

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL – SEÇÃO PARANÁ
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

FERNANDA CAROLINA POSSER FUMAGALI

TOLEDO – PR

2002

FERNANDA CAROLINA POSSER FUMAGALI

A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista do Curso de Especialização em Direito Processual Civil, do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal do Paraná, Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná.

TOLEDO– PR

2002

FERNANDA CAROLINA POSSER FUMAGALI

A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Monografia apresentada como requisito necessário para a obtenção do grau de Especialista, do Curso de Especialização em Processo Civil, da Universidade Federal do Paraná - UFPR.

Monografia aprovada em ____/____/____

Prof. Orientador:

1.º Examinador

2.º Examinador

Prof. :
Coordenador do Curso

AGRADECIMENTOS

A meus pais, pelo apoio psicológico, logístico e financeiro dispensados, sem os quais este trabalho não teria sido realizado.

A minha filha, pela compreensão quanto ao tempo dispensado na realização deste trabalho e que deixou de lhe ser dedicado.

RESUMO

Esta monografia teve como um dos objetivos estudar a importância da prova, que é elemento essencial e de grande relevância dentro do processo sendo fundamental no desfecho de cada lide em particular. A prova, por isso, constitui, em matéria processual, a própria alma do processo ou a luz que vem esclarecer a dúvida a respeito dos direitos disputados. Portanto, é instrumento que deve ser conhecido e bem utilizado pelos operadores do Direito, que, através da demonstração dos atos-fatos, devem produzir luz suficiente para achar e convencer o magistrado da verdade. Princípio estabelecido no Direito, a prova compete ou cabe à pessoa que alega ou afirma o fato. A produção da prova no sistema processual brasileiro adota o princípio da persuasão racional do juiz. Os meios de prova existentes e admissíveis são enumerados no Código de Processo Civil, nos artigos 342 a 443, bem como são admissíveis outros meios moralmente legítimos ainda que não especificados, analisados neste trabalho. Todos têm o dever de colaborar com a Justiça, não podendo imiscuir-se caso haja a determinação judicial e, dentro desta perspectiva, este trabalho buscou descrever minuciosamente esses meios.

Palavras-chaves: prova; processo; ônus da prova.

ABSTRACT

This monograph had as one of the objectives to study the importance of the proof, that is essential element and of great relevance inside of the process and it is fundamental in the issue of each it works in matter. The proof, for that, constitutes, in procedural matter, the own soul of the process or the light that it comes to clear the doubt regarding the disputed rights. Therefore, it is the instrument that should be known and well used by the operators of the Right, that, through the demonstration of the act-facts, they should produce enough light to find and to convince the magistrate of the truth. Established beginning in the Right, the proof competes or it falls to the person that alleges or he/she affirms the fact. The production of the proof in the Brazilian procedural system adopts the beginning of the judge's rational persuasion. The existent and acceptable proof means are enumerated in the Code of Civil Process, in the goods 342 to 443, as well as they are morally other acceptable means legitimate although not specified, analyzed in this work. All have the duty of collaborating with the Justice, not could mix in case there is the judicial determination and, inside of this perspective, this work looked for to describe those means thoroughly.

Word-keys: proves; process; obligation of the proof.

SUMÁRIO

RESUMO	IV
ABSTRACT	V
INTRODUÇÃO	1
1 DAS PROVAS	3
1.1 CONCEITO	3
1.2 DEVER DE COLABORAÇÃO COM A JUSTIÇA.....	4
1.3 CARACTERÍSTICAS DA PROVA	5
1.4 INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.....	5
1.5 MEIOS DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO	6
1.5.2 Provas lícitas e ilícitas	25
1.6 ÔNUS DA PROVA.....	26
1.7 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO	28
1.7.1 Proposição da prova	29
1.7.2 Admissão da prova.....	30
1.7.3 Produção da prova	31
1.7.4 Provas ordenadas de ofício.....	32
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre a prova e seu ônus dentro do processo civil, buscando melhor conhecer os meios e métodos utilizados na busca da verdade dentro da lide.

Tem por objetivos específicos descrever e analisar de forma pormenorizada todos os aspectos que podem influenciar o desfecho da demanda.

Tomaremos por base os pensamentos de vários autores, especialmente Humberto Theodoro Júnior, Pontes de Miranda e o próprio Código de Processo Civil.

O procedimento utilizado neste trabalho foi a pesquisa científica e doutrinária e limitou-se à análise dos artigos 332 a 443 do Código de Processo Civil.

Este trabalho não visa esgotar o assunto, e pode servir de base para futuras pesquisas, uma vez que traz de forma expositiva o pensamento de grandes doutrinadores e processualistas brasileiros.

Na história do Direito processual, são conhecidos três sistemas que determinam a maneira como o magistrado deverá interpretar as provas existentes e produzidas no processo:

- a) o critério legal. Está totalmente superado, pois o juiz fica adstrito a uma hierarquia legal estabelecida para valoração das provas, sendo que o resultado surge automaticamente;

- b) o da livre convicção. É o oposto do anterior, sendo que nele deve prevalecer a íntima convicção do juiz, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas, não ficando adstrito as provas produzidas no processo;
- c) o da persuasão racional. É o sistema atualmente adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro e é fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional. Exprime o sentido de opinião formada, em virtude de fatos ou de argumentos, constituindo a convicção acerca de fatos ou do que se alega e se diz.

1 DAS PROVAS

1.1 CONCEITO

A prova refere-se a fatos; portanto, é preciso que se provem os fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço.

“Fatos compreendem os fatos que entram na composição de suportes fáticos e os fatos mesmos das regras jurídicas que incidem sobre aqueles”¹, ou seja, a regra jurídica deve ser provada, como fato que é.

Os elementos que compõem o suporte fático de alguma regra jurídica não são prova, mesmo quando se referem à manifestação de vontade e aos seus requisitos subjetivos e objetivos. Estes elementos precisam ser provados e nesta situação há a prova documental, testemunhal, pericial ou de outra espécie.

Por isso, o autor, quando propõe a ação, e o réu, quando oferece sua resposta, hão de invocar fatos com que procurem justificar a pretensão de um e a resistência do outro.

De acordo com THEODORO JR (1996), enquanto o processo de execução é voltado para a satisfação do direito do credor e atua sobre bens, o processo de conhecimento tem como objeto às provas dos fatos alegados pelos

¹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil, tomo IV: arts. 282 a 443**. Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 245.

litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para ao litígio estabelecido entre as partes.

Para o processo, a prova não é somente um fato processual, "mas ainda uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência".²

1.2 DEVER DE COLABORAÇÃO COM A JUSTIÇA

Acima dos interesses das partes, há um interesse superior, de ordem pública, na justa composição da lide e na prevalência da vontade concreta da lei, como desígnios indissociáveis do ideal da manutenção da paz social e do império da ordem jurídica.

Assim, a autoridade do juiz é reforçada pelos Códigos atuais, naquilo que se refere à pesquisa da verdade real e para todo cidadão surge o dever de colaborar com o Poder Judiciário na busca da verdade.

Nesse sentido, "ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".³ Além dos deveres da verdade e da lealdade, especificados no art. 14, há os seguintes, em matéria de instrução do processo:

- a) comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
- b) submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; e
- c) praticar o ato que lhe for determinado.

² João Monteiro, apud THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 18 ed. Rio de Janeiro, 1996, p. 414

³ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 339.

Em relação àqueles que não fazem parte do processo, o art. 341 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL impõe o dever de informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento e exibir coisa ou documento que esteja em seu poder. Essas informações são tomadas através de depoimentos testemunhais e correspondência. Também as repartições públicas se incluem nesse dever de informar, assim como as pessoas jurídicas de direito privado, como os estabelecimentos bancários e companhias de seguro.

1.3 CARACTERÍSTICAS DA PROVA

De acordo com THEODORO JR (1996), toda prova deve ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deve ser obtida mediante meios e métodos determinados. Judicialmente, a prova tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo, sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos e seu destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio.

1.4 INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

Entende-se por instrução da causa como o preparo "do processo dos elementos suscetíveis de convencer o juiz sobre as controvérsias de fato e de direito que giram em torno ao tema decidendo, de modo a proferir decisão acolhendo ou

rejeitando o pedido"⁴. Ou seja, é uma fase do processo de conhecimento, a qual consiste na comprovação dos fatos, em que se colhe e se produz a prova dos mesmos fatos deduzidos pelas partes como fundamentos do pedido ou da defesa.

De acordo com Pontes de MIRANDA (1996), os atos processuais se destinam a constituir, conservar, desenvolver, alterar, ou definir a relação jurídica processual.

Para SANTOS (1980), a instrução probatória consiste, no processo de conhecimento, na demonstração da verdade dos fatos deduzidos pelas partes. Nesta fase são expostos os fatos em que o autor fundamenta seu pedido e o réu sua defesa. Expõem ao juiz os fatos, dos quais deduzirá o direito.

No plano do direito processual, importa o que está provado no direito material. Se houver divergência ou vacilação, o juiz deve buscar o que for a verdade, respeitando as regras de direito material e de acordo com o imposto nas regras de direito processual.

1.5 MEIOS DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

Para MIRANDA (1996), meios de prova são as fontes probantes, ou seja, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova. Elementos ou motivos de prova são os informes sobre fatos, ou julgamento sobre eles, que derivam do emprego destes meios.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do direito processual civil**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, V.2, 1980, p. 238.

Segundo THEODORO JR (1996), com relação aos fatos, a prova pode ser direta ou indireta. Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos, e indireta é a prova que evidencia um outro fato, do qual, através do raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos.

O direito processual se dedica à aplicação da lei, com a promessa de atender à tutela jurídica, mas “o direito material preestabelece para que faça prova de algum fato, ato-fato jurídico, ato jurídico ou negócio jurídico”⁵. A prova, no processo, é o que concorre para que o juiz fique certo de que está a prestar o que se prometera, ou seja, a prova destina-se a convencer da verdade, alude a algum enunciado de fato, que se há de provar.

O meio de prova deve se revestir dos pressupostos necessários para ser admitido legalmente no processo e para dar, no caso concreto, o motivo de prova dos fatos afirmados ou dos que os possam elidir.

Os especificados pelo Estatuto Processual civil são os seguintes:

- a) depoimento pessoal (arts. 342-347);
- b) confissão (arts. 348-354);
- c) exibição de documento ou coisa (arts. 355 e 363);
- d) prova documental (arts. 364-391);
- e) prova testemunhal (arts. 400-419);
- f) prova pericial (arts. 420-439);
- g) inspeção judicial (arts. 440-443).

⁵ MIRANDA, Op. Cit., p. 246.

1.5.1.1 Depoimento pessoal

Depoimento pessoal é o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo e aplica-se tanto ao autor como ao réu. De acordo com THEODORO JR (1996), sua finalidade é dupla: provocar a confissão da parte e esclarecer fatos discutidos na causa.

O depoimento pessoal deve limitar-se aos fatos controvertidos no processo e as respostas devem ser orais, não podendo a parte “servir-se de escritos adrede preparados”.⁶ Ao advogado da parte que está prestando depoimento não é permitido formular perguntas, mas é permitida sua intervenção para pedir ao juiz que esclareça dubiedades ou pontos obscuros no relato do depoente, ao final do interrogatório e antes de seu encerramento. Mas o CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, em seu art. 356, autoriza o juiz a permitir que a parte consulte notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos.

Há casos em que se considera liberta a parte do ônus de depor, previstos no art. 347 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:

- a) fatos criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; e
- b) fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

1.5.1.2 Confissão

Há confissão quando “a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”.⁷

⁶ THEODORO JR, Op. cit., p. 329.

⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 348.

De acordo com João Monteiro, “confissão é a declaração, judicial ou extrajudicial, provocada ou espontânea, em que um dos litigantes, capaz e com ânimo de se obrigar, faz da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados parte contrária, como fundamentais da ação ou da defesa”.⁸

Em regra, a confissão deve conter:

- a) o reconhecimento de um fato alegado pela outra parte;
- b) a voluntariedade desse reconhecimento;
- c) um prejuízo para o confitente, em decorrência do reconhecimento.

Como a confissão importa verdadeira renúncia de direitos, só as pessoas maiores e capazes podem confessar e, ainda assim, apenas quando a causa versar sobre direitos disponíveis⁹ ou quando o ato não for daqueles cuja eficácia jurídica reclama forma solene.

Segundo João Monteiro apud THEODORO JR (1996), tamanha é a eficácia da confissão, que não é possível a retratabilidade, ou seja, uma vez proferida, a confissão não mais se retrata, a não ser em casos nos quais forem provados vícios de consentimento (erro, dolo ou coação).

A confissão é indivisível. No entanto, ao examinar-se esta questão deve-se atentar para as regras do ônus da prova. No entanto, essa indivisibilidade só é absoluta quando for o único meio de prova para basear a sentença, pois quando o juiz dispõe de outros elementos para fundar seu convencimento, a regra que

⁸ THEODORO JR, Op. Cit., p. 430.

⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 351.

prevalece é a da livre convicção, racionalmente formada à luz da instrução do processo.¹⁰

1.5.1.3 Exibição de documento ou coisa

Do dever que incumbe às partes e aos terceiros de colaborar com o Poder Judiciário “para o descobrimento da verdade”¹¹, decorre para o juiz “determinar a exibição de documento ou coisa que se ache na posse das referidas pessoas, sempre que o exame desses bens for útil ou necessário para a instrução do processo”.¹²

O documento ou coisa a ser exibida deverá manter algum nexo com a causa, para justificar o ônus imposto à parte ou ao terceiro possuidor e pode dar-se no curso do processo, como incidente da fase probatória¹³, ou antes do ajuizamento da causa, a título de medida preparatória¹⁴.

Deferido o pedido exhibitório, a parte contrária terá cinco dias para responder e se a exibição é feita, encerra-se o incidente. Porém, o demandado pode permanecer inerte ou contestar o pedido, ou ainda negar o dever de exibi-los. Se não for feita a exibição e não houver justificativa, o juiz proferirá decisão interlocutória em que admitirá como verdadeiros os fatos. Quando houver alegação de inexistência do documento ou coisa, caberá ao promovente o ônus de provar a sua existência.

¹⁰ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 131.

¹¹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, arts. 339 a 341.

¹² Betti apud THEODORO JR, Op. Cit., 1996, p. 435.

¹³ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, arts. 355 a 363.

¹⁴ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, arts. 844 e 845.

No entanto, há casos em que o juiz, obrigatoriamente, não deverá admitir a recusa¹⁵:

- a) quando o requerido tiver obrigação legal de exhibir, ou seja, quando existir texto expresso em lei instituindo o dever de exhibir;
- b) quando o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova;
- c) quando o documento, por seu conteúdo, for comum às partes. Nesse caso, não interessa a propriedade do documento, mas a declaração nele contida, que deve se relacionar com as duas partes.

Segundo o art. 363 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, o requerente será dispensado da exibição quando for comprovado que:

- a) a coisa ou documento for concernente a negócios da própria vida da família;
- b) a apresentação poderá violar o dever de honra;
- c) a publicidade do documento redundará em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a parentes consangüíneos até terceiro grau;
- d) a exibição acarretará a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deve guardar segredo;
- e) subsistem outros motivos graves que justifiquem a recusa da exibição.

1.5.1.4 Prova documental

Prova documental é “o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento”¹⁶ e contrapõe-se ao testemunho, que é o registro de fatos gravados apenas na memória do homem.

¹⁵ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 358.

De acordo com THEODOR JR (1996), para que o documento seja eficaz como meio de prova, é indispensável que seja subscrito por seu autor e que seja autêntico.

O art. 364 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL presume que "o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença".

Esses documentos contêm afirmações que se referem às circunstâncias de formação do ato, como data, local, nome e qualificação das partes; e às declarações de vontade, que o oficial ouvir das partes.

Os documentos particulares podem assumir as feições de declaração:

- a) escrita e assinada pelo declarante;
- b) escrita por outrem e assinada pelo declarante;
- c) escrita pela parte, mas não assinada (papéis domésticos e anotações posteriores em documentos assinados);
- d) nem escrita nem assinada pela parte (livros comerciais).

Nos instrumentos particulares predominam as declarações de vontade e nos simples documentos particulares, as declarações de conhecimento acerca de fatos. A força probante varia conforme o conteúdo do documento particular.

A autenticidade das declarações de vontade, manifesta através de telegramas, radiogramas ou qualquer outro meio similar de transmissão é dada pela

¹⁶ THEODORO JR, Op. Cit., 1996, p. 442.

assinatura do remetente no original constante da estação expedidora e poderá ser reconhecida por tabelião.¹⁷

As cartas e registros domésticos provam contra quem os escreveu quando:

- I – enunciam o recebimento de um crédito;
- II – contêm anotação, visam a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor;
- III – expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova.¹⁸

Os livros comerciais fazem prova contra o seu autor. Mas se o litígio se estabeleceu entre dois comerciantes, “os livros comerciais, que preenchem os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor”¹⁹, ou seja, se dos fatos resultantes dos lançamentos uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto como unidade.

Quanto à exibição dos livros comerciais em juízo, deve-se distinguir entre a exibição parcial ou integral da contabilidade. A exibição parcial pode ser ordenada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte. Já a exibição integral dos livros comerciais e dos documentos de arquivos, o juiz só pode ordenar nas hipóteses previstas pelo art. 381 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ou seja:

- a) na liquidação da sociedade;
- b) na sucessão por morte de sócio;
- c) quando e como determinar a lei, como, por exemplo, nas falências e concordatas.

¹⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 374.

¹⁸ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 376.

¹⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, arts. 378 e 379.

A prova documental compreende também toda reprodução material de fatos, ou seja, “qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade” ²⁰.

Quando a reprodução for fotográfica, o verdadeiro original do documento será o negativo, já que as fotografias são simples cópias dele. Portanto, se a parte pretender fazer prova com tais reproduções, deverá exibir também o filme (negativo).

Quando o documento apresentar em ponto substancial e sem ressalva, entrelinhas, emenda, borrão ou cancelamento, deve-se averiguar se ocorreu antes de ser firmado o documento particular. Esses vícios podem ser argüidos em contestação ou impugnação e também no incidente de falsidade do art. 390 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Cumpra, ainda, distinguir entre falsidade da assinatura (autenticidade) e falsidade do documento. No primeiro caso, a fé do documento particular cessa a partir do momento em que “lhe for contestada a assinatura” ²¹. No caso de falsidade documental, pode-se verificar em dois sentidos: quando a declaração intrinsecamente se refere a um fato não verdadeiro (falsidade ideológica); e quando há vício na forma e nos aspectos exteriores da formação do documento (falsidade material).

No primeiro caso, basta a impugnação do signatário para afastar a presunção de autenticidade do documento particular. No segundo caso, haverá má-fé do portador a quem foi confiado documento assinado com texto não escrito, no todo ou em parte.

²⁰ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 383.

²¹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 388.

O incidente de falsidade corre nos próprios autos e “logo que for suscitado o incidente de falsidade, o juiz suspenderá o curso do processo principal”.²² No entanto, essa regra deve ser entendida em termos. Se o incidente foi suscitado no curso da instrução, a questão da falsidade passa a ser apenas um capítulo a mais na apuração da verdade dos fatos, mas se a instrução processual já estiver encerrada, aí sim, o processo deverá ficar suspenso a fim de aguardar a tramitação do incidente de falsidade, que virá solucionar uma questão prejudicial, ou seja, o processo principal não pode ser julgado enquanto o incidente não puder também ser solucionado²³.

No CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 671, diz-se que é responsável por perdas e danos quem publica qualquer manuscrito sem permissão do autor ou de seus herdeiros ou representantes. E continua: “As cartas-missivas não podem ser publicadas sem permissão dos seus autores ou de quem os represente, mas podem ser juntas como documentos em autos judiciais”.²⁴ De acordo com MIRANDA (1996), o direito ao sigilo epistolar pertence ao remetente enquanto este não remete a epístola, e a ele e ao destinatário, desde que se fez a remessa. Se só um permite a exposição ou publicação, ainda não se pode expor ou publicar a carta e para que um deles possa expor ou publicar, é preciso que algo tenha ocorrido ao outro que pré-excluiu a contrariedade a direito da exposição ou publicação. Mas o direito ao sigilo cessa quando outro direito mais alto está à frente dele, ou seja, o remetente pode usar da cópia da carta enviada, telegrama, radiograma, ou fonograma, ou pedir a exibição, sempre que seja para a tutela de direito mais alto. Quanto ao destinatário, também ele pode, em princípio, utilizar a correspondência para a tutela de direito

²² CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 394.

²³ Pontes de Miranda apud THEODORO JR, 1996.

²⁴ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 671, parágrafo único.

mais alto. Para o autor, “tem-se entendido que pode, sempre, ser utilizada como prova contra o remetente”²⁵, ou seja, não há contrariedade a direito, se há necessidade de prova, a favor do destinatário.

Os diários, as memórias, pessoais ou familiares, e as confissões têm o seu âmbito de sigilo: são unilaterais, no sentido de escritos que, por sua natureza, não se remetem a outrem. Para MIRANDA (1996), se o autor decide expor ou publicar tais escritos, não há pessoa que o possa reter, por mais referido que tenha seu nome.

Quanto a livros ou outras obras “em que não haja memória, pessoa ou confissão, ou algo íntimo a pessoa, (...) não é de confundir-se com o segredo que resulta do direito a velar a intimidade”²⁶, ou seja, não pode estender-se a essas obras o que o direito estabeleceu quanto à correspondência, nem o que se refere a peças confidenciais: o sigilo. O poder de deixar inédito contém até certo ponto o direito de segredo, mas é conteúdo de direito patrimonial do autor, só existe para o público e não para as pessoas em quem o autor confie.

O segredo transmitido oralmente ou gesticularmente também é interesse tutelado, mas não há o direito absoluto. O direito penal desinteressa-se da tutela penal em caso de segredo confiado, “somente inclui entre os crimes revelar alguém, ‘sem justa causa’, segredos, de que tem ciência, em razão de função, ministério, ofício, ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.²⁷ Permite-se, todavia, as agências de informações, ou de investigação da vida pública ou privada, desde que não se viole domicílio, correspondência, ou não se comunica segredos confiados à agência.

²⁵ MIRANDA, Op. Cit., p. 264.

²⁶ MIRANDA, Op. Cit., p. 267.

²⁷ MIRANDA, Idem, p. 268.

1.5.1.5 Prova testemunhal

De acordo com THEODORO JR (1996), prova testemunhal é a que se obtém através do relato prestado em juízo por pessoas que conhecem o fato litigioso.

Testemunhas são pessoas alheias à causa que vêm a juízo depor sobre o fato controvertido, não podem ter interesse na causa e devem satisfazer a requisitos legais de capacidade para o ato que vão praticar. Não é confundido com o perito, pois este informa sobre dados atuais extraídos do exame do objeto litigioso, realizado após a ocorrência do fato que serviu de base à pretensão da parte.

A prova testemunhal é colhida em presença do juiz e das partes, sob compromisso legal previamente assumido pelo depoente.

Há as testemunhas presenciais, que assistiram ao fato litigioso; as testemunhas de referência, que souberam dele através de terceiras pessoas; e as testemunhas referidas, aquelas cuja existência foi apurada por meio do depoimento de outra testemunha.

No direito antigo, já vigorou a regra de que seria ineficaz o testemunho de uma só pessoa, mas hoje, no sistema do livre convencimento, não é o número de testemunhas, mas a credibilidade delas que importa.

Umás vezes o mérito interno do depoimento, outras vezes as qualidades e reputação das testemunhas, outras o seu número, outras as coincidências que venham em socorro de algumas, tais são as circunstâncias que o juiz deverá examinar com religiosa atenção, escrupulosa imparcialidade.²⁸

Ouvir testemunhas é admissível em todos os processos, mas o Código permite ao juiz dispensar essa prova oral, quando a prova documental for

²⁸ BAPTISTA, Paula. *Compendio de teoria e prática*. Ed. 1901, § 159, p. 207.

suficiente²⁹ para fornecer dados esclarecedores ou quando inexistirem fatos controvertidos a apurar³⁰.

Como já mencionado neste trabalho, é dever de todo cidadão colaborar com o Poder Judiciário na apuração da verdade, o depoimento testemunhal não é uma faculdade, mas um dever imposto expressamente³¹, e qualquer pessoa pode ser chamada a depor como testemunha, desde que não for considerada pela lei³²:

- a) Incapazes: os dementes, menores de 16 anos, o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam;
- b) Impedidos: o cônjuge e parentes por consangüinidade, aquele que for parte na causa e aquele que intervém em nome de uma parte como representante legal;
- c) Suspeitos: o condenado por crime de falso testemunho, aquele que não for digno de fé, o inimigo capital ou o amigo íntimo de uma das partes, e aquele que tiver interesse no litígio.

De acordo com o art. 409 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, até mesmo o juiz pode ser chamado a depor, se realmente tiver conhecimento de fatos que possam influir na decisão da causa. Neste caso, o juiz se declarará impedido e determinará a remessa dos autos a seu substituto legal.

O Código também prevê alguns direitos à testemunha³³:

- a) se recusar a depor, quando ocorrerem hipóteses previstas no art. 406;
- b) ser reembolsada pela despesa que efetuou para comparecer à audiência;

²⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 400.

³⁰ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 330.

³¹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 341, inciso I.

³² CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 405.

³³ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, arts. 414, § 2.º; 416, § 1.º; 419.

- c) o depoimento prestado em juízo é considerado serviço público e, portanto, a testemunha não pode sofrer perda de salário nem desconto no tempo de serviço.

O momento para requerer este tipo de prova é a petição inicial³⁴, para o autor, ou a contestação, para o réu. A parte que desejar produzir a prova deverá apresentar em Cartório o respectivo rol de testemunhas³⁵. Cada parte deverá arrolar até 10 testemunhas, mas ao juiz é permitido dispensar as excedentes de três na audiência.

1.5.1.6 Prova pericial

“A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação”.³⁶

Os fatos litigiosos nem sempre são simples de forma a permitir sua integral revelação ao juiz, nem tampouco é admissível exigir que ele disponha de conhecimentos universais a ponto de examinar cientificamente tudo sobre a veracidade e as conseqüências de todos os fenômenos que figuram nos pleitos judiciais.

Algumas vezes, portanto, o juiz terá de se socorrer de auxílio de pessoas especializadas, como engenheiros, agrimensores, médicos, contadores, químicos, etc., para examinar pessoas, coisas ou documentos envolvidos no litígio. Surge, então, a prova pericial a fim de suprir esta carência de conhecimentos técnicos³⁷.

A perícia regulada pelo Código é sempre judicial, ou seja, realizada em juízo, por perito nomeado e compromissado pelo juiz. Há também os peritos

³⁴ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 282, VI.

³⁵ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 407.

³⁶ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 420.

³⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 145.

extrajudiciais, técnicos particulares ou agentes administrativos nomeados por iniciativa das partes, cujos laudos não possuem a mesma força dos peritos judiciais³⁸.

Como é uma prova especial, a perícia só é admitida pelo juiz quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento, ou seja, haverá perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova, ainda, tiver utilidade.

O técnico perito é escolhido pelo juiz³⁹ e, uma vez nomeado, passa a exercer a função pública de órgão auxiliar da Justiça⁴⁰. O perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados⁴¹ quando se tratar de analisar autenticidade ou falsidade de documentos, ou for de natureza médico-legal. Nos demais casos, a escolha recairá sobre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente.

O pedido de perícia pode ser formulado na inicial, na contestação ou na reconvenção, bem como na réplica do autor à resposta do réu.

Para desempenhar suas funções, os peritos e seus assistentes poderão utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, ou ainda solicitando documentos⁴². Seu trabalho será reduzido a laudo, depositado em cartório pelo menos 20 dias antes da audiência de instrução e julgamento⁴³, mas havendo motivo legítimo, o juiz poderá conceder ampliação deste

³⁸ THEODORO JR, 1996, p. 476.

³⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 421.

⁴⁰ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 139.

⁴¹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 434.

⁴² CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 429.

⁴³ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 433.

prazo⁴⁴. Os assistentes do perito devem elaborar pareceres que serão depositados em prazo comum de até 10 dias, a contar do depósito do laudo do perito em cartório.

Com ou sem laudo e pareceres, o juiz pode marcar a audiência de instrução e julgamento, pois eventuais atrasos na produção do laudo não podem ser tratados como causa de preclusão a respeito da prova técnica. No entanto, se o laudo não for apresentado até a audiência, esta terá que ser suspensa, momento em que o juiz nomeará substituto para o técnico.

Quando o objeto da perícia estiver fora da comarca, a diligência será realizada por meio de carta precatória. Nesse caso, tanto o juiz deprecante como o deprecado poderão nomear o perito e indicar os assistentes técnicos⁴⁵.

Depois de juntado o laudo ao processo, a parte que desejar maiores esclarecimentos por parte do perito e seus assistentes, poderá fazê-lo, desde que o requeira ao juiz. Este requerimento deverá ser acompanhado das perguntas de esclarecimento, formuladas sob forma de quesitos e apresentado com antecedência suficiente para que os técnicos sejam intimados em um prazo de pelo menos cinco dias antes da audiência⁴⁶.

É permitido, ainda, ao juiz, dispensar o laudo e convocar o perito e os assistentes para se pronunciarem na audiência a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado⁴⁷; é a perícia oral e tem cabimento em causas mais singelas. Outra medida de economia probatória permitida se dá quando as partes, na inicial ou na contestação, apresentarem pareceres técnicos ou

⁴⁴ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 432.

⁴⁵ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 428.

⁴⁶ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 435.

⁴⁷ LEI N.º 8.455, art. 421, § 2.º

documentos elucidativos sobre as questões da causa (de fato) e o magistrado os considerar suficientes para a solução da lide.

Assim, "o parecer do perito é meramente opinativo e vale pela força dos argumentos em que repousa"⁴⁸ e dele o juiz pode divergir em duas hipóteses:

- a) quando carecer de fundamentação lógica, ou seja, se o perito subtrair os motivos em que se baseou para emitir sua opinião;
- b) quando outros elementos de prova do processo o conduzirem à formação de convicção diversa daquela apontada pelo perito.

O juiz poderá determinar "a realização de nova perícia"⁴⁹, sendo considerada uma exceção. Assim, entende-se que haverá nova perícia quando o juiz julgá-la realmente imprescindível diante de uma situação obscura.

Mas, conforme Batista Martins, "o juiz deverá usar desse arbítrio com moderação e prudência, para evitar a perda de tempo e o aumento das despesas, mas semelhante preocupações não lhe deverão embaraçar a ação, desde que o laudo pericial e a crítica não lhe hajam subministrado os conhecimentos de que precisa".⁵⁰

Determinada a segunda perícia, seu objeto serão os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e sua finalidade será corrigir as distorções ou inexatidões dos resultados a que esta conduziu⁵¹ e, logicamente, o perito e os assistentes não poderão ser os mesmos que serviram na anterior.

⁴⁸ BATISTA MARTINS, *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. V. III, t. 2., n. 77, p. 99.

⁴⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 437.

⁵⁰ BATISTA MARTINS, *Op. Cit.*, n. 83, p. 106.

⁵¹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 438.

O segundo laudo não invalida o primeiro e ambos permanecerão nos autos, sendo que o juiz fará cotejo entre eles, apreciando livremente o valor de um de outro⁵².

1.5.1.7 Inspeção judicial

De acordo com ROSENBERG⁵³, inspeção judicial é o meio de prova que consiste na percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com o litígio. O Código de Processo Civil confere ao juiz o poder de, "em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interessem à decisão da causa"⁵⁴.

O objeto da inspeção pode ser:

- a) pessoas: podem ser ou não partes do processo, desde que haja necessidade de verificar seu estado de saúde, suas condições de vida etc.;
- b) coisas: móveis ou imóveis e mesmo documentos de arquivos, de onde não possam ser retirados;
- c) lugares: quando houver conveniência de se conhecer detalhes de uma via pública onde se deu um acidente ou outro acontecimento relevante para a solução da causa.

Normalmente, a inspeção deve ser feita em juízo, em audiência determinada com prévia ciência das partes.

⁵² CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 439, parágrafo único.

⁵³ ROSENBERG, Tratado de derecho procesal civil. ed. 1955, v. II, § 177. Apud: SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1976, v. IV, n. 284, p. 386.

⁵⁴ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 440

Mas também pode o juiz deslocar-se a fim de realizar a diligência no próprio local onde se encontre a pessoa ou coisa⁵⁵:

- a) quando julgar necessário para melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;
- b) quando a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis dificuldades;
- c) quando determinar a reconstituição dos fatos.

Se for conveniente, durante a inspeção, o juiz poderá ser assistido de um ou mais peritos⁵⁶, devidamente escolhidos. Sendo às partes assegurado o direito de assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa; podendo, também, ser assessorados por técnicos de sua confiança que lhes prestarão esclarecimentos particulares.

Tão logo concluída a diligência será lavrado auto circunstanciado⁵⁷, de modo que cada fato, circunstância ou esclarecimento apurado pelo juiz fique logo registrado, a fim de evitar controvérsias ou impugnações. Para tanto, o juiz deve se fazer acompanhar do escrivão que redigirá o auto e colherá as assinaturas de todas as pessoas que participaram da diligência, no próprio local da inspeção.

O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia⁵⁸, a fim de que seja mais bem documentado.

⁵⁵ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 442.

⁵⁶ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 441.

⁵⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 443, *caput*.

⁵⁸ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 443, parágrafo único.

No entanto, o auto não é local adequado para que o juiz profira julgamento de valor quanto ao fato inspecionado. Deve ser objetivo, limitando-se à enunciação ou notícia dos fatos apurados.

1.5.2 PROVAS LÍCITAS E ILÍCITAS

“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”⁵⁹. Ou seja, são admissíveis todos os meios legais para a demonstração da verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, tanto para o direito privado como para o direito público.

Consideram-se meios legais reconhecidos por lei os documentos, a confissão, incluindo nesta o depoimento pessoal, as testemunhas, os exames periciais, as presunções e indícios e a inspeção judicial. Há, ainda, as provas moralmente legítimas, as provas emprestadas e as provas inominadas.

O trabalho desenvolvido pelas polícias civil e federal no desempenho de suas funções investigatórias objetiva conseguir provas que, em regra, dão base à ação penal. A Constituição Federal⁶⁰ proíbe incluir no processo provas obtidas ilicitamente e garante o devido processo legal em todos os casos de condenação ou perda de bens do cidadão. São consideradas provas ilícitas aquelas que são obtidas violando a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, o domicílio e as comunicações⁶¹, exceto nos casos de comunicações telefônicas⁶².

⁵⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 332.

⁶⁰ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5.º, inciso LIV e LVI.

⁶¹ LIMA, Arnaldo Siqueira de. **Provas lícitas e ilícitas**. Página da internet: <http://www.buscalegis.cj.ufsc.br>. Acessado em 20/04/2002.

⁶² CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5.º, inciso XII.

Um exemplo de prova ilícita é a gravação magnética de ligações telefônicas, feita clandestinamente. Neste sentido, é inadmissível a prova sem que haja explicação convincente quanto à forma pela qual foi obtida.⁶³

Se houverem “outras provas, que não tiveram ligação com aquelas ilícitas, os atos da persecução têm validade e podem alcançar seu objetivo”⁶⁴. É o caso da gravação em secretária eletrônica⁶⁵.

O Supremo Tribunal Federal tem seguido a teoria da árvore envenenada, onde os frutos também possuem veneno, ou seja, provas originadas de modo ilícito maculam a persecução como um todo. Porém, não há unanimidade jurisprudencial nem doutrinária, mesmo porque as provas ilícitas que favorecem o réu têm sido aceitas e essa aceitação não deixa de ser a aplicação da teoria da proporcionalidade.

A prova emprestada, quando colhida sem caráter contraditório e sem a participação daquele contra quem deve operar, como é no caso do inquérito policial, não é válida. Mas é válida a prova emprestada “colhida em regular contraditório, com a participação da parte contra quem deve operar”.⁶⁶

1.6 ÔNUS DA PROVA

A existência de fatos afirmados por uma parte e pela outra põe o problema de se saber a quem cabe provar esses fatos afirmados.

⁶³ NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 27 ed. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 287. Código de processo civil, art. 332 e RT 635/208.

⁶⁴ LIMA, Idem, Acessado em 20/04/2002.

⁶⁵ NEGRÃO, Idem, p. 287. RJTJESP 137/360.

⁶⁶ NEGRÃO, Op. Cit., p. 287. RJTJESP 99/201, RP 43/289, p. 290.

Para SANTOS (1980), estão incumbidos de provar os fatos tanto o autor quanto o réu, com a diferença de que ao autor incumbe provar o fato constitutivo e ao réu provar o fato extintivo, impeditivo ou modificativo. Em momento oportuno será desenvolvida a averiguação.

Porém, antes do problema de técnica legislativa e de interpretação, vem o de se assentar a quem cabe o ônus de afirmar e o que lhe toca afirmar, ou seja, “cada parte tem de afirmar os fatos que sejam necessários e suficientes para que se conheça o caso de demanda judicial e se possa verificar se está compreendido no caso de lei invocada”.⁶⁷

Quem tem interesse na afirmação é que tem o ônus da prova; “ônus, porque o provar é no interesse próprio, para que não caia no vácuo a afirmação”⁶⁸, ou seja, vai ao que alega, ainda quando alegue fato, modificação, ou extinção, juridicização. Tal interesse é o mesmo interesse que tem o figurante do negócio jurídico em pré-constituir a prova, ou de preparar a prova ou salvar a prova dos atos-fatos jurídicos.

O ônus começa antes de qualquer demanda, a utilização processual é apenas a mais importante.

Quem tem o ônus da prova tem-no sem se indagar de qualquer elemento pessoal, salvo a capacidade de direito. De certo que “há certa inexatidão na regra *Actore non probante reus absolvitur*, pois, se o autor não prova, e outrem o prova, é como se o autor o tivesse provado”⁶⁹, evidenciando assim o aspecto objetivo do ônus da prova.

⁶⁷ MIRANDA, Idem, p. 249.

⁶⁸ Idem, ibidem, p. 253.

⁶⁹ K. Wichmann apud MIRANDA, p. 255.

O ônus da prova é objetivo e, como partes, todos os figurantes devem provar, inclusive quanto a negações. O problema é, portanto, determinar a quem vão as conseqüências de não se haver provado: a quem afirmou a existência do fato jurídico, ou a quem contra-afirmou.

Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. O réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretense direito. Todavia, quando o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte.

Segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

Portanto, no dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser, portanto, "a necessidade de provar para vencer a causa"⁷⁰. De sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual.

1.7 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Para penetrarem no processo com a eficácia que se espera delas, as provas devem seguir certas formalidades.

Dentro do processo, existe um procedimento reservado à coleta das provas, o qual recebe doutrinariamente o nome de *procedimento probatório*, onde são compreendidos requisitos gerais e requisitos particulares concernentes a cada

⁷⁰ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. II, n. 457, p. 187.

um dos meios de prova admissíveis, que serão produzidas dentro dos característicos do contraditório, a não ser as provas determinadas de ofício pelo juiz.

1.7.1 PROPOSIÇÃO DA PROVA

São as partes que determinam os fatos que serão provados, na inicial ou na contestação, sendo que “a proposição da prova consiste no oferecimento, formulado pela parte, de demonstrar um fato, já determinado, por certo meio de prova”.⁷¹

As provas a serem produzidas podem ser constituídas, provas por fazer (testemunhas, depoimento, exames periciais), ou constituídas (documentos arrolados). Segundo o art. 125 do Código de Processo Civil, excepcionalmente, à vista de circunstâncias surgidas na causa, é possível propor provas constituídas fora da inicial ou da contestação.

O autor é carregado “com o ônus de afirmar o fato constitutivo da sua ação ou da exceção, em sentido do direito material”.⁷² Quanto aos fatos impeditivos, ou modificativos, a regra é que toca ao réu e não ao autor, afirmá-los.

Ainda no caso da impugnação ou réplica à contestação indireta, deverá o autor manifestar-se sobre a contraprova.⁷³

⁷¹ SANTOS, Op. Cit., p. 240.

⁷² MIRANDA, Op. Cit., p. 249.

⁷³ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, arts. 326 e 327.

1.7.2 ADMISSÃO DA PROVA

Depois de propostas as provas, cabe exclusivamente ao juiz “determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”⁷⁴ e, em seguida, determinar a sua produção⁷⁵.

Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo após o ajuizamento é oficial, pois além de seu interesse, que está em jogo, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do direito. Assim, o juiz deixou de ser simples árbitro e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa.

De acordo com THEODORO JR (1996), seu poder não é ilimitado, pois na maioria das vezes a vontade ou a conduta da parte influi decisivamente sobre a prova e afasta a iniciativa do juiz. Mesmo quando o juiz entender de completar a iniciativa probatória da parte, deverá agir com grande cautela e parcimônia para não violar o dever de imparcialidade, ou seja, se o direito material é disponível e a parte não cuidou de fazer a prova necessária para demonstrá-lo ou exercê-lo, a presunção lógica é que abriu mão dele.

Mesmo nas causas de estado ou capacidade, onde se demandam direitos indisponíveis, sempre que possível, o juiz deve deixar a iniciativa da prova não requerida pela parte ao representante do Ministério Público, a quem compete a defesa dos interesses dos incapazes e da ordem jurídica em tais situações.

O juiz pode indeferir a produção a prova testemunhal, porque a parte não depositou o rol em cartório com a antecedência mínima exigida pelo Código ou, ainda, por se achar impedida de depor.

⁷⁴ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 130.

⁷⁵ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 331.

A juntada de documentos é apreciada e deferida fora do saneador, tão logo a parte requeira sua juntada aos autos, ainda na fase postulatória.⁷⁶

1.7.3 PRODUÇÃO DA PROVA

Até se proferir sentença, permite-se a indagação. Durante o processo, e limitando-o, estão regras de direito material que vedam a prova testemunhal em certos casos e regras de direito processual.

Para SANTOS (1990), na produção dos fatos afirmados pelas partes, são averiguados, pelos meios probatórios, os fatos afirmados pelos litigantes. Há a audiência de instrução, onde são produzidas as provas orais e são completadas outras provas.

“A prova por depoimento da parte e a prova testemunhal têm a audiência de instrução e julgamento como momento próprio de sua produção.”⁷⁷ Ou seja, na audiência de instrução e julgamento, são produzidas as provas por depoimento e testemunho. A observação sensorial ou intelectual do juiz em contacto direto, são motivos de prova que aparecem durante o processo, devido à imediatidade da instrução.

Para MIRANDA (1996), além das qualidades humanas que o juiz possui, o Estado lhe impõe certas regras de convicção a que tem de obedecer, regras estas que vão de máximo até mínimo de liberdade. Então, quando enfrenta o problema dos meios de prova, o que desafia é o balanceamento do que deve fixar e do que há de deixar ao elemento lógico e científico.

⁷⁶ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, arts. 326, 327, 396 e 397.

⁷⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Op. Cit., art. 452, inc. II e III.

Provas a serem produzidas fora da jurisdição do juiz da causa serão feitas por via de carta de ordem, precatória ou rogatória, de acordo com a fonte de prova (a ser ouvida ou examinada) se encontre em outra circunscrição judiciária.⁷⁸

A carta precatória e a carta rogatória, se requeridas antes do despacho saneador, determinam a suspensão do processo⁷⁹, mas essa suspensão não pode ser por prazo superior a um ano⁸⁰.

Quando a carta retornar após o prazo assinado pelo juiz, ou quando for expedida sem efeito suspensivo, ainda assim, deverá ser juntada aos autos em "qualquer fase do processo, até o julgamento final".⁸¹

1.7.4 PROVAS ORDENADAS DE OFÍCIO

Segundo o art. 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".

De acordo com o art. 334, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, não têm necessidade de serem provados os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, os fatos admitidos como incontroversos e os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Fatos notórios são os fatos conhecidos, "não porque estejam na ciência privada do juiz, porém, como fato que ele deva conhecer"⁸². Naturalmente, a notoriedade há de ser conhecida pelo juiz ou pelo tribunal, mas não é por

⁷⁸ Idem, art. 338, parágrafo único.

⁷⁹ NEGRÃO, Op. Cit., p. 289 (RT 474/140).

⁸⁰ NEGRÃO, Idem, p. 289, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 265 inciso IV.

⁸¹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 338, parágrafo único.

⁸² MIRANDA, Op. Cit., p. 274.

conhecerem os fatos que os torna notórios. Ou seja, a notoriedade independe das partes e do juiz, o que a lei faz apenas consiste em dispensar a prova se o fato é notório. Ao lado dos fatos notórios estão os julgamentos da vida, observações gerais, ditames, com que se exprimem as reações e comportamentos, ou a experiência do juiz, traquejo.

O caso de o fato encontrar certa publicidade na imprensa não basta para tê-lo como notório, dispensando a prova. É necessário que seu conhecimento integre o comumente sabido, ao menos em determinado estrato social, por parcela da população a que interesse.⁸³

Quanto aos fatos afirmados e reconhecidos pela parte contrária, o art. 334 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL pressupõe o reconhecimento como confissão pela parte contrária e, assim, devem ser invocadas as regras jurídicas.

Os fatos incontroversos são os fatos “a que se alude na petição inicial, a contestação e qualquer outro ato processual em que houve comunicação de reconhecimento, mas para a qual nenhuma comunicação de conhecimento contrária foi feita, conforme a apreciação do juiz”⁸⁴. Ou seja, são aqueles “afirmados por uma parte e confessados ou admitidos pela outra – mesmo que admitidos pelo silêncio, isto é, mesmo que não contestados”.⁸⁵ Nestes casos, não precisam ser provados, por simples falta de impugnação.

Quando houver presunção legal de veracidade ou de existência, e se esta presunção for *iuris et de iure*, nenhuma prova se admite, mas quando for *iuris tantum*, cabe a prova em contrário. Segundo MIRANDA (1996), entre as presunções

⁸³ NEGRÃO, Op. Cit. p. 288 (STJ - 3.^a Turma, Resp 7.555-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 30.4.91, não conheceram, v.u., DJU 3.6.91, p. 7.425, 2.^a col.)

⁸⁴ MIRANDA, Idem, p. 276.

⁸⁵ THEODORO JR, Humberto (Coord.). **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 152.

legais, há as presunções mistas, a respeito das quais a lei especifica algum ou alguns meios de prova, se admitir prova em contrário.

No caso de faltar normas jurídicas relativas às provas, “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”.⁸⁶ Vale dizer, o juiz deve valorizar e apreciar as provas dos autos, mas ao fazê-lo pode e deve servir-se da sua experiência e do que comumente acontece.⁸⁷ Assim, em nosso sistema de julgamento, o juiz deve verificar se existe uma norma jurídica sobre a prova produzida; se houver, ela será aplicada e, em sua falta, formulará o juízo observando as regras de experiência comum.

São muitas as regras de experiência comum, tais como o fato de encontrar tóxicos no bolso ou em mala de alguém que se supõe que seja traficante. A lei é clara, regra de experiência comum só é aplicável se não houver regra jurídica especial a respeito.

De acordo com o art. 342 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, “o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa”.

Quando o juiz não determinar, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra⁸⁸. O depoimento pessoal de pessoa jurídica deve ser prestado por mandatário com poderes especiais e com os necessários conhecimentos técnicos da causa. Portanto, não cabe depoimento pessoal de sociedade, se seu representante legal não pode ter conhecimento dos fatos, pois o

⁸⁶ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Op. Cit., art. 335.

⁸⁷ NEGRÃO, Op. Cit., p. 288, JTA 121/391.

⁸⁸ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 343.

depoimento pessoal, como qualquer prova, submete-se ao requisito de utilidade e admissibilidade pelo juiz.⁸⁹

O interrogatório das partes não se confunde com o depoimento pessoal das mesmas, pois o primeiro pode ser determinado mais de uma vez, em qualquer das fases do processo, e o segundo é colhido apenas uma vez, em audiência.⁹⁰

Ocorre, também, quando a parte, ou a testemunha, estiver impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, por enfermidade ou por outro motivo relevante, o juiz designará dia, hora e lugar para inquiri-la.⁹¹

Se a parte intimada não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão, ou seja, presumir-se-á confessados os fatos contra ela alegados⁹². Essa pena somente será aplicável quando no mandato intimatório estiver claramente expresso, para ciência inequívoca do intimado, que se presumirão verdadeiros os fatos contra ele alegados.

⁸⁹ RT 502/56.

⁹⁰ NEGRÃO, Op. Cit., p. 290.

⁹¹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 336, parágrafo único.

⁹² CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 343, pp. 1.º e 2.º.

CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, conclui-se que o sistema da persuasão racional adotado na valoração das provas pelo Código de Processo Civil brasileiro é realmente a mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional e, se bem utilizados os meios e métodos na produção da prova pelos operadores do Direito, resultará em julgamentos mais próximos da verdade real trazida aos autos.

Porém, entendo que deve haver uma flexibilização na valoração da prova obtida de forma ilícita, porque mesmo que obtida ilicitamente, esta gera um indício de prova e não pode ser desconsiderada totalmente pelo juiz na formação da sua convicção.

Os instrumentos disponíveis para elucidação da lide são regidos por meios e métodos que devem ser mais bem observados pelos operadores do Direito na produção da prova, o que resultará em uma melhora da qualidade da instrução probatória e, em consequência, na produção de sentenças mais justas.

O ônus da prova é elemento essencial e de grande relevância dentro do processo e é fundamental no desfecho de cada lide em particular. A prova, por isso, constitui, em matéria processual, a própria alma do processo ou a luz que vem esclarecer a dúvida a respeito dos direitos disputados.

A fim de que o julgamento seja imparcial, observa-se que o juiz, nos dias atuais, preocupa-se de forma exagerada em limitar-se a aplicar as normas de direito material e de direito processual de forma equânime, sendo que na verdade, a Lei lhe

dá poderes para ir mais além, o que se verifica pela possibilidade do mesmo aplicar os costumes, as regras de experiência comum e utilizar-se dos conhecimentos técnicos que possui.

Na redação do art. 130 do CPC, verifica-se que o juiz tem grande poder para determinar a produção da prova quando tiver conhecimento de algum fato que possa modificar a sua convicção e, conseqüentemente, mudar o desfecho da lide, levando a um julgamento mais justo. É preciso que os magistrados dos dias atuais tomem conhecimento deste poder que lhes é atribuído e se utilizem com mais coragem do dispositivo legal acima mencionado.

Todos têm o dever de colaborar com a Justiça, não podendo imiscuir-se caso haja a determinação judicial e, dentro desta perspectiva, este trabalho buscou descrever minuciosamente esses meios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA MARTINS. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. V. III, t. 2., n. 77.

BAPTISTA, Paula. **Compêndio de teoria e prática**. São Paulo : Saraiva, 1901.

BETTI. **Diritto Processuale civile**. 2. ed. 1936.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, 1973.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988.

_____. **Lei 8.952**, de 13 de dezembro de 1994. Brasília, 1994.

_____. **Lei 8.455**. Brasília,

CARNELUTTI. **La prueba civil**. Buenos Aires, 1955.

COUTURE. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires : 1974, n. 135.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Formas da informação jurídica: uma contribuição para sua abordagem temática**. In: R. bras. Biblioteconomia e Doc., São Paulo, v. 26, n. 1/2, jan-jun, 1993.

INSTITUTO PARANAENSE DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **Teses, dissertações monografias e trabalhos acadêmicos**. / Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social. Curitiba : Ed. da UFPR, 2000.

_____. **Redação e editoração**. / Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social. Curitiba : Ed. da UFPR, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 4. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LIEBMAN. **Manuale di diritto processuale civile**. Itália : 1959, v. II, n. 238.

LIMA, Arnaldo Siqueira de. **Provas lícitas e ilícitas**. Página da internet: <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acessado em 20/04/2002.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. II, n. 457.

MARTINEZ SILVA. **Tratado del pruebas judiciales**. Buenos Aires, 1947.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil, tomo IV: arts. 282 a 443**. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 27 ed. São Paulo : Saraiva, 1996.

PLÁCIDO & SILVA. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

REVISTA BONIJURIS. **Banco de dados de jurisprudência: legislação, doutrina, contratos e peças processuais**. Curitiba : 2001, nov-dez.

ROSENBERG. **Tratado de derecho procesal civil**. 1955, v. II.

THEODORO JUNIOR, Humberto (Coord.). **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

_____. **Curso de direito processual civil**. 18 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. (adap. novo código de processo civil). 5. ed. São Paulo : Saraiva, v. 2, 1980.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1976, v. IV, n. 284.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22 ed. Rev. e ampl. de acordo com a ABNT. São Paulo : Cortez, 2002.