TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL E O REDIMENSIONAMENTO DA COGNIÇÃO

Eric Cesar Marques Ferraz*

RESUMO: O espoco do presente artigo é tentar abordar um dos temas capilares do processo civil que é a Teoria Geral das Provas, que reflete diretamente nos mecanismos da busca de um processo justo e eficaz. Sendo assim partimos nossa singela pesquisa de noções elementares da Teoria Geral das Provas, buscando lições doutrinárias clássicas e contemporâneas, tratando um pouco de sua história, de sua conceituação e de sua importância à ciência processual civil, logo em seguida discorremos sobre o procedimento probatório e o ônus das provas, por fim adentramos na teoria da cognição, analisada por prismas diferentes pelos consagrados Professores Kazuo Watanabe e Ovídio Baptista da Silva e propomos um redimensionamento da mesma.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Geral da Provas. Procedimento Probatório. Ônus da Prova. Teoria da Cognição. Redimensionamento.

1 INTRODUÇÃO

O presente escrito teve por objetivo o estudo e a pesquisa científica através de diversos artigos, livros de consagrados professores acerca da Teoria Geral das Provas no processo civil. Temos como um tema de importância capital ao processo civil, haja vista que qualquer decisão humana, qualquer que seja o ambiente em que tenha sido proferida, é o resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias e baseada em diversos elementos de prova.

Começamos o estudo tentando trazer um pouco de história na qual evoluiu o tema, traçamos noções elementares sobre a teoria geral das provas buscando sempre compatibilizar as clássicas lições com as contemporâneas. A doutrina mais atual, afirma que provar é demonstrar

* Advogado, Procurador da Câmara Municipal de São Bernardo do Campo (SP), Graduado e Pós-Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. E-mail: ericferraz@adv.oabsp.org.br.

que uma alegação é boa, correta e, portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexiste, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.

Sobre a finalidade da prova, tem-se a clássica noção que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar seu convencimento acerca dos fatos da causa, deve-se, porém modernamente acrescentar outro aspecto: tem ela, além e antes mesmo disso, a finalidade de permitir às próprias partes a formação do convencimento acerca dos fatos da causa.

Discorremos também no tópico segundo sobre o procedimento probatório que em sentido amplo, visto que este abrange algumas fases, sendo esse procedimento compreendido em sentido *lato* pela instrução da causa, que é o preparo dos elementos necessários para que se profira uma decisão. Analisamos ainda o instituto do ônus da prova e seus fundamentos que decorrem de três princípios prévios: 1°) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição; 2°) o princípio dispositivo-colaborativo; 3°) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova.

Por fim haja vista que tudo tende a evoluir com o tempo, e assim ocorre com a ciência do processo civil, que também navega por esse oceano, e sofre efeitos com as evoluções em todos os ramos do conhecimento humano, em especial agora com novas correntes de pensamento na busca de um processo mais justo, célere e eficaz, corroborado ainda com a explosão tecnológica no ramo das telecomunicações que navega em velocidade alarmante com a internet, transmissão eletrônica de dados em tempo real, processo eletrônico, virtualidade de audiências, aplicativos de celulares, impressoras 3D, redes sociais, *Iphones*, *smartphones*, *tablets* etc. Motivos que nos levam a pensar numa proposta de redimensionamento da teoria da cognição que será apresentada em modestas linhas neste artigo.

2 TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL

No plano prático do processo é mais importante para as partes a demonstração dos fatos do que a interpretação do direito, porque esta ao juiz compete, ao passo que os fatos a ele devem ser trazidos.

A palavra prova é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana

do verbo *probare*, com significado de examinar, persuadir, demonstrar. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível[1], mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Vejamos a título histórico as lições do Professor Vicente Greco Filho[2], acerca do esboço histórico e direito comparado sobre provas, ainda sob a égide do CPC de 73:

> *"No Direito Romano anterior ao período formulário, as referências ao ônus da prova são escassas, o que significa não só porque o Direito Romano se fundava no princípio do livre convencimento do juiz, cabendo às partes, por sua conta e risco, formular suas afirmações quanto fornecer as provas, mas também porque o juiz era autorizado a não se pronunciar sobre a contenda, quando não suficientemente instruída, pelo sibi non liquere. No Corpus Juris Civilis, dois títulos ocupam-se da matéria (D. 22.3 e C.IV.19) (...) São do Direito Romano os brocardos: actore non probante, réus absolvitur (se o autor não fizer prova, absolve-se o réu); probatio incubit quit dicet, non qui negat (a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega); in excipiendo reus fit actor (apresentando exceção, o réu se torna autor); e negativa non sunt probanda (os fatos negativos não devem ser provados).*
>
> *Essas regras práticas, ainda hoje na prática forense utilizadas, não tinham verdadeiro caráter científico (...) , mas serviram de base para o direito moderno montar o sistema atual consagrado em nosso art. 333.*
>
> *Durante a prevalência do direito germânico, o processo era dividido em duas fases: uma relativa à sentença de prova, onde o juiz declarava a quem cabia o ônus, geralmente o réu, porque o autor não reclamava um direito seu, mas a injustiça do comportamento do réu; e a segunda em que a parte sujeita ao ônus devia produzir a prova, que em geral tinha um caráter formal absoluto, determinando o prejulgamento da causa.*
>
> *Após o ano 1000, com o ressurgimento do Direito*

> *Romano, voltam a ser aplicados os princípios acima aludidos do Direito Romano clássico, com a limitação, porém, da atividade judicial, segundo a regra iuedx debet iudicare secundum allegata et probata partium (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes). Cada parte formulava suas positiones, competindo-lhe a prova de suas afirmações desde que houvesse controvérsia. Os mesmos princípios foram seguidos pelos glosadores (Bulgaro, Bartolo, Baldo etc .), com as pequenas adaptações da época.*"

Os consagrados Professores[3] Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pelegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra ainda sob o manto do CPC/73 lecionam:

> *"As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E elas ordinariamente se contrapõem às afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não ser verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo. No dizer das Ordenações Filipinas, "a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões" (Liv. III Título 63) sobre questões de fato"(...)*
>
> *Já vimos que são basicamente três os sistemas de apreciação da prova que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais: a) o da prova legal, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração secundum conscientiam, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada persuasão racional, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais*

> *que devem ser indicados.*
> *O sistema da persuasão racional, ou do livre convencimento, é o acolhido em nosso direito, que o consagra através do art. 131 do Código de Processo Civil, verbis: "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento".(...) Persuasão racional no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram à conclusão."*

Segundo os ilustres e modernos Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[4]: *"Qualquer decisão humana, qualquer que seja o ambiente em que tenha sido proferida (em um baile de carnaval, em um shopping center ou em um processo jurisdicional), é o resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias (de fato ou não); é baseada em diversos elementos de prova"*.

É imprescindível que o julgador em sua motivação analise as provas que deem sustentação à tese vencedora bem como as trazidas pela parte sucumbente que não o convenceram, senão vejamos as lições dos Professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

> *"embora o que ocorre na prática possa parecer lógico, o certo é que o juiz não justifica as suas razões apenas ao aludir às provas produzidas por uma das partes. Para que possa realmente justificar a sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram.(...) é preciso eliminar a ideia de que justificar a decisão é o mesmo do que lembrar as provas e argumentos que servem ao vencedor."*[5]

Nesse sentido os Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Alexandria de Oliveira[6]:

> *"De pouco valeria ter o direito à produção de um meio de prova, se o juiz pudesse, solenemente, ignorá-lo. Se a prova foi produzida, é porque o órgão julgador a considerou relevante para a causa; essa decisão gera para a parte a expectativa legítima de que a prova seja valorada. Trata-se de imposição do princípio do contraditório, mais uma vez, e do princípio da cooperação, pois essa conduta revela respeito do juiz pela atuação processual da parte."*

Lecionam com brilhantismo os modernos Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[7]:

> *"É comum dizer que a verdade absoluta é algo inatingível, que é utópico imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento. Realmente, não se pode dizer, de um fato, que ele é verdadeiro ou falso é o que; a rigor, ou o fato existiu ou não. O que se pode adjetivar de verdadeiro ou falso é o que se diz sobre esse fato, a proposição que se faz sobre ele. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser: existiu, ou não. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações é que podem ser verdadeiras ou falsas.*
>
> *No processo, discutem-se as afirmações que são feitas acerca dos fatos – ou seja, as valorações, as impressões que as pessoas têm deles. Parafraseando João Ubaldo Ribeiro, o negócio é o seguinte: no processo, não existem fatos, só existem histórias; só existem alegações. Ou, como diriam os Titãs, "existem provas de amor, apenas; Não existe amor (...)*
>
> *O mais correto, mesmo seria entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana. Esta, sim seria capaz de ser alcançada no processo, em razão do exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem a veracidade de suas alegações. "O Juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz*

> *de reconstruir fatos ocorridos no passado; máximo que se lhe pode exigir é a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado para que não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas"*[8].

Como lecionado por Michele Taruffo[9], nem mesmo a ciência fala mais em verdade absoluta, tema que é dedicado às discussões metafísicas e religiosas. Toda discussão sobre a "verdade" há de ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, à informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e à validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação. A verdade, portanto, com a qual deve e pode preocupar também o processo – é aquela relativa a um determinado contexto[10].

A par do seu escopo de pacificação social (resolução de conflitos), o processo constitui um método de investigação de problemas, mediante participação em contraditório das partes e cooperação de todos os seus sujeitos envolvidos. Nesse sentido tem-se o art. 6° que inova com a inserção do princípio colaborativo, o art. 369 do CPC expressamente menciona a "verdade" como objetivo da prova. Assim também o faz o art. 378, do CPC, que diz que *"ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade"*. Mas é forçoso apontar sobre colaboração da parte para o descobrimento da verdade o Enunciado n. 51 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*a compatibilização do disposto nestes dispositivos (art.378 e 379 do CPC) com o art. 5°, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si mesmo em razão de reflexos no ambiente penal"*. Questão esta que deverá ser interpretada à luz do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo, haja vista que deverá ser feita pelo juiz uma ponderação de valores constitucionais, tendo em vista o princípio da proporcionalidade para adequar a tutela jurisdicional efetiva e eficaz, pois se de um canto a parte não pode produzir prova contra si mesma, de outro a parte tem direito a uma tutela jurisdicional justa e razoável, para resguardar valores constitucionais insculpidos no art. 5° da C.F.

Sobre a finalidade da prova, tem-se a clássica noção que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar seu convencimento acerca dos fatos da causa, deve-se, porém acrescentar outro aspecto: tem ela, além e

antes mesmo disso, a finalidade de permitir às próprias partes a formação do convencimento acerca dos fatos da causa. Nesse sentido o Professor Flávio Luiz Yarshell: *"(...) a prova produzida, conforme já mencionado, dirige-se também à formação do convencimento das partes a propósito de suas chances de êxito, sendo assim, determinante de suas condutas"*[11] e os Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

> *"Nesse sentido, exige-se da parte, ou do seu procurador, uma análise criteriosa das alegações de fato e das provas de que o sujeito dispõe a seu respeito – além, obviamente, da tese jurídica que elas permitem sustentar. Ainda que a parte tenha íntima convicção do seu direito, ou da legitimidade da resistência que opõe ao direito da contraparte, é preciso verificar se os fatos nessa posição jurídica que se assenta podem ser demonstrados. (...)*
> *Dentro desse contexto, a prova assume uma finalidade sobremaneira importante: serve ela para indicar à parte quais as chances de êxito e, por conseguinte qual será o seu comportamento no processo ou mesmo antes dele. (...) as partes podem, com base nisso, evitar uma demanda judicial, ou extingui-la por autocomposição."*[12]

Onde não há controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se reduz à mera aplicação do direito. Fatos incontroversos não dependem de prova (art. 374, II e III, do CPC). Independem ainda de prova, os fatos intuitivos ou evidentes, assim como independem de prova os fatos reputados ocorridos por uma presunção legal.

A incontrovérsia não impedirá a produção da prova se: i) a lei exigir que o ato se prove por instrumento ou por determinado meio de prova; ii) não for admissível confissão a seu respeito; e iii) o fato estiver em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. A incontrovérsia nesses casos é irrelevante (art. 341, CPC).

De acordo com o art. 374 do CPC independem de prova os fatos: (i) notórios; (ii) afirmados por uma e confessados pela parte contrária; (iii) admitidos no processo como incontroversos; e (iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Além disso, e embora o

artigo não diga expressamente, independem de prova também, os fatos impertinentes ou irrelevantes para o deslinde da causa.

Segundo a doutrina do consagrado Professor Moacyr Amaral dos Santos[13], para o juiz não bastam as afirmações de fatos, mas impõe-se a demonstração de sua existência, ou inexistência. Por outras palavras, o juiz *quer e precisa* saber da *verdade* em relação aos fatos afirmados pelos litigantes. A exigência da verdade, quanto à existência ou inexistência, dos fatos, se converte na exigência da prova destes.

Já os modernos Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que: "*Costuma-se dizer que os fatos da causa compõem o objeto da prova, o thema probandum*".

Nesse sentido afirma-se que *"provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e, portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexiste, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.*[14]

Enfim, rigorosamente, o objeto da prova é a "alegação de fato". Provar é, portanto, convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. A prova tem, pois, um objeto. Prova-se um cálculo matemático, uma lei da física, a cor de determinado objeto. Tem uma finalidade, que é a formação da convicção de alguém e tem um destinatário, que pode ser terceiro, ou terceiros, ou o próprio agente da demonstração.

Quem se propõe a provar terá que valer-se de meios adequados, isto é, deverá utilizar-se dos meios apropriados segundo determinados métodos, que também variam conforme o objeto e, até mesmo, conforme o destinatário da prova.

Neste contexto, a prova judiciária tem um objeto, uma finalidade, e um destinatário; serve-se de meios e métodos próprios. O objeto da prova judiciária são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou da exceção. Sua finalidade é a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa, verificando se os fatos afirmados são certos, cria-se a certeza quanto à sua existência e faz-se a convicção.

Por sua vez a prova dos fatos se faz por meios adequados a fixá-los em juízo. Por esses meios, ou instrumentos, os fatos deverão ser transportados para o processo, seja pela sua reconstrução histórica

(narração de testemunhas), ou sua representação (declaração constitutiva de atos constante de documento), ou sua reprodução objetiva (exame de coisa por peritos, ou pelo próprio juiz). Ou ainda, sob outras formas idôneas para atestar a sua existência, ou suficientes para se obter a ideia precisa da sua existência.

Os meios de prova variam conforme a natureza do fato. Mas um mesmo fato pode ser provado por vários meios. Na prova judiciária, os meios precisam ser juridicamente idôneos, isto é, a prova dos fatos, em juízo, faz-se por meios pelo direito considerados idôneos para fixá-los no processo.

Vejamos o conceito e a clássica classificação de prova judiciária, segundo as lições do renomado Professor Moacyr Amaral dos Santos[15]:

> *"Das várias classificações, preferimos, pela sua objetividade e sentido prático, a de MALATESTA, seguida entre os juristas brasileiros, por AURELIANO DE GUSMÃO e GABRIEL DE REZENDE FILHO. Assenta-se a classificação em três critérios: o do objeto, o do sujeito e o da forma da prova.*
>
> *a) Objeto da prova é o fato por provar-se.*
>
> *Relativamente ao objeto, as provas são diretas ou indiretas.*
>
> *Se, se refere ao próprio fato probando, ou consiste no próprio fato, a prova é direta. Na ação de indenização por acidente de tráfego, a testemunha que narra o fato do acidente, a que assistiu, ou conforme o que lhe narrou testemunha ocular; na ação de cobrança de dívida proveniente de mútuo, o documento de confissão de dívida, em que se funda; a testemunha ou o documento são provas diretas, pois se referem imediatamente ao fato probando.*
>
> *Se não se refere ao próprio fato probando, mas sim, a outro, do qual, por trabalho do raciocínio, se chega àquele, a prova é indireta. Assim, por exemplo, na ação de indenização por acidente de tráfego, a testemunha ou o perito descrevem a posição em que encontram os veículos sinistrados, após o acidente; na ação demarcatória, a existência de sinais de cerca antiga na divisa dos imóveis. Ali e aqui não há referência direta ao fato probando, mas a outros*

fatos, dos quais, pelo raciocínio, se pode chegar a uma conclusão quanto à existência daquele fato. São provas indiretas as presunções e indícios.

Enquanto na prova direta a conclusão objetiva é consequente da afirmação da testemunha ou da atestação da coisa ou documento, sem necessidade maior do raciocínio a prova indireta reclama a formulação de hipóteses, sua apreciação, exclusão de umas, aceitação de outras, enfim trabalhos indutivos, para se atingir a verdade relativa ao fato probando.

Às provas diretas calha a denominação de históricas, da classificação de CARNELUTTI; às indiretas a denominação de críticas, da mesma classificação.

b) *Sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde dimana a prova; a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando.*

Conforme seu sujeito, a prova é pessoal ou real.

Prova pessoal é toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados. A testemunha que narra fatos que viu, o documento de confissão de dívida, a escritura de testamento são provas pessoais.

Prova real de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu. A carreira de bambus, nos limites entre dois imóveis; as trincas nas paredes; o ferimento, o terror, o desespero são autênticas provas reais.

c) *Forma da prova é a modalidade ou a maneira pela qual se apresenta em juízo.*

Em relação à forma, a prova é testemunhal, documental ou material.

Testemunhal, no sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. No quadro das provas testemunhais, ou orais, se compreendem as produzidas por testemunha, depoimento de parte, confissão, juramento.

Documental é a afirmação escrita ou gravada: as escrituras públicas ou particulares, cartas missivas, plantas, projetos, desenhos, fotografias, etc.

Diz-se prova material a consistente em qualquer

materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc.

d) Aproveitando-nos de uma classificação de BENTHAM, ainda distinguimos as provas, quanto à sua preparação, em causais e preconstituídas.
Por causais, também ditas simples, se consideram as provas preparadas no curso da demanda. São causais, as testemunhas, que assistiram eventualmente ao fato; os documentos, que não hajam sido formados para servir de representação do fato probando.
Por preconstituídas, no sentido amplo, se entendem as provas preparadas, preventivamente, em vista de possível utilização em futura demanda. No sentido estrito, dizem-se preconstituídas as provas consistentes em instrumentos públicos ou particulares representativos de atos jurídicos que pelos mesmos se constituem."

Para poder declarar a procedência ou improcedência do pedido, o juiz examina a questão em dois aspectos, evidentemente interligados, mas que podem ser lógica e idealmente separados: o direito e o fato.

É possível entender que o juiz, na sentença, desenvolve um raciocínio silogístico. A premissa maior é a norma jurídica, norma geral de conduta; a premissa menor é a situação de fato concreta; a conclusão é a decisão de procedência ou improcedência do pedido.

Para que sejam admitidos, os meios de prova não podem estar contaminados pela imoralidade, que os torna ilegítimos. Tal condição vale não apenas para os meios de prova não previstos no Código, mas também para os meios expressamente disciplinados, os quais devem atender aos princípios da moralidade e lealdade.

Quando o meio de obtenção da prova for ilícito, há ainda grande divergência doutrinária a respeito da aceitação, ou não de provas obtidas nessas condições. A tendência moderna, contudo, é no sentido de não se admitir a prova cuja obtenção tenha violado princípio ou norma de direito material, especialmente se a norma violada está inserida como garantia constitucional, como por exemplo, a inviolabilidade do sigilo de correspondência ou de comunicação telefônica. Se a parte por meios

ilícitos, não pode obter a prova que precisa, perde a demanda, para nomes consagrados da doutrina e esse mal é menor do que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio de prova[16]. Mas tal regra não é absoluta, porque pode haver necessidade de conciliar a norma com outros direitos constitucionais[17], haja vista que em tempos atuais há que haver uma ponderação de valores à luz do neoconstitucionalismo, para encontrar uma decisão para proporcionar que se preste uma tutela jurisdicional justa e eficaz, o que algumas vezes pode reconhecer tais provas em prol de um outro valor constitucional em discussão. Assim são também ilegítimos os meios que violam a integridade da pessoa humana como a tortura, a narcoanálise etc...

O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO E O ÔNUS DA PROVA

Com relação ao procedimento probatório[18] em sentido amplo, compreende-se por instrução da causa o preparo dos elementos necessários para que se profira uma decisão. Abrange, por isso, a fase postulatória, quando se expõe os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, a fase de saneamento, em que se fixam as controvérsias, e a fase probatória em si, sendo esta última a instrução em sentido restrito, a qual é a fase do procedimento em que se colhe e se produz a prova dos fatos probandos, aparelhando-se o processo com os elementos suscetíveis de convencer o magistrado sobre as controvérsias que giram em torno da lide.

O procedimento probatório costuma ser dividido em quatro fases: proposição, admissão, produção e valoração da prova. A fase de proposição consiste no requerimento, formulado pela parte, de utilização de um meio específico de prova para demonstrar uma afirmação de fato. Requeridas as provas, o juiz deverá resolver sua admissibilidade, na chamada fase de admissão, as quais passarão por um juízo de avalição preventivo quanto à necessidade, utilidade e cabimento.

É possível também que o juiz ordene determinada prova de ofício, por considerá-la necessária, útil e cabível, para a formação de sua convicção, podendo este ordenamento oficial ser na fase de proposição e admissão, ou após a fase de produção de provas, caso o juiz esteja insatisfeito com o material probatório colhido.

A fase de produção das provas é o procedimento pelo qual se

concretiza o meio de prova: juntada de documentos, realização pericial ou inspeção judicial, tomada de depoimento etc. A audiência de instrução e julgamento é o momento procedimental típico para a coleta das provas orais. A prova documental produz-se de regra, com o ato postulatório inicial. Por fim a valoração das provas será feita na decisão, quando o órgão julgador demonstrará que papel teve a prova na formação do seu convencimento.

Com relação à natureza jurídica das normas processuais apontamos que existem duas teorias mais correntes, a processualista e a materialista. A teoria processualista é aquela que conta com maior número de adeptos, e enxerga as normas sobre provas como normas processuais basicamente por se destinarem à formação e convicção do juiz. É a teoria adotada no Código de 73 pelo Professor Alfredo Buzaid, bem como a adotada pelo CPC de 2015, e nas doutrinas de Giusseppe Chiovenda, Enrico Tullio Liebman, Ugo Roco e Cândido Rangel Dinamarco.

Na ótica da visão materialista as normas sobre prova são substanciais, tendo em vista disciplinarem a relação jurídica substancial subjacente. Filiamo-nos a esta corrente, pois a prova nem sempre se refere a um processo. A prova pode ser providenciada antes de ir a juízo, independentemente de se pretender levá-la a juízo ou não (Ex: vistoria de um imóvel a ser locado, a maioria das provas documentais acostadas na inicial etc.). Nem sempre a prova é feita visando interferir no convencimento de um juiz. A prova é tema de direito material, pois oferece informações sobre a base fática que justifica a certeza de um direito que compõe o objeto da decisão. Neste sentido os Professores Salvatore Satta, Francesco Carnelutti, Moacyr Amaral dos Santos, João Monteiro, João Mendes Júnior, Hermenegildo de Souza Rego, Fredie Didier Jr., dentre outros. Esta visão é bem absorvida pela doutrina francesa, e na Itália e em Portugal, a prova é disciplinada pelo Código Civil. Nosso Código Civil também a prevê nos artigos. 212 a 232 dispondo sobre a forma e a prova do ato jurídico.

As únicas normas que podem ser processuais por definirem critério de proceder, são aquelas que se referem ao procedimento de produção de prova em juízo e ao poder judicial de distribuição dinâmica e casuística do ônus de prova no curso do procedimento.

Antes de adentrarmos na seara do moderno Princípio Colaborativo como atual norma estruturante do direito probatório, é preciso lembrar

que a distribuição das funções probatórias entre as partes e o juiz costuma tomar por base a mesma compreensão dos modelos de organização do processo. Há, assim, dois modelos: a) os sistemas informados pelo princípio dispositivo, que cabe às partes a iniciativa probatória, com a coleta e apresentação das provas de suas próprias alegações – que é tradicional nos países anglo-saxônicos (*commom law*), o *adversarial system*; b) e os sistemas informados pelo princípio inquisitivo, em que são atribuídos maiores poderes ao juiz, cabendo-lhe uma postura mais ativa na atividade de instrução, que deve contar com a iniciativa oficial – que é característico dos países da Europa Continental e da América Latina (*civil law*), o *inquisitorial system.*

Lecionando a respeito o renomado Professor José Carlos Barbosa Moreira[19]: "*(...) justamente lá se vêm manifestando sinais – mais ostensivos na Inglaterra e nos Estados Unidos – de um deslocamento da ênfase de hábito no papel dos litigantes, ou de seus advogados, para o órgão judicial. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, países da Europa continental dão a impressão de deixar-se tentar pela ideia de um movimento em sentido oposto*".

É o que referido professor chama de "*jogo de correntes e contracorrentes*", identificando, aí, sintomas de convergência das duas famílias tradicionais do direito processual – *civil law* e *commom law*. E profetizando *"quem sabe um dia o processo de civil law e o processo de commom law venham a caracterizar-se mais por aquilo em que se assemelham do que por aquilo em que se contrastam*", o que de fato foi concretizado no CPC/15, uma verdadeira fusão entre essas duas famílias do direito processual, coradas com o implemento do princípio colaborativo.

Apesar de algumas resistências, pode-se dizer que o nosso ordenamento, por meio do art. 370 do CPC, conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios[20], qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida no processo, seguindo rumo observado nos países latino-americanos, de adoção do *inquisitorial system*.

Atualmente, porém, o assunto merece nova reflexão e direcionamento. A valorização do modelo inquisitorial terminou por inflar exageradamente a função do juiz no processo. As partes e a autonomia privada tiveram seus papéis diminuídos – em alguns, casos aniquilados, abrindo margem a uma espécie de protagonismo judicial.

Nesse contexto, surgiu uma doutrina denominada de garantismo

processual, que tem por objetivo proteger o cidadão dos abusos do Estado, caracterizados no caso pelo aumento dos poderes do juiz. Esse pensamento funda-se na doutrina do filósofo italiano Luigi Ferrajoli[21]. Em paralelo, consolidou-se com o advento do CPC de 2015 o entendimento de que, ao lado dos dois modelos já consagrados de estruturação do processo – adversarial e o inquisitorial –, existe um terceiro modelo, o cooperativo, baseado no princípio da cooperação art. 6° do CPC, visto que este caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador no duelo das partes[22]. O contraditório é revalorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida[23], sendo insculpido nos artigos 369 e 370 do CPC, *in verbis*:

> *"Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*
> *Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.*
> *Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias."*

Nesse sentido lecionam os modernos Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[24]: "*A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaque para qualquer dos sujeitos processuais – ou com destaque para todos eles.*"

Sobre o artigo 370 do CPC, segundo nos parece a melhor interpretação que se pode dar é aquela ponderada e proporcional que privilegia o meio

termo: a atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade complementar. Uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la, visto que todos têm direito a um processo justo e eficaz conforme art. 6º do CPC.

Nesse contexto precisamos fazer um parêntese para determinada situação. A parte pode expressamente dispor sobre seu direito de produzir prova, seja mediante acordo firmado com a parte contrária ou abrindo mão de algum meio de prova. Nesses casos com base no art. 370 entendemos que o juiz não pode determinar de ofício tal meio de prova.

Tem-se aí típico exemplo de negócio jurídico processual unilateral, quando a manifestação da vontade vem apenas de uma das partes; bilateral, quando de ambos os polos. Se válido, o juiz não pode ignorar esse ato de vontade. Se o fizesse, isso seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si. Em tal hipótese, persistindo dúvida quanto à ocorrência de determinado fato, caberia ao juiz resolver o assunto pelas regras de ônus da prova.

Isso decorre da aplicação do art. 190 do CPC, que consagra a atipicidade da negociação processual celebrada pelas partes. É possível a existência de negócios probatórios atípicos. Uma vez observados os pressupostos do art. 190 e sendo válido o negócio jurídico processual, o juiz fica a ele vinculado.

Entre os meios de prova estão especificados no CPC de 2015 os que normalmente se produzem em juízo que são: da ata notarial (art. 384); do depoimento pessoal (art. 385 ao art.388); da confissão (art. 389 ao art. 395); da exibição de documento ou coisa (art. 396 ao art. 404); da prova documental (art. 405 ao 438); dos documentos eletrônicos (art. 439 ao art. 441); da prova testemunhal (art. 442 ao art. 449); da prova pericial (art. 464 ao art. 480) e por fim da inspeção judicial (art. 481 ao art. 484).

Também são meios de prova, ainda que não especificados no referido Código, os *moralmente legítimos*, tais as chamadas *provas emprestadas*, isto é, transpostas de outros processos, a prova dactiloscópica, a ficha antropométrica, as últimas formando no grupo das provas conhecidas como provas sem denominação (CARNELUTTI), que são pelo direito havidas como idôneas e admissíveis.

Quanto às interceptações de comunicações telefônicas, citados meios

de prova só estão previstos na esfera penal (C.F., art. 5°, XII, e Lei n° 9.296, de 24-7-1996).

No sistema brasileiro as provas são indicadas ainda no Código Civil. Dispõe o art. 212 do Código Civil que, "*salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I- confissão; II- documentos; III- testemunhas; IV- presunção; V- perícia*".

A questão sobre o ônus da prova reconhece a doutrina, é das basilares do direito processual. O juiz tem poderes investigatórios, mas não limitados em face do princípio dispositivo-colaborativo. A atividade do juiz não pode substituir ou suprimir a atividade das partes, inclusive a fim de que se mantenha equidistante das partes para decisão.

O instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem de três princípios prévios: 1°) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, com um *non liquet*; 2°) o princípio dispositivo-colaborativo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando ao juiz apenas a atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz[25]; 3°) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium)* e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*).

Por muito tempo as teorias da escola clássica de direito processual italiana[26] somente consideravam o ônus da prova sob o aspecto subjetivo, ou seja, da necessidade de a parte provar para vencer ou das consequências para a parte que deveria provar e não o fez. A doutrina processual austríaca viu outro aspecto do ônus da prova, o ônus objetivo, voltado para o juiz, o qual deve levar em consideração toda a prova constante dos autos independentemente de quem a tenha produzido, hoje consagrado no artigo 371 do CPC de 2015. À parte incumbe o ônus da prova de determinados fatos (ônus subjetivo), mas ao apreciar a prova produzida não importa mais quem apresentou, devendo o juiz levá-la em consideração (ônus objetivo).

As regras gerais básicas sobre ônus da prova revelam que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 373, I do CPC) e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art.

373, II do CPC). Fatos constitutivos são aqueles que se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo do direito.

O art. 374 do CPC enumera os casos que não dependem de prova que são os fatos: notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos no processo como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Por fim, importante é a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora positivada no artigo 373, §1º do CPC/2015. Segundo essa teoria, o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. Não se trata, porém, de algo novo no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a técnica da inversão do ônus da prova já era prevista no CDC (Lei Federal nº 8.078/90, artigo 6º, inciso VIII), presentes os pressupostos legais, é clara aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Além das demandas envolvendo Direito do Consumidor, o STJ antes da entrada em vigor do atual CPC já tinha admitido a aplicação dessa teoria em outros casos concretos, com base numa interpretação sistemática e constitucionalizada da legislação processual em vigor (cf. STJ, REsp 1.286.704/SP; REsp 1.084.371/RJ; REsp 1.189.679/RS; e RMS 27.358/RJ).

O como visto acima o CPC de 2015 mantém a atual distribuição do ônus probatório entre autor (quanto ao fato constitutivo de seu direito) e réu (quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), abrindo-se, porém, no §1º do artigo 373, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto, *in verbis*:

> *"Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do* caput *ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar*

> *à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído".*

Assim, o atual CPC permite expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz e ainda abre a possibilidade de a legislação esparsa prever outras hipóteses de aplicação dessa teoria. O dispositivo ressalta também a necessidade de fundamentação específica da decisão judicial que tratar do tema e positiva o entendimento pacificado no STJ de que o momento adequado para a redistribuição do ônus da prova é o saneamento do processo (CPC, art. 357, inciso III).

Além disso, o §2º do aludido artigo 373 do atual CPC dispõe que a decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar *"situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil"*. Em outras palavras, é dizer que, caso a prova seja *"diabólica"* para todas as partes da demanda, o juiz deverá decidir com base nas outras provas eventualmente produzidas, nas regras da experiência e nas presunções.

Por fim, cabe mencionar que a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes continua possível no atual CPC, com as mesmas exceções existentes no CPC de 73 (quando recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito – CPC, art. 333, parágrafo único e CPC/15, art. 373, §3º), podendo o acordo ser celebrado antes ou durante a demanda (§4º).

Cabe ressaltar ainda que o deve nortear o juiz com relação à distribuição diversa do ônus da prova é a verificação de quem pode mais facilmente fazer a prova, cuidando, também, para que a inversão não torne a prova impossível, provocando um prejulgamento da causa.

PROPOSTA DE REDIMENSIONAMENTO DA TEORIA DA COGNIÇÃO

A respeito da *cognitio* no direito romano, Biondo Biondi[27] citado pelo Professor Kazuo Watanabe fornece as seguintes informações de relevo:

> *"a) O verbo cognoscere é certamente mais antigo que o substantivo cognitio, sendo relativamente recente o uso deste último em matéria jurídica; é*

> *a partir de Cícero que o verbo e o substantivo são usados com mais frequência nas fontes jurídicas; b) Cognitio e cognoscere indica fundamentalmente, "em harmonia com seu significado ordinário, a percepção e o acertamento dos fatos e sua relevância jurídica, como premissa de um provimento que alguém é solicitado a emitir(...)"*

A respeito da cognição o consagrado Professor Kazuo Watanabe[28] leciona que:

> *"A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do judicium, do julgamento do objeto litigioso do processo."*

Chiovenda[29] ressalta bem o caráter lógico da cognição quando observa que,

> *"antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita."*

A respeito da cognição o Professor Kazuo Watanabe[30] ensina que:

> *"Duas conclusões básicas podem ser assim enunciadas: a) a cognição é antes de mais nada, um ângulo visual importantíssimo no plano teórico e em sua realização concreta; b) é ela, igualmente, uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e melhor preordenados à efetiva tutela de direitos materiais".* O caráter prevalentemente lógico da cognição é também anotado por Liebman[31].

Procura-se reduzir a atividade do juiz, didaticamente, ao esquema de um silogismo, no qual a regra jurídica abstrata constituiria a premissa maior, os fatos representariam a premissa menor e o provimento do juiz seria a conclusão. A cognição abrangeria a premissa maior e a premissa menor, sendo assim um mecanismo preparador da conclusão última do juiz.

A operação lógica, do juiz, porém, é de ordinário bem mais complexa que esse esquema teórico, como observa Calamandrei[32]. O silogismo final, observa Liebman, é a síntese de outros numerosos silogismos, juízos de classificação e acertamentos de caráter histórico que o preparam, resolvendo pouco a pouco os vários pontos de fato e de direito relevantes para a causa. Em suas lições, traz uma observação bastante esclarecedora da atividade do juiz nessa fase preparatória da conclusão última, que é o provimento; essa atividade, diz ele:

> *"é muito mais complexa e compreende momentos de decisiva importância que não são de simples dedução lógica e sim de intuição e de concreta apreciação do caso, nos quais influem de maneira mais ou menos consciente, critérios de experiência, de oportunidade e de justiça, inspirados nas condições históricas, econômicas e políticas da sociedade."*[33]

Na verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procura os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão[34]. E nesse *iter*, embora predominantemente lógico, entram também inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural e outros mais, como ficou bem claro na observação de Liebman, acima mencionada, e é ressaltado por Eduardo Couture[35], segundo ele: *"El buen juez siempre encuentra el buen derecho para hacer justicia."*

Voltando para a doutrina nacional é essencial dizer que as noções acerca do conceito de cognição dos Professores Ovídio Baptista e Kazuo Watanabe, renomados Professores brasileiros que debruçaram-se sobre o tema, são distintas, enquanto Kazuo Watanabe, utiliza o termo cognição para designar processo como todo e não só como atividade do juiz, porém, em sua obra, utiliza também cognição para indicar a natureza da

atividade do órgão jurisdicional[36]. Assegura que a finalidade da cognição é a produção do resultado final da tutela jurisdicional: a decisão havendo um direito à cognição adequada[37].

Existindo o direito à cognição adequada, Watanabe remete à ideia de que nem sempre a cognição será exauriente, já que ela terá que se moldar ao direito da parte. Assim para garantir uma cognição adequada, ela deverá ser analisada sob dois aspectos, verdadeiras restrições ao emprego dela, quais sejam, os planos cognitivos horizontal e vertical. No primeiro, estão os limites objetivos ao conhecimento do magistrado; esse ficará restrito à análise das questões processuais, das condições da ação e do mérito. O sentido vertical se refere ao grau de profundidade; e é aqui que Watanabe divide a cognição em exauriente e sumária[38].

Ovídio Baptista, em contraponto a Kazuo Watanabe, afirma que a cognição pode ser incompleta pela superficialidade da análise jurisdicional, resultante de uma redução na área da cognição, havendo aqui um corte horizontal (o juiz poderá conhecer todas as matérias – não apenas as trazidas por Watanabe só que superficialmente), é o que ocorre numa liminar nas possessórias ou no mandado de segurança[39]. O corte vertical, por sua vez, impossibilita a análise de uma área completa de questões, como no processo cambiário[40].

Sendo assim, adotamos a posição do Professor Kazuo Watanabe, seguidos pelos modernos e renomados Professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, com alguns temperamentos, visto que de certa forma a visão do Professor Ovídio, pode ser bem aproveitada se devidamente enquadrada no plano de cognição desenvolvido por Kazuo, isto posto tentaremos ainda inserir o fator temporal e espacial na cognição como veremos.

Após a leitura da genial obra do Professor Kazuo Watanabe, percebemos com o devido respeito e admiração pelo autor, que talvez fosse possível um estudo mais aprofundado que não condiz com o presente artigo, para uma tentativa de redimensionamento da Teoria da Cognição já magistralmente e cartesianamente exposta pelo mesmo, nós enxergamos a possibilidade de sugerir uma proposta de redimensionamento da teoria aplicando-se aos planos da cognição vertical e horizontal eixos X e Y – profundidade com que o juiz conhece todas as matérias (cognição exauriente que aprecia as questões de modo aprofundado e cognição sumária) e amplitude (extensão das matérias

cognoscíveis pelo juiz)[41] os eixos W e Z, inserindo assim o fator temporal e espacial para melhor análise das decisões e seus efeitos concretos no tempo e no espaço (reflexos da decisão no mundo fático) .

O fator temporal seria a cognição vista sob a ótica do tempo no processo civil, isto é, conhecer da matéria com profundidade e amplitude, levando-se em consideração o valor temporal de duração do processo, hoje tão em discussão com as ondas renovatórias do acesso à justiça de Mauro Cappelleti e Bryan Garth, nas lições de Paolo Comoglio, de um processo *"justo e équo"*, ou como nas palavras nacionais do próprio Professor Kazuo, na busca de uma "ordem jurídica justa", prevista na C.F. art, 5°, inc. LXXVIII: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" e,* encampada pelo CPC de 2015 na busca de um processo justo e em tempo razoável, na sua parte principiológica, nos artigos 4° e 6° respectivamente *("As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa" e "Todos os sujeitos do processo devem cooperar e para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva"*). Agora nas tutelas de urgência que permitem uma redução do fator temporal do processo na busca de celeridade e eficácia do mesmo, influindo de maneira na cognição do magistrado que ao conhecer da matéria em profundidade e extensão, deverá conhecê-la levando em conta a temporalidade da medida, isto é, tendo em mente que através da valoração do conjunto probatório e as condições processuais, qual o momento adequado para que a decisão judicial possa se proferida para ser efetiva e justa, sem que a mesma seja demasiadamente profunda e demorada ou rápida e superficial demais.

A cognição sob o eixo espacial pode ser vista como os reflexos que uma decisão cognitiva tem no espaço ou no mundo fático, isto é os reflexos que a decisão pode ter na vida das partes e de terceiros, não envolvidos no processo, levando em conta desta forma o redimensionamento da cognição nos quatro planos ou eixos que são profundidade, amplitude, tempo e espacialidade (X,Y,W e Z). É o que a doutrina de Liebman já ensinava na sua clássica obra *Autoridade e eficácia da sentença*, em relação aos efeitos da coisa julgada sobre terceiros, ou a clássica abordagem sobre os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Para uma melhor análise remetemos o leitor para um estudo mais aprofundado sobre a coisa julgada que pode ser encontrado em obras consagradas

como *Limites Subjetivos da Eficácia e da Sentença e da Coisa Julgada* do renomado Professor José Rogério Cruz e Tucci e *Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada* da não menos renomada Professora Thereza Alvim.

Até que ponto esses efeitos devem e podem ser suportados por terceiros, para que se tenha uma decisão justa e eficaz, entre as partes, porém sem prejudicar terceiros como, por exemplo, uma determinação de guarda compartilhada que possa causar mais transtornos aos menores e parentes do que uma guarda convencional e vice e versa. Este é um ponto de vista que os modernos magistrados terão que enfrentar ao conhecer e decidir de matérias em juízo. Talvez aquele antigo brocardo que diz que o que não está nos autos não está no mundo, deva ser revisto, pois o processo faz parte do mundo, e suas decisões produzem efeitos para fora do processo. Naquele tempo não havia internet, facebook, processo eletrônico, enfim, era outra época e outros valores, alguns dogmas hão de serem revistos na busca da evolução do processo, haja a vista a evolução tecnológica e o dinamismo social que permeiam a sociedade contemporânea e são trazidas ao processo.

Hoje podemos falar em aplicativos de celular que podem desenvolver petições iniciais e contestações, com a simples exposição dos fatos por meio de seu usuário, pode-se falar em aplicativos de celular que redirecionam dados para tentar fazer acordo entre as partes litigantes de um processo como um sistema de leilão de propostas eletrônico. Em tempos atuais, tem-se ainda novidades tecnológicas como a impressora tridimensional, que pode até imprimir próteses humanas e quem sabe até poderá imprimir órgãos e tecidos humanos, audiência por videoconferência em tempo real, plenário virtual, leilão virtual, uma nova geração de juízes, promotores e advogados imergidas em *Iphones* e *smartphones*. Enfim o mundo evoluiu e o processo tente a acompanhar essa evolução, pois o processo nada mais é do que o reflexo das partes em juízo a ser valorada por um terceiro imparcial, e esse reflexo está mudando, este reflexo está num mundo digital e globalizado que o processo e as suas teorias tendem a absorvê-lo de uma forma ou de outra.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tema capital dentro da seara processual encontra-se no direito probatório, haja vista que qualquer decisão humana, qualquer que

seja o ambiente em que tenha sido proferida, é o resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias e é baseada em diversos elementos de prova.

O presente escrito teve por objetivo o estudo e a pesquisa científica através de diversos artigos, livros de consagrados professores acerca da Teoria Geral das Provas no processo civil. Analisamos ainda sucintamente o procedimento probatório e o ônus das provas.

Abordamos o tema da teoria da cognição que nada mais é do que a forma pelo qual o juiz conhece e examina o conjunto probatório nos autos para que mesmo possa proferir sua decisão. Partimos da premissa conceitual acerca do tema dos consagrados Professores Ovídio Baptista e Kazuo Watanabe, sendo que por questões didáticas optamos por seguir a concepção traçada pelo Professor Kazuo Watanabe que segundo o mesmo para garantir uma cognição adequada, ela deverá ser analisada sob dois aspectos, quais sejam, os planos cognitivos horizontal e vertical. No primeiro, estão os limites objetivos ao conhecimento do magistrado; esse ficará restrito à análise das questões processuais, das condições da ação e do mérito. O sentido vertical se refere ao grau de profundidade onde o Professor Watanabe divide a cognição em exauriente e sumária, na qual percebemos que o consagrado Professor aplica o plano cartesiano de René Descartes na teoria da cognição e no processo civil. Criado por René Descartes, o plano cartesiano consiste em dois eixos perpendiculares, sendo o horizontal chamado de eixo das abscissas e o vertical de eixo das ordenadas. O plano cartesiano foi desenvolvido pelo filósofo no intuito de localizar pontos num determinado espaço.

Por fim propomos um redimensionamento da teoria da cognição com a inclusão no plano cartesiano adotado pelo Professor Kazuo Watanabe dos fatores ou eixos (W e Z) espacial e temporal na análise cognitiva, haja vista que entendemos que os mesmos devem ser inseridos no processo de cognição do juiz vez que ao proferir uma decisão, além do conhecimento da matéria probatória, como proposto pelo Professor Kazuo Watanabe devem ser observados outros fatores. O fator temporal condiz com a cognição em razão do melhor momento a ser proferida a decisão para que ela seja justa e eficaz e não tardia e demasiadamente segura e nem tão célere e demasiadamente superficial. Ademais em razão do fator espacial deve ainda o magistrado conhecer e ponderar em sua decisão os possíveis fatores espaciais de justiça, isto é os reflexos e efeitos de sua

decisão no mundo fático, para que a mesma não prejudique terceiros ou reflitam injustamente em suas vidas, ou que causem uma situação pior da que foi objeto do próprio processo causando ainda mais transtornos às partes do processo.

___

GENERAL THEORY OF EVIDENCES AND THE RESIZING OF COGNITION

ABSTRACT: The object of this paper is to address one of the issues capillaries of civil procedure which is the General Theory of Evidence, which directly reflects the mechanisms of the search for a fair and effective process. So we set our simple search of elementary notions of the Evidence General Theory, seeking classic and contemporary doctrinal lessons, trying a little of its history, its concept and its importance to civil procedural science, then immediately carry on about the evidentiary procedure and the burden of proof, finally we enter the theory of cognition, analyzed by different prisms established by Professors Kazuo Watanabe and Ovid Baptista da Silva and propose a redefinition of it.

KEYWORDS: General Theory of Evidence. Probationary procedure. Burden of Proof. Theory of Cognition. Resizing.

Notas

1 LIEBMAN, Enrico Tullio. *"por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança (como é próprio a todos os juízos históricos)"* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 3. ed. Vol. II, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, editora Malheiros , impresso em 8-2005, tradução da 4ª edição italiana do Manuale di Diritto Processuale Civile, Giufré, Milão, 1980.

2 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 3, ed. Saraiva, ano 2000, p. 187 a 187.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini e CINTRA Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 385-389.

4 DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, p. 43-47.

5 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Conhecimento*. 4. ed. São Paulo, RT 2005, p. 461.

6 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, p. 48.

7 Idem, pag. 52.
8 ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial.* cit., p. 688-689.
9 TARUFFO, Michele. Veritá e probalitá nella prova di fatti. *Revista de Processo* (versão eletrônica). São Paulo: RT, v. 154, dez/2007.
10 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, p. 53-54.
11 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. cit. p. 60.
12 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil.* 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, p. 56.
13 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.* vol. 2, 26. ed. 2013, Saraiva, atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen, p. 371-372.
14 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 58. Também assim, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. João Baptista Machado (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2000; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, t. 1, p. 142-143.
15 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.* vol. 2, 26. ed. 2013, Saraiva, atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen, p. 373-374.
16 V. a vasta pesquisa e exposição de Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo pena*, Revista dos Tribunais, 1982.
17 GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. Saraiva, 1989.
18 DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil.* 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, pags. 81-82.
19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo". *Temas de Direito Processual* – nona série, cit., p. 66-67.
20 Nesse sentido Recurso Especial n. 651294/GO, no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 738576/DF, no Recurso Especial n. 964649/RS.
21 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão* – teoria geral do garantismo penal. Fauzi Choukr (trad.) São Paulo: RT, 2002, p. 683-766.
22 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, p. 139-140.
23 Nesse contexto MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. São Paulo, RT, 2009 p. 89-90.
24 DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, Editora JusPodivm, p. 91.
25 BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 4.
26 Em resumo segundo o Professor Vicente Greco Filho, Chiovenda resolve o problema pelo interesse que cada parte tem em provar determinado fato, porque deseja que seja considerado pelo juiz como verdadeiro. Os critérios, portanto, seriam de mera oportunidade. Carnelutti objetou que o critério do interesse é equívoco porque, alegado um fato, ambas as partes têm interesse em direção oposta. O interesse na afirmação de certo fato é unilateral, só de quem serve de base para o pedido, mas o interesse na prova é bilateral: um quer fazer prova e outro contraprova. Betti considerou que mesmo a colocação de Carnelutti é ambígua, concluindo que o ônus da afirmação, decorrente de pedido ou da exceção, é que gera ônus da prova, em virtude da igualdade das partes. O autor, para obter o resultado favorável, deve afirmar certos fatos e consequentemente prová-los, sob pena de perder a demanda; o réu tem interesse em contraprová-los, mas não o ônus, que se limita aos fatos que precisa afirmar para impedir a consequência jurídica pretendida pelo autor. Micheli entende que a repartição do ônus da prova é definida pela posição da parte relativamente aos efeitos jurídicos que pretende conseguir, verificando-se como se manifesta o processo em concreto. A grande contribuição

de Micheli, contudo foi a de salientar que as regras do ônus da prova são, para o juiz, regras práticas de julgamento, ou seja, para a resolução da demanda em face da falta ou insuficiência de prova de algum fato (GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. vol. 3, ed. Saraiva, ano 2000, p. 185 a 186).

27 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. pag. 53; BIONDI, Biondo. *Summatim cognoscere*. Scritti giuridici. V. II, UTET, 1965 e Verbete Cognitio. Novissimo Digesto italiano.

28 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 58-59.

29 Instituições de Direito Processual Civil, v. III, §450, p. 4.

30 Idem, p. 147.

31 *Execução e ação executiva*, Estudos sobre processo civil brasileiro, com notas de Ada Pelegrini Grinover, p. 43.

32 La génesis lógica de la sentencia civil, Estudios sobre el processo civil, n. 3285, p. 416; cf. tb., Rogério Lauria Tucci, *Curso de Direito Processual* – Processo civil de conhecimento II, pp. 18-21; Adroaldo Furtado Fabrício, *Ação Declaratória*, p. 13.

33 *Manual de direito processual civil*, Trad. De Cândido Rangel Dinamarco. 4 ed., v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

34 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*, p. 129; TARUFFO, Michele. *La motivazione dela sentenza civile*, p. 57.

35 *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 182, pp. 288-289

36 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 40

37 Idem, p. 46.

38 Idem ibidem, p. 83.

39 SILVA, Ovídio Baptista da. *O Contraditório nas Ações Sumárias*. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 254-255.

40 SILVA, Ovídio Baptista da, op. Ult. Cit., p. 54.

41 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 21.

REFERÊNCIAS

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed., São Paulo, Malheiros, 2012, pag. 385-389.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed., vol. 2. 2016, Bahia, editora JusPodivm, p. 43-47.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão* – teoria geral do garantismo penal. Fauzi Choukr (trad.) São Paulo: RT, 2002, p. 683-766.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. Saraiva, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro.* Vol. 3, Saraiva, ano 2000, p. 7-13.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Vol. II, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, editora Malheiros, impresso em 8-2005, tradução da 4. ed. italiana do Manuale di Diritto Processuale Civile, Giufré, Milão, 1980.
MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de conhecimento*. 4. ed. São Paulo, RT 2005, p. 461.
MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. São Paulo, RT, 2009 p. 89-90.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, p. 139-140.
SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.* Vol. 2, 26. ed. 2013, Saraiva, atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen, p. 371-372.
SILVA, Ovídio Baptista da. *O Contraditório nas Ações Sumárias*. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença, Rio de Janeiro: Forense, 2001.
TARUFFO, Michele. Veritá e probalitá nella prova di fatti. *Revista de Processo* (versão eletrônica). São Paulo: RT, v. 154, dez/2007.
WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil.
YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit. p. 60.