

# A Relativização do Ônus da Prova e a Justiça Constitucional: uma breve reflexão sobre a concretização de valores constitucionais em face da inércia legislativa

Nazareno César Moreira Reis\*

## 1 O estatuto da atividade probatória.

Em um sentido bastante amplo, podemos dizer que todo processo jurisdicional tem por objetivo aplicar uma disciplina jurídica a uma certa situação fática que é apresentada ao juiz. Seja para acolher o que o autor pede, seja para denegar, seja, enfim, para extinguir o processo sem apreciar o pedido, há em todo caso a inter-relação entre circunstâncias fáticas e normas jurídicas.

Os fatos que são discutidos no processo, por seu lado, comumente têm natureza histórica, isto é, ocorreram no passado; ou, se são presentes, precisam ser *conduzidos ao processo*, segundo as regras que tal atividade reclama. O trabalho probatório, desenvolvido pelas partes e pelo órgão judiciário, visa a reconstituir algo que passou ou *processualizar* algo presente. Como, em regra, as partes apresentam versões diferentes para os mesmos acontecimentos, incumbe a cada uma delas trazer aos autos elementos (provas) que apontem ou corroborem *a veracidade do que dizem*; e ao juiz, por seu turno, está cometido o dever de apreciar, segundo a lei, o material probatório que lhe é apresentado, expondo, fundamentadamente, na sentença, o caminho que percorreu para chegar à verdade que acabou por *admitir*.

Num processo, quem deve provar o quê? Quando se considera um fato comprovado? Que tipos de prova são admissíveis no processo? A quem é dirigida a prova? Como deve ser apreciado o material probatório, e quais os limites dessa apreciação? As normas jurídicas que respondem a essas perguntas constituem aquilo que chamaremos de o *estatuto da atividade probatória*, ou seja, o conjunto de preceitos que disciplinam a atividade processual — portanto, também jurídica — de requerimento, produção e apreciação da prova. Trata-se de um importante capítulo da processualística, pois está no núcleo da garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Sendo certo que os tribunais formam seu convencimento sobre as teses jurídicas em um nível relativamente abstrato e generalizante, desapegado por conseguinte dos casos particulares; sendo exato também que a prova visa a lograr o convencimento do juiz e não ao estabelecimento da verdade objetiva,<sup>1</sup> a instrução do processo é o ponto onde as partes mais têm possibilidade de influência sobre o conteúdo decisório do ato final do magistrado (a sentença), onde mais podem fazer ver ao órgão judiciário que o *seu caso é diferente*, e, paradoxalmente, onde mais estão expostas à própria fragilidade, em vista das draconianas presunções legais que são estabelecidas para a inércia ou deficiência no

\*Juiz Federal Substituto do 1º Juizado Especial Federal Cível/DF.

cumprimento do ônus de provar. Sob a perspectiva do julgador, a instrução é responsável pela inclusão dos elementos imponderáveis para o julgamento (já que o direito deve sempre ser conhecido: *iura novit curia*), o que de mais difícil há na atividade judicial — a valoração da prova —, a qual refoge completamente do raciocínio subsuntivo-formal, a que estamos habituados no pensamento jurídico. No julgamento do valor da prova, como dizia o Ministro Mário Guimarães, “exercita o juiz os seus conhecimentos de ordem geral e atua com os atributos que lhe são pessoais de perspicácia, de bom senso, de objetividade, de homem experiente. Nessa fase, pouco intervirá o jurista”.<sup>2</sup>

Daí o alto grau de interesse no estudo da sistematização jurídica da atividade probatória para o Estado de Direito, em ordem a aumentar a *intervenção do jurista* na apreciação da prova, nomeadamente naqueles pontos obscuros em que a lei vem, por meio de presunções e outros mecanismos semelhantes, a preencher os vazios deixados pelas partes.

## 2 O ônus da prova

A forma de distribuição do ônus da prova traduz a *responsabilidade* atribuída pela lei à parte, autor ou réu, no sentido de indicar a matéria a ser esclarecida por cada qual. A relevância dessas regras de distribuição da carga formal da prova só têm importância no âmbito do processo civil, já que na esfera processual penal o princípio inquisitivo abomina qualquer forma de presunção e, por isso mesmo, repele a verdade meramente formal, de modo que não se põe o problema de decidir sobre a responsabilidade pela prova dos fatos — que é de todos os sujeitos parciais do pro-

cesso. Como diz Florian, “no processo penal não há carga de formal de prova”<sup>3</sup>.

Pois bem. Interessa mais de perto às nossas reflexões justamente a distribuição do ônus da prova no processo civil, que é apenas uma parte do *estatuto da atividade probatória*, e que responde à primeira pergunta que fizemos acima (quem deve provar o quê?). Vamos nos deter sobre esse ponto.

Se abrirmos o nosso *estatuto da atividade probatória* (CPC, art. 333), encontraremos uma regra, aparentemente, clara e justa sobre o assunto:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Sob a perspectiva da política-jurídica, a distribuição do ônus da prova segundo as diretrizes do art. 333 do CPC apresenta profundo comprometimento com as idéias individualistas e burguesas do século XIX; é uma típica manifestação do liberalismo político, sobre a base de uma isonomia formal: quem afirma, deve provar; quem nega, *por ser juridicamente igual a quem afirma*, deve provar o que diz. Naturalmente, em linha de princípio, o liberalismo ainda apresenta atua-

lidade (CF, art. 5º, *caput*), afinal vivemos uma democracia, a qual supõe liberdade; mas, hoje, essa liberdade sofre severos temperamentos, à vista de circunstâncias particulares que recomendem a verificação de condições concretas para a institucionalização de uma *igualdade real* entre os titulares de direitos subjetivos litigiosos.

Tecnicamente, a regra do art. 333 do nosso CPC remonta às vetustas parêntias medievais sobre a prova, tais como: *actore non probante reus absolvitur; actore incumbit probati; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat; reus in excepcione actor est*. Isso, por si só, demonstra a dificuldade da matéria, pois mesmo passados tantos séculos as soluções, em termos de técnica legislativa, não mudaram quase nada.<sup>4</sup>

Ao recordarmos que o Texto Constitucional estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II), nem privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e que compete à União legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I), compreendemos facilmente que as regras sobre atividade probatória que estão no Código de Processo são um desdobramento lógico desses comandos constitucionais. Foi a maneira como o nosso legislador (de 1973) achou por bem tratar o assunto. Cuida-se, assim, do reflexo de um *valor constitucional*. Mas, será que tal disciplinamento, engendrado em 1973, *de modo tão indiferente ao direito material que é debatido em juízo*, está em sintonia perfeita com a nossa Constituição de 1988?

O advento de uma nova ordem constitucional, por revolver todo o alicerce so-

cial, político e econômico da comunidade, atinge extensamente a ordem jurídica pré-constitucional, à qual, sem exagero, passa a vigorar no condicional. Surge desse ponto a importância da *reflexão tópica*<sup>5</sup> e meticulosa sobre a vigência de normas anteriores à nova Constituição, designadamente sobre as que têm a seu favor o peso da tradição, pois é em relação a estas, sobretudo, que a Constituição se apresenta vulnerável, em vista da nunca revogada lei do menor esforço.

### 3 Valores constitucionais

Vamos a um caso particular, para ilustrar o que dissemos. Um idoso vem a juízo e afirma — sem testemunhas e sem documentos — que não possui meios de prover à própria subsistência nem de tê-la provida por sua família, pedindo por fim que lhe seja deferido o benefício assistencial de que trata o art. 203, V, da Constituição Federal vigente, em articulação com o art. 20 da Lei 8.742/93. A pessoa jurídica de direito público, em sua contestação, invoca o art. 333, I do CPC e diz que o autor não provou o “fato constitutivo do seu direito”, de modo que o pedido deve ser julgado improcedente.

O “fato constitutivo do direito” é a pobreza material. O autor, para ver seu pleito atendido, terá de demonstrar que é pobre o suficiente para merecer a assistência pública — entendendo-se como pobre quem tem renda familiar *per capita* inferior a ¼ de salário mínimo.

Ora, a nossa Constituição fala em pobreza e outros temas conexos em vários passos. No art. 203, V, diz que será pago um salário mínimo de benefício mensal à pessoa

portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Ainda na Constituição, encontramos no art. 203, *caput*, a promessa de que a assistência social será prestada *a quem dela necessitar*, independentemente de contribuição à seguridade social. Um pouco antes, no art. 193 da CF, uma retumbante norma-princípio, escolhida para abrir o Título da Ordem Social, diz que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como *objetivo o bem-estar e a justiça sociais*”. No art. 23, temendo qualquer conflito negativo de competência administrativa entre os entes da Federação, em matéria tão relevante, o constituinte afirmou que “*é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (inciso I); combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (inciso X)*”. O art. 6º da Constituição afirma, abertamente, que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, *a assistência aos desamparados*, na forma desta Constituição”.

Em sentido ainda mais amplo, descrevendo o escopo da própria Federação brasileira, o art. 3º diz que são *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil: (i) construir uma *sociedade livre, justa e solidária*; ... (iii) *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*. Voltando mais um pou-

co, no art. 1º, ao falar sobre os fundamentos do Estado brasileiro, isto é, sobre o motivo mesmo de existir a organização política em que vivemos, a Carta da República proclama: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.(...)*”.

Ainda mais: no Preâmbulo, antes de ditar normas, falando sobre valores materiais subjacentes, e invocando a proteção de Deus, disseram os constituintes de 1988 que o objetivo daquela reunião (da Assembléia Nacional Constituinte) era instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos *direitos sociais* e individuais, a liberdade, a segurança, *o bem-estar*, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como *valores supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. E até o poder constituinte reformador, tão ávido em cortar despesas nos últimos tempos, criou, por meio da Emenda Constitucional 31, de 14 de dezembro de 2000 — que adicionou os arts. 79, 80, 81, 82 e 83 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — um Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, para vigorar até o ano de 2010, com o objetivo de *viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência*.

Por bem dizer, é fora de qualquer vacilação o compromisso constitucional com a dignidade do ser humano, notadamente no que se refere à garantia de condições básicas de subsistência física. Tão desvelada é a preocupação da Carta Maior nesse particular que, a não ser para os que não crêem na força

normativa da Constituição, seria escusado mencionar.<sup>6</sup> Esta constatação impõe um rigoroso limite ao legislador ordinário, porquanto o obriga, como a todos os demais Poderes do Estado (incluído o Judiciário), a agir de tal modo que os atos que produza guardem perfeita harmonia com o espírito que tão notavelmente foi gravado no Texto Maior. Mais que mera exortação, a regra constitucional, qualquer que seja ela, dispõe de eficácia normativa, portanto cogente, impondo-se como força perene, a guiar a ação do Estado.<sup>7</sup>

A conjugação de regras constitucionais que se agrupam em torno de certas idéias-força compõem os *valores constitucionais*, que são os vetores da ordem jurídica, responsáveis pela manutenção da identidade e congruência do Texto Constitucional e, por reflexo, da legislação inferior. Assim, por exemplo, das regras há pouco referidas, podemos concluir muito claramente que o combate a pobreza é um *valor constitucional*; do agregado orgânico que constitui a disciplina desse tema particular podemos haurir uma finalidade transcendente, a exercer domínio sobre toda a matéria<sup>8</sup>.

#### 4 Justiça constitucional

Voltemos, então, ao exemplo hipotético que formulamos. De um lado, temos a regra — reflexo de um *valor constitucional*, como dissemos acima, item 2 — que disciplina o ônus da prova (CPC, art. 333, I), a exigir do autor da ação uma prova do fato que constitui o seu direito; do outro, observamos que o “fato constitutivo do direito do autor”, no caso, é um *valor* especialmente ponderado pela Constituição, porém *sem qualquer tradução prática na legislação processual*. Não

há uma regra sequer, no CPC, em matéria de ônus da prova, que trate de modo diferenciado a situação em exame. Como fazer essa complexa composição?

Uma constatação inicial e elementar é a de que os requisitos exigidos pela lei processual não podem ir ao ponto de motejar dos *valores constitucionais*, competindo ao Judiciário, sempre que necessário, recordar ao Estado o seu solene, perene e irrevogável compromisso com esses mesmos *valores*. Como diz Jorge Miranda:

O Direito Público passou por uma revolução *copernicana*, ou seja, a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam de *interpositio legislatoris* a uma fase em que se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações da vida — não resultou só em mudanças no regime político ou da idéia de Constituição. Resultou, sobretudo, no aparecimento de uma justiça constitucional, como tal estruturada e legitimada. Por isso, não bastam proclamações como as do art. 1º, 3, da Lei Fundamental da Alemanha, do art. 18º da Constituição de Portugal, do art. 53º, 1, da Constituição da Espanha ou do art. 5º, §1º, da Constituição brasileira para assegurar a força normativa dos preceitos constitucionais. Sem a justiça constitucional, o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática.<sup>9</sup>

A solução do problema proposto, assim, é da alçada da Justiça Constitucional — há um valor especialmente augurado pelo constituinte (combate à pobreza) que não foi devidamente desenvolvido pelo legislador infraconstitucional, daí *a necessidade de aplicação direta da Constituição*, sem qualquer *interpositio legislatoris*. Pode causar perplexidade tal solução: estamos acostu-



mados a ver a Constituição ser invocada somente quando o objetivo é espiolhar alguma inconstitucionalidade, mas quase nunca para *concretizar* um valor constitucional atrofia-do pela carência de mecanismos jurídicos inferiores. Nestes casos, o mais comum tem sido que a Constituição oriente-se para o definhamento, sob argumentos tais como a não auto-aplicabilidade, separação dos poderes, norma programática, etc., produzindo aquilo que Karl Lowenstein denominou de “erosão da consciência constitucional”<sup>10</sup>. A eficácia da Constituição, por esse entendimento, fica subjugada à ação do legislador ordinário, numa patente inversão de hierarquia entre normas fundadas e normas fundantes.

Mas é certo também que deve o hermenauta se esforçar para *salvar* os textos que interpreta, daí porque se mostra conveniente buscar, sempre que possível, na própria legislação inferior uma solução de compromisso entre os valores constitucionais em choque. E ela de fato existe, no caso do exemplo que formulamos. Trata-se do art. 4º, III, da Lei 8.742/93, o qual veda a *prova vexatória* para a demonstração de necessidade de auxílio da assistência social. Dessa maneira, uma vez afirmada a situação de necessidade pelo cidadão, e à vista da vedação de prova vexatória para a demonstração de tal fato (art. 4º, III, Lei 8.742/93), compete à Administração, por meios hábeis, mostrar eventual inexatidão.<sup>11</sup> A se exigir mais do que isso, o Estado brasileiro estaria não somente transigindo vergonhosamente com o avanço desenfreado da pobreza e da marginalização, à revelia da Constituição, como estaria mesmo colocando tal fato como pressuposto para a indispensável atuação pública, numa surpreendente e incompreensível subversão dos valores fundamentais da nossa República.

Que a parte, em face da insuficiência probatória de sua postulação, pode perder em juízo um direito do qual efetivamente é titular, isso é ponto pacífico na doutrina. A mera proclamação da instrumentalidade do processo não tem sido suficiente para coibir essa incongruência, e a solução para isso, rigorosamente, não está em querer negar o permanente desajustamento que há entre direito material e processo. O que propomos é fazer com que o *erro de fato*, se houver, recaia sobre o lado que defende um direito menos robusto, à luz dos valores constitucionais. Com isso, resolvemos duas questões tormentosas: a) temos uma regra de direito material permanente de colmatação das lacunas probatórias no processo, assim para o autor como para o réu;<sup>12</sup> e b) damos eficácia prática a *valores constitucionais* que não têm recebido do legislador ordinário atenção proporcional ao peso de que dispõem no sistema jurídico.

O argumento é válido não só para a demonstração de situação de pobreza, nem somente para o autor da ação, mas é aplicável em qualquer caso no qual um *valor constitucional* esteja em dificuldade de ser demonstrado em juízo, por manifesta carência de um mecanismo legal apropriado, em face da regra monolítica do art. 333 do CPC. Pode-se dizer mesmo que o peso do ônus da prova, modernamente, depende muito do fato que se quer demonstrar, pois se este fato está em conexão com uma norma constitucional de valor superlativo, então, como forma de preservar a proporção axiológica estabelecida pela Lei Fundamental, a parte adversa é que deve suportar a maior carga de dificuldade, sendo de todo inadequada a aplicação indiscriminada de uma regra apriorística como a do art. 333 do CPC.

E não é exclusivamente a distribuição do ônus da prova que deve ser revisitada sob a luz dos valores constitucionais — embora, neste trabalho, a reflexão se limite a isso —, mas todo o *estatuto da atividade probatória* precisa ser reconsiderado, ou, ainda mais amplamente, todo o nosso sistema processual necessita dessa perscrutação, dada a patente dissintonia que apresenta, em certos pontos, com a pauta axiológica do constituinte de 1988.<sup>13</sup>

## 5 Conclusões

Podemos resumir o que dissemos acima nas seguintes proposições:

I) A atividade probatória, dentro do processo, é disciplinada por lei da União, em atendimento ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e à competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). Denominamos de *estatuto da atividade probatória* o conjunto de regras jurídicas que disciplinam o requerimento, a produção e a apreciação da prova no processo;

II) O ônus da prova, que constitui uma importante parte do *estatuto da atividade probatória*, foi distribuído pelo legislador ordinário de forma indiferente ao direito material debatido em juízo (CPC, art. 333);

III) O combate à pobreza é um *valor constitucional* que ocupa posição de destaque na pauta axiológica da nossa Constituição vigente (CF, Preâmbulo e arts. 1º, III; 3º, I; 6º; 23, I; 193; 203, *caput*; ADCT, arts. 79, 80, 81, 82 e 83, acrescidos pela EC 31/00);

IV) Sem embargo da importância de que desfruta na Constituição, o combate à pobreza não teve tradução prática na legislação processual, notadamente no que se refere à distribuição do ônus da prova, e mais especialmente quando o pedido se dirige à obtenção do benefício assistencial a que se refere o art. 203, V, da CF/88;

V) Sempre que um valor constitucional estiver atrofiado, por ausência de mecanismos legais, o Judiciário deve exercer a chamada *Justiça Constitucional*, que é a aplicação direta da Constituição, sem *interpositio legislatoris*, como única forma de impedir que a inércia aniquile os compromissos constitucionais;

VI) No caso particular do ônus da prova de pobreza, para fins de obtenção do benefício assistencial (CF, art. 203, V), o exercício da *Justiça Constitucional* implica o reconhecimento de que a simples afirmação do autor da ação, quanto a esse fato, é suficiente para demonstrá-lo, salvo prova em contrário, a cargo da Administração.

VII) O ônus da prova, à luz da *Justiça Constitucional*, depende muito do fato que se quer demonstrar, pois se este fato está em conexão com uma norma constitucional de valor superlativo, então, como forma de preservar a proporção axiológica estabelecida pela Lei Fundamental, a parte adversa é que deve suportar a maior carga de dificuldade, sendo de todo inadequada a aplicação indiscriminada de uma regra apriorística como a do art. 333 do CPC.

VIII) De resto, não só a distribuição do ônus da prova deve ser revisitada sob a luz dos

valores constitucionais — embora, neste trabalho, a reflexão se limite a isso —, mas todo o *estatuto da atividade probatória* precisa ser reconsiderado ou, ainda mais amplamente,

todo o nosso sistema processual necessita de perscrutação, dada a patente dissintonia que apresenta, em certos pontos, com a pauta axiológica do constituinte de 1988.

Notas:

<sup>1</sup> Nesse sentido, GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*, trad. brasileira, Campinas: Bookseller, 2003, t. I, p. 299. Tanto é certo que o objetivo da atividade processual é o convencimento do juiz, e não o estabelecimento da verdade, que o art. 473 do Código de Processo Civil afirma que não transitam em julgado os motivos da decisão, mas apenas o dispositivo. Fica aberta, portanto, a possibilidade de rediscussão, em outro processo, dos fatos admitidos como verdadeiros na fundamentação da sentença. Ainda mais: o *erro de fato*, para ser motivo de rescisão de sentença, não pode ter sido objeto de controvérsia, assim como não deve ter havido pronunciamento judicial sobre o fato (CPC, art. 485, §2º), o que demonstra, à saciedade, que, se o juiz pronunciar algo sobre a prova — bem ou mal — o convencimento terá sido manifestado, não sendo lícito reabrir a discussão somente porque a *verdade objetiva dos fatos* supostamente não foi atingida.

<sup>2</sup> GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*, Rio: Forense, 1958, p. 313.

<sup>3</sup> FLORIAN, Eugênio. *De las pruebas penales*, trad., Bogotá: Têmis, 2ª ed., t. I, p. 142.

<sup>4</sup> Couture diz que no cúmulo de vacilações, de incertezas e de dúvidas, culminou um dia ante a necessidade de dar-lhe forma de um texto de direito positivo. O resultado foi o art. 133 do Projeto de Código de Procedimento Civil do Uruguai, com o seguinte texto: “Art. 133. Está a cargo das partes demonstrar suas respectivas proposições de fato. Quem pretende algo, deve provar os fatos constitutivos de sua pretensão; quem contradiz a pretensão do adversário, há de provar os fatos extintivos ou as circunstâncias impeditivas dessa pretensão. Sem prejuízo da aplicação das normas precedentes, os juizes apreciarão de acordo com o estabelecido no artigo seguinte — o dispositivo refere-se às regras do livre convencimento racional — as omissões ou deficiências na produção da prova.” (COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 3ª ed., 15ª reimp., 1988, pp. 247-248).

<sup>5</sup> Sobre a *argumentação tópica*, para uma rápida e clara exposição, embora sucinta, ver: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2001, pp. 322-326.

<sup>6</sup> Em 1862, justificando o aparecimento do seu livro *Os miseráveis*, Victor Hugo manifestou, entre constrangido e indignado, a incômoda necessidade de que se escrevesse sobre a pobreza, nesses termos: “Enquanto, por efeito de leis e costumes, houver proscricção social, forçando a existência, em plena civilização, de verdadeiros infernos, e desvirtuando, por humana fatalidade, um destino por natureza divino; enquanto os três problemas do século — a degradação do homem pelo proletariado, a prostituição da mulher pela fome, e a atrofia da criança pela ignorância — não forem resolvidos; enquanto houver lugares onde seja possível a asfixia social; em outras palavras, e de um ponto de vista mais amplo ainda, enquanto sobre a terra houver ignorância e miséria, livros como este não serão inúteis”. Lamentavelmente, e a despeito da Constituição que temos, entre nós seu livro ainda é muito útil ...

<sup>7</sup> Paulo Bonavides, a esse respeito, fala da necessidade de compreensão da “atmosfera axiológica da ordem jurídica” como dado fundamental para o entendimento do constitucionalismo moderno, *verbis*: “(...) A atmosfera axiológica da ordem jurídica que o constitucionalismo respira, como acabamos de ver nas reflexões acerca do Estado Social, é elemento capital de sua justificação e legitimidade, e se torna, mais do que nunca, uma exigência elucidativa das metamorfoses por que há passado o Direito Constitucional de nosso tempo. Sua normatividade se fortaleceu sobremaneira e já o vemos constituído em eixo ou centro que irradia para todos os ramos do Direito um critério normativo supremo, de transgressão inadmissível, ao qual se curvam todos os poderes e se conformam todos os atos jurídicos” (BONAVIDES, PAULO. *Os poderes desarmados: à margem da ciência política, do direito constitucional e da história – figuras do passado e do presente*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 40).

<sup>8</sup> A concretização de valores constitucionais não deve ser confundida com a aceitação dos chamados *blocos de constitucionalidade*, pois estes têm por objetivo expandir — para além do texto da Constituição formal — certos valores materialmente constitucionais, ao passo que a concretização é apenas uma maneira de tornar eficaz, em cada caso, a Constituição, respeitando, porém, os limites do texto. Sobre o conceito de *bloco de constitucionalidade*, ver: JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>>.

<sup>9</sup> *apud* STRECK, Lênio Luís. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 31.

<sup>10</sup> *Teoría de la constitución*, Barcelona: Ariel, 1983, p. 222.

<sup>11</sup> De resto, tem sido esta também a solução, inspirada no art. 4º da Lei 1.060/50, na hipótese de afirmação do estado de pobreza, para fins de obtenção dos benefícios da assistência judiciária gratuita. O ponto é pacífico na jurisprudência, bastando citar, a título ilustrativo, recente julgado do TRF da 1ª Região: “*Processual Civil. Benefício da Assistência Judiciária Gratuita. Impugnação. Declaração de Pobreza. Ônus da Prova*. 1. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (art. 4º da Lei 1.060/50). 2. Cabe ao impugnante provar a inexistência ou desaparecimento dos requisitos ensejadores da concessão do benefício, não sendo suficiente mero protesto, na vestibular da impugnação, à efetivação probatória das assertivas lá desenvolvidas. 3. Apelação improvida.” (AC 1998.38.00.041484-4 /MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira (rel. conv. Juiz Urbano Leal Berquó Neto), 5ª Turma, v.u., DJ de 28 /04/2003, p. 87).

<sup>12</sup> E nisto nos parece superior a técnica da concretização em face, por exemplo, da mera inversão do ônus da prova por força de lei (*ope legis*) ou por ato do juiz (*ope judicis*). Conquanto a inversão tenha a seu favor a segurança da aplicação apenas nas relações jurídicas indicadas (v.g., relações de consumo, *ex vi* do art. 6º, VIII,



CDC), reduzindo o arbítrio judicial, justamente por isso sofre também dos efeitos nefastos da inércia legislativa, porquanto fica na dependência de lei que a consagre. Isso para não falar nas infundáveis e contraproducentes discussões em torno do alcance da inversão, do momento processual em que deve ser feita, etc. Sobre a inversão do ônus da prova no CDC, consultar: MATOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Artigo in *Justitia*, São Paulo, 57 (170), abr./jun. 1995.

<sup>13</sup> Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o trabalho do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, publicado na *Revista de Processo*, 109, jan-mar de 2003, pp. 9-38, intitulado *Relativizar a coisa julgada material*, em que o mestre paulista propõe uma revisão do alcance da coisa julgada, de modo a indicar critérios para a relativização racional e equilibrada desse instituto processual, sopesando valores e opinando sobre quais devem prevalecer sobre o desta e quais não, em quais circunstâncias sim e em quais circunstâncias não.

---