados em juízo pelas partes e pelo Ministério Público para o convencimento do julgador. Em síntese, *prova* significa, a um só tempo, os instrumentos de que se vale o magistrado para formatar o seu convencimento, a partir dos fatos que passa a conhecer (v. g., o documento que atesta a existência de um contrato ou a perícia que confirma a filiação), bem assim como o próprio juízo valorativo que se forma a partir dos fatos que são expostos e afirmados.

Desse modo, prova é, a um só tempo, o meio retórico, admitido por lei, direcionado a gerar um estado de convicção quanto à existência de um fato e a própria convicção produzida. Enfim, é a soma dos fatos que produzem um estado espiritual de certeza.

Talvez por isso, historicamente, veio a prova atrelada à ideia de *reconstrução possível de fatos*. No entanto, é imperioso perceber a impossibilidade absoluta de reelaboração perfeita de fatos pretéritos, até porque é impossível extirpar todas as dúvidas e incertezas acerca da existência efetiva de uma determinada situação. Vale mesmo lembrar que quem lida com a prova não são historiadores e, conseqüentemente,

4. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, op. cit., p. 67.

5. Em conformidade com a ideia do texto, faça referência a Eduardo Cambi. *Direito constitucional à prova no processo civil*, op. cit., p. 47.

6. Com esse pensar, Paulo Nader. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 590.

não se tem preparo para uma intrincada pesquisa sobre tempos passados. Ou seja, a verdade, admitida como essência de um fato passado, nunca será alcançada, em razão da impossibilidade de se recuperar o que já passou, como percebem os modernos filósofos do direito.

Nessa trilha, é fácil extrair que a prova, no estágio atual da ciência jurídica, estará unida, muito mais, à feliz escolha de uma situação tendente a constituir uma decisão judicial justa, adequada e eficaz sobre determinado fato controvertido. É dizer, não se pode mais ter a audácia de imaginar que seria possível reconstituir situações ocorridas há muito tempo, ainda que em outras circunstâncias e tempo.

Trata-se, pois, de *elemento argumentativo e dialético*,⁷ utilizado pelo interessado (em senso amplíssimo), para influir no estado de convencimento do magistrado. Serve a prova, assim, como fundamento, lastro necessário, para a demonstração de determinadas situações (existência ou não de um contrato, por exemplo) e deliberação sobre determinados acontecimentos (decisão judicial resolvendo um conflito de interesses).

Supera-se, assim, a falsa impressão de que a prova significaria um meio para a demonstração da verdade,⁸ modernizando a sua conceituação, à luz da chamada multirreferencialidade, ou seja, considerando conceitos imprescindíveis emanados de outros ramos do conhecimento.

Destaque-se, ademais, que a prova faz referência à demonstração de fatos jurídicos. Por isso, através dela são demonstrados fatos que repercutem na órbita jurídica, tendo a potencialidade de produzir efeitos, com a primordial finalidade de garantir a defesa de direitos.

3. PROVA E VERDADE: REMINISCÊNCIAS IMPRESCINDÍVEIS

É praticamente intuitiva a ideia de que o estudo do tema *prova* sugere a busca incessante e frenética da *verdade dos fatos ocorridos*, que será desvendada através dos mecanismos disponibilizados pelo ordenamento jurídico. Não por outro motivo, a doutrina civilista clássica brasileira afirmou, sem cerimônias, que a prova nada mais era do que “o conjunto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de um ato jurídico”, nas palavras de Clóvis Beviláqua.⁹

7. Sobre o tema, Chaím Perelman percebe que as provas fazem referência a proposições ou, em outra linguagem, a *teses*. E mais, sustenta que tais proposições, como não podem ser expressadas apenas por critérios metafísicos, são materializadas através da *linguagem*, motivo pelo qual a descrição de acontecimentos reais sofre as motivações culturais, emotivas, e práticas, caracterizando verdadeira “obra humana”. Cf. *Retóricas*, op. cit., p. 164.

8. Esse sempre foi o entendimento prevalecente na doutrina brasileira, afirmado, *exempli gracia*, por Eduardo Espínola, referido por Arnaldo Rizzardo. Cf. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 680.

9. BEVLÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 321. Comungando com o mesmo pensamento, Washington de Barros Monteiro era mais direto afirmando, com referências a Cunha Gonçalves, que prova era a “demonstração da verdade de um fato” (*Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 288).

Surge, no entanto, interessante questionamento, fundado no que seja, substancialmente, a verdade e sobre a possibilidade de ser demonstrada concretamente. Em outras palavras, apresenta-se importante questionar sobre a efetiva possibilidade de demonstração da verdade através da ciência jurídica. Onde está a verdade quando duas pessoas enxergam um mesmo acontecimento com diferentes percepções, em face de seus distintos sentimentos e emoções? Quem está dizendo a verdade quando, por conta das naturais dicotomias e discrepâncias da comunicação humana, o emissor pensa que transmitiu uma mensagem com determinado conteúdo, mas o receptor a compreendeu com outro significado?

Lembre-se, para ilustrar essas ideias, a clássica página literária brasileira, do romance *Dom Casmurro*, do imortal e genial Machado de Assis, em cujas linhas permanece a dúvida se Capitu traiu, ou não, a Bentinho, até os dias de hoje, apesar de muitos debates e estudos, não se podendo apresentar uma resposta conclusiva. A pergunta continua pertinente: qual é a verdade, ela o traiu ou não?¹⁰

Aliás, a Física Quântica vem problematizando o conceito de verdade (e o próprio conceito de *realidade*), deixando claro que a existência e a posição do observador podem alterar a essência da coisa observada: “o que observamos não é a Natureza *per se*, mas a Natureza exposta ao nosso método de questionamento. A nossa visão de mundo é a nossa visão de mundo e não uma visão absoluta da realidade”, como chega a problematizar o Professor de Física, Filosofia e Astronomia no Dartmouth College, em New Hampshire (EUA), Marcelo Gleiser,¹¹ lembrando os experimentos de Einstein e Heisenberg a respeito do tema.

Nessa dimensão, é fatal reconhecer a impossibilidade de tratar a questão exclusivamente sob o prisma jurídico, sendo mister o concurso de outras áreas do conhecimento humano, especialmente da filosofia, da psicologia, da antropologia e da história.¹²

10. *Dom Casmurro* é um dos mais conhecidos livros de Machado de Assis e foi escrito em 1899 e publicado em 1900. Narra em primeira pessoa a vida do personagem carioca *Bento de Albuquerque Santiago*, o *Bentinho*, que, por motivos diversos, termina, paulatinamente, se fechando em si mesmo – motivo que o leva a ser conhecido como *Dom Casmurro*. Após abandonar o seminário, opta por casar com *Capitu*, após se formar em Direito. Estabelecido um estreito laço de amizade com o colega *Escobar*, que chega a se casar com *Sancha*, amigo de *Capitu*, nasce o filho de *Bentinho* e *Capitu*, *Ezequiel*. Durante o velório de *Escobar*, *Bentinho* estranha a forma com a qual *Capitu* contempla o cadáver: “Momento houve em que os olhos de *Capitu* fitaram o defunto, quais os da viúva, [...], como a vaga do mar lá fora, como se quisesse tragar também o nadador da manhã”, conforme relata o narrador. Dali em diante, é tomado por um implacável e perseguidor ciúme da esposa. Somando-se a tudo isso, uma certa semelhança entre *Ezequiel* e *Escobar* termina por gerar uma incontornável crise conjugal. Apesar de planejar o homicídio da esposa e filho, seguido de suicídio, *Bentinho* não consegue consumar o crime, decorrendo a separação do casal. *Capitu* e o filho se mudam para a Europa e *Bentinho* se torna, cada vez mais, fechado em suas dúvidas, sendo conhecido como *Dom Casmurro* e pondo-se a escrever o romance. A dúvida, então, permanece: *Capitu* o traiu, ou não?

11. GLEISER, Marcelo. *A ilha do conhecimento: os limites da ciência e a busca por sentido*, op. cit., p. 238-239.

12. Confirmando essa visão interdisciplinar, Michele Taruffo tonifica que “o jurista não consegue mais estabelecer que coisa seja a verdade dos fatos no processo e a que coisa servem as provas, sem defrontar-se com escolhas filosóficas e epistemológicas de ordem mais geral” (*Apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 39).

Por isso, a pretensiosa ideia de se descortinar a *verdade* por meio da *prova* não passa de utopia, em face da intangibilidade do seu conceito. Seria ingênuo – se não fosse absolutamente audacioso – imaginar que o direito probatório seria capaz de determinar a verdade absoluta de fatos pretéritos, reconstruídos através de testemunhos, documentos, perícias...

É que não se pode olvidar que a reconstrução dos fatos ocorridos – e demonstrados juridicamente através da prova – sofrerá, seguramente, a influência das pessoas que o apresentam (a testemunha, o perito etc.) ou daqueles que o elaboraram (no caso dos documentos), bem assim como se submete a uma confluência de fatores subjetivos no espírito do juiz, para quem se dirige, podendo o resultado do julgamento não corresponder à exata forma como se passaram os acontecimentos. Logo, são incontroversas interferências de ordem cultural, psicológica, social, religiosa, sexual, na demonstração de fatos ocorridos e, via de consequência, impossível afirmar a verdadeira dimensão dos fatos pretéritos.

Enfim, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem permeado por aspectos subjetivos de quem o presenciou ou teve conhecimento ou ainda daquele que há de receber e valorar a evidência concreta. Seguramente, quem recebe uma informação – seja presenciando diretamente o fato, seja conhecendo-o através de outro meio – altera o seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce (se é que essa palavra pode ser aqui utilizada) a realidade. Mais do que isso, o julgador *jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas tenham se passado de forma diversa àquela a que suas conclusões o levaram*.¹³

Nesse passo, urge reconhecer que a atividade probatória não busca a perfeita reconstrução de fatos. Até porque é impossível fazê-lo. Almeja-se com a prova formar no magistrado um *juízo de valor sobre os fatos demonstrados* e não necessariamente sobre os fatos concretamente ocorridos. Ou seja, prende-se a prova mais à ideia de *convencimento sobre fatos e situações* do que de *reconstrução* dos mesmos.

Em síntese, dada a impossibilidade de atingir a verdade, o que se pretende através dos meios probatórios é formar no julgador um juízo de verossimilhança, que pode ser visto – embora em conceito imperfeito tecnicamente, mas utilizável para a compreensão da matéria – como uma espécie de verdade possível, provável, aproximada, a partir do que foi demonstrado.

Bem por isso, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart observam ser fatal para o juiz, por mais atento que seja, o limite da relatividade dos fatos, imposto pela própria natureza humana: “aquilo que se vê é apenas aquilo que parece ser visto. Não é verdade, mas verossimilhança, isto é, aparência (que pode ser ilusão) de verdade”.¹⁴

13. A lição é de Marinoni e Arenhart. *Manual do Processo de Conhecimento*, op. cit., p. 281.

14. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 46.

Diante desse quadro, é lícito desfechar não ser finalidade da prova a descoberta da verdade. Através dos mecanismos probatórios tenciona-se a máxima aproximação da realidade possível ao conhecimento do ser humano, respeitada a proteção à personalidade e seus valores fundamentais. Por isso, a prova assume, modernamente, uma função argumentativa e dialética, permitindo a revelação de fatos que projetam consequências jurídicas.

Até mesmo porque, ainda que sob um prisma filosófico, a verdade parece ser inatingível. O italiano Michele Taruffo, trilhando as mesmas sendas, bem ilustra a situação, lembrando que “por muitos séculos foi ‘verdadeiro’ que a Terra era plana e que o Sol girava em torno dela, dado que – como é notório – antes de Copérnico e de Galileu existia um consenso geral, sustentado igualmente pela autoridade da Igreja, em torno à configuração ptolemaica do universo e do sistema solar”.¹⁵

Aliás, impende destacar, nesse particular, que as normas legais sobre matéria probatória não servem apenas para regular os meios pelos quais o juiz busca reconstruir fatos, mas, identicamente, tendem a traçar limites objetivos e subjetivos à atividade probatória, resguardando valores pessoais que devem estar protegidos, evitando que o litigante mais forte pudesse violentar aquele hipossuficiente, rasgando-lhe a dignidade (resguardada constitucionalmente) para produzir prova.

4. DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA CIVIL

Nunca se teve dificuldade, em doutrina ou jurisprudência, em afirmar a existência de um direito constitucional de defesa, consubstanciado, especialmente, nos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV). Por outro lado, não se afirmava com a mesma empolgação a existência de um direito constitucional à produção de provas, terminando por ficar relegado ao segundo plano.

Todavia, a compreensão do contraditório – permeado pelo princípio também constitucional da igualdade substancial – exige o reconhecimento da garantia processual de *paridade de armas* entre as partes. Ou seja, todos têm direito às mesmas oportunidades de convencer o magistrado, utilizando-se de idênticos instrumentos para que obtenham tutela justa, adequada e eficaz ao seu direito material.

Destarte, a partir do elenco axiológico esculpido na Lei Maior, é possível inferir a existência de um verdadeiro direito constitucional à prova, encartado implicitamente dentre as garantias fundamentais e decorrendo das manifestações do *devido processo legal* em sentido substancial e processual.

Ora, a partir da cláusula *devido processo legal* decorre a afirmação de um direito de acesso à ordem jurídica justa, eficaz e adequada (permeado pelo direito à ampla defesa e contraditório), conduzindo, com mão segura, à conclusão de que há um

15. TARUFFO, Michele, *Processo Civil comparado: ensaios*, op. cit., p. 49.