

ANDRÉ LUIZ ACHE MANSUR

**O DIREITO À PROVA ENTRE O NOVO CÓDIGO CIVIL, O CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Curso de Direito, da Faculdade de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2006

**O DIREITO À PROVA ENTRE O NOVO CÓDIGO CIVIL, O CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

ANDRÉ LUIZ ACHE MANSUR

**O DIREITO À PROVA ENTRE O NOVO CÓDIGO CIVIL, O CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Curso de Direito, da Faculdade de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2006

Dedico este trabalho para uma pessoa muito especial na minha vida, alguém que acompanhou toda a dificuldade que enfrentei nos últimos anos. Obrigado por tudo Karina.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	ii
Introdução	1
A prova como instituto de direito material e as diferenças entre a prova e a forma dos atos	3
Conceito e função das provas	7
Objeto das provas	10
Classificação das provas	12
Direito à prova	15
Princípios probatórios	17
Princípio dispositivo	17
Iniciativa da prova pelo juiz	17
Princípio da necessidade	19
Princípio da isonomia entre os meios de prova	19
Ônus da Prova	22
Destinatário das provas	23
Proposição, admissão e produção	25
Os meios de prova, os sistemas de valoração e a descoberta da verdade	29
Provas ilícitas	31
Conceito	31
Admissibilidade das provas ilícitas	32
Confissão	37
Conceito	37
Indivisibilidade da confissão	38
Documento	40
Conceito	40
Documento público e documento particular	41
Indivisibilidade do documento	52
Testemunha	44
Conceito	44
Requisitos de admissibilidade	44
Presunção	48
Perícia	50
Natureza jurídica	50
Aplicação do princípio da imparcialidade do juiz	50
Requisitos de admissibilidade	51
O perito	52
Os assistentes técnicos das partes	53
Considerações finais	55
BIBLIOGRAFIA	58

Introdução

O Estado desempenha a jurisdição mediante o processo. É o juiz, em nome do Estado, que a exerce e em razão disto, deve ser imparcial. O escopo jurídico da jurisdição é a atuação das normas de direito substancial (direito objetivo). É através dela que a parte busca, perante o Poder Judiciário, via processo judicial, a satisfação de sua pretensão.

A jurisdição se sujeita a alguns princípios que a informam, tais como o princípio da inércia, da indelegabilidade, da inafastabilidade, da indeclinabilidade e o da inevitabilidade das suas decisões.¹ Por sua vez, se jurisdição é atividade desempenhada mediante um processo, este também está sujeito a uma série de princípios, os quais configuram o devido processo legal.

E se a jurisdição deve observar o princípio da inafastabilidade, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, princípio este repetido pelo artigo 126 do Código de Processo Civil pelo qual “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei...”, ela também deve observar o princípio da inércia pelo qual a jurisdição só atua quando provocada.

Isto porque nosso sistema acusatório exige a provocação da jurisdição pelas partes, pois que inerte, além do que isto garante maior imparcialidade ao juiz. Assim, cabe a quem tiver interesse dar início ao processo, e neste produzir as provas necessárias conforme as regras de distribuição de ônus de prova.

Diante disto, a atividade probatória a ser desenvolvida pelas partes é de vital importância para o sucesso no processo, isto em face da exigência constitucional de motivação das decisões judiciais previstas no artigo 93, IX, pelo qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”. “O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas

¹ Neste sentido: JÚNIOR, Humberto Theodoro. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. v. 1 Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 22ª ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005, p. 151-154.

e às alegações em que se fundamentará a decisão: *judex secundum allegata et probata partium iudicare debet.*"²

Trata-se de uma forma de garantir a imparcialidade do juiz no exercício da jurisdição. Porém, o princípio dispositivo cede lugar quando a causa versar sobre direitos indisponíveis, ou quando o interesse público for maior, casos em que o juiz poderá requerer, *ex officio*, as provas que julgar necessárias.

Por isto a previsão do artigo 130 do Código de Processo Civil, pelo qual "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

E pelo artigo 131 do mesmo diploma, "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento". Trata-se aqui do princípio da persuasão racional ou do livre convencimento racional do juiz, pelo qual o magistrado poderá avaliar as provas livremente segundo critérios racionais e críticos.

Por ter, então, esta importância vital para o processo, a análise que será feita neste trabalho diz respeito às provas, às particularidades que este instituto comporta. Analisaremos, adiante, o conceito de prova, seu objeto, as regras de distribuição de ônus probatório, seus princípios, a valoração que o juiz poderá fazer delas no processo, em suma, todo este arcabouço que envolve o instituto em questão.

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 22^a ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005, p. 70.

A prova como instituto de direito material e as diferenças entre a prova e a forma dos atos

Há razões para incluir este instituto no campo do direito material, isto porque a prova esta regulada tanto pelo direito processual quanto pelo material. A teoria geral das provas invade tanto a esfera material quanto a esfera processual do direito. É tratada tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Processo Civil.

A lei é o objeto da interpretação do homem. Dela se extrai a norma, que é o resultado desta interpretação. A norma é composta de uma hipótese de incidência (descrição de um comportamento humano juridicamente relevante, um fato) e um conseqüente (direitos e deveres). O objetivo da norma jurídica é regular o comportamento humano. Somente quando ocorrer um fato previsto pela norma jurídica é que haverá um direito a ser reclamado por aquele que praticou este fato. Assim, qualquer direito tem por fundamento um fato anterior que o justifica.³

Considerando que dos fatos resultam os direitos, e sendo a prova o meio pelo qual se demonstra a existência de um fato, ou de um negócio jurídico, coube ao Código Civil disciplinar de forma geral a matéria. O Direito Civil regulou os meios de prova e o direito processual traçou os limites da produção da prova, sua apreciação pelo juiz, bem como a técnica de produzi-la em juízo.⁴

Assim, as fontes de prova e o ônus probatório são institutos notadamente tratados tanto pelo direito processual quanto pelo substancial. Trata-se de categorias bifrontes, pois possuem um conteúdo processual substancial, cuja regência vem do direito material, mas cujo tratamento e utilidade se verificam no processo. Por sua vez, objeto de prova, meios de prova e os critérios de valoração de prova são categorias exclusivamente processuais.⁵

Claro isto, tenhamos de início que o objeto das provas são os fatos controvertidos no processo, e fatos nada mais são do que manifestações que por nós podem ser sentidas. Manifestamos nossa vontade mediante alguma forma. A

³ Neste sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 1 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 438.

⁴ Neste sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. **DIREITO CIVIL: Parte Geral**, v. 1, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 548.

⁵ Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. V. III, 3ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 47-48.

prova que se fará no processo é a da ocorrência dos fatos, desde que restem controvertidos no processo como veremos adiante.

Assim, forma e prova não se confundem.⁶ Para que nossa vontade gere efeitos no mundo jurídico devemos exteriorizá-la. Demonstramos nossas vontades através de diversas formas. A forma é, portanto, o modo de expressão da vontade. Pode ser um simples gesto com a mão ou um documento.⁷

Verdade é que a forma serve como prova do negócio jurídico. A observância da forma, inclusive as não solenes, isto é, livres, determinam a eficácia jurídica de determinado negócio jurídico. O Código Civil, por exemplo, prevê no artigo 104 que "a validade do negócio jurídico requer: III – forma prescrita ou não defesa em lei".

Já pelo artigo 107 "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir". Portanto, o que se exige é uma forma, pois não há como se reconhecer importância jurídica para o simples pensamento. É necessário externar este pensamento através das várias formas possíveis para que se reconheça validade jurídica a esta vontade. Ainda, prevê o artigo 166 do Código Civil que "é nulo o negócio jurídico quando: [...] IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade".

É evidente que não podemos exigir de todas as pessoas conhecimentos jurídicos, pois estes são dominados por poucos e o acesso a eles custa caro. É muito comum verificarmos, a despeito da boa-fé dos negociantes, acordos de vontade praticados em desconformidade com a lei. Imaginar que uma pessoa que vive no meio rural conhece todas as particularidades da lei é idealizar a sociedade. Tampouco podemos exigir das camadas mais pobres da população estes conhecimentos.

Diante disto, no artigo 170 do Código Civil está o que a doutrina classifica como conversão substancial do negócio jurídico. Há um exemplo clássico que é o caso de nota promissória nula ser considerada como uma confissão de dívida. Pelo artigo 170 "se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro,

⁶ Neste sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. **DIREITO CIVIL: Parte Geral**, v. 1, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 541-546.

⁷ Neste sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. **CURSO DE DIREITO CIVIL: Parte Geral**. 39ª ed., rev., atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 283.

subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

Considerando então que a forma é o modo pelo qual exteriorizamos nossas vontades, gerando assim efeitos no mundo jurídico, o que na verdade importa é a vontade das partes. Se esta é lícita e somente a forma padeceu de algum vício, deve-se aplicar, quando couber, a teoria da conversão substancial do negócio jurídico, pois o que de boa-fé foi acordado assim se possível deve permanecer.

Portanto, as provas não se confundem com as formas. Existem vários significados para o vocábulo “prova”, como por exemplo, o meio capaz de demonstrar um fato. O que na realidade se prova são fatos, manifestações de vontade, exteriorização do pensamento humano mediante alguma forma. O que está transcendendo não interessa, pois não assume forma alguma, não há como demonstrar. É por isto que o silêncio, facilmente detectado pelos sentidos, pode ser utilizado como prova, pois não deixa de ser uma manifestação da vontade humana que assume esta forma silenciosa de se expressar.

Quando o Código Civil prevê determinada forma para a validade do negócio jurídico este somente poderá ser tido como válido quando esta for obedecida. Caso a forma não seja observada, não há meio hábil que prove a validade do negócio jurídico, pois que a própria lei o considerou inválido por inobservância de forma. Quando, porém, não houver forma prescrita, e restando exteriorizada a vontade, o negócio poderá ser provado mediante qualquer meio de prova admitido em direito.

Pelo artigo 212 do Código Civil ⁸ “salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia”. Ainda, pelo artigo 332 do Código de Processo Civil “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Verificamos a utilidade de um direito, ou o seu potencial gozo, na possibilidade de se realizar a prova do fato que o originou. De nada adianta possuir um direito se não há os meios para prová-lo, seja judicialmente ou

⁸ Entendendo que as provas arroladas no artigo 212 são invocáveis, em princípio, acerca de quaisquer fatos, jurídicos ou simples: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o Título “Da Prova” do novo Código Civil. **REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL** Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 97-113, abril-junho de 2005, p. 100-101.

extrajudicialmente. Na verdade, o que se deve provar não é o direito, prova-se o fato relacionado a um direito.⁹

⁹ Neste sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. **DIREITO CIVIL: PARTE GERAL**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 548 - 549.

Conceito e função das provas

Servimo-nos das provas no processo para demonstrar ao juiz quem tem razão e para tanto é importante que se provem os fatos alegados e contraditos no processo. Os elementos externos ao processo que as partes e o juiz utilizam para o conhecimento de fatos relacionados ao conflito são trazidos para o processo através dos meios processuais instrumentais. “A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.”¹⁰

Instaurado o processo, em regra é na fase instrutória que as partes devem provar os fatos por elas alegados. “O resultado a ser obtido mediante a instrução é o conhecimento dos fatos e conseqüente firmeza para proferir a decisão. Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.”¹¹

O vocábulo “prova” comporta, e isto já foi dito anteriormente, vários significados. Prova vem do latim “*probus*” que significa idôneo, verdadeiro. Sendo o objetivo da prova demonstrar a veracidade das alegações, pode tanto significar o conjunto ordenado de atividades de verificação da veracidade das afirmações, como o resultado a que se chega com essas operações. “Os meios de prova inserem-se nesta dinâmica como técnicas de manipulação dos elementos externos, de modo a extrair deles as representações da realidade necessárias para julgar.”¹²

Pelo artigo 282, III do Código de Processo Civil, “a petição inicial indicará: [...]; III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Isto tem sua importância por ser dos fatos juridicamente relevantes que os direitos nascem, se modificam e se extinguem. Daí a razão da previsão do artigo 333 do Código, pelo qual “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”.

¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 22ª ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005, p. 371.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. V. III, 3ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 43.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. V. II, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 614.

É importante distinguir a fonte de prova do meio de prova. As fontes chegam ao processo através dos meios. A testemunha, por exemplo, é uma fonte de prova. Já o testemunho dado por ela é um meio de prova.¹³ Os elementos externos considerados em sua aptidão a fornecer indicações úteis ao julgamento são fontes de prova. Para Dinamarco, "... fontes de prova são elementos externos ao processo e possivelmente existem até antes dele, sendo representadas por pessoas ou coisas das quais se possam extrair informes úteis ao julgamento; e meios de prova são as técnicas destinadas a atuar sobre as fontes e delas efetivamente extrair o conhecimento dos fatos relevantes para a causa."¹⁴

Nesta esteira de pensamento podemos concluir que o vocábulo prova pode significar tanto as atividades e técnicas de verificação, isto é, os meios de prova, quanto o resultado a que se chega com elas que é o convencimento do juiz, ou os elementos materiais externos mencionados por Dinamarco, isto é, as fontes de prova sobre as quais são exercidas aquelas atividades.

Não há como negar esta função da prova que é a de levar ao juiz da causa o conhecimento dos fatos, provando-se as alegações que a parte faz no processo. Prova, portanto, é o modo através do qual o magistrado conhece os fatos que embasam a pretensão das partes, é o instrumento processual adequado a levar ao conhecimento do juiz os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.¹⁵

Portanto, temos que uma das funções de se provar os fatos alegados e contestados é convencer o juiz da veracidade destas alegações, possibilitando assim que o magistrado decida a lide conforme as convicções que tenha feito sobre o caso, dando procedência ou não ao pedido do autor, reconhecendo ou não o direito pleiteado.

A importância de demonstrar ao juiz a veracidade das alegações e, conseqüentemente, produzir convencimento nele reside no fato da exigência constitucional de motivação das decisões judiciais previstas no artigo 93, IX, pelo

¹³ Neste sentido: DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A PROVA NO PROCESSO CIVIL**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. V. III, 3ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 48.

¹⁵ Neste sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 1 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 438-439.

qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

Dependendo dos meios utilizados para se demonstrar os fatos, isto é, dependendo das provas utilizadas no processo, poderá o autor da ação obter uma sentença favorável ou não ao seu interesse. Isto porque as provas determinam o sucesso da parte no processo. Quem não tem como provar os fatos não pode almejar a uma decisão favorável.

Quando se prova um fato, quando se demonstra que o fato aconteceu e que aquilo que se está alegando é verdade, independentemente do meio utilizado para isto, ressalvados os casos de provas inadmissíveis, produz-se convencimento no juiz. Neste aspecto, prova é qualquer meio que a parte pode lançar mão no processo para demonstrar que aquilo que alegou e que foi contestado é verdadeiro, produzindo assim convencimento no juiz da causa.

A doutrina, em geral, não costuma fazer muitas referências à prova como o resultado que as atividades produzem, utiliza mais o conceito de prova como o modo, o meio através do qual se produz convencimento no juiz. Assim, todo meio utilizado como prova dos fatos deve obedecer às exigências da lei para que possa ser admitido e eventualmente produzido no processo. Pela Constituição Federal, por exemplo, no artigo 5º, LVI, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

O conceito de prova como meio pelo qual se demonstram os fatos ao juiz, convencendo-o da veracidade das alegações, é o que melhor define o instituto da prova. Meios de prova são as atividades pelas quais os fatos chegam ao conhecimento do juiz, e que podem ser diretos (inspeção judicial, fatos notórios) ou indiretos (documentos, testemunhas). Já o conteúdo da prova é o resultado que o meio produz, ou seja, o conhecimento que o juiz passa a ter dos fatos.

Portanto, conceitualmente, a prova é um meio através do qual levamos ao juiz toda nossa esperança de convencê-lo acerca da veracidade das alegações feitas em juízo. O conteúdo desta prova são os próprios fatos nela demonstrados.

Objeto das provas

Todo direito tem um fato jurídico que o justifica. Assim, os direitos nascem, se modificam e se extinguem em função dos fatos juridicamente relevantes. Disto resulta que os fatos é que devem ser provados pelo autor da demanda, e não é qualquer fato, mas sim os fatos controversos do processo. Alegado o fato em juízo e este restar contestado, cabe a parte que o alegou provar sua veracidade.

Não necessitam de provas os fatos notórios, os impertinentes à causa, os irrelevantes, os incontroversos, os impossíveis e aqueles cobertos pela presunção de veracidade.¹⁶ São fatos que não necessitam de ser provados ao juiz da causa.

Nestes casos, aplica-se o artigo 330 do Código de Processo Civil pelo qual “o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

Ainda, pelo artigo 334 do Código de Processo Civil “não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Os fatos notórios devem ser apurados em cada caso, não há parâmetro legal para servir de base. Os incontroversos não são objeto de prova. No caso da presunção, será relativa quando ceder face prova em contrário, sendo, entretanto, absoluta quando não ceder mediante prova em contrário, embora sustento a tese de que não exista em nosso sistema jurídico espaço para a presunção absoluta.

Sendo objeto das provas os fatos controversos e sendo a prova o meio pelo qual procura-se demonstrar a verdade das alegações, a presunção do artigo 334, IV deve ser tida como relativa, pois admite prova em contrário. Um exemplo é o do artigo 322 do Código Civil pelo qual “quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”.

¹⁶ Neste sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 22ª ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005, p. 372-373.

Por fim, os fatos que não tragam nenhuma colaboração à solução da causa, os fatos que por sua natureza e contexto sejam irrelevantes para a solução do conflito delimitado pela lide, ou os fatos considerados impertinentes, estes fatos não se caracterizam como objeto de prova.

Tendo em vista que as provas são os meios utilizados para demonstrar a veracidade dos fatos, pois o que resulta controvertido no processo deverá ser objeto de prova, a atividade probatória visa demonstrar que as alegações feitas são verdadeiras e, portanto, dignas de credibilidade no momento de julgar.¹⁷

Assim, uma vez marcada a audiência preliminar do artigo 331 do Código de Processo Civil e em não sendo obtida a conciliação prevista no seu §1º, reza o §2º que “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”. É relativamente a estes pontos controvertidos que as partes devem produzir as provas.

Portanto, sendo as provas os meios utilizados pela parte para demonstrar a verdade de suas alegações, somente devem ser provados aqueles fatos que tiverem pertinência com a causa e que restarem controvertidos nela. O objeto da prova são estes pontos controvertidos, as alegações feitas em juízo e que restarem controvertidas, duvidosas. Qualquer outro fato que não tenha pertinência com a causa ou que nada contribua para a solução do conflito não constituem objeto de prova.

¹⁷ Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. V. II, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 614.

Classificação das provas

Há na doutrina quem classifique as provas em: a) geral ou livre, que são as que traduzem o princípio da livre admissibilidade da prova, desde que obtida por meio lícito, e b) em especial, que são aquelas para as quais a lei exige vinculação a um requisito qualquer.

O melhor é classificar as provas em: vinculadas e não vinculadas. As vinculadas somente terão valor de prova quando reproduzirem estritamente a forma prescrita em lei para a realização do negócio jurídico. As não vinculadas são aquelas que, para provar o negócio jurídico, ou qualquer outro fato ao qual a lei não prevê forma específica, não precisam coincidir com a forma pelo qual o negócio foi praticado, sendo cabível então qualquer meio de prova admitido em direito.

Podemos ainda classificá-las conforme três aspectos a seguir: objeto; sujeito; e forma. Considerando o objeto da prova pode ser direta ou indireta. Será direta quando o objeto for a própria coisa, mas será indireta quando o exame for de coisa diversa, donde se deduz a coisa que se quer verificar, isto é, o fato controverso.

Considerando o sujeito a prova pode ser pessoal (verificação da pessoa) ou real (verificação de coisas). Já considerando a forma a prova divide-se em: testemunhal; documental; e material. Quanto as duas primeiras consistem elas na verificação de pessoas na forma da oralidade e na verificação de fatos consubstanciados em documentos, respectivamente. Já a prova material é a verificação de coisa na materialidade de suas formas.¹⁸

Há quem classifique as provas em plenas ou semiplenas, sendo plenas quando fizerem fé bastante para liquidar a questão e semiplenas as que não produzem fé bastante para liquidá-la. Assim, prova plena é aquela considerada suficiente para o juiz da causa decidir a controvérsia. As semiplenas, apesar de produzirem alguma fé, são insuficientes para ensejar só por elas a decisão da controvérsia.¹⁹

¹⁸ Neste sentido: OLIVEIRA DEDA, Artur Oscar de. **A PROVA NO PROCESSO CIVIL**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11-12.

¹⁹ Neste sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. **CURSO DE DIREITO CIVIL: PARTE GERAL**. 39ª ed., rev., e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 291-292; OLIVEIRA DEDA, Artur Oscar de. **A PROVA NO PROCESSO CIVIL**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.13.

A classificação das provas em plenas e semiplenas é antiga, vem desde a época das ordenações e é muito criticada pelos autores, sendo que alguns chegam a chamá-la de arbitrária, sem critérios científicos, inútil e ilógica.²⁰

Quando a lei fala em prova plena devemos interpretá-la conforme os princípios que informam hoje o nosso sistema jurídico. Assim, pelo artigo 225 do Código Civil “as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão”.

Assim, a prova plena cede perante prova em contrário, ou quando o meio utilizado for tachado de ilícito, ilegal. Há sempre nestas previsões uma presunção relativa. Ressalta-se que o nosso sistema é avesso a idéia de prova plena, pois que consagra o princípio da liberdade de apreciação da prova pelo juiz da causa consagrado no artigo 131 do Código de Processo Civil.

Está no artigo 131 do Código de Processo Civil que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. O direito brasileiro não admite mais as provas com valor absoluto.

O princípio da livre apreciação das provas, que alguns autores chamam de princípio do livre convencimento motivado do juiz, não deve se sucumbir ao princípio da prova plena. Não há mais espaços em nosso sistema jurídico para a antiga distinção das provas em plenas e semiplenas.

Há também a distinção em provas preconstituídas e casuais. São casuais as provas *ex post facto*, tais como o depoimento testemunhal. As preconstituídas são aquelas que o legislador ordena por previdência, dadas para que no futuro não se levantem dúvidas em torno da realidade de um fato, de uma obrigação de qualquer ato jurídico, tendo como exemplo a prova literal.

As provas simples ou casuais são as que se fizeram no curso da demanda ou por causa dela, e as preconstituídas são aquelas preparadas preventivamente tendo em vista a possível necessidade em futura demanda.²¹

²⁰ Neste sentido: ARAGÃO, E. D. Moniz de. Regras de Prova no Código Civil. **REVISTA DE PROCESSO**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 116, p. 11-28, julho-agosto de 2004, p. 22.

Podemos classificá-las também em históricas ou críticas. Estas são aquelas que oferecem ao juiz os elementos para que possa formar uma idéia a respeito do que se discute no processo, para que possa deduzir pela existência ou não dos fatos controvertidos. As históricas são as que traduzem o fato controvertido, reproduzem o fato sem a necessidade de dedução, como é o caso das testemunhas.²²

Por fim, nosso sistema admite ainda tanto as provas típicas quanto as atípicas. Estas se referem ao modo pelo qual chegam ao processo as informações extraídas das fontes de prova. Não se referem às fontes, pois estas têm previsão legal e consistem em pessoas, coisas e fenômenos naturais ou artificialmente provocados.

²¹ Neste sentido: LISBOA, Roberto Senise. **MANUAL DE DIREITO CIVIL**: v.1 Teoria Geral do Direito Civil. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 634-636.

²² Neste sentido: OLIVEIRA DEDA, Artur Oscar de. **A PROVA NO PROCESSO CIVIL**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

Direito à prova

Trata-se de todo um conjunto de normas previstas tanto pela Constituição federal quanto pela legislação infraconstitucional que servem àquele que pretende demonstrar em juízo que os fatos alegados são verdadeiros. “Ele é exercido mediante o emprego de fontes de prova legitimamente obtidas e a regular aplicação das técnicas representadas pelos meios de prova.”²³

A Constituição Federal garante o direito à prova em diversas passagens de seu texto. Assim, a título de exemplo, no artigo 5º, LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No Código de Processo Civil, temos que pelo artigo 332 “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Da interpretação deste artigo podemos concluir que por ele foram assegurados os meios, que devem ser os legais ou ao menos os moralmente legítimos, e as fontes de prova, isto é, as pessoas ou coisas sobre as quais irão ser empregados os meios para a extração da verdade.

Assim, direito à prova é uma garantia sem a qual não há processo, pois a própria Constituição Federal garante em seu texto o direito de defesa. Trata-se de uma garantia do justo processo que encontra amparo nos princípios do contraditório e da ampla defesa. É uma garantia de acesso às fontes e aos meios de prova.

O direito à prova encontra seu limite na própria Constituição quando veda as provas ilícitas. Também, nas leis infraconstitucionais encontramos limites ao direito à prova. Assim, há momentos oportunos para que a parte produza as provas que julgar necessárias, há momentos em que se não produzidas é declarada a preclusão, devendo-se observar, por exemplo, o procedimento previsto na lei.

O novo Código Civil, com suas regras sobre direito probatório, concorre com o Código de Processo Civil na regulamentação da matéria. No § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil consta que a lei posterior revoga a anterior quando

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. V. III, 3ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 47.

expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a anterior.

Como não houve revogação expressa e a doutrina ainda não encontrou exemplos de incompatibilidade, a doutrina vem afirmando que as normas do Código Civil e as do Código de Processo Civil coexistem, e não há razões para que se afirme o contrário. Trata-se de matéria regulada tanto pelo direito material quanto pelo direito processual.

Portanto, o direito à prova consagra todas estas prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais do processo, uma vez que por meio das provas é que a parte convencerá o juiz da causa que o direito alegado tem fundamento e é carecedor de uma tutela jurídica.

Princípios probatórios

O direito à prova não pode ser exercido livremente, quer pelas partes quer pelo juiz. Antes disso ele deve observar alguns princípios, os quais restringem e garantem o direito à prova no processo. E não apenas no processo civil eles têm aplicação, mas também no processo do trabalho e, quiçá, no processo penal, onde a prova tem mais uma função de averiguação do que de comprovação.²⁴

Princípio dispositivo

Intimamente ligado à idéia de que o Poder Judiciário somente atua por iniciativa das partes, pois que o juiz deve ser imparcial e por isto não lhe compete instaurar um processo em favor de alguém, nem requerer as provas necessárias ao caso, atualmente este princípio vem sendo relativizado em nosso sistema jurídico.

Assim, tradicionalmente, e especialmente no processo civil, a iniciativa do processo e das provas é das partes. Entretanto, há algumas exceções, e a mais clássica forma de mitigação deste princípio é o poder conferido ao juiz de requerer provas de ofício. Deste pensamento concluímos que a iniciativa da prova pelo juiz é uma exceção ao princípio dispositivo.

Iniciativa da prova pelo juiz

Na visão clássica do processo civil, o juiz comporta-se como mero espectador das partes. Sua participação no processo é puramente passiva. Às partes cabe o ônus de provar os fatos controvertidos no processo. A idéia central desta visão é o princípio da disponibilidade dos direitos em conflito.

Entretanto, não apenas sobre direitos disponíveis é que pode versar uma demanda judicial. Isto também ocorre em sede de direitos indisponíveis, como nas relações de direito de família. São questões de ordem pública, regidas por

²⁴ Neste sentido: ALMEIDA, Isis de. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**. 8ª ed. atual. e ampliada, incluindo comentários sobre as mais recentes modificações e inovações ocorridas na área processual civil e trabalhista. São Paulo: LTr, 1997, p. 112-114.

fundamentos de ordem pública. Nestes casos, as omissões das partes podem comprometer direitos sobre os quais não podem dispor.

Pelo artigo 125 do Código de Processo Civil “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento”. A Constituição Federal prevê no artigo 5º, LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Para garantir o princípio constitucional da ampla defesa, e para evitar desigualdades entre as partes, geralmente fruto de uma desigualdade econômica, assegurando assim aos litigantes igualdade de armas no processo, de maneira a respeitar o princípio da isonomia, nosso ordenamento jurídico prevê que o juiz poderá determinar de ofício as provas necessárias ao bom desfecho do processo.

Sendo a função da jurisdição a busca pela justiça, é de vital importância o poder instrutório que possuem os juízes em nosso sistema processual. Assim, pelo artigo 130 do Código de Processo Civil, “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Pode o juiz intervir na busca e na produção de meios de prova para que a jurisdição cumpra o seu dever que é o de propiciar as partes o acesso à justiça. Não há sequer uma voz na doutrina que entenda de forma contrária. E tanto é assim que pode o juiz tomar estas iniciativas buscando na lei os fundamentos para isto. Cite-se como exemplo os artigos 125, I do Código de Processo Civil, a norma do artigo 5º, caput, e inciso LV, da Constituição Federal.

Podemos concluir que o dever de promover a igualdade entre os litigantes exige que o juiz atue como agente da justiça e não como mero refém das condutas e omissões das partes, geralmente frente à indisponibilidade dos direitos e relações jurídicas permitem que o juiz determine de ofício as provas necessárias ao bom desfecho do processo. Entretanto, isto não será tão comum em causas que versem sobre direitos disponíveis face o caráter predominantemente dispositivo destes, causas que exigem a necessária imparcialidade do juiz.

Princípio da necessidade

Tem como fundamento a necessidade do juiz da causa fundamentar suas decisões. Pela Constituição Federal, artigo 93, IX, “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

Assim, a prova aparece como um dos requisitos de aplicação do Direito, pois que, com exceção dos fatos que independem de provas (notórios, os impertinentes à causa, os irrelevantes, os incontroversos, os impossíveis e aqueles cobertos pela presunção de veracidade) as simples alegações das partes não bastam para fundamentar uma decisão.

Diante disto, só se produzem provas necessárias para a solução da lide. O juízo de admissibilidade das provas se faz mediante a avaliação de três critérios: controvérsia; pertinência e relevância. Assim, os fatos objeto de provas devem ser os controvertidos (alegados por uma parte e contestados pela outra parte), pertinentes ao caso, isto é, devem estar contidos nas questões de fato, e devem ser relevantes para fundamentar uma decisão.

Princípio da isonomia entre os meios de prova

Pelo artigo 131 do Código de Processo Civil “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Trata-se do princípio do livre convencimento motivado do juiz. Assim, evidente que não há, portanto, hierarquia entre os diversos meios probatórios admitidos pelo sistema jurídico brasileiro.

Parte da doutrina fala que há situações em que a isonomia entre os diversos meios de prova desaparece, pois que haveria prevalência de um determinado meio de prova sobre os demais.²⁵ Outra parte da doutrina ainda tenta por outros exemplos demonstrar a existência de exceções à isonomia dos meios de prova. “A

²⁵ Neste sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 1 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 440.

inexistência de hierarquia entre os meios de prova sempre desaparecerá quando houver norma expressa determinando a prevalência de um meio sobre o outro. Por exemplo, não será admitida prova testemunhal se o fato já estiver provado por documento (art. 400, I).”²⁶

Entretanto, não é bem assim que as coisas acontecem. Quando a lei exige algum requisito, por exemplo, o instrumento público, para que determinado fato seja considerado válido, este é da substância do ato. Já estudamos que pelo artigo 104 do Código Civil “a validade do negócio jurídico requer: III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

A não observância da forma prescrita torna nulo o negócio jurídico, pois que pelo artigo 166 do Código Civil “é nulo o negócio jurídico quando: IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”.

Não acredito naqueles que defendem que há exceção à isonomia dos meios de prova, o que há é uma exigência da lei para que determinado ato observe algum requisito legal sob pena de ser inválido, nulo. Assim, quando o artigo 366 do Código de Processo Civil diz que “quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode supri-lhe a falta”, não está criando exceção à isonomia entre os meios de prova, apenas está exigindo prova de que o ato realmente observou os requisitos da lei para sua validade.

Não há porque então se concluir que quando o ato não preencheu os requisitos da lei, qual seja, um instrumento público, por exemplo, e nosso sistema não admitir qualquer outro meio que não o instrumento público para demonstrar a validade ou a existência deste ato, haveria uma exceção à isonomia entre os meios probatórios, pois para provar que o ato existiu e é válido somente demonstrando a presença dos requisitos exigidos pela lei para sua validade.

Pelo artigo 400 do Código de Processo Civil “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de

²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 1 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 440.

testemunhas sobre fatos: I – já provados por documento ou confissão da parte; que só por documento ou exame pericial puderem ser provados”.

A razão deste artigo é simples e não nos leva a concluir que há uma exceção à isonomia dos meios de prova. Não há porque gastar o tempo do Judiciário para produzir provas inúteis, isto é, provas sobre fatos já provados no processo e que, portanto, não restam mais controvertidos sendo desnecessário produzir outras provas sobre eles.

O Poder Judiciário está abarrotado de causas pendentes de julgamento. Oneram ainda mais este fato as inúmeras diligências que devem ser feitas no processo. As recentes reformas tentaram dar maior celeridade ao processo. É o caso das súmulas impeditivas de recursos, das súmulas vinculantes, a nova lei do cumprimento de sentença. Dentro deste panorama encaixa também a regra do artigo 400, I do Código de Processo Civil.

Ônus da Prova

Quando houver questões de fato a serem resolvidas pelo juiz, não pode este pronunciar o “*non liquet*”. Assim, a distribuição do ônus da prova entre as partes reside no fato de que cabe a elas produzir convencimento no juiz, visando desta forma uma decisão favorável.²⁷

Tendo em vista que os fatos é que são objetos de prova, alguém deverá prová-los. A regra é: quem faz a alegação deve prová-la judicialmente. O Código de Processo Civil disciplina o ônus da prova da seguinte forma: artigo 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”.

Pelo parágrafo único do citado artigo temos que “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”.

O legislador não utilizou a expressão ônus probatório no sentido de dever de provar, pois que para todo dever corresponde um direito. O legislador quis dizer que o interesse em provar os fatos é deste ou daquele, pois que a omissão da parte em prová-los não gera graves conseqüências jurídicas, mas tão somente implicações processuais.²⁸

Assim, ônus da prova pode ser conceituado como a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as conseqüências jurídicas pertinentes ao caso. Já que há interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados, porque somente assim pode esperar sentença favorável, ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga conseqüências favoráveis.²⁹

²⁷ Neste sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 22ª ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005, p. 373.

²⁸ Neste sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 1 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 446.

²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 1 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 446.

Destinatário das provas

Produzida a prova ela passa a integrar o processo, podendo todos que dele fazem parte dela se utilizar, e pouco importando quem a produziu, pois a prova não se destina às partes, ela se destina ao juiz. “Objetivamente, contudo, uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente provados (princípio da aquisição).”³⁰

Afinal, para que servem as provas senão para produzir convencimento ao juiz da causa. É esta a finalidade que tem a prova. Provam-se os fatos ao juiz da causa para que este se convença da veracidade das alegações postas em juízo e emita assim sua decisão. A própria sentença nada mais é do que um sentir. O juiz com base no que viu sentencia a causa, decidindo o litígio dentro dos parâmetros probatórios. O juiz retira dos fatos provados as conseqüências jurídicas correlatas.

O juiz deve se valer das provas pelo simples fato de que por conhecidas razões não lhe é dado invocar na fundamentação da sentença conhecimentos direto e pessoal que tenha sobre a causa.³¹ Deve antes de tudo decidir a partir do convencimento que tiver a respeito dos fatos levados ao seu conhecimento e comprovados mediante atividade probatória realizada pelos sujeitos do processo.

Aliás, dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”, nada mencionando a respeito dos conhecimentos diretos e pessoais que tenha a respeito do caso.

Provam-se os fatos não para si mesmos, nem para a parte contrária, provam-se os fatos para o juiz da causa, pois incumbe a ele por fim a discussão, ao litígio, decidindo assim o conflito de interesses contido na lide.

Por isso, toda atividade probatória deve ser direcionada ao juiz, que é o destinatário da prova, independentemente da opinião que a parte possa ter acerca dos fatos. Claro que o cumprimento espontâneo do comando da norma jurídica pode ocorrer a qualquer momento, inclusive durante o processo. Se alguém, já litigando, se convence da razão de outrem por causa da prova produzida, cumpre-lhe dar fim ao litígio espontaneamente, o que, aliás, não

³⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 22ª ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005, p. 374.

³¹ Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. p. 105

raro acontece. Mas isso é consequência periférica da prova, pois endoprocessualmente a prova se destina ao convencimento do juiz, que julgará com base na demonstração da ocorrência dos fatos que as partes proporcionarem através da prova.³²

Portanto, a prova não é produzida para as partes, mas sim para o juiz da causa. É ele que decide a respeito da relevância ou não das provas para a solução do conflito, admitindo ou não a prova no processo. Uma vez produzida, integra o processo, podendo todos dela se utilizar, independentemente de quem as produziu. Tanto é assim que não pode a parte utilizar apenas a parte que lhe interessa, pois a prova é um todo e assim deve ser considerada. Isto ocorre com prova testemunhal como veremos posteriormente.

É dever do Judiciário emitir uma decisão, garantia esta reconhecida constitucionalmente no artigo 5º, XXXV, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e no artigo 93, IX da Constituição Federal pelo qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

O juiz assume papel importante na condução das provas no processo. Entretanto, o juiz deve permanecer imparcial, apenas agindo de ofício quando estritamente necessário para a realização da justiça. Portanto, não importa quem tenha produzido a prova, ela é do processo, e se eventualmente vier a prejudicar quem a produziu não pode este pedir a retirada dela do processo, pois que a prova, como já dito, não pertence às partes, mas sim é dirigida ao juiz da causa.

³² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 1 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 441.

Proposição, admissão e produção.

A distinção clássica entre processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar está profundamente abalada pelas recentes reformas feitas no Código de Processo Civil. Entretanto, para fins didáticos, lançaremos mão dela para oportuna análise das fases procedimentais que contém o velho processo de conhecimento. Assim, temos em ordem a fase postulatória, a fase de saneamento, a fase instrutória e a fase decisória.

É na fase postulatória, em regra, que as partes indicam as provas que pretendem produzir. Já na fase instrutória, as partes produzem as provas que devem instruir o processo. Entretanto, há exceções a esta regra. Por exemplo, no processo cautelar pode haver antecipação do momento de produção das provas. Já pelo artigo 418, I do Código de Processo Civil, que também constitui exceção à regra acima exposta, “o juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I – a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas”, caso em que o requerimento se dá na fase de instrução do processo.

Já a decisão de admissibilidade ou não das provas requeridas em regra na inicial e na contestação do réu integram o conteúdo do despacho saneador na fase de saneamento do processo. Nas hipóteses em que a prova é pleiteada após o despacho saneador, o juiz deve decidir observando o prazo do artigo 189, II do Código de Processo Civil, pelo qual “o juiz proferirá: II – as decisões, no prazo de dez dias”.

Não há para o juiz preclusão, isto é, mesmo que tenha indeferido a produção de alguma prova requerida pelas partes, pode o juiz de ofício determinar sua produção, pois pelo artigo 130 do Código de Processo Civil “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.³³

Quando a prova dos fatos for necessária devemos observar as exigências da lei para o momento em que a parte deve especificar as provas para eventual admissibilidade delas no processo. De acordo com o artigo 282 do Código de Processo Civil “a petição inicial indicará: VI - as provas com que o autor pretende

³³ Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 57.

demonstrar a verdade dos fatos alegados”. Portanto, é por ocasião da petição inicial que o autor indicará as provas que pretende produzir no processo.

Ressalta-se que sendo uma das funções da prova demonstrar a veracidade das alegações, esclarecendo assim os fatos controversos, em princípio não deveria haver restrições à admissibilidade de quaisquer meios de prova no processo. Mas a liberdade na admissibilidade das provas não é recomendada pela doutrina³⁴, além do que no nosso sistema jurídico não tem espaço para o princípio da livre admissibilidade das provas no processo. É a lei que diz quais provas e em que condições serão admitidas no processo.

Dispõe o Código de Processo Civil no artigo 332 que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

O artigo 212 do Código Civil dispõe que “salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia”. Já pela Constituição Federal, no artigo 5º, LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Assim, encerrado o prazo para a resposta do réu, inicia-se a fase de saneamento do processo pela qual o juiz analisará se as exigências da lei quanto à admissibilidade das provas se fazem presentes. A fase de saneamento tem início da data da conclusão dos autos ao juiz da causa e encerra-se com o despacho saneador, salvo as hipóteses de extinção do processo e de julgamento antecipado da lide, as quais encerram o processo antes do despacho saneador.

Nesta fase, temos as providências preliminares que constituem a primeira etapa da fase de saneamento e que estão arroladas nos artigos 323 a 328 do Código de Processo Civil. Reza o artigo 328 que “cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo”.

O julgamento conforme o estado do processo constitui outra fase dentro da de saneamento. São as hipóteses previstas nos artigos 329 a 331 do Código de

³⁴ Neste sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 22ª ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005, p. 372.

Processo Civil. Encerrando esta fase, prevê o artigo 331, § 2º, que “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

O ato pelo qual o juiz, após verificar que o processo está regular e a ação é admissível, designar a realização de audiência de instrução e julgamento, consiste em uma decisão interlocutória e é chamada pela doutrina de despacho saneador.³⁵

Ultrapassada a fase postulatória e a fase de saneamento do processo de conhecimento, passamos agora a análise da fase instrutória na qual as provas serão produzidas. Vemos assim que pelo artigo 336 do Código de Processo Civil “salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência”. Mas como já vimos há exceções aqui, as quais passaremos a analisar adiante de forma sumária.

Pelo artigo 283 do Código de Processo Civil “a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”. E assim é, que pelo artigo 396 do Código de Processo civil “compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações”. Prevê o artigo 297 que “o réu poderá oferecer, no prazo de quinze dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção”. Assim, as provas documentais devem ser produzidas na fase postulatória, mais precisamente por ocasião da petição inicial do autor e da resposta do réu.

A exceção ao artigo 283 do Código de Processo Civil fica por conta do artigo 397 deste Código pelo qual “é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”. Portanto, a regra é que as provas sejam produzidas em audiência, na fase instrutória do processo. Há sim exceções, mas elas devem seguir o que a lei disciplina para que não viciem o procedimento.

Já no processo cautelar é muito comum que seja pleiteada a produção antecipada de provas. Pelo artigo 846 do Código de Processo Civil “a produção

³⁵ Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 49-54.

antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunha e exame pericial”.

E não só para a fase postulatória pode haver a antecipação da produção da prova, pois que pelo artigo 847 do Código de Processo Civil “far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I – se tiver de ausentar-se; II – se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor”.

Verifica-se que as condições para que ocorra este adiantamento da produção é que haja algum tipo de risco que inviabilize a espera do momento processual adequado para colhimento da prova. Tanto é assim que pelo artigo 848 do mesmo Código “o requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova”.

Esta justificação sumária nada mais é que a própria fundamentação do pedido de antecipação de prova que a parte interessada deve obrigatoriamente fazer na petição inicial, mencionando para tanto, com precisão, os fatos sobre que há de recair a prova.³⁶ Consiste na demonstração de que presente um dos pressupostos dos artigos 847 e 849 do Código de Processo Civil.

A regra da antecipação do momento da produção das provas também vale para a prova pericial, pois que pelo artigo 849 do Código de Processo Civil “havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial”.

Portanto, a antecipação do momento para produção de provas tem como pressuposto o perigo de desaparecimento do objeto da prova ou de seu perecimento.³⁷ “A prova antecipadamente obtida será utilizada no processo principal, e sua valoração será feita pelo juiz dessa ação (principal), como se se tratasse de prova colhida no próprio processo principal.”³⁸

³⁶ Neste sentido: MALACHINI, Edson Ribas. Pareceres. **REVISTA DE PROCESSO**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 87, p. 221-231, julho-setembro de 1997, p. 227.

³⁷ Neste sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 3 (Processo Cautelar e Procedimentos Especiais) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 4ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 87.

³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 3 (Processo Cautelar e Procedimentos Especiais) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 4ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 88.

Os meios de prova, os sistemas de valoração e a descoberta da verdade

Há algo de comum entre os meios de prova admitidos em direito, o que seja, o fato de possibilitarem ao juiz a obtenção de uma verdade processual, jamais a material, pois o máximo que se obtém é o convencimento do magistrado com relação a determinados fatos, mas nunca a reprodução tal qual da realidade pretérita.

Entretanto, parte da doutrina critica este posicionamento, sustentando que a descoberta da verdade é que deve guiar o juiz no processo. Para Barbosa Moreira³⁹ tanto o processo penal quanto o processo civil perseguem a verdade real, e dizer que o processo civil se satisfaz com a denominada “verdade formal” não passa de tolice. Para ele, a verdade interessa a qualquer processo, ela é uma só.

Porém, não é possível reproduzir mediante os vários meios probatórios admitidos em direito a realidade tal qual tenha se passado. Processualmente é razoável que o juiz, ao analisar as declarações aduzidas em juízo, chegue a uma conclusão que se aproxime muito do que realmente se passou, mas jamais desvendará as reais circunstâncias dos fatos.

Assim, meios de prova são as diversas modalidades pelos quais os fatos chegam ao conhecimento do juiz. Podem ser diretos (inspeção judicial, fatos notórios) ou indiretos (documentos, testemunhas). Conteúdo de prova é o resultado que o meio produz, ou seja, o conhecimento que o juiz passa a ter dos fatos, porque lhe foram levados pelo meio.⁴⁰

Não podemos esquecer que alegações falsas podem causar convencimento no juiz da causa, levando-o a uma impressão errônea sobre a realidade posta em investigação. Por isto é muito comum que ao findar-se o processo uma das partes saia muito beneficiada e a outra extremamente prejudicada. Tendo esta visão panorâmica, cumpre esclarecer quais são as regras que o juiz deve observar ao valorar as provas.

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilicitamente obtidas. **REVISTA DE PROCESSO**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 84, p. 144-155, outubro-dezembro de 1996, p.152.

⁴⁰ Neste sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 1 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 439.

Temos três sistemas básicos de valoração. O primeiro é o da prova legal pelo qual a lei fixa qual o valor da prova. O segundo é o da liberdade de valoração, podendo o juiz decidir conforme sua consciência. E o terceiro é o do livre convencimento racional pelo qual o juiz tem liberdade de convencimento, porém dentro de alguns parâmetros.⁴¹

Assim, pelo artigo 131 do Código de Processo Civil “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Trata-se da consagração do sistema do livre convencimento racional do juiz, observadas as provas produzidas no processo, devendo o juiz motivar sua decisão.

⁴¹ Neste sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 22ª ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005, p. 375.

Provas ilícitas

Conceito

O direito proíbe determinados atos ou ações por entender que são ilícitos, amorais. Neste sentido, ilícito é todo ato ou ação contrário às leis ou à moral, é tudo aquilo que a despeito de ter sido praticado está proibido pelas normas jurídicas. “Provas ilícitas são as demonstrações de fatos obtidas por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios. [...] Ilícitude da prova, portanto, é ilicitude na obtenção das fontes ou ilicitude na aplicação dos meios.”⁴²

Na Espanha e na Itália costuma-se fazer a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas.⁴³ Transportando este entendimento para nosso sistema pátrio, as provas ilegítimas seriam aquelas previstas no artigo 332 do Código de Processo Civil e as provas ilícitas seriam aquelas previstas no artigo 5º, LVI da Constituição Federal.

Portanto, para os adeptos da doutrina espanhola e da italiana, prova ilegítima é aquela que contém vícios processuais. Trata-se de uma questão processual. Já as provas ilícitas são aquelas que violam direitos fundamentais. Trata-se aqui de uma questão constitucional.

Dispõe o artigo 332 que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Assim, se caracterizada por algum vício legal a prova já não presta para provar a verdade dos fatos. Trata-se de um rigor excessivo e plenamente considerável.

Por outro lado, na ocasião da Constituição de 1988, marcada historicamente pela conquista de inúmeros direitos alçados a condição de direitos fundamentais, o constituinte proibiu que fossem admitidas as provas obtidas em função de um sacrifício a qualquer destes direitos. Assim, foi esculpida no artigo 5º da CF a

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. V. III, 3ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 49-50.

⁴³ Neste sentido: DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A PROVA NO PROCESSO CIVIL**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 104.

inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito fundamental. A estas provas deu-se o nome de provas ilícitas.

Com relação às provas consideradas ilícitas, podemos considerá-las, portanto, como aquelas que ferem direitos fundamentais. Assim, quando houver qualquer violação a um direito fundamental estaremos diante de uma prova considerada ilícita. Desta forma, a prática da tortura consiste em meio ilícito para o direito.

Porém, há várias interpretações para a regra do Código de Processo Civil. Pode-se concluir que o Código proibiu também no seu artigo 332 a admissão das provas obtidas com infração de direitos fundamentais, ressaltando que a Constituição Federal apenas corroborou com este entendimento. Assim, tanto o Código quanto a Constituição tratam das provas obtidas por meios ilícitos. Justifica este entendimento o fato do artigo 332 do Código de Processo Civil falar em meios moralmente legítimos, isto é, que não sejam contrários ao direito.

Cândido Dinamarco ⁴⁴ entende desta forma, pois para ele o artigo 5º, LVI da Constituição Federal torna claro o artigo 332 do Código de Processo Civil, onde a referência a meios de prova moralmente legítimos deve ser lida como fontes de provas obtidas ou manipuladas por meios lícitos. Assim, vê-se deste pensamento que para o autor não há diferenças entre provas ilícitas e provas ilegítimas.

Entretanto, na época da redação do artigo 332 do Código de Processo Civil o Brasil vivia uma condição histórica muito diferente, marcada por forte repressão militar, e foi apenas com a Constituição Federal de 1998 que houve uma preocupação escandalosa com a defesa dos direitos fundamentais. Portanto, foi com a Constituição Federal de 1988 que a prova ilícita foi taxativamente declarada inadmissível.

Admissibilidade das provas ilícitas

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988 prever no artigo 5º, LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, a doutrina se debatia sobre a questão da admissibilidade ou não delas no processo.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. V. III, 3ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 50.

Em determinadas condições, as provas ilícitas podem ser admitidas no processo, pois a regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas, em si mesma, também fere princípios da Constituição Federal, e a restrição à prova restringe o direito a um julgamento segundo a verdade e a tutela jurisdicional garantida a todos.

Entretanto, os direitos da personalidade são reconhecidos e protegidos constitucionalmente, o que justificaria a obrigação do juiz proibir a produção de qualquer prova ilícita, antijurídica, que viole direitos e garantias constitucionais, e caso sejam elas produzidas, deve determinar providências saneadoras para que cesse a transgressão.

Para entender melhor a questão é importante lembrar que o conceito de ação abrange uma série de faculdades entre as quais está o direito à prova. Quanto a este, a regra é a admissibilidade das provas, quer sejam elas típicas ou atípicas. A regra do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, pela qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” é a exceção.

Porém, nenhum princípio constitucional é absoluto e sua regular observância, isto é, sua aplicação de forma proporcional aos valores em jogo, se dá quando capaz de levar ao juiz a boa administração da justiça. Isto levou a doutrina a questionar a supremacia do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

No caso de provas obtidas por meios ilícitos, antijurídicos, apenas observando o princípio do direito à prova, sem a devida sopesação com outros princípios igualmente protegidos pela Constituição, deve a regra ser a inadmissibilidade delas no processo. Mas em casos onde a prova ilícita seja a única capaz de revelar a verdade dos fatos, a doutrina se divide quanto à admissibilidade ou não destas provas no processo quando sem elas for impossível ao juiz a boa aplicação da justiça.

Desta forma, a despeito do comportamento antijurídico daquele que produziu a prova, deve-se sopesar os princípios em choque quando presente nos autos provas ilícitas. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade. Nos casos em que a prova ilícita seja o único meio de evitar o dano, não havendo outro meios lícitos para demonstrar a veracidade das alegações, a doutrina tem se inclinado pela admissibilidade destes tipos de prova no processo.

Nesta linha de pensamento argumentam alguns autores que por ser o artigo 5º, LVI da Constituição Federal um princípio, e como todo princípio deve ser interpretado proporcionalmente, para fins de evitar julgamentos injustos, o direito de provar a inocência deve prevalecer sobre a proibição da admissibilidade das provas ilícitas sempre que o réu encontrar-se em desequilíbrio face aos maiores recursos dos órgãos acusatórios. Estas atividades garantiriam a harmonia e o equilíbrio do sistema, reconhecendo que os princípios se limitam reciprocamente de forma inevitável.⁴⁵

Entretanto, somente no caso concreto, sopesando os princípios, lançando mão do princípio da proporcionalidade, é que o julgador decidirá qual o princípio que deve prevalecer, se é o previsto no artigo 5º, LVI da Constituição Federal, ou o previsto no artigo 5º, XXXV do mesmo diploma, pelo qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Importante neste sentido é o caráter relativo do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, assim como de todos os direitos contemplados na Constituição Federal.

Em sede doutrinária, três foram as correntes que trataram do assunto tocante a admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo. A primeira delas é a obstativa. Por esta teoria não importa a relevância do direito, a prova ilícita é sempre inadmissível. A teoria do fruto da árvore envenenada tem sua origem na teoria obstativa.

A segunda corrente a tratar da admissibilidade das provas ilícitas é a permissiva. Por esta teoria a prova obtida por meios ilícitos é admissível, pois que para ela a ilicitude refere-se ao meio e não ao seu conteúdo.

A última corrente é a intermediária. Através desta a prova obtida por meios ilícitos pode ser admitida em certos casos. Assim, primeiro deve-se antes analisar os valores jurídicos e morais postos em jogo, aplicando o princípio da proporcionalidade, para então chegar a uma conclusão sobre a admissibilidade ou não deste tipo de prova viciado por seu meio de obtenção.⁴⁶

⁴⁵ Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilícitamente obtidas. **REVISTA DE PROCESSO**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 84, p. 144-155, outubro-dezembro de 1996, p. 147-148.

⁴⁶ Neste sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Volume 1 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002, p. 448.

Entretanto, a despeito da discussão que ainda se trava na doutrina, e embora tendo a Constituição Federal a iniciativa de por um fim na discussão, a prova obtida por meio ilícito muitas vezes tem o condão provar de maneira mais satisfatória a veracidade das alegações.

Toda vez que a prova obtida por meio ilícito for fundamental, indispensável à existência de uma decisão justa, e desde que sua obtenção não tenha gerado um sacrifício maior que o benefício que trará ao processo, não há por que o juiz de causa recusá-la sob o argumento de sua inadmissibilidade no processo, pois que somente deverá prevalecer a regra do artigo 5º, LVI da Constituição quando a prova ilícita for dispensável no processo ou sua obtenção gere sacrifício maior que o benefício que trará.

A teoria intermediária configura-se na principal e mais bem fundamentada tese a respeito da admissibilidade das provas ilícitas no processo. Esta teoria proíbe o excesso na obtenção da prova, e só admite a prova adequada a provar os fatos, pois que proíbe o inadequado.

Assim, deve-se antes de tudo determinar quais os valores em jogo para elegerem-se as prioridades. Depois, deve haver uma proporcionalidade entre o meio e o fim pretendido. Assim, respeitada a proporcionalidade entre o meio e o fim a que se dispõe, a prova ilícita quando suscetível de alcançar o objetivo proposto, e não havendo outro meio de prova capaz de provar os fatos controvertidos, não há por que se negar que possa este tipo de prova ser admitida no processo.

A simples presença de provas ilícitas no processo não acarreta a nulidade da sentença. Isto somente ocorrerá, em regra, quando se tratar do único fundamento, ou pelo menos do fundamento principal da sentença. Os Tribunais brasileiros têm julgado com base na doutrina norte-americana conhecida como "*fruits of the poisonous tree*" (teoria dos frutos da árvore envenenada) pela qual a inadmissibilidade se transmite a todas as provas obtidas graças à prova ilícita.

A teoria dos frutos da árvore envenenada teve tem sua origem na teoria obstativa. Através desta teoria, consagrada na Suprema Corte dos EUA, a prova obtida por meio lícito, mas derivada de uma prova ilícita, é inadmissível. É o que chamamos de ilicitude por derivação. Assim, sempre que uma prova obtida lícitamente derivar de uma prova ilícita a regra é a inadmissibilidade daquela.

Entretanto, se houverem outras provas admissíveis no processo não se aplica a teoria dos frutos da árvore envenenada.⁴⁷

Entretanto, o melhor é que o juiz, ao se deparar com uma prova ilícita, pondere sobre os valores constitucionais em jogo para decidir pela admissibilidade ou não deste tipo de prova no processo. Devemos sempre lembrar que os próprios direitos fundamentais não podem obstar a admissibilidade de uma prova ilícita quando este for o único meio hábil a descoberta da verdade e a realização da justiça.

A descoberta da verdade é que deve guiar o juiz no processo, não importa se verdade formal ou real. Barbosa Moreira⁴⁸ fala que afirmar que o processo penal persegue a chamada “verdade real” e o processo civil se satisfaz com a denominada “verdade formal” é bobagem. A verdade é única e interessa a qualquer processo. Cita o caso da prova emprestada do processo penal transitado em julgado ao processo civil quando naquele a prova tenha sido obtida conforme a parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, prova esta admitida na esfera penal, mas não na esfera civil face sua ilicitude.

Somente a título de ilustração, dispõe o inciso XII do artigo 5º da Constituição que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

⁴⁷ Neste sentido: DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A PROVA NO PROCESSO CIVIL**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112.

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Illicitamente obtidas. **REVISTA DE PROCESSO**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 84, p. 144-155, outubro-dezembro de 1996, p. 151-153.

Confissão

Conceito

A confissão como meio de prova é muito eficiente, pois que acaba com qualquer controvérsia no processo. Costuma-se referir a ela como a rainha das provas. Tão importante a sua importância que o legislador processual civil conceituou-a no próprio texto da lei, caminho este não muito aconselhável no direito.

Pelo artigo 348 do Código de Processo Civil “há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial”. É claro que a confissão extrajudicial deve ser recebida com cautela pelo juiz, pois poderá conter vícios que a invalide, devendo o magistrado analisá-la com muito cuidado.

Conforme o Código de Processo Civil, no artigo 349, a “confissão judicial pode ser espontânea ou provocada...” Somente pelo depoimento da parte teremos confissão provocada, e fica óbvio que ela não poderá ser coagida a confessar sob pena de invalidade da prova. Porém, pelo parágrafo único do citado artigo, “a confissão espontânea pode ser feita pela própria parte, ou por mandatário com poderes especiais”.

Quando uma parte confessa ela está reconhecendo que determinados fatos trazidos ao conhecimento do juiz pela parte contrária são verdadeiros. A doutrina, apoiada no texto da lei, fala que só há confissão em relação aos fatos que são contrários ao interesse do confitente.

Porém, nada impede que uma parte faça alusão a determinados fatos que, depois de confessados pela outra parte, venham a esta beneficiar. Enfim, a doutrina, bem como o legislador, são claros em afirmar que haverá confissão quando a parte admitir a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.

Pelo artigo 350 do Código de Processo Civil “a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes”. A parte que confessa é a única prejudicada, pois a confissão é ato próprio do confitente e somente em relação a ele prejudica, embora os efeitos possam alcançar terceiros.

Além disto, somente acerca de direitos disponíveis poderá haver confissão. Assim. Pelo artigo 351 do Código de Processo Civil “não vale como confissão a

admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”. Trata-se de uma proteção às garantias previstas na Constituição.

Uma vez reconhecido como verdadeiros os fatos alegados pela outra parte, não se admite que o confitente disponha de sua confissão. Por isto, feita a confissão, os fatos serão tidos como verdadeiros para qualquer hipótese. É claro que se a confissão conter vícios não poderá servir de base para constituir o direito da parte contrária.

Está no artigo 352 do Código de Processo Civil 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 constituir o único fundamento”. Isto devido ao fato da confissão judicial feita expressamente perante o juiz estar coberta por uma presunção absoluta de veracidade, e por isto somente via ação poderá ser revogada.

Indivisibilidade da confissão

A confissão geralmente se funda em um emaranhado de fatos que levam o confitente a admitir a veracidade das alegações contrárias ao seu interesse. Disto resulta que a confissão deve ser tomada como um universo único. O confitente toma em consideração todo este universo de fatos que o levam a confessar.

Assim, a confissão se dá em relação ao conjunto dos fatos como um todo e não em relação à parte deles. Por isto fica proibida, salvo exceções, a utilização de partes da confissão, isto é, daquilo que somente interessar a parte, descartando o que lhe for contrário.

Pelo artigo 354 do Código de Processo Civil “a confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-se-á, todavia, quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção”.

Assim temos que quando o confitente limita-se a reconhecer como verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária (confissão pura e simples) ou, a despeito de admitir como verdadeiros os fatos, caracterizá-los diversamente,

alegando uma doação ao invés de empréstimo (confissão qualificada), a confissão é caracterizada pela indivisibilidade.

Pode ocorrer também que, reconhecido o fato como verdadeiro, alega também fato novo modificativo ou extintivo dos efeitos daquele (confissão complexa), não sendo pacífico, neste caso, o entendimento pela doutrina quanto sua indivisibilidade. Por fim, pode ocorrer a chamada confissão com acréscimo que é aquela tratada na segunda parte do caput do artigo 354.⁴⁹

⁴⁹ Neste sentido: OLIVEIRA DEDA, Artur Oscar de. **A PROVA NO PROCESSO CIVIL**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 34-35.

Documento

Conceito

O documento é a segunda das provas elencadas no rol do artigo 212 do Código Civil. Além do tratamento que o legislador do novo Código Civil dispensou à prova documental, há também ampla previsão no Código de Processo Civil, que pelo seu artigo 355 “o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder”. São casos em que a instrução probatória dependa destes documentos.

Quando a lei se refere à coisa ela está usando um conceito genérico, uma definição capaz por si só de abranger um sem número de objetos, um infinito inesgotável de coisas que servem como material probatório destinado a provar os fatos alegados mediante a análise que o juiz faz desta coisa ou mediante um exame pericial cujo laudo é anexado ao processo.

Já por documento o legislador se referiu àquela coisa que possui em si mesma um conteúdo intelectual capaz de provocar convencimento no juiz da causa. Portanto, documento não é mera coisa, mas sim esta acompanhada de um conteúdo intelectual, informações trazidas ao processo mediante um suporte técnico.

Pelo artigo 283 do Código de Processo Civil “a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”. E assim é, que pelo artigo 396 do Código de Processo civil “compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações”.

Prevê ainda o artigo 397 do Código de Processo Civil que “é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos”. Nestes casos, manda o artigo 398 do Código de Processo Civil que “sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de cinco dias”.

Trata-se da aplicação do princípio da ampla defesa e do princípio do contraditório, ambos previstos na Constituição Federal. A exceção fica por conta do entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça para o qual a juntada de

documento novo desinfluyente para o julgamento da lide acarreta a desnecessidade de vista à parte adversa, não havendo violação do artigo 398 do Código de Processo Civil. Para o Superior Tribunal de Justiça, não acarreta nulidade e nem afronta ao artigo 398 do Código de Processo Civil a falta de intimação da parte para se pronunciar sobre o documento novo acostado aos autos se este for desinfluyente para o julgamento da controvérsia, não acarretando prejuízo para os litigantes.⁵⁰

É dever do requerido exibir o documento ou a coisa que se ache em seu poder, pois de forma contrária prevê o artigo 359 do Código de Processo Civil que “ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar”.

Documento público e documento particular

Sempre que possível, o melhor é que as partes exijam documento público. Sempre será razoável que um terceiro investido de fé pública declare que certos fatos ocorreram em sua presença, além disto, deverá este terceiro guardar com relativa neutralidade e imparcialidade a ordem dos acontecimentos. Pelo artigo 366 do Código de Processo Civil “quando a lei exigir, como da substância do ato o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode supri-lhe a falta”.

O legislador quer do Código Civil, quer do Código de Processo Civil, fez uma opção clara pelo instrumento público. É que as declarações firmadas entre as partes e sem a presença de um terceiro dotado de fé pública podem com maior facilidade emanar de um erro, ou com dolo e até mesmo sob coação, ou mesmo se destinar a fraudes. Isto por que o ser humano é passível de corrupção, e sendo dever do magistrado julgar, exige-se que proceda com cautela na aferição dos documentos levados ao seu conhecimento. Verifica-se esta opção do legislador em vários dispositivos legais. Assim, prevê o artigo 215 do Código Civil que “a escritura

⁵⁰ AgRg no REsp 514.818/MG; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2003/0033437-2.

pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”.⁵¹

Indivisibilidade do documento

Quando no item referente à prova da confissão mencionamos não ser possível, em regra, a sua divisão⁵², pois a parte que a quiser invocar não poderá aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no tópico que lhe for desfavorável, salvo exceções, assim ocorre também com o documento particular. Neste sentido prevê o parágrafo único do artigo 373 do Código de Processo Civil que “o documento particular, admitido expressa ou tacitamente, é indivisível, sendo defeso à parte, que pretende utilizar-se dele, aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes se não verificaram”.

Ora, as razões para se impedir o fracionamento deste meio probatório são as mesmas já aludidas quando trabalhamos com a prova da confissão. Qualquer declaração de vontade tem por fundamento um universo de fatos. Quando esta declaração é captada e registrada em um documento devemos interpretá-lo conforme as razões que o levaram a ser redigido.

Assim, se no documento consta que A deve tanto em dinheiro para B, mas que a dívida será paga em serviços que A realiza para B, este não pode propor ação de cobrança em face de A com a finalidade de cobrar-lhe a dívida, pois que esta poderá estar extinta em razão dos serviços prestados, muito menos poderá B utilizar-se da parte do documento que lhe favorece para demandar em face de A, pois aqui incide a regra do parágrafo único do artigo 373 do Código de Processo Civil.

Ainda, o artigo 380, prevê que “a escrituração contábil é indivisível; se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto como unidade”.

⁵¹ Apesar de entender que não existe em nosso sistema jurídico espaço para a antiga divisão entre provas plenas e semiplenas, como fora abordado às páginas 14 e 15 deste trabalho, a lei faz uso da expressão prova plena em diversas ocasiões.

⁵² Ver páginas 45 e 46.

Mais uma vez, inteligentemente, o legislador levou em consideração que as coisas devem ser tomadas em seu contexto.

Testemunha

Conceito

Para compreender bem a prova testemunhal devemos antes de tudo diferenciar a testemunha do testemunho por ela prestado. A testemunha é a fonte de prova donde provém o testemunho, sendo este o meio de prova a ser utilizado pelo juiz para produzir seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos no processo. Portanto, testemunha é a fonte de prova de onde provém o testemunho, sendo este o meio a ser utilizado pelo juiz para produzir seu convencimento.

A testemunha é uma das fontes de prova que estão arroladas no Código Civil brasileiro. Assim, pelo artigo 212, “salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: III - testemunha”. É importante definirmos quem pode servir como testemunha em um processo, pois existem restrições de suma importância para o bom deslinde processual.

Salvo exceções, todas as pessoas físicas podem servir como testemunhas. Em regra, a testemunha é uma pessoa capaz e insuspeita, estranha à relação jurídica, que declara ao juiz o que sabe sobre os fatos da causa, declarações que configuram o testemunho.⁵³

Nesta definição podemos verificar uma característica importante, qual seja, a diferenciação entre testemunha e testemunho. A testemunha é sempre a pessoa, já o testemunho são as declarações feitas pela testemunha, pela pessoa que se presta a ir perante o juiz e declarar aquilo que sabe sobre os fatos controvertidos no processo.

Requisitos de admissibilidade

Pelo Código Civil, no artigo 228, “não podem ser admitidos como testemunhas: I - os menores de dezesseis anos; II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil; III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa

⁵³ Neste sentido: DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A Prova no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71.

dos sentidos que lhes faltam; IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade”.

Porém, há situações em que o testemunho destas pessoas se faz necessário. Assim, prevê o parágrafo único do artigo 228 que “para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo”.

Condição básica para prestar testemunho é ser pessoa maior de 16 anos, além disto, deve a pessoa estar gozando de discernimento para a prática dos atos da vida civil. Os deficientes visuais não podem testemunhar sobre fatos que não enxergam, nem os surdos sobre fatos que somente pela audição são por nó sentidos. Por questões óbvias, ficaram excluídos todos aqueles que possuem interesse no litígio, o amigo e o inimigo capital da parte, bem como os mencionados no inciso V do artigo 228 do Código Civil.

Pelo artigo 405 do Código de Processo Civil “podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas”, e o § 4º do aludido artigo prevê que “sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer”.

A regra do parágrafo único do artigo 228 do Código Civil é mais ampla que a do parágrafo 4º do artigo 405 do Código de Processo Civil, uma vez que este nada disse a respeito dos incapazes, erro este não repetido pelo Código Civil, pois que os incluiu no rol do parágrafo único do artigo 228. Assim, o diploma civil supriu esta falha do legislador do Código de Processo Civil, dando ao juiz a faculdade de admitir o depoimento de pessoas incapazes quando somente elas possuam conhecimento dos fatos objeto do litígio.

Ao decidir pela admissibilidade ou não da produção da prova testemunhal, é importante que o juiz tenha em mente a regra do artigo 400 do Código de Processo Civil pela qual “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já

provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”.

Entretanto, mesmo que convocada a depor em juízo, nem sempre a pessoa será obrigada a prestar seu depoimento. São casos expressos em que se admite a escusa da pessoa em depor em juízo. Desta forma, o legislador civil admitiu que fatos que possuam demasiada relevância para a pessoa convocada a depor possam eximi-la de prestar seu testemunho.

Assim, pelo artigo 229 do Código Civil, “ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”.

Da mesma forma, prevê o Código de Processo Civil, no artigo 406 “que a testemunha não é obrigada a depor de fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”.

Corroborando com este entendimento a regra esculpida no artigo 414, § 2º do Código de Processo Civil pela qual “a testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos de que trata o artigo 406”. Assim, preserva-se a pessoa de eventuais danos que o depoimento possa vir a lhe trazer. Trata-se aqui de uma proteção a direitos e garantias constitucionalmente protegidas, como a dignidade da pessoa humana.

Assim, protege-se a vida das testemunhas, pois que estranhas ao processo, não seria justo que se prejudicassem em razão de terceiros, que por interesses próprios elegem determinadas pessoas para comparecerem em juízo e depor sobre o que sabem. Não é justo que em função de haver um dano que mereça ser sanado crie-se outro dano agora em desfavor da testemunha, por isto é que se deve protegê-la, dispensando-a do dever de prestar depoimento quando presentes uma das razões acima aludidas.

Por fim, cumpre mencionar que o juiz da causa está expressamente proibido de depor no processo. Tal regra encontra-se no artigo 409 do Código de Processo Civil, o qual prevê que “quando for arrolado como testemunha o juiz da causa, este: I

- declarar-se-á impedido, se tiver conhecimento de fatos, que possam influir na decisão; caso em que será defeso à parte, que o incluiu no rol, desistir de seu depoimento; II - se nada souber, mandará excluir o seu nome”.

Tal proibição tem sua razão, pois a testemunha é fonte de prova em favor da parte que a arrolou no processo, não sendo aconselhável que o juiz preste seu depoimento em favor de uma das partes. O Estado desempenha a jurisdição mediante o processo, e é o juiz, em nome do Estado, que a exerce e em razão disto, deve ser imparcial. Isto porque nosso sistema acusatório exige a provocação da jurisdição pelas partes, pois que inerte, além do que isto garante maior imparcialidade ao juiz. Trata-se de uma forma de garantir a imparcialidade do juiz no exercício da jurisdição.

Presunção

Sabemos que o objeto das provas são os fatos controvertidos no processo. As presunções, para muitos autores, não constituem meio de prova, pois elas não atuam sobre os fatos controvertidos, mas sim sobre determinados indícios previstos pelo legislador como idôneos para deduzir deles a veracidade dos fatos alegados pela parte.

A presunção é um mecanismo intelectual próprio dos seres humanos. Tomaremos como exemplo a seguinte situação: quando estamos na praia e o tempo fica nublado presumimos que vai chover. Trata-se de um processo mental através do qual pela observação de um fato presume-se com razoável probabilidade a ocorrência de outro fato, ou da observação deste outro fato presume-se que aquele primeiro fato ocorreu.

Existe em direito dois tipos de presunção: as legais e as judiciais. As legais são aquelas estabelecidas pelo legislador em suas normas gerais e abstratas. As judiciais são aquelas estabelecidas pelos juízes e tribunais em suas decisões e jurisprudências. Não há, entretanto, no estatuto civil uma definição de presunção.

A comoriência é um exemplo de presunção legal. A presunção visa facilitar a prova de fatos de difícil comprovação, permitindo nestes casos que a parte demonstre outros fatos pelos quais se deduza pela veracidade dos fatos controvertidos no processo.

Nenhuma presunção, na minha opinião, é absoluta. Há sempre o risco de o fato presumido, em função da ocorrência de outro fato, não ter ocorrido. Assim, o filho havido na constância do casamento presume-se legítimo, mas pode não ser. Porém, para determinados casos, o legislador do Código Civil estabeleceu as chamadas presunções absolutas pelas quais o fato presumido em lei não sucumbe mesmo diante de prova em contrário. Em regra as presunções admitem prova em contrário e são tidas como relativas.

Toda presunção parte de um fato conhecido do qual se presume o fato relevante para o processo tendo em vista o que ordinariamente acontece. O fato conhecido nada mais é do que um indício da ocorrência de outro fato, este sim importante para o julgamento da causa.

Assim, as presunções podem, ainda, ser divididas em: presunções absolutas e presunções relativas. As presunções absolutas ocorrem tanto no campo do direito material quanto no campo do direito processual. São todas legais, isto é, todas são previstas por lei, não há presunção absoluta judicial. As presunções absolutas restringem o direito de defesa da parte, pois não admitem prova em contrário e por isto não podem ser criadas pelo Judiciário. Aliás, a nosso ver, nem mesmo a lei poderia criar presunções absolutas.

As presunções relativas são aquelas que admitem prova em contrário. Pelo fato do interessado não ter o ônus de provar o fato relevante para a causa, devendo apenas provar o indício, alguns autores chamam a presunção de prova indireta. As presunções relativas podem ser tanto legais como judiciais. Para José Carlos Barbosa Moreira ⁵⁴ as presunções legais relativas são regras de distribuição de ônus de prova.

As presunções relativas são normas abstratas e gerais e abrangem todos os casos previstos na sua hipótese. Cabe ao adversário provar o contrário, isto é, provar que o fato presumido não ocorreu. Os fatos presumidos, assim como quaisquer fatos juridicamente relevantes, podem tanto criar, quanto extinguir ou modificar direitos. Ocorrem tanto no campo do direito material quanto no campo do direito processual.

Está no artigo 335 do Código de Processo Civil a autorização para que os juízes apliquem suas presunções ao caso concreto quando da falta de norma regulamentadora, aplicando ao caso as regras de experiência comum e as regras de experiência técnicas, sendo estas aquelas inerentes ao homem médio, como os conhecimentos matemáticos. Prevê o artigo 335 que “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o Título “Da Prova” do novo Código Civil. **REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL** Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 97-113, abril-junho de 2005.

Perícia

Natureza jurídica

Parte da doutrina nega a sua natureza probatória. Entretanto, entendo que a perícia consiste em meio probatório capaz de produzir por si só convencimento no juiz da causa. Trata-se de meio muito utilizado, como ocorre nas perícias médicas realizadas pelo INSS em causas que versam sobre benefícios assistenciais, e altamente eficaz, previsto tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Processo Civil.

Portanto, a perícia é meio de prova, tem natureza probatória. Quando a perícia for fundamental para o bom deslinde do processo, especialmente a perícia médica, cabe a parte submeter-se ao exame, caso contrário prevê o artigo 231 do Código Civil que “aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”, e pelo artigo 232 do mesmo diploma, “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Prevê o artigo 339 do Código de Processo Civil que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Em razão disto é de concordar com o legislador pátrio em prever conseqüências jurídicas àquele que se opõem a auxiliar o Judiciário, desta forma, correta a atitude do legislador do Código Civil em prever no artigo 232 que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Não afirmaria que a previsão do artigo 232 acima aludido consiste em uma forma de penalizar a parte quando esta se opõe à perícia. Trata-se na verdade de mera conseqüência jurídica imposta pelo legislador àquele que se recusar ao exame pericial quando este for determinado pelo juiz da causa.

Aplicação do princípio da imparcialidade do juiz

É importante o juiz nomear um perito sempre que precise de conhecimentos técnicos que não os referentes aos seus conhecimentos jurídicos, mesmo que estes conhecimentos técnicos sejam também de conhecimento do juiz da causa. A

imparcialidade do juiz é princípio fundamental do processo, e permitir que o juiz utilize seus conhecimentos científicos em outra área pode abalar sua imparcialidade, comprometendo assim todo o processo.

Mesmo que o juiz detenha os conhecimentos científicos referentes a uma outra área do conhecimento humano, deve sempre ordenar a realização de perícia, não podendo o juiz da causa servir como perito no mesmo processo, pois que a perícia é garantia das partes e para tanto deve observar o devido processo legal, dando condições a elas de se defenderem, observando assim a ampla defesa e o contraditório.

Requisitos de admissibilidade

O juiz deve admitir a perícia no processo quando a prova dos fatos controvertidos depender de conhecimentos técnicos de outras áreas do conhecimento, sendo necessário que um profissional, ou na falta deste uma pessoa com conhecimentos sobre a matéria em debate, realize uma análise dos fatos e elabore um parecer ao juiz da causa.

Assim, pelo artigo 420 do Código de Processo Civil “a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação”. E pelo parágrafo único do citado artigo “o juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III - a verificação for impraticável”.

Aqui estão os requisitos de admissibilidade da prova pericial, quais sejam, quando a prova dos fatos depender de conhecimentos específicos de técnico, sendo possível a verificação destes fatos e quando for necessária a realização em vista das outras provas trazidas pelas partes ao processo.

Pela análise do parágrafo único do artigo em questão podemos retirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, a prova pericial é sempre complementar às outras, pois que só será admitida se for necessária em vista das outras provas produzidas em juízo. Em segundo lugar, seu caráter especial, pois que somente será admitida se a prova do fato depender de conhecimento especial de técnico.

Portanto, a prova pericial deve sempre ser admitida quando a prova dos fatos controvertidos depender de conhecimento técnico de profissional de outra área do

conhecimento humano. Assim, a perícia é meio de prova complementar às outras, sendo dever do juiz ordenar sua realização sempre que o conjunto probatório for insuficiente para a prova dos fatos.

O perito

De acordo com o artigo 139 do Código de Processo Civil “são auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete”.

Como se vê, o perito é um auxiliar do juízo, sua função é colaborar com o juiz na solução do conflito, bastando que forneça seus conhecimentos científicos sobre os fatos para que o magistrado decida da melhor maneira possível, sendo que muitas vezes a sentença é cópia do laudo pericial elaborado pelo perito nomeado pelo juiz.

Assim, conforme o artigo 145 do Código de Processo Civil, “quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421”. Por sua vez, dispõe o artigo 421 que “o juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo”.

Prevê ainda o § 1º do artigo 145 acima citado que “os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código”, e de acordo com o § 2º do mesmo artigo, “os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos”.

Entretanto, nem sempre será possível encontrar em todas as comarcas, especialmente nas localizadas no interior do país, pessoas aptas a atuar como perito em um processo judicial. Desta forma, prevê o § 3º do artigo 145 do Código de Processo Civil “que nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz”.

Assim, nem sempre será possível nomear para exercer a função de perito um profissional de determinada área do conhecimento, pois antes de tudo é requisito

para isto que exista o profissional na comarca onde tramita a ação, onde se desenvolve o processo.

Uma vez nomeado, prevê o artigo 146 do Código de Processo Civil que “o perito tem o dever de cumprir o ofício, no prazo que lhe assina a lei, empregando toda a sua diligência; pode, todavia, escusar-se do encargo alegando motivo legítimo”. Pelo parágrafo único deste artigo, “a escusa será apresentada dentro de 5 (cinco) dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la (art. 423) ”.

O legislador prevê ainda algumas conseqüências ao perito que deixar de empregar toda sua diligência ao caso, pois que pelo artigo 147 do Código de Processo Civil, “o perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer”. Sendo a função do perito colaborar com o juízo, não se deve permitir que forneça informações falsas, pois desta forma estaria desvirtuando a finalidade do perito no processo e por esta razão a penalidade prevista pelo legislador é justa.

Os assistentes técnicos das partes

Importante a esta altura é diferenciar o perito, que é a pessoa nomeada pelo juiz para elaborar um parecer sobre fatos pretéritos controvertidos no processo, dos assistentes técnicos das partes. Estes podem ser também pessoas com conhecimentos científicos sobre os fatos, mas não se confundem com o perito. Perito é a pessoa nomeada pelo juiz. Os assistentes técnicos são pessoas indicadas pelas partes para acompanhar a elaboração do laudo.

Assim, pelo artigo 421 do Código de Processo Civil “o juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo. § 1º Incumbe às partes, dentro em cinco dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito: I - indicar o assistente técnico; II - apresentar quesitos. § 2º Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado”.

Ainda, quando a parte indicar um assistente técnico para o processo arcará sozinha com os custos, pois que pela regra do artigo 33 do Código de Processo Civil “cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz”.

Não se confundem, portanto, o perito com os assistentes técnicos das partes. O perito é a pessoa nomeada pelo juiz quando a prova do fato depender de conhecimentos técnicos ou científicos, os assistentes técnicos são pessoas indicadas pelas partes para acompanhar a elaboração do laudo pericial.

O perito trabalhará no processo para elaborar um parecer sobre fatos pretéritos que não presenciou, mas que pela sua condição é capaz de extrair considerações importantes sobre eles, influenciando assim a solução do caso, devendo ser para tanto pessoa estranha ao processo.

Por isto é que sustentamos a tese da verdade processual, pois que através do processo chega-se a uma verdade baseada em alegações, supondo que as pessoas não faltaram com a verdade no processo. Assim, é de se calcular, como fazem os matemáticos, que erros sempre irão existir, por mínimos que sejam, pois nada é tão exato que possa ser reproduzido sem perda de parte de sua substância natural.

Considerações finais

Existem muitas regras disciplinando as provas em nosso sistema jurídico. A Constituição Federal, por exemplo, no artigo 5º, LVI, prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, proibindo assim este tipo de prova no processo. As regras sobre direito probatório encontram-se espalhadas na Constituição e na legislação infraconstitucional, tal qual o Código Civil e o de Processo Civil.

Por sua vez, prevê o artigo 5º, XXXV da Carta Magna que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo assim o acesso à justiça, além de uma gama enorme de princípios constitucionais do processo, como o princípio da ampla defesa e do contraditório, ambos previstos no artigo 5º, LV pelo qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo insito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV.⁵⁵

E uma vez garantido o acesso à justiça, foi dada aos litigantes a garantia ao devido processo legal, este previsto mais especificamente no artigo 5º, LIV da Constituição pelo qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O direito à prova tem sua importância para o processo não apenas em razão destas garantias previstas na constituição, mas também por várias outras garantias previstas pelas legislações infraconstitucionais inerentes ao processo.

Portanto, nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Qualquer lei ou ato normativo que restrinja o acesso do cidadão ao Poder Judiciário é inconstitucional. Disto resulta que o juiz não pode deixar de julgar na ausência da lei, pois que a jurisdição é indeclinável.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995, p.410.

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.⁵⁶

E se o Poder Judiciário está obrigado a prestar a tutela jurisdicional, mesmo na ausência de lei, cabe então às partes a prova dos fatos originadores de seu direito, pois somente assim lograrão êxito no processo e obterão uma decisão favorável.

Uma vez tendo o Estado tomado o poder do particular de fazer justiça privada, pois que ele detém o monopólio da jurisdição, não pode se recusar a prestar a tutela judicial, e não há exceções a esta regra, nem mesmo a falta de lei para o caso concreto pode configurar escusa de julgamento.

E tanto é assim que até mesmo o legislador civil previu no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Evidente que o direito à prova consagra todas estas prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais do processo, uma vez que por meio das provas é que a parte convencerá o juiz da causa que o direito alegado tem fundamento e é carecedor de uma tutela jurídica, sendo que por meio delas que o contraditório e a ampla defesa restam observados no processo.

A Constituição Federal é tão rica em garantias processuais que a doutrina fala em direito processual constitucional para expressar estes princípios e garantias do processo previstos em seu texto, sendo que é neste espaço de garantias processuais constitucionalmente previstas que órbita o direito à prova, pois que ele, como já dito, realiza todos eles.

... no que tange à tutela constitucional do processo, a Lei Magna afirmou de modo expressivo a garantia do contraditório tanto no processo civil como no processo penal ou administrativo, fortaleceu o sistema do devido processo legal (due process of law), assegurou o juiz natural e determinou a motivação fundamentada das decisões judiciais, afora outras medidas oportunas.⁵⁷

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 103.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coords.). **ESTUDOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL** em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003, p. 590.

Este dever que tem o juiz de fundamentar suas decisões é princípio basilar do processo. O artigo 93, IX da Constituição Federal prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”. Conclui-se daqui que a função das provas no processo vai além da simples comprovação de fatos, pois que não poderá o juiz fundamentar uma decisão se não houver provas suficientes para tanto.

Assim, sendo o processo uma forma de proporcionar àquele que tem direito o que a ele é devido, sendo o seu fim a entrega da prestação jurisdicional a que o Estado está obrigado, desde que provado os fatos que ensejam o direito da parte, desde que respeitado o devido processo legal, o direito à prova assume o papel principal no processo, pois que garante o processo, bem como os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Por isto há a distribuição do ônus da prova para permitir às partes a ampla defesa no processo. E para evitar desigualdades entre as partes, geralmente fruto de uma desigualdade econômica, pode o juiz requerer provas de ofício, assegurando assim aos litigantes igualdade de armas no processo, de maneira a respeitar o princípio da isonomia.

Portanto, o direito probatório é garantia das partes para o processo, pois que permite a elas o acesso à justiça, de forma eqüitativa, atribuindo a cada uma das partes determinada parcela do ônus da prova, e consagrando os princípios e garantias do devido processo legal.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Isis de. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**. 8ª ed. atual. e ampliada, incluindo comentários sobre as mais recentes modificações e inovações ocorridas na área processual civil e trabalhista. São Paulo: LTr, 1997.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Regras de Prova no Código Civil. **REVISTA DE PROCESSO**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 116, p. 11-28, julho-agosto de 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 22ª ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A PROVA NO PROCESSO CIVIL**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. v. II, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. v. III, 3ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **TEORIA GERAL DA PROVA**: Apontamentos. Salvador: JusPODIVM, 2005.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.). **ESTUDOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL** em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **CÓDIGO CIVIL ANOTADO** e Legislação Extravagante. Atualizado até 2 de maio de 2003. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. v. 1 Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

LISBOA, Roberto Senise. **MANUAL DE DIREITO CIVIL**: v.1. Teoria Geral do Direito Civil. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MALACHINI, Edson Ribas. Pareceres. **REVISTA DE PROCESSO**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 87, p. 221-231, julho-setembro de 1997.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilicitamente obtidas. **REVISTA DE PROCESSO**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 84, p. 144-155, outubro-dezembro de 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o Título “Da Prova” do novo Código Civil. **REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL**. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 97-113, abril-junho de 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1995.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **CURSO DE PROCESSO CIVIL: PROCESSO DE CONHECIMENTO** (V. 1), 6ª ed., rev. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Volume 3 (Processo Cautelar e Procedimentos Especiais) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 4ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Volume 1 (Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento) do **CURSO AVANÇADO DE PROCESSO CIVIL**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: RT, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **DIREITO CIVIL: PARTE GERAL**. v. 1, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.