

DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL EM TEMA DE PROVA *

CLOVIS DO COUTO E SILVA

Professor Titular da Faculdade de Direito da
U. F. R. G. S. Membro da Comissão Elaboradora
e Revisora do Código Civil. Advogado
no Estado do Rio Grande do Sul.

Há uma justificação importante para o tema, pois todos sabem que o Código Civil dispôs em muitos artigos a respeito da prova dos atos jurídicos, e o Anteprojeto de Código Civil, por igual, em vários dispositivos também se refere ao mesmo assunto. Mais ainda: o anterior e o atual Código de Processo Civil disciplinam a mesma matéria.

O problema está em saber se, afinal, a prova dos fatos jurídicos e dos atos jurídicos pertence ao direito processual ou ao direito substancial. Não é possível admitir, pelo menos em linha de princípio, que dois diplomas legislativos federais disponham sobre a mesma matéria, sem levar em conta a natureza jurídica desses preceitos.

São raros os trabalhos dedicados ao tema, e com o advento do novo Código de Processo Civil, não consta que a matéria tenha sido analisada. A importância está não só na exata localização dos preceitos sobre a prova, como também por ser elemento necessário para a aplicação do direito estrangeiro. Os autores do direito internacional privado não se tem preocupado muito com o assunto, embora a natureza jurídica das regras sobre a prova se constitua num dos aspectos fundamentais da teoria da qualificação.

(*) Conferência proferida no Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, 3 de junho de 1974.

1. Direito Material e Processo

O Código Civil Brasileiro, antes de dispor sobre a prova dos atos jurídicos, trata da forma e, na época em que foi editado, os Códigos de Processo Civil eram estaduais. As regras sobre prova tinham uma política unificadora, justificável ao tempo em que os diplomas de processo eram estaduais e, portanto, cada Estado poderia dispor como bem entendesse sobre a matéria. O argumento vale para os demais setores do Código Civil que tratam especificamente de matéria processual. E para não enumerar muitos exemplos, basta citar a habilitação matrimonial, que é processo da jurisdição voluntária, e, apesar disto, insere no Código Civil. Muitas explicações foram dadas para justificar o fato, sendo que uma delas é a de que no caso o direito processual está de tal modo vinculado ao direito material, que não convém regravá-lo fora do Código Civil. A maioria dos Códigos Cíveis atuais procura afastar de seu corpo de normas tudo o que não seja pertinente ao direito material. Estabelecidas estas premissas, é necessário desde logo saber se os preceitos sobre prova pertencem ao direito substancial ou ao processual.

Para resolver o problema, é necessário definir ambos os setores de nosso direito. Para iniciar o raciocínio não posso deixar de mencionar o que me parece ser direito material e processual.

Tentando definir o direito material, pode dizer-se que é aquele que disciplina uma ordenação da vida; que regula, em última análise, os direitos subjetivos, as pretensões, as ações e as posições jurídicas. Tudo, enfim, que resulta dos atos lícitos e ilícitos das pessoas. E a composição ou satisfação desse direito pode ser feita voluntariamente, e na maioria dos casos o é, porque uma das partes reconhece que tem o dever de prestar, e adimple. Mas, em outros casos, tal não sucede porque uma delas não quer, ou não pode, isso não importa, satisfazer o dano ou cumprir a obrigação. É preciso que o Estado vá dirimir aquilo que se denomina de litígio e, pelo menos, a solução cogente dele não pertence ao direito material. O direito processual não está totalmente fora do direito substancial, porque em toda a ordenação vital está prevista a hipótese de não ser cumprido o ordenamento posto. Sem otimismo exagerado, embora se admita que em vários casos as próprias partes cumpram o que combinaram, ou satisfaçam os danos que causaram, é pre-

ciso prever que em muitos outros tal não sucederá. A existência de litígio e portanto o próprio litígio, está no plano geral do Direito Material. É uma possibilidade ínsita em toda ordenação, embora a solução cogente dele seja objeto do direito processual, porque os princípios que a comandam são outros, e há necessidade de que um órgão estatal venha dirimir a controvérsia.

Cria-se, em consequência, um conjunto de regras e princípios, destinado a resolver litígios, que se denomina de Direito Processual, embora nem todo Direito Processual, reversamente, tenha por finalidade a solução de litígios.

Em outras situações, é o próprio Estado que se sente no dever de proteger, acautelar ou controlar certas atividades.

No exercício de funções controladora e supervisora de atos e relações jurídicas, pratica o juiz atos jurisdicionais, embora não haja litígio. Chama-se a esta atividade, de jurisdição graciosa, ou voluntária, em que se dá ao juiz uma posição diversa (1), uma vez que inexiste a vinculação e a limitação que emerge necessariamente do litígio, como sucede nos casos de jurisdição contenciosa.

Sabemos que há uma distinção entre as regras do direito material, de que fluem os deveres e os direitos substanciais, e o litígio e a cautela pois estes últimos pertencem a uma outra esfera do direito, ao direito público, e a uma outra disciplina, a do Direito Processual Civil.

As normas do direito processual civil dirigem-se, em consequência, predominantemente à atividade dos órgãos do Estado e determinam como devem proceder para reparar o ilícito, dirimir o litígio, auxiliar os que pedem a aplicação do direito, e documentar ou controlar os assuntos privados mais importantes.

Por esse motivo, é que o direito processual tem uma função ancilar do direito material e supõe a sua existência (2).

(1) Código de Processo Civil art. 1.107.

(2) Sobre a distinção entre direito material e processual, vd. Gustav Böhrer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, I (1950), pág. 94 e segs.

2. A Forma dos Atos Jurídicos:

Em conexão com a prova está a forma dos atos jurídicos. A forma é a maneira como se exterioriza uma ação humana. Quando se afirma que o ato ou o negócio jurídico independem de forma, o que é regra no nosso sistema (3), quer se dizer que os negócios jurídicos, embora isto seja paradoxal, precisam de uma forma, ainda que esta não seja taxativamente especificada pela lei. Os negócios jurídicos feitos verbalmente, os concluídos tacitamente, todos eles têm uma forma, quando se imagina que a forma nada mais é do que a fenomenologia do negócio jurídico, o modo como a ação humana se exterioriza, como ela é conhecida pelos interessados e terceiros. Ainda que fosse verbal, ou mesmo tácito, o elemento constitutivo do acordo, ainda assim o ato jurídico se manifestou através de uma forma. Por vezes, há cautela maior, e exige o ordenamento a escritura pública até mesmo para substância do ato.

O art. 134 do Código Civil exara a seguinte regra:

“É, outrossim, da substância do ato a escritura pública,

I — Nos pactos antenupciais e nas adoções;

II — Nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a dez cruzeiros, excetuado o penhor agrícola.”

Estas regras dizem respeito à substância do ato jurídico, e, em interpretação literal, seria de concluir que o ato realizado sob outra forma seria inexistente. Todavia, assim não é em todos os casos.

(3) Código Civil, art. 129.

A compra e venda feita em escrito privado, de imóvel de valor superior ao estipulado no art. 134, II, é compra e venda nula (plano de validade) e não inexistente, podendo converter-se em pré-contrato de venda.

Em outras hipóteses, a forma é, na verdade, elemento de substância, de tal sorte que, não cumprida a regra, o ato não é simplesmente nulo; ele não existe. Uma letra de câmbio que não preencha os requisitos da Lei n.º 2044 não é título nulo apenas. É mais do que isso, não é letra de câmbio. Por igual, um casamento que não se realize perante o juiz, ressalvado o caso de casamento nuncupativo, não é casamento. Nestes dois exemplos, a ordem jurídica considera a forma como requisito absoluto. Quando for mero atributo do ato, de modo que se possa pensar ou admitir a sua existência, ainda que sem a forma imposta pela lei, ou pela vontade das partes, a forma é mero requisito de validade (4). O negócio jurídico existe, mas é nulo. Verifica-se, assim, que a forma, por vezes, é elemento da existência, ou de validade dos negócios jurídicos. Tudo está em distinguir quando ela realmente diz respeito à substância do ato, e quando dele é mero atributo. A importância dessa distinção é tanto maior quanto se admite a doutrina da conversão dos negócios jurídicos.

No particular, convém lembrar que nossa doutrina e jurisprudência adotam a possibilidade de um ato jurídico nulo, por defeito de forma, converter-se em outro, salvando-se, assim, o interesse das partes. O Anteprojeto do Código Civil acolheu esta solução, e regrou expressamente a figura (5). Em consequência, as regras do art. 134 do Código Civil precisam ser revistas com maior rigor conceitual, porque, pelo menos nos atos translativos de direitos reais de valor superior ao previsto no art. 134, inciso II, do Código Civil, a escritura pública não é requisito de substância.

(4) Art. 145, inc. III, do Código Civil W. Flume, *Das Rechtsgeschäft* (1965), pág. 245.

(5) Art. 171: Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim, a que visavam as partes, permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Não só isto. Quando a forma é requisito de existência e tem, portanto, a característica de algo absoluto (fim em si mesmo) ela não permite nenhuma relativização ou limitação. Ao contrário, quando a forma é mero atributo (meio assecuratório de certos fins), cuja inobservância pode resultar a nulidade, cumpre examinar se a finalidade de que resultou a exigência de certa forma não deveria ser limitada em razão de outros fins postos pelo ordenamento jurídico (6). Por exemplo: se alguém conscientemente realiza um ato nulo por defeito de forma, pode invocar tal circunstância? Ou, se alguém aprova a prática de um ato, pode depois invocar que a sua aprovação careceu da forma necessária, para, com esse procedimento, prejudicar terceiros, embora se verifique que, apesar da inobservância da forma, se garantiu o que a lei através da forma visava proteger? Parece que seria o caso de impedir o exercício da pretensão mediante uma "exceptio doli generalis" ou aplicação do princípio da boa fé.

3. Relação entre a forma e a prova dos atos jurídicos

Já foi mencionado que o princípio fundamental é o de que os negócios jurídicos não dependam de forma específica, princípio que se convencionou chamar de liberdade de forma. As regras sobre a forma dos atos jurídicos pertencem ao direito material, de modo igual como os princípios sobre a forma dos atos processuais se incluem no direito processual. Todavia, há no Código Civil regras sobre prova, e no art. 141, do Código Civil, afirma-se que "salvo os casos expressos, a prova testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não passe de dez cruzeiros."

Esta disposição restringe o princípio da livre apreciação da prova, que é tipicamente processual, (7) pois o ato que infringiu o art.

(6) Flume, op. cit., pág. 247. Importante, para esta posição, é o voto vencido no acórdão prolatado na Apelação Cível n.º 17.849 Rev. de Jurisprudência (TJ-RS) ... 40/217.

(7) Código de Processo Civil, art. 131.

141, embora se tenha como existente, não é suscetível de prova. Porém, não é possível sustentar a opinião, perfilhada por alguns grandes juristas, de que as regras que limitam a liberdade de forma sejam também restrições ao princípio da livre apreciação, porque, as disposições sobre forma são preceitos de direito material que têm de ser aplicados pelo juiz e a sua aplicação, como de qualquer outra norma de direito substancial, não pode constituir lesão à sua livre apreciação. A decretação da inexistência, ou da invalidade de um ato jurídico, por defeito de forma, não restringe o princípio da livre apreciação da prova, pois se trata de requisito que ao direito material cabe estabelecer e ao juiz aplicar.

Vislumbra-se lesão à livre apreciação na disposição do art. 141 do Código Civil, que determina que a prova de atos jurídicos acima de certo valor não possa ser feita por testemunhas.

O negócio jurídico existe, e é válido, não sendo, entretanto, suscetível de prova meramente testemunhal. A disposição do art. 141 provém das Ordenações Manoelinas (8), e foi adotada posteriormente pelo direito francês, tendo sido recebida pelo Código Napoleônico, e também pelo Statute of Frauds, do direito inglês, em 1677.

Criou-se com a inclusão de preceitos sobre a prova em geral no Código Civil napoleônico o que se denominou de "direito material probatório," e dentre esses preceitos está o de que não é admissível a prova somente testemunhal de atos jurídicos de valor superior ao de determinada tarifa. Esta última regra, na verdade, constituiu-se em restri-

(8) Liv. 3, tit. 45 pr. Esta disposição está nas Ordenações Filipinas L3, tit. 59. Pode dizer-se, portanto, que é a primeira disposição de ordem geral em que aparece a regra, sendo anterior à Ordonnance de Moulins, pois o Código Manoelino foi publicado em 11 de março de 1521.

A Ordonnance de Moulins de 1556, a que corresponde o art. 1431, do Código Napoleônico, determinava em seu art. 54, que "de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres" seriam lavrados contratos na presença de notários, testemunhas, não se admitindo nenhuma prova testemunhal contra tais documentos, sobre o que se tenha convencionado antes ou depois. O fundamento da regra era o propósito de desonerar os juizes de uma maior investigação, o que sucederia no

ção ao princípio da livre apreciação da prova. O negócio jurídico existe e é válido, apenas o ordenamento jurídico lhe cortou a acionabilidade da pretensão (9).

No sistema germânico, adotou-se em maior extensão o princípio da livre apreciação das provas, tanto que a Lei de Introdução ZPO, de 30.1.1877, no art. 14, 2,2, revogou todas as disposições que "excluam certos tipos de meios de prova ou somente os admitiam com limitações" (10). Em consequência, regras semelhantes às do art. 141 do Código Civil foram derogadas, e tais preceitos existiam sobretudo na Renânia, onde estava em vigor àquela data, o Código Civil napoleônico (11).

Modificação singular ocorreu com a edição do novo Código de Processo Civil que incluiu em seu corpo todas as disposições sobre prova, inclusive aquelas, como as do art. 141, que são, ao mesmo tempo, embora indiretamente, regras sobre forma.

O novo Código de Processo Civil, em seu art. 401, exarou a seguinte disposição: "A prova testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados."

caso de admitir-se prova testemunhal. Pensou-se que ela se constituiria em medida verdadeiramente eficaz para abreviar a duração dos processos. Como a Ordenança de 1556 parecia não contemplar nenhuma exceção ao princípio da impossibilidade de provar por testemunhos contratos de valor superior a 150 libras, sobreveio a Ordonnance de 1667, em que se estabeleceram exceções, sendo a mais importante a que determina ser suficiente para permitir a prova testemunhal a existência de escrito que constitua início de prova (vd. Christian De Wulf, *Trust an Civil Law* (1965) pág. 89 e segs.)

(9) Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs I* (1964) pág. 108.

(10) Staudinger, *Kommentar zum bürgerlichem Gesetzbuch I*, (1912) § 125, pág. 488.

(11) Aliás, é interessante notar que essa disposição (art. 1341) já não vigorava no direito comercial desde 1861, porque o art. 47 da Lei de Introdução ao Código Geral de Comércio alemão, de 24 de Junho de 1861, já a derogara (Grotensend, *Rheinisches Zivilgesetzbuch* (1879) pág. 246).

A regra do art. 401 é assim regra de direito processual, limitadora da livre apreciação da prova, mas, ao contrário das demais regras exclusivamente sobre prova, ela é indiretamente norma sobre forma dos atos jurídicos, uma vez que as partes são assim constrangidas, para eficácia do ato jurídico, a realizá-lo por escrito. Apesar disso, está certa, a meu ver, a localização do preceito no Código de Processo Civil. Todavia, há temperamento: a impossibilidade de provar por testemunhas contratos cujo valor exceda ao décuplo do maior salário mínimo do País, excepciona-se desde que haja "início de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova; ou se o credor não pode ou não podia moral ou materialmente obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel" (12). Como se vê, a enumeração não é taxativa, e submete o juiz ao casuismo, sobretudo quanto ao conceito não perfeitamente definido de "impossibilidade moral."

Procuraram-se combinar as necessidades de segurança no intercurso contratual, com as exigências específicas de certos casos, onde a documentação do contrato se revelasse como impossível, seja à luz da moral, ou mesmo materialmente, em face de certas peculiaridades.

4. Direito material probatório e o princípio da livre apreciação

Antes de examinar mais detalhadamente o princípio da livre apreciação, convém estabelecer se o direito probatório é direito material ou processual.

(12) Art. 402. A hipótese mais importante não está entretanto, prevista expressamente, mas pode deduzir-se do texto do aludido art. 402. Como se sabe, a adoção do preceito no Código de Processo Civil, faz com que vigore para todo o direito substancial. No direito privado, sempre houve a tendência de afastar aquela limitação para os contratos comerciais, em razão de suas peculiaridades. Entre nós, a exceção de que a impossibilidade material é permissiva de prova meramente testemunhal ganha importância nos contratos concluídos por meio de telefone, já que estes, por impossibilidade material, não são documentados. A sua vez, nosso Código Civil os considera como contratos "entre presentes" (art. 1.801, I, 2a. alínea). Por força do art. 402 do atual Código de Processo Civil tais contratos podem ser provados por testemunha ainda que de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no País.

Não foram muitos os autores que estudaram o problema uma vez somente que nos sistemas latinos é que os Códigos Civis expõem ainda hoje sobre os diversos meios de prova, e o valor de alguns deles.

Como a legislação a respeito do direito privado e do direito processual entre nós é de competência federal, claro é que a discussão perdeu em muito o seu interesse prático no direito interno. Todavia, quando se cogita de fazer uma codificação, seja de direito processual, seja de direito civil, transparece a necessidade do exame deste problema, para mais perfeita colocação da matéria. É certo que quando se cuidou de editar a Lei de Introdução ao ZPO, de 30.1.1877, houve-se que preceitos como os do art. 141 do nosso Código Civil se constituíam em restrição ao princípio da livre apreciação da prova. Não faz muito, Ernst Rabel (13) sustentou, e a meu ver com razão, que regras como as dos arts. 1341, do Código Civil napoleônico, ou 141, de nosso Código Civil, não são preceitos sobre forma dos atos jurídicos, em seu sentido próprio, mas pura limitação à prova. Foi certamente adotando esse pensamento que o Código de Processo Civil grego (14), mantendo o axioma romanístico de limitação da prova testemunhal para atos acima de certo valor, incluiu a regra em seu conteúdo, de modo igual ao que sucedeu com o atual Código de Processo Civil brasileiro.

Não encontrei, nos trabalhos realizados para a feitura do novo Código de Processo Civil, o exame desta matéria. Parece certo que nosso diploma processual, ao adotar a solução do Código de Processo Civil como limitadora à livre apreciação judicial e, conseqüentemente, qualificou-a como disposição de natureza processual. Feita esta resumo da digressão, vejamos o que ocorreu com o novo Código de Processo Civil.

Em linha de princípio, não temos provas plenas, semi-plenas ou pleníssimas, que o direito medieval possuía em grande quantidade. Mas há inegavelmente predomínio da prova documental sobre a testemunhal. Por outro lado, não constitui como já se afirmou, limitação ao

(13) Das Recht des Warenkaufs, I, pág. 108.

(14) Arts. 300, 1; 304, e 305.

princípio da livre apreciação as regras sobre invalidade dos atos jurídicos por defeito de forma, porque estas são realmente de direito material, e o defeito se insere no próprio negócio jurídico.

Não se contemplando os defeitos formais como restrição ao princípio anteriormente aludido, os códigos processuais poucas regras têm que o limitam.

Ainda hoje, em muitos códigos de processo civil e também no nosso, há disposições sobre provas consideradas absolutas; por exemplo, regras que determinam que documentos particulares assinados fazem prova plena de que as declarações nele contidas foram emitidas pelo signatário (15). Tais disposições tornam-se, todavia, desnecessárias já que sobre o resultado das provas deve decidir o juiz segundo sua livre convicção, originada pelo conteúdo da controvérsia (16). Por esse motivo, é que não se deve dar até mesmo à confissão o valor de prova plena já que nem sempre reflete a verdade. Esta concepção provém do direito processual penal, no qual se tem hoje que a confissão do acusado não é prova cogente de sua culpa. Constitui, apenas, um indício, pois o réu pode ter confessado com a finalidade de ocultar o verdadeiro autor do crime (17). A doutrina tradicional sustenta que onde vigora o princípio do contraditório, como no processo civil, a confissão não é meio de prova, mas libera à outra parte do ônus de provar os fatos sobre o que ela recai.

Resulta esta conclusão de que no processo onde há contraditório supõe-se que cada uma das partes dê o melhor de seus esforços para provar os fatos que constituem o fundamento do pedido. Se houve confissão, ela não é apenas mero indício, como no processo inquisitório,

(15) ZPO §§ 416, 417 e 418; nosso Código de Processo Civil, art. 400, incisos I e II.

(16) K. Engisch, Einführung in das juristische Denken (1956) pág. 53. O art. 400, I, do Código de Processo Civil adota com grande amplitude a confissão e a prova documental, determinando ao juiz que indefira a inquirição de testemunhas.

(17) K. Engisch, op. cit., pg. 51.

mas manifestação de que o que a outra parte alega é verdadeiro, desaparecendo, na parte abrangida pela confissão, a controvérsia, motivadora do próprio processo. Como não existe interesse superior ao das próprias partes, compreende-se que não haja necessidade do prosseguimento da verificação probatória, uma vez que uma delas admitiu, tendo para isso ampla disponibilidade, os fatos argüidos. Posto nesses termos o problema, a confissão teria as características de prova plena. Mas, como julgar, se de outros elementos do processo resultar claro que não é veraz a confissão? Certamente que neste caso o juiz não estará adstrito à confissão, o que importa afirmar que ela não deve ser obstáculo à aplicação do princípio da livre apreciação da prova (18). ;O problema é tanto mais importante porque pode servir como linha divisória entre os processos contenciosos e os de jurisdição voluntária.

No de jurisdição voluntária tem o juiz, em princípio, de fundamentar sua decisão com base na verdade objetiva, material, não bastando a simples verdade formal. Em conseqüência, mais amplo são os seus poderes, de modo que a confissão, bem como outros atos das partes, não vinculam o juiz (19).

Quanto ao processo contencioso, o novo Código de Processo Civil, ao ampliar os deveres das partes, sobretudo criando-lhe o dever de veracidade e os de agir conforme a boa-fé, diminuiu a importância dos atos das partes, não sendo decisiva a própria confissão, quando verificar-se que ela não se harmoniza com os demais elementos probatórios.

Claro é que razões de segurança levam, por vezes, a lei a impor ao juiz restrições à sua liberdade de interpretar os fatos da prova e, por isso, é difícil encontrar um código de processo civil que tenha em toda a sua amplitude o princípio de livre apreciação. Primeiro, porque se con-

(18) Moniz de Aragão, Comentários ao Código de Processo Civil, v. II n.º 533 (1973), pág. 457.

(19) Bärmann, "Echtes Streitverfahren" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, AcP 154 (1955), pág. 399.

fundamente a livre apreciação com a livre fundamentação. Todavia, quanto maior a liberdade de apreciação, tanto mais minuciosa há de ser a decisão nos seus fundamentos, e na exposição das razões por que não valorizou, por exemplo, a confissão de uma das partes.

Depois, porque tradicionalmente, pelo menos quanto à confissão, há a tendência de se lhe dar valor equivalente ao de prova legal. Assim, por exemplo, nosso Código de Processo Civil, para desfazer os efeitos da confissão, exige ação anulatória (20). Esta regra, tanto quanto a do art. 400, inciso I, libera a outra parte do ônus de provar mas não a transfirma em prova plena, pois em matéria de ação rescisória, a anulação da confissão é só admissível quando a decisão tiver nela o seu único fundamento.

(20) O artigo 350 afirma que "a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes." No artigo 352, tem-se que: "a confissão quando emanar de erro, dolo ou coação pode ser revogada: (I) por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita; (II) por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença da qual constitui fundamento único." Esta disposição, mais ampla do que a do nosso anterior Código de Processo Civil, provém do direito português (Decreto Lei 47.690 de 11 de maio de 1967), incorporada ao novo Código Civil denomina a figura, com impropriedade de técnica, de revogação da confissão. A confissão é ato em sentido estrito, mera declaração de ciência, e não de vontade, e, portanto, irrevogável. No nosso sistema, entretanto, proposta a ação de anulação, tem ela o efeito de suspender o processo (art. 265, IV), a) até o julgamento, diversamente do que sucedia sob o império do anterior Código de Processo Civil.

No direito português, o art. 566 do Código de Processo Civil determina que tais ações de anulação, ou mesmo de nulidade (confissão de um louco), não impedem o prosseguimento da causa em que a confissão se fez (vd. Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado I, (1967) pág. 234). Nosso Código de Processo Civil regulou somente os casos de anulação da confissão, deixando de fazê-lo quanto às hipóteses de nulidade. Em conseqüência, temos outro problema. Como tratar as hipóteses de nulidade da confissão; necessitam elas também de ação específica? Neste caso, o Código de Processo Civil não exigiu ação própria, podendo produzir-se a prova no próprio processo.

A dificuldade está em que, tendo havido confissão, o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas (art. 400, inciso I), o que poderá causar embaraço ao confitente.

Resumindo, parece-me que a restrição mais importante a livre apreciação juricial é o preceito que impede se possa provar somente por testemunhas contratos de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no País. Como restrição ao princípio sumo do direito processual civil, o lugar próprio para inseri-la é o Código de Processo.

5. Direito processual material e prova:

Um dos temas mais árdios para o processualista é o do direito processual material. Há muitos que negam a sua existência, mas parece fora de dúvida que, desde Goldschmidt, é forçoso admiti-lo.

A delimitação do direito processual material supõe a análise do conceito do processo e também de suas relações ou semelhanças com o direito substancial. Já se afirmou que a possibilidade de litígio é algo de conatural à toda ordenação e que as normas processuais se dirigem predominantemente, mas não exclusivamente, a órgãos do Estado.

A medida, portanto, em que se criam deveres éticos às partes, tais deveres pertencem ao processo, mas são, por igual, mandamentos de conduta. Constituem eles uma "Lebensordnung" e conseqüentemente se inserem no direito material processual. Reduzem, por igual, os poderes dos figurantes na relação processual, que, na conformidade de uma concepção estritamente liberal, teriam autonomia sobre a matéria do litígio, impondo-lhes, por exemplo, o dever de veracidade, ou mais amplamente, os de agir conforme a boa-fé. A autonomia das partes integra assim a disciplina ou o âmbito do princípio do contraditório. Quanto maior for a autonomia das partes, tanto menor serão os poderes do juiz na condução do processo.

O aspecto que tem servido para obscurecer o exame do princípio da controvérsia é o da perene contraposição entre processo inquisitório e o em que impera o contraditório. Não é habitualmente examinada a existência de formas mistas, e a concepção de processo que poderiam ensejar.

Aliás, os processualistas, no geral, preocupam-se sobretudo com o problemas dogmáticos da disciplina, com o que se poderia chamar de cúpula do edifício processual, mas não atentam, salvo raras exceções, para os fundamentos vitais em que ela se embasa.

Neles estão o princípio do contraditório e o da livre apreciação, que plasmam o caráter político-jurídico do processo, revelam a sua filosofia, e até mesmo a inclinação cultural. Seria suficiente, para esse efeito, ponderar os critérios legais destinados a aferir a verdade processual: se for importante a prova testemunhal, aumentam as regras penais a respeito do falso testemunho. Caso contrário, desoneram-se os juizes com uma sumária análise da prova, porque, é forçoso convir, a maioria dos particulares não realiza seus atos jurídicos pensando como deveria prová-los em juízo, muitas vezes não os produzindo em documento.

O Código de Processo Civil (21) exara a regra de que compete às partes e seus procuradores expor os fatos em juízo, conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem alegar defensas cientes de que são destituídas de fundamentos; não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

O dever de veracidade provém do Código de Processo Civil austríaco (22), transferindo-se posteriormente para o Código de Processo Civil germânico (23). As disposições do nosso Código de Processo Civil são entretanto, mais amplas, do que as disposições similares dos Códigos anteriormente referidos.

A interpretação do art. 14 de nosso Código de Processo Civil não é, entretanto, matéria despida de dificuldades. Cuida-se de saber até que ponto o direito material processual, no qual sobressaem os deveres de veracidade e de agir conforme a boa-fé, limita o princípio da contro-

(21) Art. 14.

(22) § 178

(23) § 138

vérsia e conseqüentemente a autonomia das partes no processo. Absoluta autonomia não é de admitir-se, e o abuso processual tem de ser reprimido severamente. Todavia, quando se trata de fazer a exegese do dever de veracidade e o da boa-fé corre-se o risco de limitar totalmente a autonomia das partes. Parece que esta posição, tanto quanto à primeira, não pode ser admitida. É fácil concluir que a solução estaria numa posição intermediária.

Entretanto, não adianta muito em termos de ciência do direito afirmar que duas posições não são corretas, quando não se consegue fixar os limites daquela que se adotou. Tanto mais importante é a conclusão, quando se cuida de precisar limites de conceitos éticos, substanciais, dependentes de concreção, e, por isso mesmo, de conteúdo não inteiramente definido.

Não se pode perfilhar a opinião de Paul Natz (24) de que, em face de dispositivos que consagram o dever de veracidade, não há liberdade de disposição das partes, quanto aos fatos a serem levados a juízo. Eles teriam de ser verdadeiros e, segundo o § 138 do ZPO germânico, completos.

Não se poderiam mencionar fatos lacunosos, com o fito de favorecer à parte.

A concreção do dever de veracidade, levada a extremos, no campo processual, tenderia a "tutelar" o comportamento dos figurantes em juízo, e a dar ao juiz uma posição extremamente forte dentro do processo. Aliás, quando, por lei de 27 de outubro de 1933, se exarou o princípio constante no § 138 do ZPO houve profunda reação porque, aplicado em toda a sua amplitude, se deveria concluir que as partes já não teriam o poder de disposição sobre o conteúdo do processo.

Para chegar a esta solução seria necessário atribuírem-se ao juiz outros poderes, superiores, aliás, aos que lhe foram conferidos pelos arts. 125 e segs. do Código de Processo Civil. O princípio da con-

(24) Die Verhandlungsmaxime, Ein Beitrag zur Zivilprozessreform AcP 23 (NF), pág. 287.

trovérsia foi, no que ele tem de essencial, mantido. Claro é que estão proscritos todo o tipo de abuso processual. As formas ativas são mais atingidas pelo preceito vedatório do que as omissivas.

Assim é que as partes não devem expor fatos em juízo que não estejam conformes com a verdade, levando-se em conta as diferentes perspectivas e o subjetivismo inerente à auto-apreciação dos fatos.

Não são obrigadas a expor outros ou maior número de fatos, ou circunstâncias, além dos que já haviam mencionado, ou submeter-se a outras provas que não as requeridas (25). Tudo isto depende do arbítrio das partes.

Autores há que entendem não haver sentido na pesquisa da verdade apenas formal. A que se deve perseguir teria de ser sempre a real; e se para isso houvesse necessidade de armar os juizes com maiores poderes, o perigo seria ainda menor do que tê-los como mero assistentes do debate processual, sem lhes conceder a oportunidade de decidir segundo a verdade material, porque somente a proteção dos direitos privados realmente existentes interessa à coletividade.

Já se viu, porém, para que lugares levam estas teorias, quando não se atenta para o fato de que os princípios processuais são também garantias da liberdade, contra o arbítrio dos órgãos dos três poderes do Estado. A posição do juiz no processo contencioso, tal como regulado no Código de Processo Civil, não é mais a do processo estritamente liberal, mas também não o armou de poderes iguais aos do juiz do processo de jurisdição voluntária. Tornou-se muito importante o direito processual material e conseqüentemente novos poderes foram delegados, ou tomaram nova dimensão os que já lhe haviam sido cometidos pelo anterior Código de Processo Civil. Não cabe aqui mencionar todos os poderes de que estão investidos. Resta, porém, um juízo de valor a respeito deste aspecto capital da reforma. Ela suporia juizes com uma certa inclinação, em face do processo, e uma disponibilidade de espírito e de tempo, para manejá-lo convenientemente. Como os processos se avolumam,

(25) G. Böhmer, op. cit., pág. 113.

e não há tempo para uma participação vital no drama forense, há o risco (sem uma reforma da estrutura judicial dotada de fins precisos, de que os dispositivos mais importantes caíam em imediato desuso.

É necessário, também, preparar os juizes para aplicação do novo Código de Processo Civil, pois as normas se dirigem preponderantemente a eles.

6. Prova e direito internacional privado:

No nosso direito interno, a questão de saber o que é direito substancial ou processual em matéria de prova tem menor importância prática, porque a legislação sobre direito privado e processual é federal. Ao direito internacional privado interessa o problema, pois é preciso qualificar a natureza jurídica do preceito para fins de aplicação do direito estrangeiro.

Se determinado preceito for qualificado como de direito processual, ainda que no País cuja legislação se cuida de aplicar seja havido como pertencente ao direito material, não incide o direito estrangeiro, pois as regras processuais se submetem à "lex fori". A qualificação, portanto, de certas regras como de direito material ou processual ganha importância no direito internacional privado. Mais complexa ainda é a solução quando houver preceitos de "natureza dúplice", que sejam de direito processual e de direito material.

Não se pode ter uma visão radical do direito material ou do direito processual, e não admitir a existência de figuras mistas. Sob esse ângulo, o problema do art. 141 do Código Civil, que é regra sobre processo — como já se mencionou várias vezes — e ao mesmo tempo indiretamente disposição sobre forma (direito material), torna-se extremamente importante.

As figuras do direito material e do direito processual não constituem uma substância (Substanzbegriff), sem nenhuma comunicação,

pois há algumas que pertencem a ambas as esferas. Aliás, há no direito civil, para exemplificar, conceitos que são de direito obrigacional e real, como a "dominificação" de certas relações de créditos, resultante, no geral, da eficácia do registro de imóveis. O exemplo comum de um ato jurídico dotado de natureza mista é o pré-contrato registrado. Em consequência, há quem sustente não importar tanto, para classificação, o conceito de substância, mas o de função (Funktionsbegriff) que certas relações jurídicas têm de exercer para disciplinar eficientemente certas relações sociais (26).

Ernst Rabel salienta a importância para efeitos de qualificação, da regra do art. 141 do Código Civil brasileiro, e dos outros ordenamentos romanísticos que dispuserem de modo igual, para aplicação dos princípios do direito internacional privado (27), pendendo para sua natureza processual.

Parece-me que se deve obedecer, no caso, ao critério de predominância do aspecto processual, pois visa-se desonerar o juiz de uma verificação mais ampla da controvérsia, função esta que levou à edição do preceito.

Ainda outro argumento leva à mesma conclusão: a impossibilidade de provar não atinge nem ao plano de existência, nem ao de validade dos negócios jurídicos, mas, apenas, a mero elemento da eficácia, à acionabilidade.

Para chegar a esta conclusão, aplicou-se não só o critério da "lex fori" que é o prevalente na praxe (28), mas também o esposado pelos autonomistas, isto é, o daqueles autores que sustentam que o direito internacional privado possui conceitos próprios, libertos dos da "lex

(26) vd. Olof Brunn, Die Rechtsstellung des Vermächtnisnehmer, AcP 154 (1955), pág. 144.

(27) Op. cit., I, pág. 112. No direito inglês desde o caso Leroux v Brown (1852), afirma-se a natureza processual de regras que exigem prova escrita para contratos acima de certa tarifa (Graveson, Conflict of Laws (London, 1960) pág. 397)

(28) Alexander N. Makarov, Internationales Privatrech und Rechtsvergleichung, in Rondoni, Inchieste di Diritto Comparato II (1973) pág. 477.

fori". Como se sabe quem primeiro adotou essa posição autonomista foi o próprio Ernest Rabel. Aliás, este parece ser o critério correto quando no direito interno o preeito estiver inscrito tanto no direito substancial, quanto no direito processual.

Examinando-se sob este ângulo a natureza da regra que exclui a prova testemunhal para contratos de valor superior a determinada tarifa, fora dos conceitos da "lex fori", ainda assim se chegaria à conclusão de que é de direito processual e não de direito material, porque ela limita um princípio universalmente aceito como de direito processual, muito embora muitas legislações estrangeiras a tenham no elenco das disposições de direito substancial.