



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
Curso de Especialização em Direito Processual Civil
Convênio UFPR – FUNPAR – INCIJUR

MARCO AURÉLIO MARCUCCI

**ASPECTOS HISTÓRICOS, DOUTRINÁRIOS E
JURÍDICOS**

Trabalho final apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil oferecido em Joinvile pelo Departamento de Direito Civil e Processual Civil, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof.: Alcides Munhoz da Cunha

JOINVILE

2001

MARCO AURÉLIO MARCUCCI

A PROVA NO PROCESSO CIVIL

Aspectos Históricos, Doutrinários e Jurídicos

Artigo apresentado como exigência para a obtenção do Título de Especialista em Direito Processual Civil à Banca Examinadora do Instituto de Ciências Jurídicas de Joinvile, da Universidade Federal do Paraná, em março de 2001.

DEDICATÓRIA

À minha companheira Diane, pela compreensão e incentivo para alcançar meus objetivos profissionais, quesito essencial para o meu sucesso.

*Honeste vivere,
Neminem Laedere,
Suum cuique tribuere.*

ULPIANO

Resumo:

Trata, num primeiro momento, a título de interação, a prova no contexto histórico jurídico. Após, de forma coesa, doutrinária e jurídica, será apresentado que, dentro do Processo Civil: conceito de prova é o indício, a mostra, o sinal que demonstra que o que se afirma é verídico; objeto de prova são os fatos e atos; a classificação da prova em pessoais, quando provém do homem e reais, quando provém de coisas e a finalidade da prova é convencer o juiz da existência ou não de fatos relacionados a lide, que a envolvem e fundam. Por conseguinte, será demonstrado de que, sempre dentro do Processo Civil, o ônus da prova incumbe a quem afirma e não a quem nega e os meios dispostos atualmente para a mesma são: o depoimento pessoal, a confissão, a testemunha, a presunção, o documento, a prova pericial e a inspeção judicial. Dentro da prova pericial será abrangido o tema da investigação de maternidade e paternidade. Por fim será relatado quanto a qualificação das provas e que sua destinação é o juiz e que, no que tange o foro da prova, é comuníssimo a colaboração dos juízes de comarcas distintas daquelas em que corre o processo.

SUMÁRIO

Resumo	05
Introdução	07
Capítulo I	
1.1. Esboço Histórico	10
Capítulo II	
2.1. Conceito de Prova	16
2.2. Objeto de Prova	17
2.3. Classificação da Prova	19
2.4. Finalidade da Prova	19
Capítulo III	
3.1. Ônus da Prova	22
3.2. Meios de Prova	23
3.2.1. Dos Meios de Prova em Espécie	25
3.2.2. Os Meios de Prova nas Investigações de Paternidade e Maternidade	35
Capítulo IV	
4.1. Legitimidade da Prova	40
4.1.1. Provas Ilícitas	42
4.2. Provas Emprestadas	45
Capítulo V	
5.1. Destinatário da Prova	47
5.2. Foro das Provas	48
Conclusão	49
Bibliografia	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem, por objetivo geral, expor de maneira clara, simples, objetiva e detalhada os temas básicos que envolvem o estudo processual da Prova Civil, bem como uma retrospectiva da mesma no contexto histórico jurídico.

Como objetivos específicos:

- sintetizar, em linhas gerais, cada um dos temas, um a um, de maneira que haja uma absorção rápida e um entendimento fácil dos colegas, professores e demais leitores do presente;
- ressaltar que o CPC Brasileiro, em seu artigo 332 menciona: “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 defesa”, portanto, dar uma visão concreta da importância da prova à parte, e quais as consequências ao interessado, em caso da mesma não ser produzida, ou produzida sem que haja adequação ao fato legal, quando o processo alcançar seu trânsito em julgado;
- Levar à compreensão de que a prova é objeto contundente do processo, sendo a mesma indispensável, conforme determina a alínea VI do art. 282 do CPC Brasileiro: “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”, bem como o art. 114, da Lei 8.069/90: “A imposição de medidas previstas nos incisos II a VI do art.112 pressupõe a existência de

provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127”;

- direcionar os estudos e trabalhos elaborados com a diretriz do Direito Romano, até hoje seguido “*actori ônus probandi incumbit*” - o ônus da prova cabe a quem acusa - , isto é, compete ao autor da ação jurídica provar suas alegações, garantido pela alínea VI do art. 282 do CPC Brasileiro: “A petição inicial indicará: as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”;
- relatar alguns cuidados que o advogado deve ter em relação ao juiz e à si próprio, visto que o CPC Brasileiro, em seu artigo 335, ressalta: “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 da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”, cabe aqui lembrar as palavras do professor Orlando de Assis Corrêa, quando afirma: “a prova é apreciada livremente pelo juiz, cabendo a ele dirigir o processo, pode requisitar provas onde quer que seja, pode dirigir-se ao local para a inspeção judicial, pode determinar as diligências que julgar necessárias”¹;
- e, sobretudo, destacar e alertar que no mundo jurídico, especialmente ao que tange a prova como objeto-base do processo, a pesquisa e a busca por informações é essencial;

Enfim, convém lembrar que Plácido da Silva diz que: “a prova constitui, em matéria processual, “a própria alma do processo ou a luz,

¹CORRÊA, Orlando de Assis. Sentença cível: elaboração e nulidades. 3. ed. - Rio de Janeiro: Aide, 1985, p.46.

que vem esclarecer a dúvida a respeito dos direitos disputados”².

Esta prova deverá ter seu de valor jurídico reconhecido pelo juiz, para tanto o operador do direito deverá conduzi-la, e introduzi-la no processo, de acordo com o Código Civil vigente, bem como de maneira a ser acatada pelo magistrado e surtir o efeito desejado, o que justifica o por que da escolha deste ítem para o presente trabalho.

²SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 7. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.491.

CAPÍTULO I

1 – ESBOÇO HISTÓRICO

Com certeza é difícil traçar rapidamente a história da prova no processo civil desviculando-a do contexto geral da história do direito num todo. Certeza absoluta é que a mesma esteve presente desde o início do sistema jurídico na sociedade humana e que esta encontra seus fundamentos no direito romano.

Segundo Coltrim, até hoje as faculdades ensinam o Direito Romano, fonte básica de inspiração para juristas do mundo moderno. E é muito freqüente os advogados e juízes de hoje citarem frases latinas que refletem princípio jurídicos da Roma Antiga. E, continua o mesmo autor, afirmando que a prova já era quesito do processo, “*Actori onus probandi incumbit*” - o ônus da prova cabe a quem acusa, isto é, compete ao autor da ação jurídica provar suas alegações³.

Fídias e Guimarães afirmam que, atualmente, o direito civil se classifica como tronco do direito privado, portanto bem distanciado dos objetivos do direito público, e do qual se vão desgarrando outras partes para se constituírem em direitos autônomos.

³COLTRIM, Gilberto. História, Consciência do Mundo. 14.ed., - São Paulo: Saraiva, 1998, p.121.

E, segundo os mesmos autores, o código civil regula os direitos e obrigações relativamente às pessoas, e os bens na sua seqüência de atos geradores de direitos e obrigações. Esse direito, denominado ao tempo dos romanos de *jus civile*, regulava apenas as obrigações de um povo independente, porém já na Idade Média, ele se designava direito romano e estava consubstanciado nas *Compilações de Justiniano*, ou seja, *Corpus Juris Civilis*.

Nessa época, o direito civil se colocava na categoria geral de direito público⁴.

Já, segundo Moacyr Amaral Santos, pode-se colocar os vários períodos e fases da história do direito romano e como a prova fazia parte deste:

No período formulário:

- a) o procedimento era todo oral, inclusive a sentença, salvo a *formula*, que era escrita;
- b) dividia-se em duas fases distintas – *in iure* e *in iudicio*, aquela perante o magistrado, esta perante o ambas isentas juiz, da prática de solenidades que caracterizavam o procedimento anterior;
- c) na fase *in iure*, concedida a ação, se elaborava a fórmula escrita, característico que dá nome ao sistema, e pela qual se pautava a missão do juiz na fase *in iudicio*;
- d) as partes compareciam pessoalmente, mas podiam ser orientadas por juristas e assistidas por *cognitores* ou *procuradores*;

⁴FÍDIAS, Tancredo. GUIMARÃES, Pinheiro. Direito usual e legislação aplicada. 14. ed., - São Paulo: ed.Nacional, 1980, p.76.

- e) contrariedade recíproca das partes (*princípio do contraditório*);
- f) a prova dos fatos incumbia à parte que os alegava;
- g) o juiz, a quem se destinavam as provas dos fatos, as apreciava e nelas formava livremente a sua convicção (*princípio da livre convicção do juiz*);
- h) a sentença, acolhendo a pretensão do autor, condenava o réu numa soma em dinheiro, ainda que a causa versasse sobre coisa certa e determinada.

E, continua o mesmo autor, ao tempo de Justiniano, o autor propunha a ação por escrito ao juiz, narrando a causa da obrigação e formulando o pedido (*libellus conventionis*). Concedida a ação, isto é, deferida a sua petição, a citação do réu se fazia por um funcionário, que lhe entregava o libelo, exigindo-lhe a resposta escrita (*libellus responsionis*) e o comparecimento em juízo no prazo legal.

Findo o prazo para a defesa, produzia-se a prova dos fatos, feita pelos meios admitidos em lei – documentos, confissão, juramento, testemunhas, presunções e mesmo arbitramentos. Produzidas as provas, o juiz proferia por escrito a sentença, que era um ato de autoridade, de onde emanava a sua força obrigatória.

E, porque proferida por um funcionário do Estado, contra a sentença se admitia a interposição de recurso para autoridade hierarquicamente superior, visando à sua reforma. Nasceu aí o *appellatio*, que era o recurso normal.

Com a queda de Roma (ano 476) e a ocupação de seu território pelos germanos invasores, deu-se o encontro do elevado sistema jurídico daquele povo com os costumes primitivos destes. Neste, segundo Moacir

Amaral Santos, o juiz, ou juízes, tinha por função dirigir os debates e as provas, orientar a assembléia quanto a matéria de direito e sugerir a decisão à mesma assembléia.

Mais rudimentar e primitivo ainda se mostrava o sistema probatório germânico. Meios de prova eram :

- a) o juramento da parte, ou dela e dos seus conjuradores, os quais atestavam a veracidade do juramento daquela, ou, conforme a opinião mais assente, atestavam a credibilidade do juramento daquelas apenas;
- b) as *ordálias*, ou *juízos de Deus*, que consistiam em experimentos cruéis, tais como a prova pelo fogo, a prova pela água fervendo, a prova pelo cadáver, a prova pela água fria, a prova pela serpente, a que se submetia o réu, no pressuposto de que Deus, proclamando a verdade, viria em seu socorro, livrando-o incólume dos tormentos e, especialmente, o *duelo*, também incluído entre os *juízos de Deus*, prática posta em uso sob o fundamento de que Deus daria vitória a quem tivesse razão.

Este último era o meio probatório mais acreditado, e mesmo decisivo, e conforme o seu resultado tal era a sentença.

E porque esses eram os meios probatórios, o juiz dos germanos tinha por função, no campo da prova, tão-somente fiscalizar o desenvolvimento das solenidades e o resultado do experimento.

Já o processo civil francês, segundo o mesmo autor, se pauta pela simplicidade, oralidade e publicidade dos atos, pelo princípio despositivo acomodado ao papel preponderante do juiz, como órgão do Estado, especialmente na admissão e produção de provas, por ele livremente apreciadas.

Condensando, na sua época, a mais perfeita sistematização das leis processuais, e também porque amparado no prestígio napoleônico, o Código de Processo Civil Francês serviu de modelo aos da Bélgica, da Holanda, da Grécia, da Rússia, e de outros povos, ou de fonte aos de outros, como o da Itália, de 1865, influenciando mesmo sobre o processo alemão: *Regulamento Processual Alemão (Civilprozessordnung)*, de 1877 que, com diversas modificações, se mantém ainda em vigor.

São princípios básicos do processo alemão os da oralidade, com os conseqüentes, da concentração e da imediatidade, da publicidade, da predominância do juiz na direção do processo, na apuração da prova, sujeita à sua livre apreciação.

Em 1446, sendo o rei Afonso V, se promulgava o primeiro Código português – as Ordenações Afonsinas, dividido em cinco livros, o terceiro dos quais consagrado ao processo civil, e quem tendo por fontes principais o direito romano e foraleiro e normas costumeiras, e, ainda, disposições da Lei das Sete Partidas.

Em 1603 foi promulgada as chamadas Ordenações Filipinas, também conhecidas simplesmente por Ordenações do Reino.

No sistema dessas Ordenações, de aplicação também no Brasil até recentemente, o procedimento era dividido em fases:

- a) a postulatória, compreendendo o libelo, a contrariedade, a réplica e a tréplica;
- b) a instrutória, em que se produziam as provas. Estas podem ser testemunhal, a produzir-se secretamente, conforme o direito canônico;
- c) a decisória; e a
- d) executória.

O Código Brasileiro de 1939 tinha não poucas virtudes. Essas consistiam na adoção das doutrinas mais modernas, tomado o processo como instrumento do Estado no desempenho de sua função jurisdicional, e norteados pelos princípios da publicidade e oralidade – esta considerada o sistema compreensivo da oralidade, da concentração dos atos processuais, da imediação do juiz com as partes e os meios de provas, da identidade física do juiz no decorrer da lide – e, ainda, pela combinação do princípio dispositivo e do princípio do juiz ativo⁵.

Mas, segundo Carreira Alvim, tratando-se das provas no Código de Processo Civil Brasileiro, a doutrina das provas sofreu importantes modificações.

Continua: O art. 336 declara que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, serão hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Mas não é só. Permite o projeto que o juiz, em falta de normas jurídicas particulares, aplique as regras da experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art.339).

Passa depois à disciplina particular das várias espécies de provas. Trata, em seções distintas, do depoimento pessoal e da confissão (arts. 346 e segs.). Disciplina com rigor a exibição de documento ou coisa, considerando em particular os motivos de escusa (art.367).

Dispõe sobre a força probante dos documentos (arts. 368 e segs.), a arguição de falsidade (arts. 394 e segs.) e a oportunidade da produção da prova documental (arts. 444 e segs.)⁶.

⁵SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 20. ed., 1º vol. - São Paulo: ed.Saraiva, 1998,. P.38a50.

⁶ALVIM, Carreira. Código de processo civil retrospectivo. , - Curitiba: ed. Juruá, 1999,. p.35.

CAPÍTULO II

1 – CONCEITO DE PROVA

Mesmo que a palavra prova tenha inúmeros significados, tanto na linguagem popular, no sentido culto e, particularmente no sentido jurídico, a mesma não foge à regra básica:

- Prova = indício, mostra, sinal;
- Provar = demonstrar com provas (documentos fatos, razões). Dar testemunho de; tornar evidente; conhecer por experiência própria;

A clássica definição de Clóvis (1980:245), prova “é o conjunto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de um ato jurídico” é complementada por Sílvio de Salvo Venosa, “prova é o meio de que o interessado se vale para demonstrar legalmente a existência de um negócio jurídico”⁷.

⁷VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao direito romano. 5. ed., - São Paulo: ed. Atlas, 1999, P.363.

2 - OBJETO DA PROVA

Fatos e atos dos quais incorrem o processo são os objetos da prova.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, “todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados pelo processo se originam de fatos (*ex facto ius oritur*). Por isso, o autor quando propõe a ação e o réu, quando oferece sua resposta, não de invocar fatos que procurem justificar a pretensão de um e resistência de outro”⁸.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, o juiz é o condutor do processo. Embora a prova seja produzida pelas partes, deve o julgador “velar pela rápida solução do litígio”, (CPC Brasileiro, art.125, II), indeferindo as provas inúteis e protelatórias (CPC Brasileiro, art.130). Por outro lado, tudo o que for alegado deve ser provado.

Porquanto, dependem de prova os fatos controvertidos e relevantes.

Em casos especiais como, por exemplo, a parte invoca direito estadual, municipal, singular, estrangeiro ou consuetudinário, a prova buscada não se relaciona a fatos mas ao direito em si. Recorre-se do artigo 334 do CPC Brasileiro vigente: “Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessadas pela parte em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

⁸THEODORO Júnior, Humberto. Processo de conhecimento: tomo II. 2. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 519.

Para Venosa: os “*atos notórios*” não precisam ser provados. São fatos de conhecimento comum da sociedade ou, ao menos, da sociedade onde tem curso o processo. Assim, tendo havido inundação, amplamente noticiada pelos meios de comunicação, tal não necessita ser provado, por conhecimento do juiz, mas do conhecimento de toda sociedade.

Os fatos incontrovertidos também não merecem prova. Nesse aspecto nada adianta aos litigantes lutar para prová-los, pois ambos têm os fatos como verídicos⁹.

Também para Moacir Amaral Santos “sempre que das afirmações das partes se verifique que certos fatos por qualquer delas alegados são reconhecidos como verdadeiros pela parte contrária torna-se desnecessária a sua demonstração. Os fatos afirmados por uma das partes e não negados pelo adversário, ou seja, os fatos não controvertidos na causa, não necessitam de serem provados”¹⁰.

Esta afirmativa de que somente os fatos duvidosos ou que caíam em controvérsia devem ser objetos de prova está consubstanciada no artigo 302 do CPC Brasileiro, pelo qual o juiz deverá acolher como fato verídico aqueles narrados pelo autor, em sua petição inicial, quando não houver impugnação por parte do réu, salvo, segundo o CPC Brasileiro, se a existência do fato particular, embora não impugnado pelo réu, estiver em contradição com a defesa, considerada como um todo.

⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob. cit., p.364.

¹⁰SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. – Rio de Janeiro: Forense, 1970, v.I., p. 208.

3 – CLASSIFICAÇÃO DA PROVA

Para Carnelutti “as provas podem ser pessoais e reais, segundo provenham de um homem ou de coisas. E podem dividir-se em provas históricas e críticas. A prova testemunhal, enquanto a testemunha reproduz perante o juiz o fato probando, é uma forma de prova histórica; o indício, na medida em que não reproduz o fato que se pretende provar diretamente ao destinatário, mais penas permite que, pelo raciocínio, se chegue à conclusão de sua veracidade, é uma prova crítica”¹¹.

4 – FINALIDADE DA PROVA

A finalidade da prova consiste em convencer o juiz da existência ou não de fatos relacionados a lide, que a envolvem e fundam.

Segundo Sílvio de Salto Venosa, a demonstração da evidência em juízo é a finalidade elementar do processo na busca da verdade processual. Isto porque nem sempre o que se logra provar em uma lide coincide com a verdade real. Não outra solução, para o Direito, a não ser contentar-se com a “*verdade processual*”.

Porquanto, o objetivo da prova é a aquisição de um direito.

¹¹CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil, de derecho probatório. 1951, p.141.

Explica ainda Venosa que a utilidade de um direito se mede pela possibilidade de que dispõe para se realizar a prova de um fato. De nada adianta possuir um direito se não tem os meios para prová-lo. Na verdade, o que se prova não é o direito. Prova-se o fato relacionado com um direito.

Mas ainda, de acordo com o art. 1.107 do CPC Brasileiro, “os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas”¹².

Provar ao juiz todo o contexto dos fatos arrolados, esclarecendo os que estiverem em controvérsia ou apresentarem dúvida é a finalidade do capítulo VI do CPC Brasileiro.

Deve-se ter sempre como regra básica que apenas os fatos devem ser objeto de prova, a regra de direito, presume-se conhecida do juiz. O artigo 332 do CPC Brasileiro, confirma esta regra, ao dispor que a atividade probatória das partes dirige-se a estabelecer a veracidade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Afirma Ovídio A. Baptista da Silva: “a regra, porém, admite uma exceção, conforme dispõe o artigo 337 do Código. Sempre que a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, cabe-lhe o ônus de provar tais regras de direito, a não ser que o juiz, por conhecê-las, a dispense da prova”¹³.

Da própria regra estabelecida no artigo 332 do CPC Brasileiro, pode-se extrair o seguinte corolário: “hão de ser objeto de prova

¹²VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. ob. cit., p.363.

¹³SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Processo de conhecimento. 4.ed., - Porto Alegre: Fabris, 1998, v.I, p.342.

apenas os fatos em que se funda a ação ou defesa, o que significa dizer apenas os fatos relevantes para a decisão da controvérsia, devem ser provados”.

E, finalmente, para Manoel Antonio Teixeira Filho “É da prova que nasce a ceteza jurídica do julgador (*Ex probatione oritur fides juridica*)¹⁴.

¹⁴TEIXEIRA Filho, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. 2.ed., - São Paulo: LTR, 1984, p.45.

CAPÍTULO III

1 – ÔNUS DA PROVA

Para Venosa é princípio fundamental em campo probatório que quem alega um fato deve prová-lo: *ei incumbit probatio qui dicit non Qui negat* (a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega).

De modo geral, pode-se afirmar que o ônus da prova incumbe ao autor da demanda¹⁵.

De acordo com o artigo 339 do CPC Brasileiro “ninguém se exime do dever de colaborar com o poder judiciário para o descobrimento da verdade”. Afirma Moacyr Amaral Santos: terceiras pessoas, que intervêm na apuração e esclarecimento dos fatos – testemunhas, peritos, intérpretes, etc – todos indispensáveis ao perfeito desempenho da função jurisdicional¹⁶.

Ovídio A. Baptista da Silva explica que “como todo direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de

¹⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral Introdução ao Direito Romano. ob. cit., p.363.

¹⁶SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. ob. cit., p.16.

nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual a parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegado como existentes”¹⁷.

Para Moacyr Amaral Santos, às partes se concedem direitos processuais, a que correspondem deveres, mas também se impõem ônus processuais, como o ônus de afirmar, o ônus de provar¹⁸.

Em contrapartida, explica Sílvio de Salvo Venosa, a presunção relativa faz inverter o ônus da prova. Normalmente esse ônus pertence ao autor da ação, que alega um direito. Se a lei, porém, presume um fato, o ônus da prova transfere-se para o réu, que tem de provar em contrário ao que foi estabelecido na presunção¹⁹...

2 – MEIOS DE PROVAS

Para Sílvio de Salvo Venosa o Direito Civil estipula os “meios de prova” e os fundamentos principais respectivos através dos quais se comprovarão fatos, atos e negócios jurídicos. O direito processual traça os limites da produção da prova, sua apreciação pelo juiz, bem como a

¹⁷SILVA, Ovidio A. Baptista da. Curso de processo civil. Processo de conhecimento. Ob. cit., p.344.

¹⁸SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Ob. cit., p.75.

¹⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob.cit., p.363e372.

técnica de produzi-la em juízo. Como é íntimo o conteúdo do negócio jurídico com sua prova, é acertado o enfoque do Código Civil ao traçar os princípios fundamentais e dispor sobre meios de prova.

E, continua o autor, o artigo 136 do Código Civil enumera de forma exemplificativa, e não taxativa, os meios de prova para os atos de forma livre: “Os atos jurídicos, a que não se impõe forma especial, poderão provar-se mediante: I) - Confissão; II) – Atos processados em juízo; III) Documentos públicos ou particulares; IV) Testemunhas; V) Presunção; VI) Exames e vistorias; VII) Arbitramento²⁰.

Para Wilhem Kisch “meio de prova é o objeto corpóreo por meio do qual se obtém a prova: por conseguinte, o que o juiz inspeciona, a testemunha que declara, o documento que é examinado”²¹.

Já para Devis Echandia “o conceito dos meios de provas pode ser entendido de dois modos. Pode significar atividade desenvolvida para produzir a prova. Neste caso. Dir-se-ia que a declaração prestada pela testemunha, ou o laudo fornecido pelo perito, ou a percepção do juiz que realiza a inspeção judicial, são meios de prova, no sentido de fontes de onde se extraem os motivos de convencimento”²².

Afirma Rosenberg: “Meios de prova são as coisas corpóreas que devem proporcionar ao juiz uma percepção sensível, os portadores da instituição ou da transmissão: objeto da inspeção coular, os documentos, as testemunhas, os peritos, as partes”²³.

²⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.365.

²¹KICH, Wilhem. Elementos de derecho procesal, trad. De L. Prieto Castro. 1940, parágrafo 42.

²²ECHANDIA, Devis. Teoria general de la prueba judicial. 1970, tomo I, p. 139.

²³ROSENBERG. Tratado de Derecho Procesal Civil. 1995, V. II, parágrafo 11, I, II.

2.1 - Dos Meios de Provas em Espécie

2.1.1 – Depoimento Pessoal

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, como está estampado no Código de Processo Civil, o sujeito da relação jurídica processual não pode ser testemunha. Pode, porém, ser ouvida no processo por iniciativa da parte contrária ou do próprio juiz: trata-se do “*depoimento pessoal*”, outro meio de prova admitido.

No entanto, não se deve confundir o depoimento pessoal da parte com depoimento testemunhal. O depoimento da parte é naturalmente *faccioso*, pois o depoente tem interesse na demanda. Cabe ao juiz dar devido valor a esse meio de prova²⁴.

Referindo-se ao depoimento pessoal Devis Echandia expõe: “é o testemunhal prestado em juízo por quem é parte na própria causa. É um meio de prova como os demais e pertence ao mesmo gênero da prova testemunhal, da qual se distingue, no entanto, em pontos essenciais”²⁵. Sobre os pontos essenciais verso a seguir.

Segundo o CPC Brasileiro, há três ocasiões em que ocorre o comparecimento pessoal da parte em juízo, a saber:

- Quando convocada pelo juiz apenas para participar da tentativa de conciliação, obrigatória, segundo disposto no art. 331 do CPC Brasileiro, sempre que o litígio verse sobre direitos patrimoniais de caráter privado. Este procedimento não tem por fim tomar depoimento mas colocá-la em contato pessoal com a parte

²⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.371.

²⁵ECHANDIA, Devis. Teoria general de la prueba judicial. Ob cit., p.139.

contrária, na presença do magistrado, para um possível acerto;

- Quando convocada pelo magistrado para prestar esclarecimentos sobre fatos da causa conforme prevê o art. 342 do CPC Brasileiro;
- E, enfim, quando convocada pelo magistrado para prestar o depoimento pessoal. Este comparecimento é obrigatório, como determina o art. 343, par. 2º do CPC Brasileiro, sob pena de confissão feita.

A finalidade do depoimento pessoal é obter do depoente a confissão, ou seja, fazer com que a parte convocada para prestar depoimento confirme a veracidade dos fatos afirmados por seu adversário e que lhe sejam desfavoráveis.

O que se confirma com a afirmativa de Moacyr Amaral Santos: “sendo mais próprio considerá-lo como um simples instrumento, ou procedimento probatório para obter-se a confissão, esta sim a prova resultante do depoimento pessoal”²⁶.

Mas lembra Theotonio Negrão, “é da tradição de nosso Direito Processual que o depoimento da parte pode ser feito por meio de procurador”²⁷.

2.1.2 - Confissão

Segundo dicionário de língua portuguesa brasileiro: “declaração das próprias culpas ao confessor”.

Segundo a jurisprudência: “é dizer ao juiz que concorda, que é

²⁶SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. Ob cit., p.92.

²⁷NEGRÃO, Theotonio. Código de processo civil e legislação em vigor. 10.ed., - São Paulo: Revista dos Tribunais, nota 344, 1, p. 138 apud Revista dos Tribunais. Ano 71. Agosto de 1982. V. 562, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.170.

verdade, é a admissão do fato de veracidade do que esta sendo alegado pelo adversário da causa”.

Reza no CDC Brasileiro, em seu art. 348: “Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extra-judicial”.

Para Moacyr Amaral Santos “confissão é a declaração que uma parte faz da verdade dos fatos que, a um tempo, lhe são desfavoráveis e favoráveis ao adversário. Uma das partes declara expressamente serem verdadeiros os fatos, ou alguns dos fatos, alegados pelo adversário. Dá-se, pois, o reconhecimento da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados pelo adversário”²⁸.

Venosa complementa: “a confissão é um pronunciamento contra o próprio manifestante da vontade; é o reconhecimento que alguém faz da verdade de um fato. E ainda: Em qualquer definição que se faça do instituto, um aspecto fica patente: a confissão é sempre admissão de fato contrário ao interesse do declarante”.

E continua: O objetivo da confissão dever ser um fato, porque só os fatos estão sujeitos à prova.

É considerada a rainha das provas, desde os tempos mais antigos, mas não são todos os fatos que a admitem: “*Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis*” (artigo 351 do CPC). Assim sendo, não tem efeito absoluto a confissão em matéria de anulação de casamento, por exemplo, quando seu valor será apenas relativo, na livre apreciação da prova feita pelo juiz.

Sujeito a confissão é sempre a parte. Quem confessa não pode ser

²⁸SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869 de 11/01/1973. 3.ed., - Rio de Janeiro:Forense, 1982, v.IV, p.66.

terceira pessoa, estranha à lide, ao litígio, pois ela atuaria como testemunha e não como confitente.

Como se trata de ato de disposição, a confissão requer agente capaz. P confitente deve ser capaz de obrigar-se. Feita por quem não seja capa, seu efeito não será absoluto, mas meramente relativo, dentro do bojo probatório do processo.

A própria lei distingue dois tipos de confissão: *judicial* e *extrajudicial*. A *confissão judicial* é aquela ocorrida durante o curso do processo e no seu bojo; a *extrajudicial* configura-se no reconhecimento do fato litigioso fora do processo.

A confissão pode ser *expressa* quando emana da deliberação precípua do confitente por forma verbal ou escrita; ou *presumida*, porque não expressa e apenas admitida por presunção (pode ser chamada também confissão *tácita*, porque decorrente do silêncio, ou *ficta*, porque criada por ficção jurídica)²⁹.

2.1.3 – Prova Testemunhal

Segundo o Art. 400 do CDC Brasileiro: “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispendo a lei de modo diverso”.

Para Venosa, “prova testemunhal é a que resulta do depoimento oral de pessoas que viram, ouviram ou souberam dos fatos relacionados com a causa”.

Mas que, ainda segundo Venosa, a prova testemunhal é sempre

²⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.365-366.

campo fértil para ataque dos que criticam o sistema jurídico. É prova perigosa, volúvel, difícil, custosa, mas importante e necessária. É prova sempre sujeita a críticas; não havendo outra saída, é a que na grande maioria das vezes é utilizada para decidir uma causa. Testemunha é, portanto, a pessoa, estranha ao processo que afirma em juízo a existência ou inexistência de fatos em discussão, relevantes para a causa.

As testemunhas podem ser *judiciárias*, pessoas naturais, estranhas à relação processual, que declaram em juízo fato relevantes para a causa, e *instrumentárias*, quando se manifestam sobre o conteúdo do instrumento que subscreveram, devendo ser duas nas escrituras públicas e cinco nas formas ordinárias de testamento.

Segundo a tradição de nosso antigo direito, dizia-se que uma só testemunha era insuficiente para a prova de um fato (*testis unus, testis nullus*). Esta regra, no entanto, está totalmente desprestigiada. A prova testemunhal, independente da quantidade, é também prova qualitativa, pois se levam muito em conta a personalidade e a idoneidade da testemunha. Uma só testemunha idônea poderá provar suficientemente um fato autorizando o juiz a formar sua convicção.

A lei proíbe determinadas pessoas de servir como testemunhas. É o que faz o artigo 142 do Código Civil. A razão é justificada por questão de incapacidade, como no caso dos loucos de todo o gênero, dos menores impuberes e dos cegos e surdos quando a ciência do fato que se quer provar depende do sentido que lhes falta; como no caso da falta de legitimação quando se trata de pessoa interessada no litígio ou de parente ou cônjuge dos demandantes.

O Código do Processo Civil, no artigo 405, distingue os *incapazes*, os *impedidos* e os *suspeitos* de servirem como testemunhas.

O art.143 do código civil admite como testemunhas os ascendentes,

consangüinidade ou afinidade, “*em questões em que se trata de verificar o nascimento ou óbito dos filhos*”. De acordo com o Código de Processo Civil, também os impedidos por parentesco podem excepcionalmente, ser admitidos a depor como testemunhas, em ações de estado, tais como investigação de paternidade, separação judicial, etc.

O artigo 144 do Código Civil dispõe: “*ninguém pode ser obrigado a depor de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo*”. Regra geral, a testemunha não pode se recusar a depor, salvo exceções expostas na lei.

A testemunha funciona como auxiliar da Justiça. O Código de Processo Civil amplia a regra de exceção do Código Civil, como dispõe o art. 406 do CPC Brasileiro. A obrigação de guardar segredo profissional é garantia para as partes, vem como para determinadas profissões. Da mesma forma, a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos que representem ameaça a si e a seus parentes próximos³⁰.

Também para Tancredo Fídias e Pinheiro Guimarães, quando o fator depender de prova testemunhal de profissional e sobre assuntos que requeiram segredos de natureza profissional, não está ele obrigado a depor ou servir de testemunha³¹.

2.1.3. a) Prova exclusivamente testemunhal nos contratos

Explica Venosa: A prova exclusivamente testemunhal só será admitida nos contratos cujo valor não supere o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo que foram celebrados, Porém, “*qualquer que seja o valor do contrato, a prova testemunhal é admissível*

³⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.368-370.

³¹FÍDIAS, Tancredo. GUIMARÃES, Pinheiro. Direito usual e legislação aplicada. Ob cit., p.76.

como subsidiária ou complementar da prova por escrito” (parágrafo único do artigo 141 do Código Civil)³².

2.1.4 – Presunção da Prova

Segundo Venosa, presunção é a conclusão que se extrai de fato conhecido para se provar a existência de outro desconhecido.

As presunções classificam-se em *legais (juris)* e *comuns (hominis)*. As presunções legais dividem-se em *presunções iuris et de iure* (absolutas) e *presunções iuris tantum (relativas)*, expressões essas criadas na Idade Média.

Presunções *iuris et de iure* é aquela que não admite prova em contrário; a própria lei a admite como prova absoluta, tendo-a como verdade indiscutível. A lei presume fato, sem admitir que se prove em contrário.

A presunção *iuris tantum* admite prova em contrário, daí por que também se denomina condicional³².

Mas, em contrapartida, podemos afirmar que não há, em nosso Direito, a presunção da prova, isto segundo o pensamento de Moacyr Amaral Santos. “Omitiu-se o Código quanto aos *indícios e presunções*, que, a nosso ver, são legítimos meios de prova. Especialmente a presunção, reconhecida como tal pelo CDC Brasileiro, art. 136, n. V, no que é seguido pelo Antprojeto de Código Civil, de 1972, art. 210, n. IV”³⁴.

³²VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.368-369.

³³VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.371.

³⁴SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. Ob cit., p.195-205.

2.1.5 – Prova Documental

Para Carnelutti e Liebmann, documento seria “qualquer coisa capaz de representar uma outra coisa”, enquanto para o primeiro “apenas os objetos corporais produzidos pela atividade humana poderiam ser considerados documentos”³⁵.

Essa limitação conceitual parece essencial para o estabelecimento de um conceito apropriado do que seja verdadeiramente um documento.

Para Venosa, o Documento denota a idéia de qualquer papel útil para provar ato jurídico. No dizer de Moacyr Amaral Santos (1971, v.2:78), o documento é prova meramente casual.

Assim sendo, os documentos públicos ou particulares são escritos que, não tendo surgido como prova pré-constituída, apresentam elementos de prova.

Em sentido amplo o termo documento não abrange apenas a forma escrita, mas toda e qualquer representação material destinada a reproduzir duradouramente um pensamento.

Os documentos escritos em língua estrangeira deverão ser traduzidos por tradutor público juramentado para Ter efeito legal no país (artigo 140 do Código Civil).

As certidões extraídas de qualquer ato do processo terão o mesmo valor probatório dos originais (artigo 137). Assim também os traslados e as certidões extraídas por oficial público em que declara ser cópia fiel ao original.

Os documentos públicos provam materialmente os negócios que exigem tal forma. Quando a lei não requer registro, são oponíveis contra

³⁵CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil, de derecho probatório. Ob.Cit., p.141.

terceiros. Transcrito o documento perante o oficial público, tem *fé pública*, de onde decorre a autenticidade do ato quanto às formalidades exigidas. Havendo presunção de autenticidade, pode ela se contraditada por prova cabal.

2.1.6 – Prova Pericial

O juiz, segundo Venosa, embora se requeira que seja pessoa de razoável cultura, não pode ser especialista em matérias técnicas. Quando o deslinde de uma causa depende de conhecimento técnico, o magistrado se valerá de “perito” que o auxiliará na questão fática.

A perícia é prova indireta, pressupõe sempre a figura do perito.

A prova pericial poderá requerer especialista graduado nas várias especializações. Poderá requerer especialista em ciências biológicas, econômicas, etc. O campo do exame pericial é tão vasto quanto o próprio conhecimento humano³⁶.

Para J. Frederico Marques prova pericial “é a prova destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre algum fato que dependa de conhecimentos especiais de ordem técnica”³⁷.

Mas Venosa lembra que é de vital importância, que o juiz não ficará, em hipótese alguma, adstrito a admitir a conclusão do perito na sua decisão. Pode o magistrado determinar nova perícia, como pode também formar sua convicção para julgar, não adotando a conclusão de qualquer delas. Se o juiz ficasse preso à perícia para formar seu julgamento, estaria transferindo a missão de julgar ao perito...

³⁶VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.367-368.

³⁷MARQUES, J. Frederico. Manual. v.2, parágrafo 71. APUD SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Processo de conhecimento. Ob.Cit.p.66.

E, enfim, fatos que relacionam-se com a lide, mas que são de conhecimentos de todos, e que, por esta natureza, não permite emanar dúvidas como, por exemplo, um cheque falso. Não é necessário um perito para dizer que é um cheque. Todos conhecem um cheque, pode ser necessário perito para a assinatura no mesmo. Porquanto, afirma Venosa: “a prova pericial deve ser vista sob o prisma da necessidade. Os fatos ordinários, de conhecimento comum, não necessitam de perícia”³⁸.

2.1.7 – Inspeção Judicial

Segundo Venosa, a perícia é prova indireta, pressupõe sempre a figura do perito. Quando o exame é feito pelo próprio juiz, a prova denomina-se “*inspeção judicial*”, regulada pelo Código de Processo Civil, artigos 440 a 443.

Por vezes, será da mais alta conveniência para a convicção do julgador que ele examine pessoalmente local, objeto ou pessoa, importantes para o deslinde da questão, o que nem sempre será possível, mormente nas grandes cidades, onde os juízes se vêem assoberbados com pletora de feitos³⁹.

Affonso Fraga, tratando da questão de inspeção judicial, afirma: “em matéria processual é uma modalidade de arbitramento revestida de todos os seus caracteres e é o ato de inspeção ocular pelo qual o juiz se certifica do objeto sobre que se agita a questão pendente do seu julgamento.

Esta definição, como facialmente se vê, assimila vistoria à inspeção judicial que hoje, no direito brasileiro, tem conceituação precisa e

³⁸⁻³⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.373, 372-374.

distinta. A vistoria é, sem dúvida, um visum, como a própria palavra denuncia; todavia, nela o juiz vê por intermédio dos peritos e não pessoalmente como na inspeção judicial⁴⁰.

2.2 - Os Meios de Prova nas Investigações de Paternidade e Maternidade

Segundo Levenhagen, a lei é comedida quanto aos casos ensejadores da investigação de paternidade, mas, em compensação, é tolerante na questão da prova quanto aos fatos expressamente previstos, admitindo, inclusive, a presunção seriamente calcada no conjunto das provas dos autos.

Já, segundo o mesmo Levenhagen, a prova de maternidade é de fácil produção, bastando que o nome da mãe conste do termo de nascimento e, geralmente, nesses termos nunca deixa de existir o nome da mãe. Se, porém, um registro de nascimento for efetuado sem indicação da maternidade, o filho poderá propor a ação de investigação.

Continua: a prova a ser feita pelo filho não pode cingir-se apenas no ter havido o parto, pois a mulher pode ter dado à luz, mas o filho nascido não ser aquele que investiga a maternidade. Assim, além do parto, deve ser provado a identidade do investigante com o filho nascido e essa prova pode ser produzida por todos os meios admitidos em direito⁴⁰.

O Dr. Salmo Raskin, faz um trabalho importante que para esclarecer todas as dúvidas referente a este tema, o que veremos a seguir:

⁴⁰FRAGA, Affonso. Instituições do direito processual civil, 1940, v. II, p. 568, apud Silva, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento. 4ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1998, v. I, p. 391.

⁴¹LEVENHAGEN. Código civil à luz da Nova lei processual: 6ª ed., - São Paulo: Ed. Atlas, 1979, P163-164e170.

“As investigações de paternidade e maternidade sempre foram matéria de grande interesse entre médicos e juristas, e em conjunto com as provas testemunhais e documentais, as perícias trouxeram sempre soluções baseadas nas leis da hereditariedade, colhendo subsídios na genética, destacando-se principalmente as provas periciais sangüíneas. Didaticamente, podemos dividir as provas usadas na investigação da paternidade e maternidade em: provas médico-legais não genéticas e provas médico-legais genéticas”.

Provas Médico-Legais não Genéticas

Na provas médico-legais não genéticas há que se considerar elementos relacionaos com o ato gerador e suas conseqüências diretas e elementos relativos à idade do filho.

Elementos relacionados com o ato gerador suas conseqüências:

- a) dados biológicos sobre a gestação (data da última menstruação, duração da gestação, ecografias);
- b) verificação da ausência ou da possibilidade de ter havido relação sexual (virgindade);
- c) verificação da impossibilidade de fecundação (esterilidade) ou de manter a gestação até o termo (infertilidade);
- d) aplicação de métodos anticoncepcionais.

Elementos relativos à concecpção:

- a) Existência de parto, a data de nascimento e a idade atual do filho;
- b) O Escore de Dubowitz (avalia a maturidade ao nascimento e estima quantas semanas durou a gestação).

Estes dados servem para questionar e confrontar com a época da relação e para confronto com a data conhecida do parto.

Provas Médico-Legais Genéticas

Antigamente eram baseadas no confronto fisionômico entre os caracteres hereditários do filho e do suposto pai. Sempre chamou a atenção do homem o fato de no conjunto da fisionomia, das funções fisiológicas e psicológicas ou pelo menos em alguns traços particulares, os filhos se parecem com os pais. A este conjunto de fenômenos se chamou hereditariedade.

No século passado, o conceito de semelhança era usado como “prova de filiação”. Estudou-se também os caracteres morfológicos funcionais: o psíquico e o fisiológico, o normal e o anormal.

Hoje raramente são encontrados laudos periciais baseados apenas nos critérios da quantidade e qualidade dos traços, por exemplo, analisando o pavilhão da orelha e as sobrancelhas. É verdade que estes aspectos podem ser considerados elementos úteis na apreciação de semelhanças e disparidades. Porém infelizmente é praticamente infinito o número de elementos fisionômicos, tornando este tipo de identificação impreciso.

Com o avanço da genética foi possível demonstrar que nem só por semelhança se manifesta a hereditariedade e, sim, também pela diferença.

Ex.: Um homem casa-se com mulher negra, provavelmente nascerá criança mulata. Os vínculos genéticos não podem ser traduzidos somente por semelhança, nem as semelhanças podem ter por causa única os vínculos genéticos. Dissemelhanças aparecem entre pais e filhos, ou incríveis graus de semelhanças aparecem entre pessoas não-aparentadas (sósias).

A genética moderna teve sua base lançada por MENDEL entre 1857 e 1864, com experiências sobre a reprodução de ervilhas.

As provas mendelinas fenotípicas mais utilizadas na determinação da paternidade eram:

- a) exame do pavilhão auricular (lóbulos presos e/ou livres);
- b) anomalia dos deods – braquidactilia (dedo curto);
- c) cor dos olhos;
- d) coroinha nos cabelos – redemoinho para direita ou para esquerda;
- e) formato dos dentes – somente observados em anomalias;
- f) cor da pele – brancos, negros, mulatos, orientais;
- g) mancha mongólica – assemelha-se a uma equimose e não tem localização certa.

Foi apenas no início deste século que a perícia laboratorial genética começou a despontar com as provas genéticas sangüíneas, através do estudo dos grupos de sangue (O, A, B, AB), ou a descoberta de outro fator no sangue, o Rh, e do sistema HLA com propriedades antigênicas.

A descoberta, no sangue, dos vários sistemas ABO, Rh, HLA, e mais recentemente o estudo detalhado do DNA, tem proporcionado à Medicina Legal e aos profissionais do Direito valiosos elementos esclarecedores na investigação de paternidade e maternidade.

Pouco a pouco foram desaparecendo os métodos empíricos para dar lugar aos métodos modernos, com tecnologia de ponta, como é o caso do DNA, sem perder de vista o horizonte das provas testemunhais. Esteve sempre no domínio da prova a dificuldade maior das ações investigatórias de paternidade. O problema que se coloca ao juiz no campo probatório é como comprovar que realmente houve relacionamento sexual e a necessária relação de cautela e efeito entre este ato, normalmente singular, e a fecundação e conseqüente concepção do filho. Provas

testemunhais e documentais são quase sempre impossíveis. Com o teste em DNA a verdade presumida passa agora a ser verdade científica ou biológica⁴².

⁴²RASKIN, Salmo. Manual prático do DNA para investigação de paternidade / Salmo Raskin. 1.ed., 2.tir. - Curitiba: Juruá, p. 13-18.

CAPÍTULO IV

1 – LEGITIMIDADE DA PROVA

O Código de Processo Civil, em seu art. 332, menciona “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”.

Sílvio de Salvo Venosa afirma que os atos formais ou solenes, que exigem forma especial pré-determinada na lei, provam-se pela própria forma que lhes é essencial.

Quando a escritura pública for da substância do ato, não poderá ser provado de outra forma. Nos casos de casamento, testamento e de outros atos de forma preestabelecida, a sua prova só se fará conforme sua forma legal.

A prova dos atos não formais, aqueles cuja forma pode ser livremente escolhida pelas partes, se faz por intermédio dos meios admitidos em Direito⁴³.

Continuando, o art. 335 do CPC Brasileiro explica: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz apreciará livremente a prova,

⁴³VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.364.

atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que formam o convencimento”.

Porquanto, coloca Devis Echandia que “o processo civil não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios capazes de conduzir ao triunfo sobre o inimigo”⁴⁴.

Sílvio de Salvo Venosa explica: a prova deve ser *admissível, pertinente e concludente*.

A *prova admissível* é aquela que o ordenamento não proíbe, tendo valor jurídico para a situação que se quer provar. Desse modo, se a lei exige para determinado negócio a forma escrita, não se provará de outro modo, ou seja, a prova testemunhal não terá valor para demonstrar sua evidência.

A *prova pertinente* significa que deve dizer respeito à situação enfocada, deve relacionar-se com a questão discutida.

Deve ser *concludente* porque não pode ser dirigida à conclusão de outros fatos que não aqueles em discussão, caso contrário a atitude do juiz, que é o condutor do processo, seria inócua⁴⁵.

Aos processos a serem iniciados, segundo Moacyr Amaral Santos, as leis processuais disciplinam a prova dos fatos em juízo, e, assim, quais as provas admitidas em juízo e como se produzem. Regulam, assim, a admissibilidade e a produção das provas em juízo.

Segundo os princípios expostos, a admissibilidade e a produção das

⁴⁴ECHANDIA, Devis. Teoria general de la prueba judicial. 1970, tomo I, p.139.

⁴⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.363.

provas, em juízo, se regem pela lei processual vigente e não pela lei do tempo em que o fato se verificou. Estamos sob o domínio da lei processual. Tratando-se, entretanto, de ato jurídico, a sua representação no processo ater-se-á ao que dispuser a lei segunda a qual se constituiu, pois aí estamos sob o domínio da lei substancial⁴⁶.

Ao princípio da territorialidade das leis processuais, segundo o mesmo autor, não é segundo a *lex fori*, mas conforme a *lex loci* – a lei do lugar em que ocorreu o fato – que se disciplinam o ônus da prova e os meios destinados a produzi-la, tratando-se de fatos ocorridos no estrangeiros.

Os fatos ocorridos no estrangeiros devem ser provados conforme dispões o art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil: “A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça”.

Segundo Amaral, quer dizer que, conforme a lei do lugar em que ocorreu o fato, assim se atribui o ônus de prová-lo e tais serão os meios probatórios admissíveis. Todavia, os juízes brasileiros não “admitirão provas que a lei brasileira desconheça”⁴⁷.

1.1 PROVAS ILÍCITAS

Segundo Moacyr Amaral Santos, “as leis processuais disciplinam a prova dos fatos em juízo, e, assim, quais as provas admitidas em juízo e como se produzem. Regulam, assim, a admissibilidade e a produção das provas em juízo”⁴⁸.

⁴⁶SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. Ob cit., p.33-34.

⁴⁷SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. Ob cit., p.36.

⁴⁸SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. Ob cit., p.33.

E estas provas vão ser a bússula que nortearão o processo, desde que a veracidade das mesmas seja contestada pela parte contrária. Paulo dos Santos afirma que “os documentos, qualquer que seja a classificação, gozam de veracidade, desde que não sejam impugnados pela parte contra a qual foram produzidas...o incidente de falsidade tem natureza jurídica de ação declaratória e o juiz, instaurado incidente, declarará a sua autenticidade ou falsidade, sem prejuízo de ter também que decidir o mérito da ação principal⁴⁹.

O renomado mestre Ovídio A. Baptista da Silva, esclarece sobre o assunto que: “a doutrina moderna, tanto no campo do processo penal quanto no domínio do processo civil, tem dedicado atenção especial ao problema das provas ilegítimas ou provas obtidas por meios ilegítimos. Este assunto tem apresentado, no direito contemporâneo, problemas da maior significação e complexidade, envolvendo questões diretamente ligadas à teoria geral do processo e pondo em causa alguns princípios fundamentais orientadores de toda ciência processual”⁵⁰.

Esta afirmativa podemos verificar no CPC Brasileiro, na subseção II, que trata da arguição de falsidade, em seus arts.:

- 390: “O incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitá-lo na contestação ou no prazo de dez (10) dias, contados da intimação da sua junta aos autos”;
- 391: “Quando o documento for oferecido antes de encerrada a instrução, a parte o argirá de falso, em petição dirigida ao juiz da

⁴⁹SANTOS, Paulo Sérgio Puerta dos. Manual de prática processual civil, Ed. Saraiva, 1997. p.120.

⁵⁰SILVA, Ovídio A. Baptista da.. Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento. Ob cit., p.355.

causa, expondo os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado”;

- 392: “Intimada a parte, que produziu o documento, a responder no prazo de 10 (10) dias, o juiz ordenará o exame pericial. Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial, se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo e a parte contrária não se opuser ao desentranhamento”;

393: “depois de encerrada a instrução, o incidente de falsidade correrá em apenso aos autos principais; no tribunal processar-se-á perante o relator, observando-se o disposto no art. antecedente”;

- 394: “logo que for suscitado o incidente de falsidade, o juiz suspenderá o processo principal”;
- 395: “a sentença, que resolver o incidente, declarará a falsidade ou autenticidade do documento”.

Em contrapartida, o art. 332 dispõe que “todos os meios legais” são hábeis para provar os fatos da causa, assim como os “moralmente legítimos”.

O juiz fica adstrito, para julgar, ao alegado e provado. Não pode decidir fora do que consta no processo. Julga pelas provas que lhe são apresentadas, mas pode examiná-las e sopesá-las de acordo com sua livre convicção, para extrair delas a verdade legal, uma vez que a verdade absoluta é apenas um ideal dentro do processo⁵¹.

Mas quanto a prova testemunhal, alerta Venosa que o artigo 415,

⁵¹VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.364.

por sua vez, referido no dispositivo transcrito, determina que a testemunha se compromisse a dizer a verdade, sendo advertida pelo juiz sobre o crime de falso testemunho. O crime de falso testemunho é tipificado no artigo 342 do Código Penal⁵².

2 – PROVAS EMPRESTADAS

Diz-se prova emprestada aquela que, tendo sido utilizada como prova noutro processo, de idêntica ou diversa natureza, é transposta, sob forma de *prova documental, para outro processo*⁵³.

Para Sílvio de Salvo Venosa “prova emprestada é prova produzida em outro processo que não aquele dos litigantes, são aqueles atos que foram objeto de processo judicial de que já não mais caiba recurso”.

E, ainda segundo o mesmo autor, cumpre mencionar como ato processado em juízo a chamada *prova emprestada*, isto é, prova produzida em outro processo que não aquele dos litigantes. Em geral só se admite validade a esta prova se produzida entre as mesmas partes, pois a parte que não participou do processo não pode “agir” sobre ela, isto é, interferir positivamente na sua produção. De qualquer forma, sendo outro o juiz a receber a prova emprestada, seu valor será menor e servirá tão-só de subsídio à convicção do julgador.

Segundo o mesmo Venosa, são exemplos de outros de atos processados em juízo os termos judiciais, cartas de arrematação, formais

⁵²VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.370.

⁵³SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. Ob cit., p.293.

de partilha, alvarás e mandados expedidos pelos juízes⁵⁴.

⁵⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano.
Ob cit., p.365-372.

CAPÍTULO V

1- DESTINATÁRIO DA PROVA

O juiz é o destinatário da prova. A colheita da prova é ato pessoal do juiz. Prevê o CDC Brasileiro, em seu art. 446 – compete ao juiz: II) proceder direta e pessoalmente à colheita das provas.

As partes indicam as provas que pretendem ver produzidas. As testemunhas, após arroladas e aceitas, passam a ser do processo. Logo, não são mais das partes.

Para Silvestre Pinheiro Ferreira: “o juiz chamado a julgar entre a sociedade e o réu pode enganar-se, absolvendo-o, ainda que culpado, ou condenando-o, ainda que inocente”⁵⁵.

Por conseguinte, lembraremos que explica Moacyr Amaral Santos, : “mas às partes, se concedem direitos processuais, a que correspondem deveres, também se impões ônus processuais, como o ônus de afirmar, o ônus de provar. Por sua vez, ao juiz, para a realização das atividades processuais, não se concedem tão-somente direitos, mas verdadeiros poderes, sem os quais não poderia exercer utilmente as funções jurisdicionais⁵⁶.

⁵⁵ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. Manual do cidadão em um governo representativo. Ed. Fac-sim. - Brasília: Senado Federal, 1998, v.I, p.436.

⁵⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. Ob cit., p.275.

2 – FORO DAS PROVAS

Segundo Venosa, a prova é vista sob o aspecto dinâmico; serve para demonstrar a existência do ato⁵⁷.

Produzir a prova em Foro diferente do que aquele em que tramita o processo, por necessidade, é legal e prática constante.

Explica Venosa que “o Direito refere-se sempre ao todo social como garantia de coexistência. Realizar o Direito é realizar a sociedade como comunidade concreta, que não se reduz a um conglomerado amorfo de indivíduos, mas forma uma ordem de cooperação, uma comunhão de fins que precisa ser ordenada. Daí por que só existir Direito em sociedade⁵⁸.

O que confirma Moacir Amaral Santos: “em matéria de prova, a colaboração de juízes de comarcas distintas daquelas em que corre o processo é comuníssima. São provas periciais, testemunhais, depoimentos de partes que, em razão da situação da coisa objeto da perícia ou das pessoas que devam prestar declarações, terão de ser produzidos em outro juízo, que não o da causa. (C.D.C. Brasileiro, art.338)”⁵⁹.

⁵⁷VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.361.

⁵⁸VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.25.

⁵⁹SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. Ob cit., p.244.

CONCLUSÃO

A importância e exigência da prova dentro do direito já se manifesta por princípios jurídicos da Roma Antiga. É muito freqüente advogados e juízes citarem frases latinas como: “*actori onus probandi incubit*” que refletem a veracidade da afirmativa.

As ordálias, ou juízos de Deus, provas cruéis fizeram parte da história do direito, levaram em conta a necessidade da prova que comprovasse o afirmado. Embora inconcebíveis tiveram seu momento e estiveram firmemente impregnadas no contexto histórico-social a qual pertenciam, onde o juiz era mero fiscal e a própria prova citava o veredito.

Porquanto prova foi, é e sempre será: “o conjunto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de um ato jurídico”. Clóvis (1980:245)

Dentro do resgate histórico do CDC Brasileiro convém lembrar as palavras de Venosa: “A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942), não é simplesmente uma introdução ao Código Civil, mas a todo ordenamento jurídico brasileiro; apresenta no seu artigo 4º, como fontes de Direito: a lei, a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”⁶⁰.

A prova do afirmado continua sendo indispensável para requerer um direito, o que se confirma, no atual CPC Brasileiro, quando tratando do

⁶⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao Direito Romano. Ob cit., p.27.

do procedimento ordinário da petição inicial cita, no art. 282, VI) as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Deve-se ter sempre em mente, que será objeto da prova todos os fatos e atos duvidosos e os que caíam em controvérsia no decorrer da lide, bem como somente os referidos. A finalidade da prova é convencer o juiz da existência ou não de fatos relacionados com a lide, que a envolvam e fundam.

Temos a nosso dispor, para promover o convencimento do magistrados, vários modelos de provas, todos legais e com suas particularidades.

E, finalmente, convém lembrar que no entender de Bolaffio e Lessona,: “as provas constituem instrumentos de precisão, destinados a criar a convicção do juiz. E se novos instrumentos aparecem ao legislador mais apto, significa que a justiça necessita deles para atingir o seu esopo, que é o de alcançar a verdade pelo modo mais seguro e até onde o permitem as contingências humanas. Há, pois, uma razão de ordem pública à frente da qual qualquer interesse privado deve calar; não é admissível um direito adquirido que vise a impedir que a verdade emerja, que triunfe o direito em sua essência; dano jurídico decorrente de obtenção mais segura da verdade não pode subsistir.

No estudo do importante assunto, Gabba elaborou três proposições sobre as quais não há controvérsia, porque se conformam com as regras, já essentes, do direito transitório:

- 1) A forma pela qual se colhe a prova é regulada pela lei nova, salvo o caso de expressa vontade contrária do legislador;
- 2) Os meios de prova, ainda não postos em prática, e que a lei antiga permitia ou proibia, não podem ser retroativamente

proibidos ou permitidos pela lei nova se, no primeiro caso, se viesse a reputar inválido um fato jurídico por defeito de forma que a lei antiga não prescrevia; e no segundo, se viesse a reputá-lo válido, apesar do defeito de forma que a lei antiga impunha como condição de invalidade;

- 3) Não se tratando de meios de provas, mas de forma requerida ad substantiam, evidentemente a lei reguladora é a do tempo em que o ato se realiza, qualquer que seja a forma requerida pela lei posterior.

A prova será, assim, considerada ou em relação à sua substância, à sua constituição, à sua eficiência probatória, aspectos sob o qual se lhe aplica a lei vigente ao tempo em que constituída; ou será considerada em relação à sua forma ou processo de produção em juízo, sob cujo aspecto, aplicável é a lei então vigorar”⁶¹.

E, como veredito final: ao requerer um direito através de um processo deve-se ter em mente sempre que é princípio básico, bem como exigido por lei, a prova no qual se funda a lide, bem como: “*Actori onus probandi incumbit*” (o ônus da prova cabe a quem acusa, isto é, compete ao autor da ação jurídica provar suas alegações e que as mesmas deverão ser fundamentadas, coesas e lícitas, pois “*In dubio pro reus*” (se houver dúvida no momento da decisão, o juiz deve decidir em favor do réu).

⁶¹CIRIGLIANO, Rafael. Prova civil: legislação, doutrina, jurisprudência. 2. ed., - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.13.

BIBLIOGRAFIA

- ¹ CORRÊA, Orlando de Assis. Sentença cível: elaboração e nulidades. 3.ed. - Rio de Janeiro: Aide, 1985.
- ² SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 7.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.491. Paulo: Saraiva, 1998.
- ³ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 20. ed., 1º vol. - São Paulo: ed.Saraiva, 1998.
- ⁴ ALVIM, Carreira. Código de processo civil retrospectivo. , - Curitiba: ed. Juruá, 1999.
- ⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral. Introdução ao direito romano. 5. ed., - São Paulo: ed.Atlas, 1999.
- ⁶ THEODORO Júnior, Humberto. Processo de conhecimento: tomo II. 2. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- ⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. – Rio de Janeiro: Forense, 1970, v.I..
- ⁸ CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil, de derecho probatório. 1951.
- ⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Processo de conhecimento. 4.ed., - Porto Alegre: Fabris, 1998, v.I.
- ¹⁰ TEIXEIRA Filho, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. 2.ed., - São Paulo: LTR, 1984.
- ¹¹ KICH, Wilhem. Elementos de derecho procesal, trad. De L. Prieto Castro. 1940, parágrafo 42.
- ¹² ECHANDIA, Devis. Teoria general de la prueba judicial. 1970, tomo I.
- ¹³ ROSENBERG. Tratado de Derecho Procesal Civil. 1995, V. II, parágrafo 11, I, II.
- ¹⁴ NEGRÃO, Theotônio. Código de processo civil e legislação em vigor. 10.ed., - São Paulo: Revista dos Tribunais, nota 344, 1, p. 138 apud Revista dos Tribunais. Ano 71. Agosto de 1982. V. 562, São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais.

- ¹⁵SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869 de 11/01/1973. 3.ed., - Rio de Janeiro: Forense, 1982, v.IV.
- ¹⁶RASKIN, Salmo. Manual prático do DNA para investigação de paternidade /Salmo Raskin. 1.ed., 2.tir. - Curitiba: Juruá.
- ¹⁷FRAGA, Affonso. Instituições do direito processual civil, 1940, v. II, p. 568, apud Silva, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento. 4ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1998, v. I.
- ¹⁸LEVENHAGEN. Código civil à luz da Nova lei processual: 6.ed., - São Paulo: Ed. Atlas, 1979.
- ¹⁹FERREIRA, Silvestre Pinheiro. Manual do cidadão em um governo representativo. Ed. Fac-sim. - Brasília: Senado Federal, 1998, v.I.
- ²⁰CIRIGLIANO, Rafael. Prova civil: legislação, doutrina, jurisprudência. 2.ed., - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- ²¹CÓDIGO de processo civil, - São Paulo, 1981.
- ²²HENRIQUES, Antonio. MEDEIROS, João Bosco. Monografia no curso de direito. 2.ed., - São Paulo: Atlas, 1999.
- ²³ALMEIDA, Maria L. Pacheco de. Como elaborar monografias. 4.ed.ver. e atual, - Belém: Cejup, 1996.
- ²⁴SANTOS, Paulo Puerta dos. Manual de prática processual civil. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1997. p.120.

Marcucci, Marco Aurélio

A Prova no Processo Civil. – Joinvile, 2001.

55 p.

Dissertação apresentada para obtenção de Especialista em Direito Processual Civil.

1. Esboço Histórico
2. Conceito; Objeto; Classificação; Finalidade;
3. Ônus; Meios
4. Legitimidade; Provas Emprestadas
5. Destinatário; Foro.