



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

DONACIANO PEREIRA DONATO JUNIOR

A VALORAÇÃO DAS PROVAS À LUZ DO CPC

SOUSA - PB
2006

DONACIANO PEREIRA DONATO JUNIOR

A VALORAÇÃO DAS PROVAS À LUZ DO CPC

Monografia apresentada a
Coordenação de Pós-Graduação do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
da Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Me. Martsung Formiga Cavalcanti

SOUSA - PB
2006

A VALORAÇÃO DAS PROVAS À LUZ DO CPC
Donaciano Pereira Donato Junior

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil no Curso de Especialização oferecido pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Campina Grande, Sousa – PB, sob orientação do Ms. Martsung Formiga Cavalcanti e Rodovalho de Alencar.

01/10/2006
2006 F.II-B

SOUSA – PB – 2006

Donaciano Pereira Donato Junior

A VALORAÇÃO DAS PROVAS À LUZ DO CPC

Banca Examinadora:

Examinador

Examinador

Examinador

SOUSA – PB - 2006

RESUMO

A valoração da prova representa um dos mais importantes momentos do processo, no qual faz-se conhecer os fatos controvertidos e a verdade das questões de fato apreciadas pelo juiz. O CPC descreve critérios e fomenta questões de grande relevância para a valoração da prova, instruindo acerca da validade jurisdicional da decisão fundamentada. Este trabalho procura estudar, através do suporte de textos de autores representativos que tratam do tema em questão, como se dá a valoração da prova à luz do CPC.

Palavras-Chave: prova; valoração da provas; CPC; processo.

SUMÁRIO

Introdução

I. Prova	07
1.1 Conceito de prova e instrução probatória	07
1.2 O objeto da prova	14
1.3 Fontes, meios e elementos de prova	17
1.4 Princípios básicos do direito probatório	20
II. Do direito à prova e dos seus limites	22
2.1 Classificação das provas e sua discriminação legal	25
2.2 A Constituição Federal e o impedimento das provas ilícitas	29
2.3 Corrente contrária ou obstativa à utilização da prova obtida por meios ilícitos	33
2.4 Corrente permissiva ou que favorece a utilização da prova ilícita.....	35
2.5 Corrente intermediária à proibitiva e à permissiva	36
III. A produção da prova no processo civil	39
3.1 Ônus da prova	39
3.2 Normas de distribuição do ônus da prova	43
IV. A valoração da prova à luz do CPC	47
4.1 Poderes instrutórios do juiz	47
4.2 O sistema de apreciação das provas à luz do Código de Processo Civil ..	56
V. Conclusão	62
VI. Referências	65

Introdução

Através de uma minuciosa revisão bibliográfica das mais importantes fontes de pesquisa sobre o tema da prova judiciária, este trabalho pretende investigar como o CPC instrui o direito acerca daquele que, na opinião da maioria dos estudiosos, trata-se de um dos mais relevantes momentos do processo, no qual faz-se conhecer os fatos controvertidos e a verdade das questões de fato apreciadas pelo juiz.

O CPC descreve critérios e fomenta questões de grande relevância para a valoração da prova, instruindo acerca da validade jurisdicional da decisão fundamentada. Investigar esses critérios e provocar novas questões para o debate do problema no direito é o principal objetivo deste trabalho.

A abordagem do tema A valoração das provas à luz do CPC se dará a partir dos seguintes passos:

O primeiro capítulo procura dar de modo genérico uma visão acerca do conceito de prova, com enfoque para a instrução probatória, o objeto da prova, fontes, meios e elementos e classificação da prova.

Na segunda parte enfoca a questão do direito à prova e dos limites de sua aceitação no processo, mediante a descrição dos tipos de prova e sua discriminação, bem como observando até que ponto ocorre o impedimento das provas consideradas ilícitas através da análise das principais correntes de que tratam as doutrinas.

O terceiro capítulo é dedicado à análise da produção da prova no processo civil, enfocando o papel dos sujeitos no processo e as regras de distribuição do ônus de prova.

A quarta parte aborda a sistematização da avaliação das provas a partir da descrição dos critérios estabelecidos por lei para a real valoração dos elementos do processo à luz do Código de Processo Civil.

O quinto capítulo está reservado às conclusões gerais em torno do problema.

I. PROVA

1. 1 Conceito de prova e instrução probatória

São diversas as abordagens em torno da definição da prova como parte integrante do plano processual. Sua utilização está garantida às partes litigantes, o acusador e o acusado, através da qual se pretende apresentar ao juiz as amplas possibilidades de uso de quaisquer meios probatórios. Ou seja, a prova judicial reveste-se de modo cabal de um conteúdo finalístico determinado, o convencimento do juiz.

Na acepção jurídica, o termo prova provém do latim *probatío*, derivado do verbo *probare*, significando a atividade de demonstrar, reconhecer alguma coisa com o objetivo de formar juízo, convencendo alguém do que se afirma.

Em definição comum, os dicionários dão ao termo a definição de tudo aquilo que atesta a convicção de que um fato ou uma afirmação são verdadeiros: evidência, demonstração.

Além dessa acepção, chegam a identificar a prova, na esfera de atuação do Direito Judiciário Civil, como sendo a atividade realizada no processo “com o fim de ministrar ao órgão judicial os elementos de convicção necessários ao julgamento”; além de defini-la também como “cada um dos meios empregados para formar a convicção do julgador” (FERREIRA, 1986, p. 1408).

Ambas as acepções estão em acordo com a teoria geral da prova elaborada por autores como De Plácido e Silva (1967), Moacyr Amaral Santos (1987), Magalhães Noronha (1987), Arruda Alvim (1997) e Eugenio Florian (1921, apud NORONHA, 1983) só para citar alguns. E, a propósito, o sentido

comum do termo também está em acordo com o sentido jurídico que se verifica na doutrina de obras e autores como os acima citados.

Moacyr Amaral dos Santos tem, talvez, aquela que se pode chamar de uma das mais bem elaboradas exegeses sobre o problema da prova¹. Segundo o jurista, tanto a produção dos atos ou dos meios com as quais as partes litigantes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados, quanto a consideração em si mesma do meio de prova, ou até o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade, todos esses fatores do processo, podem ser levados em conta para a compreensão do vocábulo, em termos jurídicos. Em resumo, considera que buscar a prova é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa.

No caso da prova judiciária, essa “alguma coisa” diz respeito à afirmação de um fato, por parte do autor, que poderá ou não corresponder à verdade; assim como se refere à afirmação do réu que também poderá ou não corresponder à verdade, “quer negando aquele fato (*do autor*), ou revestindo-o de outros caracteres, ou consistente num outro fato, cuja existência importe na negação daquele, ou do qual deduza conseqüências obstativas à pretensão do autor” (Santos, 1987, pp. 327-328 – *grifos nossos*).

Destarte, são as afirmações de fato feitas pelo autor e a contraposição a estas feitas pelo réu, em sentido oposto, que constituem as *questões de fato* que deverão ser resolvidas pelo juiz, que considerará a ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas do direito processual civil*. Vol. 2. , 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1987. Capítulo LXII, pp. 327-353.

O caráter da atuação do juiz diante das afirmações a eles dirigidas pelos litigantes é ressaltado no significado dado ao termo prova por Arruda Alvim (1997, p. 440):

“consiste(m) naqueles meios, definidos pelo Direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico, como idôneos a convencer (prova como ‘resultado’) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como ‘atividade’).”

Para o processualista Giuseppe Chiovenda, provar significa possibilitar a afirmação do juiz acerca da existência ou não de fatos realmente relevantes no processo².

Como diz De Plácido e Silva em sua conceituação sobre prova³, a responsabilidade do juiz diante da demonstração que se faz dos meios legais da existência ou verdade de um fato material ou de um ato jurídico, é, pois, de fundamental importância.

À consideração de Amaral Santos, de que já lançamos mão, se soma a conceituação de Edgar Magalhães Noronha (1987, p. 4), segundo o qual a prova

“(...) é o conjunto de atos legalmente ordenados, para a apuração do fato, da autoria e a exata aplicação da lei. O fim é este: a descoberta da verdade, o meio. Da aplicação da lei trata a sentença que dirime o litígio; da apuração da verdade, a instrução. Esta é, pois, a fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam: o acusador a pretensão punitiva, o acusado sua defesa (...) Essa demonstração é o que constitui a prova”.

² CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Booseller, 1998.

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. vol. III, 2ª ED. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 253.

Eugenio Florian (1921, apud NORONHA, 1983, p. 87) também confirma a prova como o ato de produção e fornecimento, no processo, do conhecimento de qualquer fato, contribuindo, dessa forma, para o convencimento do juiz a respeito das pretensões alegadas pelas partes litigantes.

Assim, desse conjunto de afirmações em torno da conceituação da prova, podemos dizer que esta, num sentido amplo, apresenta um objeto, uma finalidade e um destinatário.

Esquemmatizando, teríamos que a prova fundamenta-se:

- a) Pelos fatos da causa (deduzidos pelas partes como base fundamental da ação e da execução);
- b) Por sua fixação num processo destinada à valoração do juiz; e
- c) Pela formação da convicção deste - juiz - (a partir da existência e da afirmação da certeza sobre os fatos da causa).

Está implícita no Código de Processo Penal (art. 155) a adoção do princípio de liberdade dos meios de prova; bem como no Código de Processo Civil brasileiro, que estabelece todos os meios legais e os não especificados em lei para a obtenção e utilização dos fatos da causas, desde que legítimos, e “hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa” (CPC, art, 332).

Pondere-se, no entanto, que, havendo o direito à prova, às partes litigantes não basta a existência da ampla possibilidade dos meios probatórios disponíveis. Os fatos de causas como forma de demonstração das ocorrências e inoções dos pontos duvidosos de fato importante para a decisão judicial

terão de ser primeiramente admissíveis. Essa questão é considerada quando se leva em conta que muitas vezes a total admissibilidade dos meios de provas não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas para que se justifique o seu acolhimento em juízo. Para tal, argumenta-se que a total admissibilidade pode possibilitar ora o ensejo a manipulações ou fraudes das partes envolvidas no processo; ora a ofensa à própria dignidade de quem lhes ficasse sujeito, o que representaria constrangimento pessoal inadmissível (CINTRA *et all*, 2004).

Daí se conclui que, para que sejam acolhidas pelo ordenamento jurídico do país, as provas deverão se assentar sob bases legais de direito, expressas no ordenamento processual pátrio, que justificarão ou não na sua admissibilidade. No entanto, o CPC e a Constituição Federal prevêm que os meios de provas consideradas juridicamente não admissíveis, e não produzidas através de meio ilícito, podem ser apreciadas.

As provas em juízo admissíveis são as não vedadas por lei, que se diferem daquelas expressamente proibidas pela Constituição Federal do Brasil, de 1988, quando prevê em seu artigo 5.º, que "(...) são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (inciso LVI).

Em juízo apreciável, as provas admissíveis pelo Código de Processo Civil são as seguintes:

- I – Depoimento pessoal (arts. 342-347);
- II – Confissão (arts. 348-354);
- III – Exibição de documento ou coisa (arts. 355 e 363);
- IV – Prova documental (arts. 364-391);
- V – Prova testemunhal (arts. 400-419);
- VI – Prova pericial (arts. 420-439);
- VII – Inspeção judicial (arts. 440-443).

Segundo estabelece o Código de Processo Civil (art. 131), pelo princípio do livre convencimento motivado o juiz poderá tomar sua decisão, apreciando livremente o valor das provas contidas nos autos, mas não sem antes fundamentar e deixar claro o que motivou sua apreciação da verdade. É a isso de que trata a instrução probatória, operante na averiguação dos fatos e na convicção do juiz.

De forma a tornar mais claro o conceito de instrução, fazemos referência ao comentário do processualista Frederico Marques quando este diz ser a instrução probatória um conjunto de atos processuais que objetivam recolher as provas com que deve ser decidida a demanda.⁴ Ou seja, a instrução se relaciona aos meios utilizados no processo para se “instruir” o juiz para a construção de sua decisão.

A instrução probatória é o “complexo dos atos processuais que integram a instância penal condenatória”, relativo ao juízo sobre o litígio. A esse complexo dá-se o nome de atos de instrução,

“(…) destinados a recolher os elementos necessários para a decisão da lide. Dividem-se eles em atos de provas e alegações (...) Há, portanto, um conceito genérico de instrução, que abrange a prática de atos probatórios e as alegações das partes. Como a sentença, por sua construção lógica de forma silogística, contém na premissa maior a norma legal aplicável, e na premissa menor os fatos que dão contorno à situação jurídica litigiosa, o preparo da decisão pressupõe, como explica o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a instrução do juiz na premissa maior e na premissa menor do silogismo. Todavia, entende-se, sempre, o juiz instruído quanto ao Direito aplicável: *narra nihi factum, dabo tibi jus; jura novit curia*. Por isso mesmo, a instrução propriamente dita, ou instrução em sentido estrito, é a instrução probatória, a instrução sobre os fatos da premissa menor em que logicamente se estrutura a sentença (...) “Ao lado do conceito lato de instrução, existe, pois, um conceito estrito, que é o de instrução probatória” (MARQUES, 1997, pp. 318-319).

⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. vol III, Campinas: Millenium, 1997.

Portanto, é importante não se confundir prova com instrução probatória. Apesar de parecidos, os termos se distanciam conceitualmente. Como já foi visto, a prova constitui nos meios pelos quais se procura demonstrar a verdade da existência de um fato jurídico. A instrução probatória provém do preparo da decisão do juiz considerando a prática de atos probatórios e as alegações das partes, de acordo com os princípios e normas processuais vigentes.

Moacyr Amaral dos Santos usa da expressão "procedimento probatório" para se referir à instrução probatória. Segundo o autor, quando as provas apresentadas em juízo foram colhidas pelos meios admitidos em direito, no processo, e pela forma estabelecida em lei, o juiz poderá formar sua convicção sobre os fatos, sendo-lhe vedado fundamentá-la em quaisquer elementos desprovidos da segurança jurídica acautelados pelos princípios e normas processuais. "Nesse sentido, conclui, se deve entender a velha máxima – *quod non est in actis non este in mundo*: para o juiz, aquilo que se não acha no processo, e conforme a disciplina processual não existe" (SANTOS, 1987, p. 330).

1. 2 O objeto da prova

O *thema probandum*, o objeto da prova, é o que deve ser demonstrado no processo, aquilo sobre o que o juiz deve aplicar o direito (*jura novit curia*).

Em sentido prático, relevam-se as alegações de fato e não os fatos alegados. Ou seja, são os fatos pertinentes com a causa, os que realmente importam para a sua apuração e sobre os quais controvertem as partes os constituintes do objeto da prova. De posse dos objetos da prova o juiz estará apto para adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio.

É o que afirma José Frederico Marques (1997, p. 254):

“Como o juiz se presume instruído sobre o direito a aplicar, os atos instrutórios só se referem à prova das *quaestiones facti*. O juiz deve conhecer o Direito, obrigação essa que é elementar para o exercício da jurisdição (*jura novit curia*). Donde se segue que, abstratamente falando, constitui objeto de prova tão-só o que diz respeito às questões de fato surgidas no processo”.

Assim, os fatos que incidem na atividade probatória devem guardar estrita relação com a causa (fatos pertinentes). Mas além deles, consideram-se os que têm alguma importância para a solução do litígio (fatos relevantes) e os que, afirmados por uma parte e contestados por outra podem vir a fazer parte do processo (fatos controversos).

No entanto, não raramente, como lembra Santos (1987), surge a necessidade de prova não de um fato, mas do direito. O art 337 do Código de Processo Civil prevê que, como regra, provam-se os fatos; por exceção, o direito quando federal, estadual, municipal, estrangeiro e o consuetudinário devem ser provados; este último, gerado em razão dos costumes de um determinado povo ou comunidade.

Os fatos que guardam estrita relação com a causa devem ser todos provados. Mas nem sempre são necessários.

Fatos notórios ou reconhecidos ou admitidos como verdadeiros não carecem de demonstração - *notoria vel manifesta non egent probatione* (CPC, art 334). Já os fatos controvertidos e relevantes, sim. Esses, para serem suscetíveis de prova, deverão ser determinados, ou seja, apresentados com características suficientes para se distinguirem de quaisquer outros.

Portanto, no campo do direito civil, não carecem ser provados os fatos:

- a) inúteis na apuração da causa;
- b) os de conhecimento geral das pessoas do lugar e da sede do foro;
- c) os cobertos por presunção legal, cuja existência e veracidade decorrem da lei;
- d) os fatos admitidos por uma parte e confessados e admitidos pela parte contrária;
- e) os fatos incontroversos, aceitos como certos por ambas as partes ou o fato incontroverso por ausência de impugnação do réu (CPC, art. 302,).

Apesar de os fatos notórios serem os que ganham evidência em relação aos demais, devido sua natureza idônea e largo conhecimento geral, dispensando necessidade de prova, há as chamadas máximas de experiências ou regras de experiências que advêm das noções e conhecimentos ministrados pela vida prática e pelos costumes sociais, ou, de acordo com Moacyr Amaral Santos, são "juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média" (SANTOS, 1997, p. 239).

As regras de experiências fazem parte da cultura de uma determinada esfera social, por isso serem compreendidas como *noções extrajudiciais* de que o juiz se vale para, em alguns casos, fazer a aplicação do direito.

Levando-se em consideração que o direito não precisa ser provado, porque para a Justiça presume-se que o juiz conhece o direito (*juris novit cúria*), ou seja, ele está instruído para decidir pela verdade, as regras de experiências são uma exceção à parte das práticas jurídicas comuns relativas à avaliação e interpretação dos objetos de prova. Mas, nalguns casos, são admitidas, respeitando-se a normalidade e a coerência de sua aplicação, como explica Amaral Santos (1987, p. 239):

“Com efeito, em cada esfera social, da mais letrada à mais humilde, há uma porção de conhecimentos que, tendo passado por uma experiência contínua e prolongada, ou, quando não, pelo crivo da crítica coletiva, fruto da ciência, da arte, da técnica ou dos fatos cotidianos, faz parte de sua *communis opinio*. É certo, por outro lado, que essa *communis opinio* pode variar, conforme o lugar, o tempo, o progresso da ciência ou da técnica, as transformações políticas, sociais, religiosas, etc., mas não deixa de ser também certo que as afirmações nela fundadas, por qualquer membro da esfera social, em que se formou, adquirem autoridade que a afirmação individual não pode ter, porque aquela traz consigo e resulta da crítica e da apuração coletiva”.

Outrossim, para a noção de que as regras de direito independem de prova, a regra não é totalmente absoluta. Em consonância com o artigo 337 do Código de Processo Civil, preceituam-se as seguintes exceções: a) as leis estaduais e municipais; b) os regulamentos e portarias; c) os costumes; e d) a legislação estrangeira podem ser tidos como objetos de prova. É o que diz expressamente o CPC: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

1. 3 Fontes, meios e elementos de prova

Valdeci dos Santos define meios de prova como sendo os instrumentos pelos quais as provas necessárias à demonstração da verdade de um fato ao juiz vêm para os autos (Santos, 2005). O CPC, nos seu artigo 332, autentica a afirmação ao eleger todos os meios legais, assim como os moralmente legítimos, especificados ou não em norma processual como hábeis para provar a verdade dos fatos. Dessa forma, atente-se ao fato de que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI).

Assim, os meios de prova moralmente legítimos, revestidos de legalidade e não produzidos através de meio ilícito, não precisam estar especificados no ordenamento processual pátrio; mas, para que sejam considerados instrumentos nos autos de um processo judicial, precisam preencher os requisitos do art. 5.º, LVI da Carta Magna e do art. 332 do Código Processual Civil.

Na ação de informar sobre fatos ou julgamentos que derivam do emprego dos meios de prova reside a noção de elementos ou motivos de prova.

Tipos específicos (não únicos) de meios de provas, temos nos seguintes casos: prova documental, prova testemunhal, reconhecimento de pessoas, reconstituição de fatos, perícias, inspeção, depoimentos, ou seja, todos os meios considerados lícitos e utilizados no processo para que se chegue à verdade dos fatos.

Alguns desses meios são especificados tanto no Código de Processo Penal (artigos 158 a 250) como no CPC. No âmbito do processo civil, o CPP

constitui os chamados meios legais de provas; no processo civil o CPC considera que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Em sede de processo civil, especificamente, são especificados em lei os seguintes meios de prova: depoimento pessoal (Art. 342 a 347), confissão (Art. 348 a 354), exibição de documentos ou coisas (Art. 355 a 363), prova documental (Art. 364 a 399), prova testemunhal (Art. 400 a 419), prova pericial (Art. 420 a 439) e inspeção judicial (Art. 440 a 443).

Entre os meios admitidos, porém não especificados em lei, mas considerados lícitos e moralmente legítimos, citam-se a *reconstituição de fatos*, destinada ao esclarecimento de pontos importantes do conjunto probatório, e a *prova emprestada*, a que, tomada por empréstimo de um determinado processo, passa a instruir um outro.

Como se vê, os meios de provas especificados em lei não limitam a possibilidade da produção de provas. Tanto que na atual conjuntura do direito moderno, os mais diversos meios considerados lícitos e moralmente legítimos possibilitam às partes introduzi-los no processo. Sobre esse fato nos informa Luís J. J. Ribeiro:

“Existe uma certa inclinação dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica da enumeração taxativa e permitir que, além de documentos, depoimentos, perícias e outros meios legais tradicionais, em geral, minuciosamente regulados em textos legais específicos, recorram-se a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos. Ora, não poderia ser diferente, vez que o legislador nunca poderia prever todos os meios de prova existentes ou que venham a existir. Citam-se como exemplo os exames de DNA, as fitas magnéticas, gravações

eletrônicas, cujo desenvolvimento só foi conseguido no último quartel do século passado”.⁵

Em regra, as provas legalmente admitidas não conferem a verdade real, às partes ou ao Juiz, nem tampouco a faculdade de violar normas legais para sua obtenção ou introdução no processo. Isso estaria em desacordo com a Constituição Federal (art. 5º, LVI), como já destacamos. Em relação às partes, o sistema processual brasileiro examina detalhadamente a questão, esclarecendo os princípios básicos do direito probatório em que têm lugar as provas e sua inserção no processo.

⁵ RIBEIRO, Luís J. J. *A prova ilícita no processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2004, p. 48

1. 4 Princípios básicos do direito probatório

O primeiro princípio referente às provas diz respeito à proibição de provas ilícitas, de que trataremos com mais detalhes no segundo capítulo deste trabalho. Sua base está consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Como vimos, as provas ilícitas, por serem do tipo em cuja obtenção há violação de norma do direito material, como as obtidas por violação de domicílio, por exemplo, (art. 5º, XI da CF), são inadmissíveis no processo. Tais provas não possibilitam nenhuma eficácia para demonstrar qualquer fato no processo. A jurisprudência, primando tanto o meio como resultado alcançado pelo processo, não admite que elas venham para os autos, sequer que neles permaneçam.

O princípio da proibição de provas ilícitas é bastante transparente acerca desse tipo de prova, uma vez que há uma diferença entre prova ilegal e prova ilícita. É considerada prova ilegal toda aquela que violar o ordenamento jurídico em sua totalidade. Prova ilícita, ao contrário, estará estritamente ligada à violação dos direitos materiais de determinada pessoa:

“Será ilegal, a prova sempre que houver violação do ordenamento jurídico como um todo (leis e princípios gerais), quer seja de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente. O termo ilegal não é antônimo da locução prova legal”.⁶

⁶ JÚNIOR, Nelson Nery e Andrade, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 4 ed., p. 98.

O *princípio do contraditório* também tem foro na Constituição Brasileira (art. 5º, LV). Daí se segue que as provas colacionadas aos autos por uma das partes deverão ser, necessariamente, submetidas à consideração e à crítica da outra. Constitui-se direito da outra parte sobre elas se manifestar.

O Código de Processo Civil consagra o *princípio da cooperação* quando exara que “ninguém se exime do dever de colaborar como o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (Art. 339). Por esse princípio, toda pessoa, parte ou não do processo, tem o dever de cooperar com a Justiça para a correta solução do conflito em vigor.

No *princípio da oportunidade* estabelece-se o fato de que a prova deve ser produzida no momento certo. As de solenidade, destinadas a demonstrar desde logo as alegações aduzidas, devem ser juntadas pelo autor como a petição inicial e pelo réu com a contestação. No caso das provas testemunhais, as provas serão produzidas em audiência e deverão ser precedidas das provas periciais, exames e vistorias.

O *princípio da verdade real* tem primazia no processo penal, e encontra-se disposto no art. 156 do CPP, em que autoriza o juiz, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, as diligências indispensáveis para dirimir dúvidas sobre pontos importantes ou produzir prova necessária para o completo esclarecimento dos fatos.

Por fim, no *princípio da verdade real* o juiz tem iniciativa probatória apenas nas causas que versarem direitos indisponíveis. É da instância do processo civil a prevalência desse princípio.

II. DO DIREITO À PROVA E DOS SEUS LIMITES

No âmbito do direito processual civil, o direito à prova é de fundamental importância, uma vez que é através dela que o juiz forma seu convencimento acerca da procedência ou não da pretensão deduzida. Mesmo não expressamente previsto em lei, esse direito decorre do direito de ação, devido à existência do sistema vigente do país, o sistema do livre convencimento motivado.

O direito de ação e o direito à prova é uma das garantias fundamentais do cidadão, conforme a Constituição Brasileira de 1988. O art. 5º, XXXV da Carta Magna garante-os aos jurisdicionados, postulando o Estado-Juiz que lhes sejam entregues a proteção pertinente ao seu direito com vistas a obter a apreciação, a valoração e o julgamento da pretensão postulada. Ao seu exercício, no entanto, não corresponde um dever obrigatório, mas apenas um ônus, posto que a parte faltosa terá que obrigatoriamente arcar com os efeitos e conseqüências da sentença, reconhecedores de inação.

A coerência desse direito é condizente com o fato de que a ação existiria obsoleta se ao jurisdicionados não fossem dado o direito de provar suas alegações. Daí o direito à prova ser uma decorrência lógica do direito à ação.

Sobre esse assunto esclarece o professor José Carlos Barbosa Moreira que:

“No pensamento praticamente unânime da doutrina atual, não se deve reduzir o conceito de ação, mesmo em perspectiva abstrata, a simples possibilidade de instaurar um processo. Seu conteúdo é mais amplo. Abarca série extensa de faculdades cujo exercício se considera necessário, em princípio, para garantir a correta e eficaz prestação da jurisdição. Dentre tais faculdades sobressai o chamado direito à prova. Sem embargo da forte tendência, no processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do juiz na investigação da verdade, inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a

iniciativa - que, em regra, costuma predominar - no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial"⁷

O papel da prova na ação processual é a de convencer o juiz, destinatário da prova, das verdades dos fatos narrados na exordial ou refutados na defesa. O cidadão, no ato de requerimento da tutela jurisdicional, necessita apresentar as provas preexistentes ao ajuizamento do processo e postular a existência de outras cabíveis. Mas não basta a simples proposta da prova para que se efetive a sua produção. A Justiça assegura sua admissão diante dos direitos das partes, mas esta só se verifica ordenada e admitida pelo juiz.

A admissão, contudo, não é o único momento da prova. Há, junto a ele, dois outros: o da proposição e o da produção. Alguns autores não fazem a separação do momento de admissão dos outros dois, integrando-o naqueles: execução e produção, como parte da admissão da prova. É o caso de Moacyr Amaral Santos, que é enfático a respeito, defendendo que não existe distinção entre os três momentos (SANTOS, 1987, pp. 355-356).

A admissão é ato do juiz, com exclusividade, enquanto que a proposição envolve a parte, e na produção atuam tanto o juiz como aquela. Tome-se como primeiro exemplo, o caso da prova testemunhal, de proposição das partes, cabendo ao juiz a apreciação de sua admissibilidade e, neste caso, se deferidas, produzidas a propósito, em audiência, com a presença dos depoentes previamente arrolados. Num segundo exemplo, o da prova pericial, que, de acordo com a natureza do fato a ser apreciado, deve ser produzida

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, p. 216-226, jan./mar. 1996.

com a nomeação de um perito de confiança do juízo, que, após esgotados os prazos concedidos aos litigantes para a apresentação de quesitos, indicará assistentes técnicos, para só em seguida investigar minuciosamente o fato objeto da perícia.

No direito à indicação, à admissão e à produção de prova pode e deve o juiz indeferi as diligências inúteis e ou meramente protelatórias (CPC, art 130), daí estar subentendida a idéia da prévia fixação dos fatos probandos tanto na audiência preliminar, quanto no procedimento ordinário (CPC, art 331 § 2º), ou na audiência de conciliação, no sumário (CPC, art. 277).

Mas às partes não estão garantidos apenas direitos relacionados às provas. Consideram-se deveres de sua competência, entre os quais o de esclarecimento e complementação, de cumprimento de ordens judiciais, assim como a de exibição de documento em seu poder e o de submissão à inspeção judicial.

Caso venham descumprir esses deveres estará implicando, em seu comportamento processual, no uso deste expediente para a formação do convencimento do juiz. É o caso em que uma das partes não comparece às audiências, recusa-se à submissão de exame corporal, a sucessão de requerimentos desconexos ou contraditórios ou de impugnações em critérios. Noutro caso, pode tomar como favorecimento: a delimitação precisa da lide, o atendimento diligente das determinações judiciais, a oferta e prestação de caução real, a prestação de contas de quantias recebidas e outros atos reveladores de probidade.

2. 1 A classificação das provas e sua discriminação legal

Considerando as provas (em sentido objetivo) como os meios de levar ao juiz o conhecimento da verdade quanto aos fatos deduzidos em juízo, Amaral Santos as classifica segundo três critérios: o do objeto, o do sujeito e o da forma da prova. Esse sistema é da proposição de Malatesta (apud SANTOS, 1987, p. 331).

Por *objeto da prova* o eminente jurista entende o fato mesmo por provar-se, e em relação a este (o objeto) as provas podem ser classificadas em direitas e indiretas.

As provas *diretas* dizem respeito ao próprio fato probando, e se exemplificam em ações como a de cobrança de dívida proveniente de mútuo, o documento de confissão de dívida, em que se funda. Se as provas não se referem ao próprio fato probando, mas ao outro, do qual através do raciocínio chega-se à existência deste, classificam-se então como *indiretas*. Como exemplos tem-se a ação de indenização por acidente de trânsito, em que a testemunha ou o perito descrevem a posição em que se encontravam os veículos sinistrados, após o acidente.

O *sujeito da prova* é a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando, ou seja, a pessoa ou coisa de quem ou de onde emana a prova. De acordo com o sujeito a prova desdobra-se em pessoal ou real. Prova pessoal é toda afirmação pessoal consciente, que se destina a fazer fé dos fatos afirmados, testemunhas que narram fatos que se presenciou, documentos de confissão de dívida, escrituras de testamento, etc. Prova real de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o

fato probando lhe imprimiu. Como exemplos temos o lugar, a arma, o cadáver, o ferimento, o terror, o desespero, entre outras.

A *forma da prova* é a modalidade ou a maneira através da qual se apresenta em juízo. À forma de prova estão ligados os tipos testemunhal, documental ou material.

Em sentido amplo, a prova testemunhal compreende as afirmações pessoais orais, tanto as produzidas por testemunhas, depoimentos de parte, declarações da vítima ou réu. A prova documental é a prova feita por afirmações escritas ou gravadas, a material, consistente na prova produzida por qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando, em casos como os exames periciais, o corpo de delito, etc.

Ainda em relação à classificação das provas, Amaral Santos (1987, p. 333), levando em consideração sua preparação, apresenta outros critérios, dividindo-as em causais e preconstituídas (ver também MARQUES, 2000, p. 337).

As provas causais, também chamadas de simples, são as preparadas no curso da demanda (as testemunhas que assistiram eventualmente um fato, os exames periciais).

As provas preconstituídas subdividem-se: a) em seu *sentido amplo*, como as provas preparadas preventivamente, visando sua possível utilização em futura demanda; e, b) em *sentido restrito*, as provas consistentes em instrumentos públicos ou particulares representativos de atos jurídicos que pelos mesmos se constituem.

Além dessa classificação, considera-se a importância da discriminação legal das provas que faz-se por meios legais tidos como idôneos para fixá-los

na demanda. Assim, a existência dos fatos arrolados no processo deve basear-se em provas juridicamente admissíveis.

Os meios de prova estabelecidos em lei, seja de direito público ou privado, são especificados pelo Código de Processo Civil. Os que normalmente se admitem no direito brasileiro são:

- a) o depoimento pessoal (CPC, arts. 342-347);
- b) a *confissão*, útil para comprovação da existência da autoria e do conteúdo de determinado fato, não tem validade absoluta, já que o valor da confissão será aferido por critérios adotados para os outros elementos da prova; assim, para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância (artigo 197 do Código de Processo Penal). Em juízo civil, para que haja a confissão (judicial ou extrajudicial, espontânea ou provocada, escrita ou verbal), o confitente (aquele que confessa) deve admitir como verdadeiro um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário (CPC, art. 348);
- c) A *prova documental*, em regra oferecida com a inicial pelo autor e com a contestação pelo réu, trata-se daquela em que se baseiam documentos, públicos ou privados. Poderá ser carreada aos autos em original ou por reprodução em cópias (CPC, artigos 365 e seguintes e 385 e seguintes);

- d) A *prova pericial*, consiste em exame (realizado por especialista), vistoria ou avaliação (CPC, art 420). Sua utilidade enquanto prova técnica não limita o juiz ao laudo pericial, podendo este formar sua convicção como outros elementos ou fatos provados nos autos (CPC, art. 436);
- e) A *inspeção judicial*, especificada pelo CPC, artigos 440-443, ocorre sempre que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, inspeciona pessoas ou coisas, geralmente deslocando-se do Fórum para o local onde as pessoas ou coisas se encontrem, a fim de tornar claro o fato que interessa à sua decisão sobre a causa (CPC, arts. 400-419);
- f) prova testemunhal – admitida sempre que um fato não for provado documentalmente, por confissão ou perícia.

Ainda consideram-se meios moralmente legítimos, ainda que não especificadas no Código de Processo Civil, as chamadas *provas emprestadas*, que consistem naquelas produzidas num processo que podem ser trasladadas para outro, por meio de certidão extraída daquele.

2.2 A Constituição Federal e o impedimento das provas ilícitas

Como vimos, a prova ilícita ou a assim chamada prova vedada por não poder ser trazida a juízo ou invocada como fundamento de um direito, segundo a disposição da lei (Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, LVI) está enquadrada no rol das provas ilegais, ao lado das provas ilegítimas.

No Brasil, os autores divergem a propósito de seu significado. No entanto, costuma-se conceituá-la em sentido lato e em sentido restrito. Em sentido lato entendem-se como provas ilícitas não apenas as que afrontam a Constituição, como também as que se admitem contrárias às leis ordinárias e aos bons costumes. Em sentido restrito, provas ilícitas dizem respeito às que ofendem as disposições legais e constitucionais.

A Constituição diz expressamente no dispositivo citado que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A doutrina moderna, contudo, vem empregando classificações para uma melhor compreensão do que o ordenamento jurídico aceita como válida e do que é repellido pelo mesmo sistema jurídico. Assim teríamos que algumas espécies de provas ilegais, tidas como ilícitas, não se deveriam confundir com as que se compreendem como provas ilegítimas.

O jurista Ovídio A. Baptista da Silva (apud BANDEIRA DA SILVA, 2004), chama a atenção para o fato de não se fazer distinção entre a prova ilícita e a ilegítima, considerando-as uma só, quando afirma 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.”

No entanto, em outro momento, esclarece:

“Prova ilícita é toda aquela que ofende o direito material. Há atualmente uma confusão entre prova ilegítima e prova ilícita, mas não devem ser confundidas, apesar de ambas não serem aceitas pelo nosso direito processual, pois a prova ilícita fere o direito material enquanto a prova ilegítima o direito processual. (...) Enfim, prova ilícita consiste na prova obtida por meios não aprovados pela legislação pátria ou meios que contrariam direitos zelados por alguma legislação, seja ela ordinária, complementar, carta magna etc”⁸

Se as espécies de provas ilegais não se confundem com as ilícitas, como entende o autor, é precisamente pelo fato de que estas dizem respeito à violação de normas ou princípios de direito material, e, principalmente, de direito constitucional, uma vez que tolhem as liberdades públicas, em que se asseguram os direitos e as garantias relativas à intimidade, à liberdade e à dignidade humana, conforme Júnior (2000). As provas ilegítimas, por outro lado, são as obtidas com desrespeito ao direito processual, as que violam as normas instrumentais no momento de sua processualização.

Enquanto a prova ilegal advinda de sua forma ilegítima produz a anulação do ato e a ineficácia da decisão, a prova ilícita comporta uma importante divergência acerca de sua admissibilidade ou não.

Desdobram-se em provas ilícitas as obtidas com violação de intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio; a das comunicações, e, salvo nos casos permitidos no inciso XII do artigo V da Constituição Federal Brasileira, a das comunicações telefônicas.

Um outro problema que tem suscitado vários debates entre os doutrinadores, acerca das provas ilícitas, é o que se refere ao fato de sua aceitação ou não no processo civil de forma válida e eficaz.

⁸ In: SILVA, Gessy Rosa Bandeira da. 2004. Prova: os limites de sua utilização no processo. Disponível em <http://www.pge.ac.gov.br/biblioteca/monografias/index.html>

Segundo José Carlos Barbosa Moreira (1996, p. 109), há quem considere que a aceitação das prova ilícitas como parte do processo deve levar em conta o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de forma que a ilicitude da obtenção da prova não lhe subtraia o valor que esta possua como elemento útil na formação do convencimento do juiz. Nesse caso, a admissão da prova ilícita se tornaria possível sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator.

Contrários a essa primeira tese estão os doutrinadores que defendem do pensamento segundo o qual a prova ilegitimamente obtida não poderá ser reconhecida pelo órgão julgante. Para esses, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, pelo princípio de que ao torpe não é dado beneficiar-se da própria torpeza, isto é, o direito não pode consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, em prejuízo de outrem.

No Brasil, até 1988, aceitava-se no processo a introdução de determinadas provas ilícitas, sujeitando-se à lei aquele que as obtinha. Com a promulgação da nova Constituição, a partir desta data não houve possibilidade de serem aceitas provas obtidas dessa forma. Deve isso à não adoção do direito brasileiro da teoria da proporcionalidade (do Direito Alemão) ou da razoabilidade (do Direito norte-americano), segundo a qual dá-se ao magistrado a possibilidade de considerar a prova ilícita após uma avaliação entre os direitos e os interesses em confronto, assegurados pela Constituição, desde que o caso seja de extrema importância.

O assunto da admissibilidade ou não das provas ilícitas provoca um conjunto de discussões que importa ser entendido.

De acordo com Pinheiro (2004), atualmente “é possível se apontar três correntes que dão tratamento distinto à matéria – eficácia da prova ilícita dentro do processo. São elas: a corrente obstativa; a corrente permissiva e a corrente intermediária”⁹

A primeira dessas correntes sustenta a admissibilidade genérica da prova ilícita desde que desta derive; a segunda defende sua admissibilidade, sem admitir exceções; a terceira, ao defender a admissibilidade, elege critérios e considera a relevância do bem jurídico protegido no caso concreto desde que este não apresente vício de ordem processual, uma vez que, sendo de ordem material a ilicitude, seu autor poderá sofrer as penas pertinentes ao agravo cometido na aquisição da prova.

A seguir, trataremos de forma sintética, de cada uma dessas correntes.

⁹ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2004. p.121. A autora cita a terminologia utilizada por WAMBIER, TALAMINI e ALMEIDA *in*: Curso Avançado de Processo Civil, p. 482.

2.3 Corrente contrária ou obstativa à utilização da prova obtida por meios ilícitos

A corrente obstativa ou contrária à utilização da prova obtida por meios ilícitos exprime a impossibilidade absoluta de se emprestar qualquer tipo de credibilidade a esta prova, por isso não considera, em hipótese alguma, que ela seja acolhida no processo. Essa orientação é firmada a partir da exigência da Constituição Federal de 1988 que não admite como válida nenhuma prova, ainda que em circunstâncias normais poderia ser válida, nenhuma prova obtida em razão de uma ilicitude inicial. O seu artigo 5º, LVI dispõe claramente que tais provas não deverão sequer constar do processo.

Essa orientação, contudo, ao defender a não admissibilidade da prova ilícita desconsidera o mérito da relevância que, em tese, poderia oferecer ao deslinde da demanda. Assim, a vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito compromete o princípio da verdade real, ainda que o que esteja em jogo seja a apuração de infração penal de significativa gravidade. Mesmo nesse caso, o juiz não poderá valer-se de prova desse tipo para a condenação do réu. Ainda que a prova evidencie, sem sombra de dúvidas, a culpabilidade do acusado, o juízo prescindirá desse elemento para a formação de sua convicção sobre o caso.

São três os argumentos de que vale essa corrente para afirmar sua validade. Sendo a vedação das provas ilícitas estabelecidas por uma lei (constitucional, material ou processual), e decorridas dos princípios gerais do direito, as provas que se produzirem contrárias a estes serão ditas ilegítimas, porque:

- a) a licitude da prova pode colocar em risco a unidade do ordenamento do direito, como afirma Pinheiro (2004, p. 122): “se for considerada ilícita a prova, não há, em qualquer hipótese, como admiti-la, seja em qualquer ramo, pois o que é lícito para um, o é para o outro”;
- b) considerando-se a moralidade do Estado, esse tipo de prova afronta os direitos fundamentais, resultando em ofensas morais à própria soberania estatal;
- c) é inconstitucional, ou seja, sua admissão pode representar ofensa à própria Constituição, conforme reconhece-se que toda prova ilícita viola os próprios valores do individuais (Pinheiro, 2004, p. 122).

Assim, para a corrente obstativa, tanto as provas ilícitas quanto as obtidas por meios ilícitos deverão ser vedadas do processo legal, pois, como a Constituição não prevê qualquer espécie de exceção, em hipótese algum devem ser admitidas. Dessa forma, segunda essa teoria, o direito não deve dar proteção a alguém que tenha infringido preceito legal para a obtenção de qualquer prova, com prejuízo alheio. Daí os órgãos judiciais ordenar o desentranhamento dos autos da prova ilicitamente obtida, não reconhecendo sua eficácia.

2. 4 Corrente permissiva ou que favorece a utilização da prova ilícita

Para essa corrente, a obtenção da prova ilícita ou derivada da ilicitude originária, é reconhecida como válida e eficaz, mesmo que se coloque em risco a própria segurança jurídica. Em todos os casos deve-se reconhecê-la como parte integrante do processo, primando-se como única objeção as provas consideradas ilegítimas, por violarem norma instrumental e serem passíveis de penalidade de caráter processual.

Para tanto, será admitida sua validade e eficácia desde que considere-se o meio de obtenção e não seu conteúdo. No caso de admitida prova desse tipo, observar-se-á se houve violação a uma norma de cunho material; caso havendo, sua admissão ensejaria uma penalidade específica ao seu violador, não implicando na retirada da prova do processo.

Os adeptos da corrente permissiva levam em conta que a ilicitude na obtenção da prova não deve ter a faculdade de retirá-la o valor que possui como elemento útil para formar o convencimento do magistrado. Isso significa que, “as provas obtidas por meios ilícitos não devem ser recepcionadas no processo como prova direta, mas não há como ignorar as informações trazidas pelas partes, por isto tais provas devem ingressar no processo como indícios” (Pinheiro, 2004, p.128).

2. 5 Corrente intermediária à proibitiva e à permissiva

A terceira corrente que discute a relevância da admissibilidade ou não das provas ilícitas é chamada de intermediária. Como o próprio nome diz, essa corrente se coloca entre a proibitiva e a corrente permissiva.

Essa corrente não defende nenhum dos dois extremos, ou seja, nem inadmissibilidade absoluta da prova ilícita de que é adepta a corrente obstativa, nem a admissibilidade absoluta da prova ilícita defendida pela corrente permissiva. A essa característica da corrente chama-se de *princípio da proporcionalidade*, ou seja, a postura em que se defende o equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes, em seguida descrito.

Assim se aplica o princípio da proporcionalidade frente às provas ilicitamente obtidas:

“O princípio da proporcionalidade se coaduna com a tese intermediária, ou seja, nem deve aceitar todas as provas ilícitas, nem proibir qualquer prova pelo fato de ser ilícita. Deve haver uma análise de proporcionalidade de bens jurídicos. Pode-se ofender um direito através da prova ilícita se o outro direito for de maior importância para o indivíduo, para que ocorra a prestação de uma tutela mais justa e eficaz”.¹⁰

Essa análise prima pela correta solução dos casos relacionados às provas obtidas de forma ilícita, no caso em que o julgador aprecia dois direitos dignos de tutela, e é a esse respeito que se fala do princípio de proporcionalidade, realizado através do balanceamento dos valores em jogo.

¹⁰ KENNY, Kellyane; RIOS, Taiana. *Das provas ilícitas no Processo Civil*. in: www.unifacs.br/000/corpodiscente/graduação/titulo.rft..

Exemplo histórico em que o princípio da proporcionalidade desempenhou papel importante está na jurisprudência alemã. Em 1970, o Tribunal Alemão, em sede de ação de divórcio, entendeu que o interesse em provar fatos específicos em juízo não poderia ter o condão de justificar a imprópria invasão da esfera particular de um indivíduo. Por não ter contado com boa parte da doutrina esse julgamento, para alguns, incorreu em erro de individuação dos valores balanceados.

Considera-se que, nesse caso, não se tratava de contrapor o direito da personalidade de um dos litigantes ao interesse objetivo à descoberta da verdade. Ao contrário, pretendia-se balancear o direito de um dos cônjuges com o direito do outro, pois, ao ser protegido contra a invasão indevida na sua esfera de intimidade, o outro cônjuge tinha um direito igualmente respeitável à dissolução do casamento.

Como se vê, o princípio de proporcionalidade exige que sejam equilibrados os interesses e direitos postos em questão, sendo predominante o de maior relevância.

A esse respeito fazem-se duas observações ao princípio de proporcionalidade. A primeira refere-se aos casos em que o direito de maior relevância for o violado. Aqui o tal direito deverá ser tutelado pelo Poder Judiciário, e, em consequência, haverá a não aceitação da prova ilicitamente obtida. Nos casos em que o direito oriundo da prova ilicitamente obtida possuir maior relevância que o direito violado pela ilicitude na obtenção da prova, a prova ilícita deverá ser aceita válida e eficazmente.

A corrente intermediária flexibiliza a aplicação do proibitivo constitucional, dando condições para que se forneçam meios concretos aos

juizadores para proceder a uma análise mais sopesada da problemática em questão. Assim, a admissibilidade das provas ilícitas propõe uma espécie de relativização dos direitos e também a busca pela melhor forma possível de acomodá-las.

O papel do juiz, no entanto, não é fácil, já que a valoração dos direitos colocados em confronto possuem pesos distintos, conforme a situação concreta em que se apresentem. O princípio da proporcionalidade exige, assim, não a valoração abstrata dos bens em confronto, mas a ponderação dos direitos ou bens jurídicos em jogo, conferido ao bem respectivo em determinada situação.

III. A PRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

3. 1 O ônus da prova

Num processo judicial a parte tem, integrado ao catálogo dos direitos fundamentais, o direito à prova, ou seja, o direito de produzir todas as provas de que dispõe para demonstrar a verdade dos fatos em que se baseia a sua pretensão ou defesa. Essa garantia está estabelecida pela Constituição, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

De ambos os lados, a parte tem a garantia de se produzir prova pra refutar ou destruir a produzida pela parte adversa.

Segundo o Código de Processo Civil, pode e deve o juiz indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 130), donde emana a idéia subjacente da prévia fixação dos fatos probandos, na audiência preliminar, no procedimento ordinário (CPC, art 331, § 2º), ou na audiência de conciliação, no sumário (CPC, art. 277).

A parte, no entanto, não tem direito subjetivo à produção de provas que não requereu tempestivamente, mesmo se o juiz as ordene de ofício. O dever do juiz é investigar o *thema probandus* em face do Estado e não em face das partes, a qual não tem direito a que o juiz supra sua omissão.

A doutrina tradicional tem entendido a prova como constituindo o próprio ônus. No entanto, o Código de Processo Civil é bem enfático

sobre o assunto quando estabelece em seu artigo 333 as regras gerais que versam sobre a distribuição do encargo probatório às partes:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe: I. ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II. ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I. recair sobre direito indisponível das partes; II. tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Coutinho (2005) critica a doutrina tradicional, vendo nessa visão um equívoco sobre o fenômeno processual, uma vez que num processo, o interesse das partes envolvidas em sua própria vitória é o que as leva a atuar como integrantes da demanda:

“Tradicionalmente, a relação entre as partes e a prova tem sido tratada pela doutrina processual em termos de ônus, o que corresponde a uma ótica que se pode afirmar negativa da questão, pois ao litigante que tinha o encargo de provar e não o fez são atribuídos os riscos da falta de prova no julgamento da causa. Essa colocação, que, segundo Verde, é própria do formalismo positivista, traz consigo a idéia de que o processo constitui mero instrumento de pacificação dos conflitos, sem se importar com uma correta reconstrução dos fatos; assim, revela-se absolutamente insatisfatória e inadequada à moderna concepção de processo justo (...).”¹¹

Assim, os deveres dos sujeitos no processo, entendido na acepção que ganha o vocábulo “ônus” não exige das partes a obrigação de provar o fato por elas narradas, mas o encargo de tal providência. Ora, a inobservância de uma obrigação gera uma sanção, o que não ocorre com a parte que deixa de provar o fato por ela afirmado.

¹¹ COUTINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no Processo Civil (ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo & CARPENA, Márcio Louzada. *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005 (sem citação da página).

O ônus consiste no procedimento processual exigida das partes para que a verdade dos fatos arrolados seja admitida pelo juiz. Ou, nas palavras de Candido Rangel Dinamarco: “Ônus da prova é o *encargo*, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” (Dinamarco, s/d, p. 71).

Como dissemos, a nenhuma das partes é exigido o dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há simplesmente um ônus, de forma que o litigante assume o risco de perder a causa caso não prove os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isso porque, o fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. Trata-se de uma exigência lógica do direito que vê na não suficiência do fato constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo a perda conseqüente da parte da demanda.

No dizer de Bandeira da Silva (2001):

“Como todo direito se sustenta 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 nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes”.

Através do ônus o direito processual determina a iniciativa exclusiva das partes no que diz respeito aos fatos alegados no processo, por isso não se

admite que o juiz profira a sentença com base em situação fática estranha à lide.

Pinheiro (2004, pp. 76-77), citando João Batista Lopes, lembra que o ônus da prova é precedido do ônus da alegação. O magistrado, antes de resolver a questão do ônus da prova, fixa os pontos controvertidos que ensejarão a produção probatória. Depois de fixados estes pontos é que surgirá o problema da repartição do ônus.

Muitas vezes a simples distribuição apresentada pelo Código de Processo Civil (art. 333) não soluciona a questão. Há algumas situações particulares em que ocorrerá a necessidade da inversão do ônus, e noutras será necessária a utilização de outros critérios de distribuição, como o atribuir o ônus ao litigante que tiver maior facilidade de produzir a prova.

Ainda, apesar da regra geral do artigo 333 do Código de Processo Civil, podem as partes convencionar distribuição diversa, caso a causa não verse sobre direitos indisponíveis e não acabe onerando demais uma das partes em detrimento da outra.

3. 2 Normas de distribuição do ônus da prova

Sempre que uma questão de fato se apresenta como irredutivelmente incerta num processo, pode surgir para um juiz pelo menos duas alternativas: a) ele prescinde de resolver aquela questão de fato; e, b) ele insiste em resolvê-la.

No primeiro caso, o pronunciamento *non liquet*, não admissível no direito moderno, levaria o juiz a deixar de decidir a causa ou em decidi-la de maneira tal que não exigisse a resolução daquela questão de fato.

No outro caso, sua opção implicaria ou no adiantamento do problema, fazendo uso da prolação de uma decisão provisória, no uso de um meio mecânico de prova, ou no emprego das *regras da distribuição do ônus de prova*.

Esse conjunto de alternativas são todos prováveis numa situação processual. O bom senso, contudo, leva o juiz a acolher as regras da distribuição do ônus de prova, porque esta além de ensejar a resolução da causa em questões incertas no processo informa-se por um critério de racionalidade e de equidade que a legitima (Cintra et all, 2004, p. 359).

A distribuição do ônus da prova tem sua razão na premissa de que, na busca da vitória da causa, a parte procura desenvolver perante o juízo e ao longo do processo uma atividade que possa criar em seu espírito a convicção de decidir pela verdade favorável e justa. O juízo, por seu lado, deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* – ou seja, de acordo com as alegações e provas das partes e não segundo sua própria consciência. Por isso o encargo do ônus referido às partes de não apenas alegar mas de provar.

Amaral Santos (1987, p. 349), aproximando-se das idéias de Chiovenda, sintetiza a distribuição do ônus da prova em duas regras.

A primeira dela diz que compete a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. Ao autor cabe a prova dos fatos do qual deduz os eu direito; ao réu cabe a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, comprovam a existência daqueles (contraprova). A segunda regra diz que ao autor cabe a prova do fato constitutivo de direito, e ao réu o a prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo.

Em comentário Santos acrescenta que a segunda regra reafirma a anterior, quanto ao autor, e atribui o ônus da prova ao réu que se defende por meio de exceção, no sentido amplo. *Reus in excipiendo fit actor*.

Acrescente-se ainda que ambas as regras também impõem ao réu a prova dos fatos em que se fundamenta a defesa, quer seja quando por meio daquele procure a atestação dos fatos alegados pelo autor (a contraprova) ou quando os fatos impeditivos consistam em fatos destinados à supressão dos efeitos do fato constitutivo (prova de exceção, no sentido amplo).

Segundo Santos (1987, p. 350), o instituto do ônus da prova está resumido na incumbência das determinações feita pelo Código de Processo Civil em seu artigo 333, que adota a teoria de Carnellutti, segunda a qual:

“Quem opõe uma pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam; e quem opõe uma exceção deve, por seu lado, provar os fatos dos quais resulta; em outros termos – quem aciona deve provar o fato ou fatos constitutivos; e quem excetua, o fato ou fatos extintivos, ou a condição ou condições impeditivas ou modificativas”.

A repartição do ônus da prova justifica-se não só por ser um momento de oportunidade e de experiência para as partes, mas também por conta da

idéia de equidade nela embutida. Às partes é concedida a palavra igualmente para o ataque e a defesa (ao autor é exigida a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; ao réu, as provas do pressuposto da exceção).

Em seguida à produção da prova procura-se indagar acerca de quem produziu a prova e se os fatos relevantes foram cumpridamente provados (*princípio da aquisição*). Como ficou dito na síntese das duas provas elencadas por Santos (1987), o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Se ao autor, deve-se ao fato constitutivo do seu direito; se ao réu, devido à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A partir do sistema de defesa adotado pelo réu, podem-se usar dos seguintes expedientes para a aplicação das regras do ônus da prova:

a) Tratando-se de negativa absoluta ou indeterminada, o réu nega pura e simplesmente os fatos alegados. Em contrapartida ao autor incumbe dar a prova dos fatos em que fundamenta sua pretensão, uma vez que não os provando o juiz não encontrará elementos para concluir pela verdade deles;

b) Se o réu fizer a contraprova ou prova contrária, alegando fatos que importem na negação dos fatos afirmados pelo autor (uma forma de negar afirmando), cabe ao autor dar as provas dos fatos que alegar;

c) Caso o réu prime pela inobservância do onus de contestar, ou seja, não conteste os fatos afirmados pelo autor, "presumem-se verdadeiros os fatos

não impugnados”, salvo nos casos em que tal presunção é inadmissível (de acordo com o Código de Processo Civil, artigo 303);

d) Havendo, por parte do réu, reconhecimento do fato alegado pelo autor, não haverá questão de fato, mas apenas questão de direito a resolver;

e) No reconhecimento do fato constitutivo por parte do réu e alegação do ato impeditivo, extintivo ou modificativo, ou na ocorrência de outros que lhe obste aos efeitos, caberá ao réu provar a sua exceção (em consonância ao nº II do artigo 333 do Código de Processo Civil).

O parágrafo único do citado artigo permite que as partes disponham do ônus da prova, tendo exceção para direito indisponível de determinada parte, ou ainda quando é excessivamente difícil a uma parte provar seu direito, daí possibilitando a inversão da prova. Nesse caso, o objetivo principal do juiz é a busca de quem mais facilmente pode fazer a prova. É o que se percebe, por exemplo, no Artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor que admite a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor “quando, a critério do juiz, por verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente segundo as regras ordinárias da experiência”.

IV. A VALORAÇÃO DA PROVA À LUZ DO CPC

4.1. Poderes instrutórios do Juiz

A questão dos limites dos poderes instrutórios do juiz tem a ver com seu incontestável papel de diretor do processo. Ele é o responsável direto pela lide, assim entendido porque a lei lhe confere o dever de fixar os prazos do processo, declarar abertura ou encerramento da audiência, oportunizar que as partes se manifestem acerca de documentos ou laudos periciais, ouvir peritos e testemunhas, e, por fim, apreciar ou valorar a prova de acordo com os critérios consagrados pelo direito para julgar a verdade dos fatos produzidos em demanda.

Sendo assim, diante da importância da prova no processo judicial, a doutrina estabelece princípios processuais relativos à prova, que acompanham o trabalho de valoração feito pelo juiz.

Cabe ao juiz proceder, em audiência, direta e pessoalmente, à colheita das provas, de comum acordo com a regra estabelecida por lei (artigo 446, II, do Código de Processo Civil). Por isso, incumbe-lhe a audiência das partes, em interrogatório ou em depoimento pessoal, inquirindo testemunhas, realizando as indagações formuladas por ele ou por procuradores da parte, ao tempo em que colhe esclarecimentos do perito sobre o aludo pericial e do assistente técnico a propósito do parecer técnico. Por esse princípio, chamado de *princípio da imediação*, considera-se que as partes possuem como objetivo a produção de sua prova oralmente; a atuação do juiz, dá-se, portanto, de imediato, colhendo a prova oral efetiva e pessoalmente.

Por se tratar de fase instrutória ainda do processo, o *princípio da imediação* instrui que o juiz não registre na ata de audiência sua impressão pessoal valorativa a respeito das declarações em juízo. Sua convicção pessoal sobre o relato testemunhal deverá constar quando da culminância da sentença. Ainda assim, no princípio da imediação, é cabível para alguns casos a análise de suas exceções.

O *princípio do dispositivo* é entendido como aquele em que o juiz depende, na instrução da causa, da produção do material probatório e das alegações que serão utilizadas pelo julgador para a fundamentação e formação de sua decisão. É o princípio que se contrapõe ao inquisitório e à livre apreciação das causas, segunda a qual cabe ao juiz o poder de iniciativa probatória, para que se determine à apuração dos fatos alegados pelas partes como fundamento da demanda (Ovídio & Gomes, 1997). Nesse caso, espera-se das partes que fixem o objeto do processo (*thema decidendum*) no qual o juiz se limitará para fundamentar seu convencimento.

Esse dispositivo, dentre outras limitações impostas ao poder-dever, obstrui do juiz a iniciativa probatória. O julgador não pode, por exemplo, determinar *ex officio* a produção de uma prova que entenda necessária e que não tenha sido requerida, ficando às partes o poder exclusivo de fazerem suas afirmações e trazerem as provas que julgam pertinentes. A esse respeito, os que fazem a defesa absoluta do princípio dispositivo alegam a preservação da imparcialidade do magistrado que, caso lhe fossem entregues maiores poderes investigatórios poderia comprometer a retidão judicial em face do direito público.

No entanto, nas legislações modernas (como o caso brasileiro), o julgador pode ordenar de ofício as provas necessárias à instrução, uma vez que se contempla o enquadramento do direito dispositivo e determina a iniciativa exclusiva das partes no que diz respeito aos fatos alegados, não se admitindo que o juiz forme seu convencimento com base em situação fática estranha à questão judicial.

Ainda assim, no caso do direito brasileiro, o juiz não aparece no processo como figura desprovida de ação, porque o princípio do dispositivo é adotado de maneira restritiva de ação; de toda forma, *Jus facit judex*, por isso sua plena atividade e maior liberdade na análise das provas e na direção material e formal do processo.

No nosso sistema processual, os termos do artigo 330 do Código de Processo Civil é bastante enfático acerca da aplicação do princípio dispositivo em relação à produção das provas por parte do juiz: “Art. 130. 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”.

Da análise do dispositivo depreende-se que o julgador poderá ordenar de ofício as provas necessárias à instrução do processo sem que espere o poder exclusivo das partes no campo probatório. E não poderia ser diferente, já que, no processo moderno, segundo Nalini (1994, pp. 81-82),

“o juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes”. (...) “O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é o juiz que um tal interesse se representa e personifica”.

Se às partes legitima-se o encargo do ônus da prova do que alegam, não existe um direito de provar, nem à parte contrária o direito de exigir a prova do adversário. Como é sabido, há um simples ônus da parte dos litigantes, aquele que não provar o fato por ele alegado correrá o risco de sanções previstas em lei, além de assumir o risco de perder a causa por que luta.

Ao juiz é admitida pela própria conduta processual a exigência da parte para que a verdade dos fatos venha à tona na condução do processo. Dessa forma, no processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, o juiz assim agindo estará garantindo a observância da lei, que primeiro entrega ao interesse da parte a pertinência do ônus da prova, e não se eximindo da possibilidade de fazer uso do seu poder para contribuir com a produção probatória.

A doutrina que acerca-se da limitação do poder de iniciativa probatória por parte do juiz (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*), remete ao processo liberal do século XIX, em que, segundo Cappelletti (apud BARREIROS, 2004, p. 8) o processo era “coisa das partes”, subsistindo, ainda, em substância para o processo civil seu núcleo ou seu objeto. No caso, ao núcleo do processo civil era deixado o exclusivo poder do sujeito, no qual segundo o autor,

“(...) constrói-se uma “casca”, uma envoltura- um proceder- que está, ao reverso àquele poder de disposição; uma vez instaurado o processo civil, o modo, o ritmo e o impulso do processo mesmo são separados da disponibilidade imediata ou mediata das partes, e por conseguinte das manobras dilatórias e retardatárias de qualquer das partes” (*idem ibidem*).

Portanto, apregoar a limitação do poder do juiz da prova, levando-se em conta o resguardo da imparcialidade jurídica não procede. Como lembra Lopes

(2000), essas "objeções ao fortalecimento dos poderes do juiz só encontram explicação entre os que não desejam autonomia do Poder Judiciário ou ignoram que esses poderes, em última análise, beneficiarão a própria coletividade".

Releve-se, contudo, que em outros dispositivos complementares (arts. 342 e 345, 418, I e II, 341, I, etc, do código de Processo Civil) é especificado pelo legislador o poder de iniciativa do juiz permitido genericamente no citado artigo 130.

Contudo, há uma restrição do alcance permissivo legal revestindo de complementaridade a atividade probatória em relação às partes. Ou seja, somente se as provas oferecidas pelas partes mostrarem-se insuficientes para a formação da convicção do julgador, é que este lança mão do poder de complementaridade da prova. Em seguida à atividade dos sujeitos parciais, sentindo-se inabilitado para julgar, é que o juiz poderá deliberar pela necessidade de outras provas, podendo, assim, decidir a lide.

Em face da natureza do direito material controvertido, como julga a doutrina tradicional, é que o poder de iniciativa probatória do juiz torna-se, excepcionalmente, oficial. Nessas demandas, "cessa a preponderância dos interesses das partes, pra predominarem os imperativos legais e os interesses de ordem pública"; dessa forma, a atuação oficial do juiz é "exercida com mais amplitude que nos casos subordinados ao *jus dispositivum* dos litigantes", segundo Marques (1980, p.248).

Barreiros (2005), citando Bedaque (1991), lembra que se constitui equívoco afirmar que a possibilidade do juiz de início ao processo não pode ser consequência do caráter disponível da relação material. Ainda assim, deverá

persistir o princípio da inércia da jurisdição. À parte sempre caberá o monopólio de demanda, mesmo com relação aos direitos indisponíveis.

Pelo explícito, conclui-se que a doutrina tradicional não nega a possibilidade da iniciativa probatória do juiz quando o processo versar sobre direitos indisponíveis. E aqui se questiona se nessas hipóteses seria admissível a figura do juiz parcial, pois se este determina a realização de alguma prova, não poderá saber de antemão sobre o seu resultado (BEDAQUE, 1991).

Se na limitação da atividade do juiz pretende-se argumentar a preservação da sua imparcialidade, para evitar eventuais abusos, reitere-se que o processo, como instrumento da jurisdição, de natureza pública, não necessita da disponibilidade do direito material que ele visa tutelar. O juiz poderá acompanhar as partes e preservar sua imparcialidade ao possibilitar o amplo exercício do contraditório, como dispõe o artigo 5º, LV, da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Descrevendo a participação do juiz e das partes na atividade instrutória, Grinover (apud Ribeiro, 2004, pp. 55-60) percebe que o critério da limitação do exercício do juiz no processo não tem base na pretensa garantia da imparcialidade jurídica, e sim numa espécie de “condição de validade das provas”, observada a submissão de todas as provas ao contraditório, a decisão fundamentada na valorização realizada pelo juiz e o não ingresso das provas ilícitas e ilegítimas no processo:

“O contraditório, entendido como a participação das partes e do juiz na colheita da prova, constitui o primeiro parâmetro para a atividade instrutória

oficial. Por isso mesmo, preferem-se o termo 'iniciativa do juiz' ou de 'atividade do juiz', porquanto o primeiro melhor representa a necessidade de as partes participarem, com o magistrado, da colheita de prova. A participação das partes e do juiz na atividade instrutória é condição de invalidade das provas e não podem ser consideradas provas aquelas que não forem produzidas com a concomitante presença do juiz e das partes. A melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter a todas as provas – as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz – ao contraditório.

A segunda baliza em que deve conter-se a iniciativa instrutória oficial é a obrigação de motivação das decisões judiciais. Seja no momento de determinar a produção de uma prova, seja no momento de valorá-la, a decisão do juiz há de ser fundamentada. A ausência ou carência de motivação acarreta a invalidade da prova. Por último, o juiz, tanto quanto as partes, encontra outro limite à atividade instrutória na licitude e legitimidade das provas. Há uma regra moral intransponível que rege toda a atividade processual, recepcionada de forma explícita pelas constituições de diversos países. Não são provas as colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais, nem pode o juiz determinar a produção de provas que vulnerarem regras processuais. Trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas, que não podem ingressar no processo nem, evidentemente, ser determinadas de ofício do juiz. A certeza busca em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida”.

No *princípio do contraditório* aumentam-se os poderes instrutórios do juiz, uma vez que relativiza os efeitos constrangedores do julgamento mal intencionado, que poderá leva a surtir prejuízo aos direitos dos envolvidos na demanda. A busca da verdade real dos fatos poderá ser orientada pelo discernimento da imparcialidade sem que a decisão judicial venha a beneficiar ou prejudicar uma das partes. Como diz Bedaque (1991, apud Barreiros, 2004), “a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo”.

Em direito probatório esse princípio necessita ser observado durante toda a fase instrutória do processo, sob risco de restrições da defesa e da possível desconstituição da sentença com base no fundamento de que as partes têm o direito de requerer a produção de provas, de participar

diretamente da sua realização e o direito de se pronunciar acerca do seu resultado.

Ao juiz é admitida a pronúncia da sentença condenatória com base na revelia do réu, o que costuma chamar de *contraditório virtual*.

O *princípio da identidade física do juiz* diz que este, enquanto responsável pela prova oral e portanto finalizador da audiência de instrução e julgamento, obriga-se a proferir a sentença. Ou seja, ao juiz que concluiu a audiência fica a delegação de julgar a lide, com exceção dos casos de convocação, licenciamento, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria, casos em que deverá passar os autos ao seu sucessor (art. 132 do Código de Processo Civil Brasileiro).

A existência desse dispositivo faz com que a atuação do julgador da lide se efetive mais certamente, atestando-se o fato de que sua presença no encadeamento dos atos processuais o deixará com melhores condições de observar outro princípio processual relevante, o do *livre conhecimento motivado*, de que trataremos com mais detalhes, em seguida, na abordagem dos três sistemas de valoração da prova.

Por hora, conclui-se que o papel do juiz no processo civil contemporâneo, se comparado com o do século passado, traduz-se como verdadeiro avanço na moderna processualística. Para a doutrina tradicional, os limites do poderes instrutórios do juiz impunha-se a partir das regras referentes ao ônus da prova. O artigo 130 do CPC demarcava o alcance de sua iniciativa, tornando-a possível só após o desenrolar da atividade probatória dos sujeitos parciais do conflito, e se ainda permanecessem em dúvida. Dessa forma,

impossibilitado estaria o julgador de decidir segundo o seu livre convencimento ou pelo ônus da prova.

Na atual doutrina, qualquer que seja a qualidade da demanda, revoga-se o direito coerente de que o juiz possa, quando necessário à sua convicção, investigar sem quaisquer limites, a verdade real, já que esta é o maior objetivo da processualística. Afinal, quanto mais condições o juiz tiver de atuar eficazmente na solução do conflito, melhor, como sustenta Henrique Véscovi (1984, apud BARREIROS, 2004, p. 219): “O aumento dos poderes do magistrado na busca da verdade parece indiscutível e se realiza por meio dos mais diversos mecanismos: ampliação das faculdades de ditar diligências para melhor prover, faculdade de interrogar as partes e testemunhas em qualquer momento, etc., que aparecem, praticamente, em todo ordenamento moderno”.

4.2. O sistema de apreciação das provas à luz do Código de Processo Civil

O sistema de apreciação das provas decorre do direito à prova. Assim, têm os litigantes, além do direito de apresentar provas diante do juiz, o de valer-se de sua apreciação e valoração, no momento em que for proferida a sentença. Nesse ponto do processo, são analisadas as provas constantes dos autos e delas se extraem as conclusões acerca da demanda. É, pois, na atividade exclusiva da parte do magistrado, no exercício de suas funções, após concluída a coleta das provas, manifestar-se sobre a apreciação das provas elencadas nos autos pela parte.

Para tal, vale-se de pelo menos de três sistemas consagrados através da história para a apreciação das provas. Quais sejam: o *sistema da prova legal ou tarifada*, o *sistema da livre apreciação* e o *sistema do livre convencimento motivado*, também chamado pelos doutrinadores de *sistema de persuasão racional*.

O primeiro desses métodos de avaliação das provas, o da *livre apreciação*, foi muito utilizado no sistema medieval, em que o valor da prova testemunhal era previsto em lei e o julgador estava vinculado a observá-lo (de onde vem a máxima *testis unus testis nullius*). Aqui cada prova tem um valor e um peso atribuído pelo legislador, ficando o juiz simetricamente vinculado às provas apresentadas. Somente se o valor da prova produzida na ação judicial não demonstrar a verdade, e, caso a lei lhe atribua um valor, deve o juiz decidir com base nela, não levando em consideração totalmente os fatores racionais que poderiam formar sua decisão. Quando da avaliação do conjunto probatório,

o juiz deve observar os exatos termos da lei e aplicá-los, não se admitindo sua valoração conforme impressões próprias.

O Código de Processo Civil Brasileiro ainda prevê o sistema da *livre apreciação*, mas só nos casos em que há proibição da prova exclusivamente testemunhal para contratos de valor superior a dez salários mínimos (CPC, art. 401).

O que se destaca na livre apreciação das provas, ou na convicção íntima, é sua inconveniência e arbitrariedade, uma vez que a ampla liberdade de decidir do juiz não o obriga a fundamentar seu convencimento. Por isso ele pode valer-se de qualquer outro conhecimento particular que tenha sobre o caso e julgar, mesmo não havendo correlação com as provas correspondentes aos autos. Nesse sistema, o juiz tem a ampla liberdade de decidir, independentemente dos conteúdos dos autos.

A livre apreciação das provas se constitui em instrumento de verdadeiro arbítrio, uma vez que a prova consistente e produzida corretamente é analisada *secundum conscientiam* do juiz. Ou seja, o juiz tem plena liberdade na formação de seu convencimento, que não encontra limites em nenhuma norma jurídica, como acontece ao sistema de prova legal, não sendo também obrigado a esclarecer suas convicções e as razões que o levaram a formá-las.

Os sistemas probatórios modernos não se utilizam desse critério, mas, no processo brasileiro, o único caso em que a decisão é fundada na convicção íntima é o do Tribunal do Júri, em que, em face de sua soberania, os jurados não se obrigam a fundamentar sua decisão.

O sistema de persuasão racional ou do *livre convencimento* não restringe os movimentos do juiz no sentido de investigar a verdade. Nesse é

mantida a liberdade de apreciação das provas, embora o juiz deva vincular seu convencimento ao material probatório constante dos autos, que o obriga a fundamentar sua decisão.

Segunda a máxima *quod non est in actis non est in mundo*, o sistema limita o convencimento do juiz à apreciação dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, tolhendo-lhe a plena liberdade de decidir com base em impressões pessoais. “Quer dizer, o convencimento do juiz se forma levando-se em consideração as provas dos autos e estas não têm valor fixado em lei, recebendo todas a mesma atenção e formando o magistrado sua convicção com base no conjunto probatório” (SANTOS, 2005, p. 246).

Assim, o julgador brasileiro, em regra, não se limita à lei, no que se refere à valoração das provas, bem como não tem liberdade total para realizar sua apreciação, porque, por esse critério determina-se que ele observe os elementos probatórios pertencentes ao processo e exige-se que sua sentença seja motivada. Dessa forma, garante-se o direito das partes de conhecer as razões da convicção do juiz para fim de eventual recurso; além disso, pelo livre conhecimento motivado verifica-se a imparcialidade do juiz e a legitimidade de suas decisões, como preconiza a Constituição Federal de 1988, art. 93, IX:

“Artigo 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

Dentre os três critérios, anteriormente analisados, o consagrado por nosso sistema processual é o do *livre convencimento* ou da *persuasão*

racional. O código de Processo Civil, em seu artigo 131, dispõe que o juiz “apreciará a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Nesse contexto, o índice de democratização do processo revela-se bem maior do que o antigo sistema de prova legal. Ao pronunciar-se sobre o fato, o juiz torna mais compreensível ao cidadão comum os critérios que motivaram sua apreciação.

No sistema antigo, a aferição das provas realizava-se a partir do emprego de princípios preestabelecidos, em detrimento da averiguação dos fatos. Na atual jurisdição, ao formar sua livre convicção motivada, o juiz explica a escolha motivada e a faz constar da própria sentença.

Todavia, bem entendida a referência do dispositivo do artigo 131 do CPC, nesse sistema não se pode perceber regra de natureza probatória a priori nem de caráter geral. Como se depreende, é admitida pelo Código de Processo Civil a total responsabilidade do juiz e o controle de sua desejável liberdade, elementos importantes ao exercício da cidadania processual das partes. Por isso quando se aborda o tema da livre apreciação da prova, considera-se a relevância da atividade cognoscitiva do juiz, que não pode ficar adstrita a puro fenômeno da consciência.

À luz dos critérios estabelecidos em lei pelo CPC, compreende-se que o juiz brasileiro é livre na apreciação dos elementos de prova, mas sua liberdade na formação da convicção tem anteparo em algumas limitações dadas ao livre convencimento.

A primeira dessas limitações diz respeito às circunstâncias constantes dos autos, que abstém o juiz de uma convicção formada por livre arbítrio. Ou seja, o juiz deverá formar a consciência da verdade pela livre apreciação das provas colhidas, constantes dos autos, sendo-lhe vedado valer-se de fatos e circunstâncias que não tenham sido arrolados no processo, mesmo que as partes a eles não se refiram ou queiram ocultá-los.

Ao formar sua convicção, o juiz também poderá não levar em conta as regras legais quanto à forma e à prova dos atos jurídicos. Nesse sentido, a redação do artigo 366 do CPC considera que na exigência de não conseguir se provar um ato senão pelo meio probatório para a qual a lei determine a forma como de sua substância, nenhuma outra prova, por mais importante que seja, poderá suprimir-lhe a falta: "Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprimir-lhe a falta".

Além da regra geral do artigo 131 do Código de Processo Civil, o juiz terá que considerar, segundo a lei, entre outras, as seguintes regras referentes à forma dos atos jurídicos: a do artigo 130, que trata de a determinação das provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente proletrias; a do artigo 132, que versa sobre o princípio da identidade física do juiz, como já discutido neste trabalho; a do artigo 133, que trata da responsabilidade por perdas e danos, caso no exercício de suas funções o juiz se omita, recuse ou retarde, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte, ou caso proceda com dolo ou fraude na condução do processo; e por fim, terá de considerar as regras

referentes ao estabelecido no artigo 134 acerca do exercício de suas funções no processo contencioso ou voluntário, além de outros artigos do Código Civil.

Quanto às regras relativas à prova dos atos jurídicos, o juiz não poderá desprezar os artigos 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143 e outros do Código de Processo Civil.

Outras limitações dadas pelo CPC ao juiz tratam das provas consistentes em presunções legais (Código de Processo Civil, artigo 334, IV), que também não poderão ser olvidadas pelo juiz, sob o risco de invalidar o critério da formação de seu livre convencimento motivado.

Outrossim, considerando-se o descrito no artigo 335 do Código de Processo Civil, o juiz deverá seguir as regras de experiência para a formação de sua convicção. Ou seja, ele não poderá olvidar os conhecimentos científicos ou artísticos dos homens e das coisas, que constituem a cultura própria dos juizes.

Para que se assevere que o Código de Processo Civil se filia ao sistema da persuasão racional, deve-se, pois, por fim, salientar a motivação da consciência do juiz, que terá de dizer quais os fatos e circunstâncias e quais provas influenciaram sua decisão. Assim, evita-se que ao justificar determinada visão dos fatos, mesmo com autêntica proclamação de princípios, o juiz lance mão de critérios vagos, arbitrários e despidos de conteúdo.

V. CONCLUSÃO

A partir de uma minuciosa revisão bibliográfica realizada, nas mais importantes fontes de pesquisa sobre o tema da prova judiciária, procuramos investigar como o CPC instrui o direito acerca do conhecimento dos fatos controvertidos e a verdade das questões de fato apreciadas pelo juiz.

Na abordagem do tema, descrevemos, num primeiro momento, de modo abrangente, uma visão acerca do conceito de prova, com enfoque para a instrução probatória, o objeto da prova, fontes, meios e elementos de prova.

Na segunda parte, realizamos a análise do direito à prova e dos limites de sua aceitação no processo, através da descrição dos tipos de prova e sua discriminação, bem como observando até que ponto ocorre o impedimento das provas consideradas ilícitas através do estudo das principais correntes de que tratam a doutrina.

No terceiro capítulo investigamos a produção da prova no processo civil, destacando o papel dos sujeitos no processo e as regras de distribuição do ônus de prova.

Finalmente, na quarta parte do trabalho, abordamos a sistematização da avaliação das provas a partir da descrição dos critérios estabelecidos por lei para a real valoração dos elementos do processo, à luz do Código de Processo Civil.

Ao finalizarmos o trabalho, destacamos que, a valoração das provas à luz do CPC, ao privilegiar a orientação da persuasão racional, contribui para o fortalecimento do Judiciário, de forma que as garantias e direitos estabelecidos sejam efetivamente levados em conta no devido processo legal.

O sistema da livre apreciação da prova legitima a atuação do Poder Judiciário face à sociedade civil. Sua aplicabilidade sucinta o notável desempenho da doutrina na busca de uma jurisdição mais apurada e eficiente, reduzindo o risco dos inconvenientes e dando ao órgão judicial uma relevante confiança no processo de investigação dos fatos. Afinal, é nessa perspectiva que aponta o normal funcionamento da Justiça.

Ocorre, contudo, que o Poder Jurisdicional necessita caminhar no sentido de fortalecer ainda mais o Judiciário para que se garanta ao processo estar cada vez mais próximo de sua finalidade maior, ou seja, a justiça ideal, e que ele (o Judiciário) possa se tornar ainda mais capaz de distribuir justiça.

Como arremata Barreiros (2004, p.10),

“Um Judiciário forte, ágil e respeitado seria o braço invergável dos oprimidos, e não mero privilégio dos juizes, como equivocadamente vem sendo alardado na mídia, ultimamente, por setores poderosos da sociedade, aos quais, por razões tão conhecidas, não interessam o fortalecimento do órgão estatal incumbido de distribuir Justiça. E assim deveria ser, pois, vetada a autotutela, como regra, uma jurisdição efetivamente poderosa é a garantia de que os direitos serão respeitados, e se não forem, sobra a esperança de que poderão sem muitas delongas ser respeitados”.

Nosso sistema processual, ao admitir a liberdade intelectual apoiada nas provas constantes dos autos para a motivação dos raciocínios do juiz, contribui, inegavelmente, para que a Justiça Brasileira na caminhe na contra-história, implicando nisso o progresso legal e o resguardo dos direitos fundamentais de que reza a Carta Magna.

Ao motivar o juiz na participação ativa da instrução do processo, o Código de Processo Civil aponta naquela direção de que falou Barreiros, torna a Justiça maior forte, ágil e respeitada por todos; pois, como se vislumbra, “o

Judiciário só será forte na medida em que fortalecidos e prestigiados forem os seus membros, seja através do respeito às garantias da magistratura, seja através da ampliação dos poderes instrutórios do juiz, do aperfeiçoamento das leis processuais vigentes, e, ainda, da interpretação mais arrojada e evolutiva do sistema em vigor pelos Juízes e Tribunais” (BARREIROS, *idem*, *ibidem*).

VI. REFERÊNCIAS

APRIORI, **Informática pratica e descomplicada para soluções profissionais** (Cd-rom) – REVIC EDITORIAL, Rio de Janeiro, s/d.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

AMARAL, Guilherme Rizzo & CARPENA, Márcio Louzada. **Visões críticas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2005.

BANDEIRA DA SILVA, Gessy Rosa. 2004: Prova: os limites de sua utilização no processo. In: <http://www.pge.ac.gov.br/biblioteca/monografias/index.html>. Capturado em 21 de 10 de 2005.

BARREIROS, José Otacílio. **O papel do juiz no processo civil moderno**. In: <http://www.mp.sp.gov.justitia/cives/civeis%2059.pdf>. Capturado em 21 de 10 de 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. In: **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et all. In: **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Booseller, 1998.

COUTINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil (ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo & CARPENA, Márcio Louzada. **Visões críticas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual Civil**. Vol. III, 2. ed.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FLORIAN, Eugênio. *Delle Prova Penale*, 1921, vol. 1, p. 2. In: E. Magalhães Noronha. **Curso de direito processual penal**. 15. edição, São Paulo: Saraiva, 1983.

JÚNIOR, Nelson Nery e Andrade, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KENNY, Kellyane; RIOS, Taiana. **Das provas ilícitas no processo civil**. in: www.unifacs.br/000/corpodiscente/graduação/título.rft. Capturado em em 21 de 10 de 2005.

LOPES, João Batista. ***Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional***. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 35: pp. 24-67.

MARCATO, Antonio Carlos. (coordenador) **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vol. I, Campinas: Bookseller, 1997.

_____. **Instituições de direito processual civil**. vol III, Campinas: Millenium, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, pp. 216-226, jan./mar. 1996.

NALINI, Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004.

RIBEIRO, Luís J. J. **A prova ilícita no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do direito processual civil**. Vol. 2, 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. vol. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SILVA, Ovídio A. Baptista & GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.