

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ROSÉLIE RUVIARO DALPASQUALE

**MEIOS DE PROVAS TÍPICOS E ATÍPICOS NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

São Paulo – 2011

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ROSÉLIE RUVIARO DALPASQUALE

**MEIOS DE PROVAS TÍPICOS E ATÍPICOS NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

“Monografia apresentada à PUC/COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Especialização em Direito Processual Civil em Módulos”

Professora Orientadora: Renata Pinto Martins

São Paulo – 2011

*A minha família pelo apoio e amor que me dão
coragem de sempre seguir em frente.*

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I – A PROVA JUDICIAL.....	9
1.1 Conceito de Prova.....	9
1.2 Notícia Histórica da Prova.....	11
1.3 As Ordálias.....	13
1.4 A Prova Testemunhal.....	16
1.5 A Prova Escrita.....	16
1.6 Natureza das Leis Reguladoras das Provas.....	17
CAPÍTULO II – ELEMENTOS DA PROVA.....	20
2.1 Objeto da Prova.....	20
2.2 Destinatário da Prova.....	24
2.3 Critério da prova tarifada ou legal, Critério da livre convicção e Critério da livre persuasão racional.....	25
CAPÍTULO III – MEIOS DE PROVA.....	28
3.1 Meios de Prova das Partes e do Juiz.....	28
3.2 Princípio Dispositivo e Princípio Inquisitório.....	29
3.3 A verdade do Processo Civil – Diferença Entre Verdade Real e Verdade Material.....	31
3.4 Meios de Prova Civil.....	37

3.5 Meios de Prova.....	39
CAPÍTULO IV – DAS ESPÉCIES DE PROVAS.....	45
4.1 Das Provas Legais ou Típicas.....	45
4.2 Meios de Prova Moralmente Legítimos ou Atípicos.....	49
4.3 Espécies de Provas Atípicas.....	61
4.3.1 Prova Emprestada.....	61
4.3.2 Interceptação Telefônica Autorizada.....	63
4.4 Prova Ilícita Admitida no Processo Civil.....	68
CONCLUSÃO.....	70
BIBLIOGRAFIA.....	74

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar as diferentes opiniões existentes na doutrina acerca dos meios de prova típicos e atípicos admitidos no processo civil brasileiro. Primeiramente, fez-se um breve relato sobre o conceito de prova judicial, pincelando passagens da sua origem histórica. Após foram analisados os elementos da prova, em que foi discorrido acerca do seu objeto e do seu destinatário, citando os princípios processuais que norteiam a matéria. A partir daí adentrou-se no tema, meios de prova típicos e atípicos, que é o objeto central do presente estudo, no qual é feita uma apreciação detalhada dos instrumentos legais utilizados para a valoração da prova, assim como das espécies de prova admitidas e os critérios ou hipóteses em que meios de prova não previstos pelo ordenamento possam ser moralmente legítimos e admitidos ao processo.

INTRODUÇÃO

Só tem direito quem prova. Essa certeza deflui de que todo o direito inexoravelmente está assentado em um fato. Mesmo quando o direito reduz a controvérsia da demanda a fórmula de questão unicamente de direito, em realidade, está a afirmar que os fatos da hipótese submetida a julgamento são incontrovertidos porque afirmados por um e não negados por outros ou porque notórios a ponto de dispensar produção probatória.

O estudo dos meios de prova típicos e atípicos no processo civil brasileiro se revela instigante e desafiador por essa extremada importância nem sempre ser reconhecida pelos estudiosos do direito. Em geral estuda-se muito mais o direito do que os fatos sobre os quais o direito atua.

O presente trabalho objetiva um rápido perpassar pelos elementos clássicos da prova. Lançando luzes sobre seu conceito, sua história, seu objeto e o seu destinatário para centralizar o estudo nos meios ou instrumentos legais de sua realização.

A disciplina codificada trata em um único e, por isso mesmo, insuficiente artigo, todo o regramento legal sobre os mecanismos probatórios dos quais se podem valer as partes e o próprio juiz para convencimento da realidade afirmada pelos litigantes no processo.

Na dicção do código os meios de prova são legais ou típicos quando previstos em lei, ou atípicos quando sem previsão legal ou quando forem moralmente legítimos.

Uma e outra modalidade convivem o tempo inteiro com conceitos técnicos e limitadores de sua definição.

Em singelas palavras, os meios de prova constituem os instrumentos dos quais dispõem as partes e o juiz para provar, nos autos, os fatos alegados que sejam relevantes ao deslinde do feito e que se tenham tornado controvertidos na demanda.

Cumprir investigar o que são os meios legais e quais são os critérios ou hipóteses em que meios de prova não previstos pelo ordenamento possam ser moralmente legítimos e, assim, serem admitidos ao processo e ao convencimento judicial correspondente.

CAPÍTULO I – A PROVA JUDICIAL

1.1 Conceito de Prova

O conceito tradicional induzido pelo Código de Processo Civil Brasileiro e adotado por boa parte da doutrina jurídica reconhece prova como o meio de obtenção da verdade dos fatos no processo.

Prova é um conceito excessivamente amplo no Processo Civil Brasileiro e por isso mesmo ambíguo acaso não explicitada a análise que conduza ao conceito declarado.

A prova pode ser vista objetivamente considerada em si, como resultado da atividade probatória das partes no processo, como produto do convencimento judicial, ou ainda, pode ser identificada como os diversos meios pelos quais ela se processa, resultando em uma diversidade conceitual que se reflete na doutrina.

A maioria dos juristas que conceituam a prova judiciária o fazem adotando isoladamente as noções de atividade, meio ou resultado.

Couture assevera que em “sua acepção comum, a prova é a ação e o efeito de provar; e provar é demonstrar de algum modo a certeza de um direito ou a verdade de uma afirmação”.¹

¹ "En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación" (COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 215).

Arruda Alvim conceitua prova judiciária, dizendo consistir essa:

“naqueles meios definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (v. arts. 332 e 366), como idôneo 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’*)”.²

Para Moacyr Amaral Santos a prova judiciária “é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, da estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios”.³

Humberto Theodoro Júnior afirma que provar “é conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato. Provar é conduzir a inteligência a descobrir a verdade”.⁴

Segundo Manoel Antonio Teixeira Filho, prova é resultado e não meio. Em não sendo assim:

“ter-se-ia de admitir, inevitavelmente, por exemplo, que qualquer documento juntado aos autos constituiria, por si só, prova do fato a que se refere, ignorando-se, com isto, a apreciação judicial acerca desse meio de prova, apreciação que resultaria na revelação do resultado que tal meio produziu, conforme tenha eficácia para tanto. Ademais, se o meio é a prova, como sustentar-se essa afirmação diante de declarações conflitantes de duas testemunhas sobre o mesmo fato?”.⁵

² ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. Ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2, p. 399.

³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. IV, p. 11.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II, p. 381-2.

⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A Prova no Processo do Trabalho*. 5. Ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 22.

Para de Plácido e Silva⁶ a prova consiste na demonstração de existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta. E, nesta razão, no sentido processual, designa também os meios, indicados em lei, para a realização dessa demonstração, isto é, a soma de meios para constituição da própria prova, ou seja, para a conclusão ou produção da certeza.

A prova pode fundar-se na afirmação ou na negação de fatos sobre os quais pretende tenha nascido ou originado o direito da parte. Assim, orienta-se na afirmação positiva ou na afirmação negativa do fato contestado, de cuja demonstração decorrerá a certeza da afirmação.

A prova, por isso, constitui, em matéria processual, a própria alma do processo que esclarece a dúvida acerca dos direitos disputados.

E, assim sendo juridicamente compreendida, a prova é a própria convicção acerca da existência dos fatos alegados, nos quais se fundam os próprios direitos objetos da discussão ou do litígio.

1.2 Notícia Histórica da Prova

Moacyr Amaral Santos declara, não sem razão, que “a história da prova reflete a história de toda a humanidade”⁷.

⁶ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2003. p. 1125.

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad. p. 3.

Segundo o notável doutrinador, a história da prova tem início com a sociedade primitiva, posto que os habitantes das cavernas permaneciam isolados e alheios ao que se passava com os demais grupos, que viviam a distância. Diz ele:

“Mas, certamente, na rudimentar sociedade que são as fratrias ou cúrias, denominações que as línguas grega ou romana deram ao agrupamento de famílias, e mais certamente na tribo, união de fratrias ou cúrias se pode entrever a prova judiciária, com caráter de meio para se chegar a concluir por uma decisão. Essas sociedades rudimentares já possuíam chefes, deliberavam em assembléias e expediam decretos obrigatórios a todos os seus membros, dispunham, assim, de uma organização política e tinham, em embrião, os fundamentos do processo judicial”.

A apreciação das provas através da história passou por diferentes fases amoldando-se às convicções, às conveniências, aos costumes e ao regime de cada povo. Primitivamente aplicava-se o sistema étnico ou pagão, em que a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões do juiz, que as aferia de acordo com sua própria experiência, em um sistema empírico.

Depois veio o sistema religioso, em que era invocado o julgamento divino por meio das ordálias, dos duelos e dos juízos de Deus. Muito embora as ordálias tenham somente um interesse histórico, não deixaram de ser um sistema de apreciação das provas em que o juiz assumia (precariamente) o papel de fiscal dos resultados delas. Tal sistema unia a incerteza da sorte à crueldade de várias de suas provas e a irracionalidade de todas elas.

As sociedades rudimentares mantinham-se unidas pela religião comum a cada grupo familiar, que constituía uma unidade social. Ensina Foustel de Coulanges que “cada família teve a sua religião doméstica, cada cidade a sua religião nacional. Uma cidade era

como uma pequena Igreja completa, que tinha os seus deuses, os seus dogmas e o seu culto”⁸.

Nessas sociedades primitivas a religião confundia-se com a lei. Tal crença foi própria a todos os povos primitivos que acreditavam que se o homem é impotente para descobrir a verdade por meio do raciocínio, não podem faltar outros meios que a imponham de maneira que transcenda à própria razão. Daí a origem dos juízos de Deus, as ordálias.

1.3 As Ordálias

As ordálias consistiam em submeter o acusado de algum delito a uma prova cujo resultado, aleatório e atribuído à divindade, indicaria sua culpa ou sua inocência.

As ordálias eram denominadas Juízos de Deus, sob a falsa crença de que a divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixava demonstrado se o réu era ou não culpado. Esse sistema aprimorou-se na Idade Média entre os europeu e submetia o pretense culpado a uma prova, para se aferir a sua responsabilidade.

Era o meio de prova preferido pelos povos primitivos e semibárbaros indo-europeus e asiáticos, contudo, as ordálias não foram conhecidas pelos romanos.

⁸ FOUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*; trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Como exemplo de ordália muito comum entre os hebreus, pode-se citar a prova das águas amargas, na qual era imposto à mulher suspeita de adultério que bebesse um líquido amargo. Se, ao ingerir a bebida preparada pelo sacerdote, a indigitada contraísse a face em algum esgar de desagrado pelo sabor, era considerada culpada.

Outra conhecida ordália era a prova pela sorte, largamente utilizada pelos germanos, através da qual o culpado de homicídio de autoria ignorada era sorteado por um sistema de pauzinhos entre sete indivíduos aleatoriamente selecionados pelo magistrado.

Outra conhecida era a prova da água fria na qual se jogava o pretense culpado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona era culpado.

A prova pelo fogo, a prova pela água fervendo, a prova pelo cadáver⁹, a prova da cruz, a do pão e do queijo e a prova das serpentes eram outras ordálias muito populares entre os povos antigos e que perduraram até a Idade Moderna, tendo atravessado, soberanas, a Idade Média.

Este sistema constitui meio de prova decididamente formal, obrigando o juiz, embora com convicção diretamente contrária ao resultado de tal, a aceitar esse resultado como base e motivo decisivo de sua sentença.

⁹ “Conduzia-se o assassinado numa padiola, à presença do acusado, na crença de que, diante deste, novamente sangrassem as feridas do cadáver, ou lhe viessem bramidos ou espuma à boca. O acusado pronunciava juramento de que era inocente e apoiava os dedos sobre a ferida ou sobre o umbigo da vítima, ou ainda esfregava as feridas com pedaço de lã, ou mesmo passava descalço sobre o cadáver. Se este voltava a sangrar, provada estava a autoria do crime”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad. p. 23.

Em Roma, na época da república, o povo era quem pronunciava as decisões, reunidos nos comícios por centúrias ou por tribos e, portanto, não era possível uma apreciação jurídica das provas. Reunindo a autoridade legislativa o direito de graça e o poder judiciário, o povo, tomado de compaixão, deixava-se levar pela consideração de antigos serviços, era influenciado por considerações diversas e muitas vezes absolvía um culpado.

Na inquisição, uma só palavra era o bastante para condenar o réu e, desse modo, o misticismo e a ignorância, em conjunto, conspiravam contra a liberdade e a justiça. Esta fase, porém, foi, com o decorrer dos anos, suplantada pelo princípio da prova legal na época medieval. Nesse período, a confissão foi eleita como a rainha das provas, tendo valor absoluto.

Na Grécia antiga o povo também era quem pronunciava as decisões, reunido em Júri Popular, sendo que não era possível uma apreciação jurídica das provas. Após o povo ateniense insurgir-se contra a ditadura dos Trinta, ocorrendo uma vitória da população que derrubou o poder, Atenas buscava sair de uma grande crise material e ideológica e reavivar suas tradições. Neste momento ocorreu um dos maiores julgamentos e um dos momentos de maior densidade humana da História, o julgamento de Sócrates. Em março de 399 a.C., quando tinha 70 anos de idade, Sócrates fora acusado de corromper a juventude e de introduzir novos deuses, não reconhecendo como tais os deuses da cidade.

Na Inglaterra houve tempo em que os jurados podiam ser punidos pelo juiz quando este se convencia de que eles haviam julgado contra a própria convicção, mas nada impedia que eles a formassem com elementos estranhos ao processo.

1.4 A Prova Testemunhal

Com o fim das ordálias, a prova testemunhal, que já havia sido largamente empregada na Antiguidade, especialmente em Roma, teve seu prestígio restabelecido.

Na lição de Moacyr Amaral Santos¹⁰:

“A prova testemunhal é conhecida desde a infância dos povos. É ela antiga, efetivamente, como o próprio homem, porque seu aparecimento coincidiu com os primeiros surtos para a afirmação do direito individual e todos os seus passos vieram acompanhando a infância, a adolescência, a idade viril de todas as civilizações do mundo. Por séculos sem conta, desconhecida a escrita, apenas a palavra falada podia servir como prova dos atos e fatos que constituíam objeto das questões judiciais. Mesmo com o evoluir dos tempos e o ingresso na prática judiciária da prova escrita, as testemunhas continuaram, como persistem em continuar, no desempenho de prova, em juízo, dos fatos litigiosos”.

1.5 A Prova Escrita

A descoberta da escrita concedeu moderada relevância à prova literal, posto que, prestava-se tão somente a reduzir a termo as intenções dos contratantes, além do fato de que poucos tinham acesso à escrita naquele tempo.

Em Roma, contudo, o desenvolvimento da sociedade fez com que a prova escrita chegasse a ter a mesma importância da prova testemunhal, o que perdurou até a queda do Império Romano.

¹⁰ Idem, p. 35-11.

Com a queda do Império Romano a prova escrita, assim como a própria prova testemunhal, precipitou nas trevas do obscurantismo. Os bárbaros, com honrosas exceções, desconheciam a escrita e, embora as populações itálicas a tivessem mantido – porque as leis dos longobardos logo a admitiram –, a verdade é que a prova judicial predominante nesse período da História (conhecido como Idade Média) foi a dos costumes dos invasores bárbaros: o juramento e as ordálias.

Leciona Moacyr Amaral Santos que:

“quando se compreendeu que a escritura é um testemunho dificilmente corrompido, em França promulgou-se a conhecida ordenação que se deve a L’Hospital, estatuinto a proibição da prova testemunhal para os contratos superiores a cem libras, a menos que houvesse começo de prova escrita. Era a consagração do princípio probatório ‘*lettres passent témoins*’, em contraposição ao até então dominante ‘*temoins passent lettres*’”¹¹.

1.6 A Natureza das Leis Reguladoras das Provas

Como é cediço, as leis são de natureza material, ou substantivas, e de natureza processual, ou adjetivas. Sabe-se, igualmente, que as leis materiais regem as condutas jurídicas entre as pessoas, atribuindo-lhe ou limitando-lhe direitos, e “dizem respeito à essência do ato e, como tais, existem por si mesmas”¹².

As leis processuais, por sua vez, asseguram a realização das leis substantivas. Já dizia Benthan que “as leis substantivas ‘não teriam nenhum efeito se o legislador não

¹¹ Op. cit. p. 41.

¹² SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit. p. 43.

criasse, ao mesmo tempo que elas, outras leis com o objetivo de assegurar-lhes o exercício: são as leis de processo”¹³.

Para Chiovenda,¹⁴ “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relativos no processo. Por si mesma, a prova em geral da verdade não pode ter limites”.

Carnelutti¹⁵ por seu turno, afirma que:

“A rigor, portanto, a prova deve ser distinta do processo usado para o controle da proposta (afirmada); a distinção emerge claríssima pelo exemplo da operação aritmética; a prova (do resultado) de uma operação se faz mediante uma outra operação. Que é a operação de prova. Assim, a prova da afirmação em torno da existência de um fato se faz mediante o conhecimento do fato mesmo; o conhecimento do fato não é a prova, mas dá a prova da afirmação. Desse lado, é justo reconhecer que o objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações; as afirmações não se conhecem, mas se controlam, os fatos não se controlam, mas se conhecem. Ocorre, porém, na linguagem comum, uma transposição (translado) no significado do vocábulo, pelo que prova não designa mais somente o controle, mas o processo ou a atividade usada para o controle; a prova não é mais a demonstração da exatidão da operação aritmética obtida mediante uma outra operação, mas esta operação mesma; prova não é mais o controle da verdade de uma afirmação mediante o conhecimento do fato afirmado, mas este conhecimento mesmo quando se obtém pelo controle da afirmação. Há assim uma troca entre resultado e processo ou atividade, que responde, em substância, a uma função intransitiva do vocábulo. Nesse sentido, é justo dizer que objeto da prova são os fatos, não as afirmações; os fatos se provam enquanto se conhecem para controlar as afirmações”.

Segundo João Batista Lopes¹⁶:

¹³ Idem. P. 43.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil – v. 3*. Tradução da 2ª Ed. Italiana por J. Guimarães Menegale. Acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Túllio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 131.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: conceito jurídico da prova*. Tradução e notas Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002. p. 68.

“o direito material ocupa-se precipuamente com a essência das provas, indicando seu valor, sua admissibilidade, suas conseqüências, etc. Já o direito processual procura disciplinar a forma de colheita das provas, no momento e o lugar de sua produção, as regras sobre o ônus da prova, os poderes do juiz na produção da prova, etc.”

Finaliza Moacyr Amaral Santos¹⁷, esclarecendo que:

“Na sistemática do direito brasileiro, que no tocante se filia ao sistema do direito francês, belga e italiano, os princípios referentes à prova se incluem no direito material e no direito formal. Entram na esfera do direito civil a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito processual cabe estabelecer o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo”.

Desse modo, a doutrina, de um modo geral, admite que o fato a ser provado é regulado pelo direito material, enquanto os meios utilizados para trazer essa prova à juízo são regulados pelo direito processual.

¹⁶ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 28.

¹⁷ Op. cit. p. 46-8.

CAPÍTULO II – ELEMENTOS DA PROVA

2.1 Objeto da Prova

Identificado o conceito, o estudo da prova cumpre minimamente examinar os elementos da prova que correspondam ao seu objeto, destinatário e meios de prova, que é o tema desse estudo.

Nem tudo o que se discute no processo precisa ser provado. O que se prova são os fatos, ou melhor dito, as afirmações sobre os fatos em que está assentado o direito.

Santiago Sentis Melendo aborda que:

"Os fatos não se provam; os fatos *existem*. O que se prova são as afirmações que poderão referir-se a fatos"¹⁸. Carnelutti segue a mesma linha de entendimento. Mas muito se tem polemizado sobre o tema, sendo que a posição de Sentis Melendo se justifica quando considerada a inspeção como meio de prova, onde nenhum fato é produzido, cuidando-se unicamente de verificar uma afirmação da parte.

Toda prova possui um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados, como afirma Theodoro Junior. O objeto da prova desde logo exclui o direito em si, como causa remota de pedir, já que se presume que a lei seja de todos conhecida; diz-se do princípio do *iura novit curia*.

Diz-se que o direito não depende, em regra, de prova, já que é dever do magistrado conhecê-lo. Quando muito, ele pode exigir que a parte prove a vigência de

¹⁸ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba – Los grandes temas Del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea, 1978. p. 12.

direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 337 do CPC), o que constitui exceção à regra do *iura novit curia*, que se justifica porque não é dado ao juiz conhecer normas jurídicas do mundo inteiro, de todos os Estados e Municípios e ainda as regras consuetudinárias. Nesses casos normalmente o que se prova não é propriamente o direito, mas a sua vigência.

O direito municipal, o estadual, o estrangeiro e o consuetudinário têm em comum serem de conhecimento restrito, de tal sorte que a parte que o invocar deve provar seu teor, existência e vigência à época dos fatos. Os dois primeiros não representam maior dificuldade, bastando obter certidões junto às câmaras e assembleias locais que atestem teor e vigência. Já o direito internacional apresenta certa dificuldade, sendo, em geral, provado com tratados, certidões consulares ou mesmo publicações oficiais com a respectiva tradução juramentada. O direito consuetudinário pode ser provado por pareceres de juristas de outros países ou ainda por juristas locais que tenham notório conhecimento da legislação estrangeira. Certidões de praxes comerciais das juntas de registro do comércio são igualmente meios idôneos para tal prova.

Assim, cabe à parte que invocar provar o teor e a vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, conforme regra estabelecida no art. 337 do CPC.

No geral a doutrina em sua maioria aceita que o objeto da prova são fatos, cumprindo adjetivar tal fato a ponto de tornar-se objeto da prova. O que se prova são fatos suscetíveis de serem provados, pertinentes, controvertidos e relevantes.

Os fatos que dependem do procedimento probatório são aqueles tidos como

controversos. Os fatos aceitos ativa ou passivamente pelas partes não necessitam da prova e estão aptos a receber a avaliação judicial imediata, à exceção daqueles constantes nos incisos dos artigos 302 e 320 do CPC, em que a revelia não produz efeitos. Portanto, nem sempre a incontrovérsia dispensará a prova.

Não são todos os fatos que precisam ser demonstrados. É preciso, antes de tudo, que eles sejam relevantes para o julgamento do processo. O juiz deverá indeferir a produção de provas quando elas não tenham qualquer repercussão para o julgamento da causa. São irrelevantes os fatos que não têm nenhuma importância, que não influenciarão o julgamento do pedido ou que não guardam pertinência com a questão litigiosa.

Mesmo entre os fatos relevantes, há alguns que não precisam ser comprovados. O art. 334 do CPC, assim os enumera:

a) Os notórios: aqueles de conhecimento geral na região em que o processo tramita. Não é preciso que o fato seja de conhecimento global, bastando que seja sabido das pessoas da região, no tempo em que o processo tramitava. É fato notório, por exemplo, para quem vive na Grande São Paulo, que a região tem sérios problemas de violência urbana e criminalidade, e que o trânsito não flui com rapidez. Em uma cidade do interior, pode ser considerado notório o fato de o rio que corta a cidade provoca inundações freqüentes nas casas da região ribeirinha.

b) Os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária: não há necessidade de prova dos fatos incontroversos. A confissão a que alude este dispositivo é aquela expressa, declarada nos autos, ou que conste de termo.

c) Os admitidos, no processo, como incontrovertidos: que resulte de contestação genérica ou que não observe o princípio da impugnação específica previsto no art. 302 da mencionada lei.

d) Aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade: há casos em que o legislador faz presumir, de maneira absoluta ou relativa, a veracidade de determinados fatos. A presunção *relativa, juris tantum*, é aquela que admite prova em contrário, e a *absoluta, juris et de jure*, que não admite.

A alegação em relação à qual milita uma presunção de veracidade não precisa ser provada. Se a presunção for relativa, a parte que a apresentou não precisará produzir provas, mas o adversário poderá fazê-lo, para demonstrar-lhe a inveracidade; todavia, se a presunção for absoluta, não será admitida a produção de provas em contrário.

A revelia, por exemplo, gera uma presunção de veracidade relativa, que pode ceder ante os elementos contrários que auxiliem a formação da convicção do juiz.

Presunção absoluta há, por exemplo, nos casos do art. 932 do CC (responsabilidade dos pais por danos do filho, do empregador por dano do empregado; de que o trabalho em certas atividades é perigoso e dá direito a adicionais, no direito do trabalho; violência na relação sexual com menor de 14 anos).

As presunções podem ser estabelecidas pelo próprio legislador, como as decorrentes da revelia ou da culpa do patrão por ato do empregado. São as denominadas

presunções legais. Mas podem, ainda, decorrer da observação do que comumente acontece, como se dá com a presunção de culpa daquele que, em acidente de trânsito, colide na traseira do veículo que segue à frente. É a denominada presunção simples ou *hominis*.

As presunções não se confundem com os indícios, que são sinais indicativos da existência ou veracidade de um fato, mas que, por si só, seriam insuficientes para prová-lo. A soma de vários indícios, ou a sua análise em conjunto com as demais circunstâncias, pode levar à prova do fato.

2.2 Destinatário da Prova

Antonio Carlos de Araújo Cintra assevera que “assim como as provas servem para julgar, elas são, por sua vez, objeto de julgamento.”¹⁹, replicando doutrina de Carnelutti. Este julgamento é exercido pelo juiz como seu destinatário natural.

É nesse sentido que se pode afirmar que toda a atividade probatória das partes tem como seu destinatário o juiz, pois é a ele que cabe aplicar as regras legais sobre os fatos apurados no processo. As partes procuram produzir certeza ou convicção no espírito do juiz de que os fatos ocorreram da forma por ela alegada, de tal modo a promover a incidência automática das regras legais sobre tais fatos provados.

Sendo o juiz o destinatário da prova, cumpre saber como o processo jurisdicional regula esta atividade, qual o critério que valorizará a prova dos autos, sendo certo que o juiz não possa agir arbitrariamente na formação desse convencimento.

¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 232.

2.3 Critério da prova tarifada ou legal, Critério da livre convicção e Critério da livre persuasão racional

Três são os sistemas de avaliação da prova conhecidos na história do direito processual: o critério da prova tarifada ou legal, da livre convicção ou da convicção íntima e da livre persuasão racional.

A prova tarifada ou legal, como critério de avaliação da prova está totalmente superado nos diversos ordenamentos jurídicos. Por ele o juiz exerce uma atividade quase mecânica, devendo ter por provados fatos com o critério definido na lei. Cria-se uma verdade só formal, impedindo o juiz de firmar convicção própria sobre o fato alegado.

Este era o sistema do direito romano primitivo e do direito medieval, ao tempo em que prevaleciam as ordálias ou juízos de Deus e os juramentos, como anota Humberto Theodoro Junior acerca do tema²⁰.

No direito brasileiro, como de resto em outros ordenamentos, encontram-se resquícios do sistema de prova legal, do que é exemplo o art. 366 do CPC, ao exigir unicamente a prova por documento público quando a lei o determinar. Assim, por exemplo, a propriedade imobiliária.

No regime da livre convicção prevalece a íntima avaliação do juiz, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas. O juiz não fica vinculado a nenhuma regra, prevalecendo o seu entendimento pessoal. Sendo assim, racionalmente se

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª Ed., Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense. pp. 378, 379.

deve admitir que a convicção livre do juiz pode ser até mesmo contrária à prova dos autos, e assim pondo em risco o contraditório e a segurança jurídica.

É verdadeiramente o oposto da prova tarifada, na qual o juiz não tem liberdade alguma. A livre convicção do juiz expõe o processo a um subjetivismo incompatível com os princípios fundamentais que orientam o processo e por isso mesmo não mais é acolhido em nenhum ordenamento jurídico.

Já o sistema de persuasão racional é fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional, mereceu consagração nos Códigos Napoleônicos e prevalece entre nós como orientação doutrinária e legislativa, conforme ensinamento do citado Humberto Theodoro Junior²¹.

Enquanto no livre convencimento o juiz pode julgar sem atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, no sistema da persuasão racional o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Este é o sistema adotado no Brasil, conforme a regra do art. 131 do CPC. Assim, em regra, o juiz examina e avalia a prova constante dos autos com liberdade intelectual, usando de critérios críticos racionais, os quais deve expor para justificar seu convencimento. Trata-se de liberdade, mas não de arbítrio. O juiz está limitado pelos elementos constantes dos autos.

²¹ Idem, idem.

Assim e sem rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos. E o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência.

A convicção fica condicionada, segundo Moacyr Amaral Santos:

- Aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida;
- Às provas desses fatos, colhidas no processo;
- Às regras legais e máximas de experiência;
- Ao julgamento, que deverá sempre ser motivado.

Sendo assim, não há, em princípio, hierarquia entre os meios de prova, salvo quanto à prova legal, cuja aceitação e valoração já estão previstas antecipadamente na lei, prevalecendo sobre todo e qualquer outro meio de prova.

É da clareza da persuasão demonstrada que a parte atingida pela decisão poderá com ela conformar-se, convencendo-se da correção da sentença proferida, ou insurgir-se pela via recursal, demonstrando incorreção ou impropriedade da prova admitida.

CAPÍTULO III – MEIOS DE PROVA

3.1 Meios de Prova das Partes e do Juiz

Regra essencial ao processo civil é a que atribui às partes o ônus de provar suas alegações. Essa oneração tem caráter de preferencialidade, posto que não exclui o direito de que os juízes estão investidos de tomar a iniciativa da prova. No processo civil brasileiro o Código de Processo Civil delas se ocupa nos artigos 333 e 130, respectivamente.

Oportuna a observação do professor Sergio Gilberto Porto:

“... desde que o processo perdeu a *máscara* de que visava à resolução dos interesses das partes e passou a ser visto como meio de ação do Estado, a possibilidade do magistrado *tomar a iniciativa* veio a calhar e representou avanço da ciência; veio também ao encontro dos anseios dos juízes que não se conformavam com a posição inerte que lhes era imposta em tempos outros, a qual poderia, por vezes, obrigar um magistrado a decidir determinada questão de forma não satisfatória, eis que, ausentes determinadas provas, tidas por ele, como indispensáveis.”²²

A primeira assertiva, aquela que onera a parte com o dever probatório, age sobre a natural motivação que cada demandante possui dentro do processo e que corresponde à necessidade de demonstrar os fatos que embasam a pretensão deduzida em juízo na busca de uma decisão favorável. A regra se afina e se aproxima do chamado princípio do dispositivo, que rege o processo civil. Por este, cabe às partes delimitar a atuação do juiz segundo fatos, pedidos e provas por elas produzidas e tidas como

²² PORTO, Sergio Gilberto. *Prova: Teoria e Aspectos Gerais*. Revista do Ministério Público nº 17, 1984.

necessárias para a composição da lide em sentido amplo; tal princípio é acolhido pelo Código de Processo Civil, conforme regra estabelecida no art. 128.

3.2 Princípio Dispositivo e Princípio Inquisitório

O princípio do dispositivo adentra o universo processual quase como uma extensão do princípio da demanda, segundo o qual o Estado só age jurisdicionalmente mediante provocação do interessado. A compreensão de que ninguém pode ser obrigado a demandar e nem mesmo ser impedido de provocar a proteção jurisdicional do Estado esboça o perfil genérico do princípio da demanda. Se pertence ao interessado a faculdade de demandar jurisdicionalmente, também pertence a ele a faculdade de colocar limites à demanda, onde congruentemente lhe caberá alegar fatos aos quais corresponda a providência legal pretendida.

Esta faculdade de demandar e de colocar limites na demanda proposta, termina por restringir igualmente as provas do processo, já que deverão corresponder aos fatos alegados que na demanda se tenham tornado relevantes e controvertidos. Ou ainda segundo outros, a prova deve corresponder às alegações fáticas que se tenham adjetivadas como controversas e importantes à solução do feito, conforme integre os pólos ativo ou passivo. Harmoniosamente o art. 333 do CPC incube ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, ao tempo em que reserva ao réu a prova do fato que possa impedir, modificar ou extinguir o direito do adverso.

O princípio dispositivo, a par de sua neutralidade e de sua equidistância, traz em si o vício da ideologia liberal-individualista a que se refere Rui Portanova²³, e que se expressa numa tecnicidade perniciosa se levado às últimas conseqüências. Se pertence às partes a iniciativa da demanda e a delimitação de fatos e pedidos e, se na extensão também a elas caberá produzir a prova necessária aos fatos alegados, corre-se o risco de inviabilizar a sentença justa pela falta de prova suficiente. Como ao juiz não é dado recusar o exercício jurisdicional pela sentença, ter-se-ia um magistrado condenado a agir como mero espectador, mais das vezes decidindo sem julgar a controvérsia pela falta de provas e sem decidir o conflito de interesses a que o processo se destina.

O sistema processual, no que respeita a iniciativa e o desenvolvimento do processo, aperfeiçoa-se com o chamado Princípio Inquisitivo. Por este princípio o juiz possui liberdade para determinar a realização de provas que entender necessárias à busca da verdade real, acaso não o façam as partes. O juiz deixa a condição de espectador e passa à de agente ativo, capaz de impulsionar o processo na direção da prova que esclareça fato controvertido necessário ao deslinde do feito. O professor José Maria Rosa Tesheiner assevera a propósito desta postura mais ativa do julgador que “entra, também ele, na arena em que se digladiam as partes, para lutar em prol da verdade, sob inspiração de uma concepção publicística do processo.”²⁴

Tanto quanto o princípio dispositivo se contata com o princípio da demanda, o do inquisitivo se comunica com os princípios do impulso oficial e indeclinabilidade jurisdicional. A iniciativa é da parte, mas depois de iniciado o processo, ele se desenvolve

²³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, 1ª. Ed. 2ª. Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 124.

²⁴ TESHENER, José Maria Rosa. Elementos para uma Teoria Geral do Processo, Cap. III, 7, disponível no endereço <http://www.tex.pro.br/tex/images/stories/ObrasDownload/elementos.pdf> e acessada em 05.09.2010.

por impulso oficial (art. 262 do CPC) pelo poder gerencial de que o juiz está investido, de sorte que pode determinar a realização de provas acaso necessárias. De outra sorte, ao juiz não se admite a faculdade de não julgar (*non liquet*), alegando lacuna ou obscuridade da lei (art. 126 do CPC) ou falta de convencimento probatório, por isso que lhe deve ser assegurada a iniciativa probatória (art. 130 do CPC) como expressão do princípio inquisitivo.

3.3 A Verdade do Processo Civil – Diferença Entre Verdade Real e Verdade Material

Como dito acima, o equilíbrio entre os princípios do dispositivo e do inquisitivo se justifica a partir da busca da decisão justa e que supõe a identificação de uma verdade suficiente ao julgamento justo do processo. Que verdade é esta?

O professor Tesheiner, com a lucidez e a coragem que tão bem caracterizam sua doutrina, expõe toda sua perplexidade no que chama de *Tutela Jurisdicional da Mentira*, referindo-se à decisão do TJRS que determinou o desentranhamento dos autos de gravação telefônica feita por um terceiro, como prova de que empregado era difamado pelo ex-empregador quando de consultas cadastrais, em nome da proibição constitucional da prova ilícita.²⁵

²⁵ “Proibição de provas ditas ilícitas - Tutela jurisdicional da mentira. Despedido, o empregado não conseguiu novo emprego, porque a ex-empregadora dava informações caluniosas e difamatórias em desabono de sua conduta. Contra ela propôs ação de ressarcimento de danos pessoais e lucros cessantes. Para a prova dos fatos, obteve a colaboração do gerente de uma empresa, que gravou, em fita microcassete, sua conversa, por telefone, com funcionário da demandada. Com fundamento no artigo 5º, X, LVI e XII da Constituição Federal, e 332 do CPC, o Juiz determinou o desentranhamento da fita e da respectiva degravação, em decisão confirmada pela superior instância, (TJRGS, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70001056183, Marco Aurélio dos Santos Caminha, relator, j. 21.6.2000. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, (81): 537-8, mar/2001). Eu sei que a verdade processual não é verdadeira. Não é verdade material, é verdade meramente formal. Qualquer semelhança com os fatos realmente ocorridos pode não passar de mera

Cumpra-se aprofundar a investigação sobre a qualidade ou essência da verdade buscada no processo judicial civil. Diz-se acertadamente que a prova visa formar o livre convencimento racional do julgador, servindo, pois, para persuadi-lo racionalmente. É, por isso, a demonstração processual dos fatos relevantes e controvertidos alegados pelas partes e sem os quais não pode o juiz proferir sua decisão. Para Manoel Antônio Teixeira Filho, a prova é a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos na ação.²⁶

A adjectivação da verdade formal ou material revela por trás de si a verdadeira tensão inerente a qualquer demanda, onde concorrem duas sortes de interesses e que muito comumente podem ser opostos: há o interesse do processo em si para as partes e o que do processo interessa à sociedade como um todo. Cada parte do processo quer nele se vitoriar, vendo acolhidas suas pretensões; à sociedade, todavia, interessa que a decisão favoreça aquele que tem razão segundo as regras do ordenamento, como forma de restabelecer o equilíbrio rompido pelo conflito intersubjetivo.

Diz-se que a verdade do processo em geral é formal ou material. A verdade formal seria aquela havida no processo observada a atividade probatória das partes e sua capacidade de atender ao ônus legalmente imposto. Em sua contraposição estaria a verdade real, que seria a de promover a reconstituição histórica dos fatos da demanda, alcançando

coincidência. Sei também que é proibida, no processo, a produção de provas consideradas ilícitas. Mesmo assim, como cidadão, sinto-me chocado com a decisão proferida, pelo pouco apreço dado à verdade. Admitiu-se o direito do demandante, mas negou-se-lhe a possibilidade de prová-lo, soando irônica a assertiva com que se encerra o acórdão: "Ademais, tem o autor à disposição todos os meios de prova legítimos em direito admitidos para formar o convencimento do juiz sobre os atos, alegadamente danosos, praticados pela demandada, especialmente, a testemunhal". Disponível no endereço <http://www.tex.pro.br/wwwroot/processocivil/proibicaodeprovasdilasilicidas> - acessada em 08.02.2005. O processo mais tutela o mentiroso do que o veraz. Há algo errado na ideologia processual.

²⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A Sentença no Processo do Trabalho*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 62.

não somente as partes, mas também o próprio juiz, como espécie de poder-dever inerente à sua função e que estaria presente de modo ostensivo no processo crime. Por esta verdade, cabe ao magistrado pesquisá-la além da vontade e da atuação probatória das partes.²⁷

A verdade formal pode atender satisfatoriamente aos interesses daquele que teve decisão favorável, mas não serve ao que sucumbiu pela sentença sem provar os fatos realmente ocorridos e, igualmente, não serve ao sistema legal como um todo porque se afasta do conceito de justiça. Já a verdade material serve a todos, desde que não eternize a demanda na busca de fatos improváveis, o que acabaria atentando contra a efetividade do processo.

A questão relativa à verdade formal e à verdade material coloca em confronto a aplicação de dois princípios processuais antes comentados: o do dispositivo e o do inquisitivo. Pelo princípio dispositivo cabe às partes delimitar a atuação do juiz segundo fatos, pedidos e provas por elas produzidas e tidas como necessárias para composição da lide em sentido amplo; tal princípio é acolhido pelo Código Processo Civil, conforme a regra do art. 128. Já pelo princípio inquisitivo ou do inquisitório o juiz é livre para determinar as provas necessárias à busca da verdade real, nos termos do disposto no art. 130 do CPC. A publicização do processo, como esclarece Rui Portanova²⁸, retirou a liberdade das partes em limitarem a atuação do magistrado em matéria de prova, restando-

²⁷ Outros sustentam ainda existência de uma *verdade judiciária* que pressupõe a “observância do contraditório e baseado em critérios de admissibilidade de provas, com exclusão daquelas que atentem contra a dignidade humana nos dizeres de AVOLIO. (Francisco Torquato. Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 153.). Nos dizeres de Alcides Bulgarelli (Tratado das Provas Cíveis, 1ª. Ed, São Paulo: Ed. Juarez Oliveira, 2000. p. 53.) a prova judiciária é o meio demonstrativo de veracidade de fato material (constitutivo do direito) e o fundamento jurídico do pedido.

²⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, 1ª. Ed, 2ª. Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

lhe assegurada a faculdade de determinar, de ofício, provas que entenda necessárias, segundo disposição do art. 130 do CPC.²⁹

Numa simplificação, a verdade formal se firma em torno da supremacia do princípio dispositivo, consagrando mais poderes às partes em matéria de iniciativa probatória, caso em que o juiz decidiria com o que lhe seja posto pelos demandantes. Já a verdade real ou substancial se fundamenta no princípio inquisitivo que atribui ao órgão jurisdicional iniciativa probatória, suplementar, de tal sorte que possa julgar com a verdade histórica dos fatos.

Por muito tempo circulou na doutrina³⁰ versão equivocada, segundo a qual no processo penal vigoraria a busca da verdade real e o processo civil contentar-se-ia com a busca de uma verdade meramente formal. Assim, a observação crítica de Rui Portanova: “A visão tradicional do direito sustenta que no processo civil o juiz pode se satisfazer com a verdade formal. Fundamenta-se no fato de que, em regra, a relação jurídico-material que informa a causa cível versa sobre direito disponível.”³¹

²⁹ Pertinente observação feita por Darci Guimarães Ribeiro em sua monografia sobre as provas atípicas: É certo que o princípio *da demanda*, contido no art. 2º do CPC, diz que o juiz não poderá prestar a tutela jurisdicional senão quando a parte a requerer. Encontra-se o magistrado vinculado, atrelado ao que foi pedido pela parte autora, não podendo, segundo o art. 128 do CPC, prestar tutela jurisdicional fora dos limites estabelecidos pela lide exposta na inicial. Já o *princípio do dispositivo* diz respeito, mais propriamente à forma, aos meios de prestação da tutela jurisdicional, como se irá prestar esta tutela jurisdicional. Enquanto o primeiro princípio se refere ao pedido, o segundo refere-se ao modo de se prestar a jurisdição (incide com relação ao direito probatório)” nota 25, p. 22, *Provas Atípicas*, 1ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

³⁰ “Na jurisdição contenciosa, o juiz, na sentença, tem a imediata finalidade de pôr termo a um conflito de interesses privados, cuja defesa incumbe às partes mais que ao julgador. Daí a verdade formal como resultado. Na jurisdição voluntária, a decisão serve a um interesse público, procura a verdade real e tende a alcançar um resultado conveniente. Dar-lhe a força de coisa julgada seria deixar que perdurasse uma situação contrária à lei, pelo fato de o juiz haver errado e os interessados, por ignorância ou descuidado, contra esse erro não haverem reclamado” (Lopes da Costa em apud de José Olympio de Castro Filho, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 10, 1983, p. 48).

³¹ PORTANOVA, Rui, *Princípios do Processo Civil*, 1ª. Ed., 2ª. Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1997, p. 198.

O professor Tesheiner, com mais temperamento, vê a estrita correlação entre a garantia da prova lícita e a verdade formal, sustentando que “a verdade não é o fim do processo. É apenas meio”.³² A busca da verdade nos dizeres do ilustre professor só se dá no processo como necessidade para poder-se afirmar se houve ou não incidência da norma jurídica invocada. Por isso, conclui ele, que no processo não se busca a verdade absoluta ou material: “Assim, quando se diz que o processo se contenta com a verdade formal, o que na realidade se afirma é que nele se procura a verdade, mas, sendo impossível, difícil ou inconveniente alcançá-la, contentamo-nos com uma aparência de verdade”.³³

Outra linha oposta, e que mais se afina com este estudo, entende que no processo em geral e no civil em particular, o valor perseguido é o da justiça e por isso mesmo indissociável da idéia de verdade material que segue sendo buscada mesmo que em padrões idealizados. As presunções de verdade – formais por excelência – não desautorizam tal conclusão porque se vinculam ao dever maior e anterior e que diz respeito a efetiva prestação jurisdicional.

Quando a verdade é presumida, como no caso de revelia (art. 319 do CPC), a exceção confirma a regra; só se laborou com verdade presumida ante o desinteresse do demandado e da necessidade de prestar a jurisdição provocada. Tanto assim que, mesmo

³² TESHEINER, José Maria Rosa, ELEMENTOS PARA UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO, Cap. III, 7 e 8, in <http://www.tex.pro.br/wwwroot/livroelementos/capituloIII.htm> acessada em 28.12.04.

³³ Percucientemente o Prof. Tesheiner anota seis itens de limitação da verdade real: “a decorrente da adoção do princípio da ação, pois “o sistema acusatório puro e o princípio da verdade real são manifestamente incompatíveis” e “o princípio da congruência da condenação com a acusação vincula o juiz, independente da verdade real dos acontecimentos” (Paulo Cláudio Tovo, Limitações ao princípio da verdade real no processo penal pátrio, *Ajuris*, Porto Alegre, 19:57-60, jul. 1980);” b) – o acolhimento do contraditório na medida em que limita alegações e prova ; c) – a faculdade do acusado calar-se, não sendo obrigadas a depor contra si; d) -faculdade de não depor sobre fatos deva guardar sigilo por profissão ou estado e bem assim a mesma faculdade quando o fato puder causar dano a si ou familiares definidos em lei; e) – a inaceitação de cartas interceptadas ou obtidas por meio ilícito (CPP, art. 233) e f) – a busca e apreensão de documentos em poder do advogado (art. 243, § 2º CPP). Ob. citada.

revel o acionado, a presunção de verdade segue abrandamento para afastá-la, por exemplo, quando se tratar de litisconsórcio e outro demandado tenha contestado (art. 320, inciso I, do CPC).

A propósito do princípio da verdade real, Ada Pelegrini Grinover considera que foi um mito do processo penal e que hoje significa simplesmente “a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, constitucional e processualmente válida”.³⁴ Conclui que tal se aplica tanto ao processo penal quanto ao não-penal.

Cretella Neto sustenta que a busca da verdade real é compromisso do processo civil, já porque “a falsidade dos fatos corresponde ao desvirtuamento da ordem jurídica”.³⁵ Assim, é o disposto no art. 14 do CPC, exigindo das partes a exposição de fatos consoante a verdade, procedendo com lealdade e boa fé. No mesmo sentido e mais energicamente é a regra do art. 17, inciso II, do CPC, caracterizando como ato de má-fé reparável a alteração da verdade dos fatos (II). A verdade buscada no processo, esclarece o jurista, deve representar a adequação da coisa e do intelecto judicial.³⁶

Com os abrandamentos que lhe são próprios, o processo civil tem na verdade real seu fim derradeiro em matéria de direito probatório. Tanto assim que, mesmo diante da proibição constitucional da prova ilícita, ele constrói toda uma teoria de contraposição para

³⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini, em A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO, artigo publicado em Atualidades Forense, site www.forense.com.br, da Editora Forense, acessado em 10.11.04, Doutrina, Processo, Artigos.

³⁵ CRETELLA NETO, José, *Fundamentos Principilógicos do Processo Civil*, 1ª. Ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 319.

³⁶ *Idem*, p. 318.

identificar situações em que a vedação não terá aplicação em nome da preservação de outros valores fundamentais. Bastasse a verdade formal ao processo civil e ele se renderia à linearidade da proibição legal, julgando com as outras provas admitidas em direito. Exatamente porque comprometido com a busca da verdade real, ideal de justiça, a proibição da prova ilícita se contrapõe ao direito das partes de obter uma decisão justa, para o que se faz absolutamente impostergável a prova dos fatos relevantes. Daí a afirmação de Mittermayer: “prova é o complexo dos motivos produtores da certeza”.³⁷

A fim de concluir o presente tópico, cabe citar Antonio Carlos de Araújo: “Se a certeza é inatingível, nem por isso o será a verdade que, apesar de tudo, deve ser procurada no processo, através das provas”.³⁸

3.4 Meios de Prova Civil

Esta prova a ser feita pelas partes ou determinada pelo juiz deve obedecer ao sistema legal de meios de provas. Quais são os meios probatórios postos à disposição das partes para se desincumbirem do tal ônus que lhes cabem na demanda judicial ou que supletivamente socorrem o juiz para alcançar o convencimento livre e racional? Este é o mote principal do presente estudo.

Objetivamente o ordenamento jurídico disciplina os meios probatórios do processo civil com duas regras específicas, ainda que outras lhes sejam afins. Uma de natureza constitucional consagra de modo expreso o chamado princípio da licitude dos

³⁷ MITTERMAYER, C. J. A., *Tratado da prova em matéria criminal*, 2ª. Ed, Rio de Janeiro, 1909, p. 75, em apud de João Batista Lopes, *A Prova no Direito Processual Civil*, São Paulo: Ed. RT., 2006, p.n 22.

³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. IV, Rio de Janeiro: Ed. Forense, Versão Eletrônica, JURID, 2002.

meios de prova, conforme o inciso LVI do art. 5º da CF, ao proibir o emprego das provas obtidas por meios ilícitos. A outra tem suporte na legislação ordinária, na regra do art. 332 do CPC, ao admitir o emprego dos meios previstos em lei e, bem assim, de qualquer outro, desde que “moralmente legítimos” e hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação e a defesa.

Esta regra adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro reflete uma tendência das legislações em geral, conforme ensinamento de Barbosa Moreira³⁹. Afirma ainda, Barbosa Moreira, ser uma propensão dos modernos ordenamentos processuais abandonarem, em matéria de prova processual, a técnica da enumeração taxativa e permitir que, além de documentos, depoimentos, perícia e outros meios tradicionais, se recorram a expedientes não previstos em termos expressos, mas idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos.

A regra constitucional proibindo a prova ilícita inverte uma ordem que seria natural, a de que as provas em geral não possam ser ilícitas e que, sendo lícitas, devam ser legais, porque previstas em lei, ou atípicas, porque sem previsão legal, mas moralmente legítimas, como a regra codificada no art. 332 do CPC. A disciplina constitucional submete-se ao regime infraconstitucional para acrescentar-lhe exigência de hierarquia superior: as provas legais ou atípicas não podem ser obtidas por meios ilícitos.

O diferencial não é meramente semântico, retórico ou de somenos. A inversão é paradigmática porque preserva a estrutura da disciplina infraconstitucional codificada e a ela se sobrepõe para excluir os meios legais ou não que possam ter sido havidos de modo

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo Civil e direito à preservação da intimidade. Temas de Direito Processual, São Paulo: Ed. Saraiva, 1980, 2ª. Série, p. 47.

não lícito. A disciplina dos meios de prova supõe, em qualquer caso, obtenção por métodos lícitos, e, *de per si*, exclui o meio de prova que seja substancialmente ilícito em si ao concentrar a proibição em torno ilicitude de formas de obtenção.

Assim conclui-se que da própria ordenação legal deve decorrer o desenvolvimento analítico do tema, num primeiro momento conceituando o que sejam meios de provas, para, a seguir, identificar as provas legais e as provas atípicas, deixando para final encerramento a limitação constitucional que exclui a ilicitude de apuração dos meios.

3.5 Meios de Provas

Meios de prova correspondem aos “modos ou maneiras porque as provas se elementarizam, isto é, fazem ou se constituem”, segundo verbete do Dicionário Jurídico de De Plácido e Silva⁴⁰. Na mesma trilha, a definição para o direito argentino sustentada por De Santo “... *em médio de prueba actúa como vehículo para lograr la fuente, de la cual, a su turno, em juez debe deducir la verdad (o no) de los hechos que configuran el objeto probatorio.*”⁴¹

Os meios de prova, portanto, são os instrumentos de que dispõe as partes e o juiz para provar nos autos os fatos alegados que sejam relevantes ao deslinde do feito e que se tenham tornado controvertidos na demanda (*thema probandum*). Esta singularidade autoriza que se conclua, desde logo, que não são meios de provas todas as hipóteses

⁴⁰ SILVA, De Plácido. *Verbetes do Vocabulário Jurídico*. 22ª. Ed, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 906.

⁴¹ DE SANTO, Víctor. *Diccionario de Derecho Procesal*, 2ª. Ed, Buenos Aires: Ed. Universidad, 1995, p. 231, verbete “médios de prueba”.

relacionadas no art. 334 do CPC, que identifica situações fáticas que independem de prova. Vale dizer, não são meios de prova o fato notório, os fatos afirmados por uma parte e admitidos pela outra, os admitidos como incontroversos no processo, e mesmo aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de validade. As regras ou máximas de experiência a que se refere o art. 335 do CPC e das quais pode se valer o magistrado para julgar, em falta de normas particulares, igualmente não são tecnicamente meios de provas.

Na doutrina, todavia, alguns autores⁴² sustentam que tais hipóteses sejam meios de provas atípicos, o que na realidade não corresponde e é verificável, desde logo, pela constatação imediata de que, se o meio serve para provar um fato e certos fatos dispensam prova, estes não são meios. O contrário corresponderia a um contra-senso insustentável, em ter de admitir que o fato notório, por exemplo, é meio de provar um fato que não precisa ser provado!

Este tipo de enfoque desconsidera uma das classificações possíveis sobre a prova e que termina sendo relevante ao deslinde. A prova segundo a boa doutrina do Professor Sergio Porto⁴³ pode ser classificada como objetiva ou subjetiva. Essa última “engloba os meios aptos a convencer o espírito do julgador”. Já pelo critério objetivo compreende “os meios aptos a demonstrar a verdade.”

⁴² Por todos o Darci Guimarães Ribeiro em sua obra *Provas Atípicas* (1ª. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998), que arrola como meio de provas atípicas o fato notório, as presunções, as regras de experiências, e o comportamento processual, dentre outros.

⁴³ PORTO, Sergio Gilberto. *Prova – generalidades da teoria e particularidades do Direito de Família*. In AJURIS nº 39, p. 116.

No mesmo sentido a doutrina de Amaral dos Santos⁴⁴, que entende que prova subjetiva é aquela convicção que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade deste fato, ao tempo em que objetivamente as provas são aquelas juridicamente admissíveis, ou seja, os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo.

Os fatos notórios, as presunções, as máximas de experiências correspondem a técnicas de provas subjetivas, ao tempo em que os meios de provas propriamente ditos são os que se classificam como provas objetivas.

Um método para investigar se a hipótese considerada caracteriza meio de prova é submetê-la à identificação das quatro fases a que os métodos tradicionais de prova apresentam: fase de postulação, fase de admissão, fase de produção e, por fim, a fase de avaliação do meio de prova assim produzido⁴⁵. Outro critério aferidor da identificação de

⁴⁴ SANTOS, Moacir Amaral dos. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º Vol., 23ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 341.

⁴⁵ Tome-se uma perícia como meio de prova típica para identificar as quatro fases: a) fase de *proposição*: ao autor ou ao réu caberá a iniciativa de propor a sua realização, justificando as razões de fazê-lo a partir da necessidade do esclarecimento técnico-fático. Se a iniciativa for judicial nem por isso a *proposição* deixará de existir já que se confundiria com a *fase da admissão*, significando que deverá ser determinada nos autos com a faculdade de oposição pelas partes, peticionando ao juiz ou mesmo interpondo recurso cabível, tanto quanto se dá com as demais hipóteses quando a iniciativa probatória é de das partes; b) segue-se a fase de exame da *admissibilidade*, onde cabe ao juiz identificar se o meio proposto é necessário e eficaz à prova pretendida, se o fato a ser provado é relevante ao deslinde do feito e, por fim, se é controvertido a ponto de autorizar a sua produção; c) deferida a realização da prova pericial a mesma será *produzida* conforme o regramento legal: as partes terão oportunidade de formular quesitos e indicar assistentes, cabendo ao perito realizar diligências, responder as indagações, apresentar laudo etc.; d) na quarta fase, o juiz deliberará em sentença sobre o valor que dará a esta prova, sendo certo que não está adstrito às conclusões da mesma. Todos os meios de prova típicos e atípicos quando submetidos a tal investigação, respondem afirmativamente, ainda que determinado meio, como o documental ou a prova emprestada, possam eventualmente concentrar num só momento duas fases ou até mesmo inverter a ordem natural: proposição, admissão, produção e avaliação.

A polêmica questão da interceptação telefônica autorizada para o processo crime que neste trabalho se sustenta possa ser trasladada ao processo civil como meio de prova atípico, serve de exemplo para a verificação sugerida. A hipótese permite se identifique, igualmente, as quatro fases: como a interceptação telefônica se materializa em documentos onde o conteúdo é degradado, a parte que pretender produzir tal meio irá propor e produzi-la num só momento, mediante juntada de documentos e subespécie de prova emprestada; seguir-se-á a fase de admissão quando o magistrado acolherá ou não o pedido; aceitando-o,

ser ou não meio de prova é questionar se a hipótese considerada pode, numa petição inicial, integrar a *causa petendi* (art. 282, inciso III, do CPC) ou deve ser posta junto aos requerimentos de prova (art. 282, inciso VI, do CPC). Assim, por exemplo, a oitiva de testemunhas estará entre os pedidos de prova sempre que necessária; já os fatos notórios, por exemplo, integrarão a causa de pedir, como fato relevante ao julgamento da causa e que dispensa prova pelo benefício legal do art. 334 do CPC e nunca como prova pretendida pela parte.

José Carlos Barbosa Moreira, com sua invulgar percuciência, discorreu sobre o tema em conferência, onde analisou o Código Civil de 2002 e suas repercussões no Direito

complementará a produção da prova, ouvindo a parte contrária e facultando-lhe a ela se contrapor; por fim, avaliará em sentença o valor que lhe deve dar em sua livre convicção.

Considere-se agora, o comportamento processual das partes que para alguns autores deve ser tido como meio de prova. Não é visível situação onde autor ou réu possam com a inicial ou contestação propor tal modalidade de prova, já que ela não integra o rol de atos que podem ser praticados no processo pelas partes. Eventualmente pode ocorrer comportamento que tenha relevância ao julgamento, o que ocorrerá de modo espontâneo e corresponderá a fruto da observação das partes ou do juiz. Menos viável, ainda, é supor se possa produzir tal comportamento com fim probatório, submetendo-o ao contraditório. Quando ocorre resulta de um agir espontâneo da parte, sem percebimento de que assim agindo pode estimular ou autorizar conclusões contrárias ao seu interesse. A admissão do comportamento processual quando se dá, ocorre juntamente com sua valoração em sentença como elemento racional do convencimento livre e não como veículo da prova produzida.

Compondo-se um exemplo: a parte que postulou indenização por dano moral conseqüência da morte de um ente querido, ao depor o faz com tranqüilidade – excessiva ao revelar dados sobre a morte ou sobre os dias que se seguiram, o que seria de se supor tema doloroso a ponto de justificar a indenização moral postulada. A aparente indiferença em situação que para outras pessoas seria chocante, pode ser comportamento processual que influencie validamente o convencimento livre do juiz.

O contrário também é possível: depondo a parte autora revela dor, sofrimento, chora, pede para tomar água, tomada por forte emoção provoca suspensão momentânea da audiência, etc. Um e outro comportamento poderão auxiliar a formação do convencimento livre do juiz ao julgar, ao avaliar o todo probatório.

Todavia, a ninguém é dado antes do depoimento pedir ao juiz que lhe admita provar a dor ou indiferença do autor com o comportamento que deve ocorrer quando o adverso irá depor. Se alguém admitisse tal meio probatório, terminaria por estimular encenações daquele que depõe como se devesse teatralizar a dor referida na inicial.

Não se identifica, igualmente, forma de produção do comportamento processual como meio de prova. O que de real há é acontecimento capaz de influenciar a formação do livre convencimento do juiz na avaliação do conjunto de provas produzidas.

Processual⁴⁶, identificando a existência de provas atípicas (não meios) como sendo “aquelas para as quais não existe previsão expressa e nem regulamentação legal”.⁴⁷

Acrescenta:

“a atipicidade não diz respeito às fontes de que o juiz pode extrair elementos para formar sua convicção: não se concebem outras que não as pessoas, as coisas e os fenômenos naturais ou artificialmente provocados, e todas elas estão cobertas pelo texto legal. O que se tem em vista, ao falar de ‘provas atípicas’, é o modo pelo qual chegam ao órgão judicial às informações ministradas por essas fontes: por exemplo, uma declaração escrita de terceiro, em vez de seu depoimento colhido na forma do art. 416, do Código de Processo Civil”.⁴⁸

Para os fins do presente estudo, considera-se que a regra no plano infraconstitucional remete o intérprete aos termos do citado art. 332 do CPC, no qual os meios de prova estão divididos em duas espécies: ou são tipificados em lei, ou são atípicos, mas, nesse caso, devendo ser moralmente legítimos.

A tipicidade do meio probatório como visto é decorrência de ter ou não previsão legal no ordenamento que lhe trace os devidos contornos de identificação e validade.

A prova documental disciplinada nos arts. 364 e seguintes, do CPC é típica, ao passo que a prova emprestada é atípica, em razão de não estar disciplinada em lei, mas é moralmente legítima. Nesse sentido, cita-se inclusive a doutrina de João Batista Lopes: “Sob a denominação de provas atípicas tem a doutrina, especialmente a italiana, discutido

⁴⁶ “*O Novo Código Civil e o Direito Processual*”, palestra proferida por José Carlos Barbosa Moreira no dia 06 de maio de 2002, no auditório da AMAERJ, texto disponível em www.amaerj.org.br/Editorial/ acessado em 09.02.05.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem, idem.

a admissibilidade de provas não previstas no ordenamento jurídico ou obtidas de forma irregular, ainda que lícitas”.⁴⁹

Por outro lado e igualmente relevante, o já referido princípio do livre convencimento consagrado no art. 131 do CPC⁵⁰ permite se conclua, como o fez Ernane Fidelis dos Santos⁵¹, que inexistente hierarquia entre os meios, sejam eles típicos ou atípicos, posto que ao juiz é dado convencer-se livremente para julgar a demanda posta. Não significa, por outro lado, que o juiz formando seu convencimento probatório por um meio não disciplinado no ordenamento jurídico, esteja a descumprir este, posto que a declaração contida na sentença diz unicamente quanto à avaliação racional subjetiva que é dada ao magistrado fazê-la por ser dotado dos poderes de direção, instrução e julgamento.

⁴⁹ Ob. citada, P. 159

⁵⁰ O processo penal possui regra idêntica no art. 157 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”, sem, todavia, exigir a persuasão racional de modo expresse.

⁵¹ SANTOS, Ernane Fidelis. *Manual de Direito Processual Civil*, 4ª. Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 390.

CAPÍTULO IV – DAS ESPÉCIES DE PROVAS

4.1 Das Provas Legais ou Típicas

Do citado art. 332 do CPC tem-se na sua primeira parte a admissão da prova típica e, que por ser genérica com expressa provisão legal, não apresenta maiores problemas de compreensão: meios de prova legais são aqueles previstos no ordenamento jurídico. Assim, compreendem aqueles do Código de Processo Civil (art. 342 e seguintes), os do Código Civil (art. 212) e todo e qualquer outro meio de prova previsto em lei, inclusive, àqueles previstos no Código de Processo Penal.

São relativamente comuns na doutrina processual civilista posturas que incluem os meios de provas previstos no processo penal como provas atípicas.⁵² A colocação, segundo parece, tem origem na redação original do art. 208 do CPC de 1939, que é similar ao de 1973, mas com diferente abrangência. Diz ele: "São admissíveis em Juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais". Pela limitação, só se poderia ter como meio de prova as espécies acaso previstas exclusivamente nos campos do direito civil e comercial, com ilógica exclusão de quaisquer outras, inclusive das normas penais por sua natureza. Nesse cenário de então, a prova de origem penal era atípica porque seu emprego resultaria de construção doutrinária e jurisprudencial e não da regra legal propriamente dita.

⁵² Vicente Greco Filho (Direito Processual Civil Brasileiro, Vol. 2, 16ª. Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 185.), por exemplo, inclui as provas do Código de Processo Penal entre os meios de provas não previstos legalmente, mas admissíveis porque moralmente legítimos; Marcelo Abelha Rodrigues (Elementos de Direito Processual Civil, Vol. 2, 1ª. edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 174.) exemplifica a prova atípica com a reconstituição do processo penal.

A atual norma, ao admitir todos os meios legais, deu ao intérprete autorização para colher qualquer modalidade de prova do ordenamento, seja ela de natureza fiscal, previdenciária, consumerista ou mesmo penal. Assim, meios de prova previstos nas leis penais são modalidades de prova previstas no ordenamento, enquadrando-se na primeira hipótese do art. 332 do CPC (“Todos os meios legais...”) ou meios de prova típicos.

As provas penais admissíveis ao processo civil como meios de prova típicos são as formas ordinárias do Código de Processo Penal e que, eventualmente, não possuam correspondência no processo civil. No Processo Penal são meios de prova o exame de corpo de delito e perícias (art. 158), o interrogatório do acusado (art. 185), a confissão (art. 197), o depoimento testemunhal (art. 202), o reconhecimento de pessoas e coisas (art. 226), a acareação (art. 229), a documental (art. 231), os indícios (art. 239) e a busca e apreensão (art. 240). A reconstituição do crime, prática usual do processo penal, resulta do art. 7º do CPP⁵³ e está compreendida no elenco das providências instrutórias a cargo da autoridade policial. Esta autoridade pode proceder à reconstituição nos casos de complexa elucidação, principalmente quando houver dúvidas sobre posicionamento, distância, existência de obstáculos, etc.

O exame comparativo dos meios de prova nos processos civil e penal diz com a inexistência de diferentes meios entre um e outro campo do direito, posto que o exame de corpo de delito é forma de perícia, que a acareação também é prática civil (art. 418, II) e que as demais formas são ordinárias.

⁵³ “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”.

A reconstituição do fato deve ser caracterizada como a "*teatralización de las seqüências del hecho investigado, según distintas versiones de sus protagonistas (incluidos imputados, víctimas, testigos) proporcionan, con el objeto de determinar la posibilidad (física) que se hubiere desarrollado del modo relatado*"⁵⁴, e que verdadeiramente representa um meio ou forma distintiva que não possui correspondência no processo civil.

Os meios legais ou típicos são, por prévia definição, moralmente legítimos. Na doutrina autorizadas vozes⁵⁵ sustentam que o condicionamento a meios de provas "moralmente legítimos" do art. 332 do CPC, significaria, senso oposto, a vedação ao emprego de provas moralmente ilegítimas. Por conseqüência, concluem, se estaria concedendo ao juiz o direito de dizer o que é moral ou não, e, por extensão, se terminaria equivocadamente reconhecendo ao juiz poderes para afastar de seu livre convencimento meio de prova legal por ele subjetivamente reputado moralmente ilegítimo.

Cite-se Marinoni: "se o juiz pode afirmar que uma prova legal é moralmente ilegítima, ele está autorizado a negar o direito à prova quando a prova é legal, mas segundo a sua concepção moralmente ilegítima"?⁵⁶. E Portanova: "A contrário sensu, ao permitir o exame tanto da legalidade como da moralidade da prova, o Código de Processo Civil abriu um amplo e importante leque de investigações, inviabilizando, assim, eventual meio de prova previsto em lei, mas moralmente inaceitável"⁵⁷.

⁵⁴ CARLOS CREUS Apud HARO, Benito Villanueva in *La reconstrucción de los hechos y su valor probatório em el proceso penal*. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/> consultado em 19.04.05.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e Sergio Cruz Arenhart, in *MANUAL DO PROCESSO DE CONHECIMENTO*, Ed. RT, 2001, pg. 302. PORTANOVA, Rui, em *PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL*, 1. Ed., 2a. Tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 201.

⁵⁶ Ob. Cit., pg. 302

⁵⁷ Ob. Citada, p. 201.

Em sentido oposto é a doutrina de Antonio Carlos Cintra ao ensinar que “Quanto aos meios legais de prova, entende-se que o próprio legislador os considerou moralmente legítimos, não havendo como questionar a esse respeito.”⁵⁸

O sistema do Código, numa definição linear, é de inclusão e não de exclusão. Ao juiz é exigido – sem opção ou ato de vontade qualquer – admitir todos os meios de provas legais, quais sejam, todos aqueles meios previstos no ordenamento. Se for o caso, pode ainda o magistrado admitir a produção de outros meios probatórios não legais, “desde que moralmente legítimos”, a teor da regra codificada. A admissão de meios probatórios previstos em lei foge da apreciação moral do magistrado porque definidos e impostos pela lei como direito da parte. No entanto, disso não resulta que o juiz deva formar seu convencimento sobre a causa posta pelo só fato de a parte ter direito de produzir tal espécie de prova. Significa, sim, que será dado aos litigantes fazer uso de tal meio, sem se sujeitar ao impedimento moral decorrente de avaliação subjetiva do juiz que presida o feito.

A legitimidade moral do meio probatório previsto em lei é pressuposto objetivo da norma que a acolhe e disciplina seu exercício. Vale dizer que o legislador, ao admitir o uso de tal meio de prova em espécie, exercita juízo moral suficiente para dispensar qualquer manifestação subjetiva do operador ou do intérprete. Quando a lei admite o depoimento pessoal como meio de prova, dá aos jurisdicionados e ao julgador um instrumento de pleno uso no fim probatório, que é atingir o convencimento daquele que julga. Neste ou naquele caso poderá haver situações tais que melindrem a parte em depor

⁵⁸ Comentários... Forense, Ob. cit. Vol. IV.

sobre fatos constrangedores para si, mas nem por isso se poderá recusar ao demandado o direito de promover tal prova.⁵⁹

A regra moral impeditiva só pode ser invocada para acrescer ou incluir outros meios sem que a lei sobre eles tenha feito previsão específica. O que de efetivo se pode dizer é que a norma – de difícil enquadramento – tem em si a virtude de admitir a possibilidade de existir e se fazer uso de outros meios além daqueles pensados pelo legislador e disponibilizados no ordenamento. Estes outros meios deverão se legitimar a partir da avaliação subjetiva do órgão jurisdicional perante o qual tenham sido suscitados, aí sim, de serem ou não morais. Melhor ainda, a avaliação subjetiva de que tais meios são legítimos porque não infringem a moral.⁶⁰

4.2 Meios de Prova Moralmente Legítimos ou Atípicos

Como dito anteriormente, pela regra do art. 332 do CPC são admissíveis não só os meios de prova legalmente previstos, mas, igualmente, outros meios de prova desde que moralmente legítimos. A definição do que seja moralmente ilegítimo em matéria de prova desafia o tema e dificulta a compreensão do que parecia simples. Nesse sentido a lição de Ernane Fidelis dos Santos: “O meio probatório pode não estar previsto na lei, mas ser

⁵⁹ Numa demanda em que se pretenda indenização por dano moral havido em situação de violação da liberdade sexual, por exemplo, haverá constrangimento em depor para aquela pessoa que se diz ofendida. Até se poderá censurar moralmente a iniciativa do depoimento e das indagações que o acusado lhe dirija durante o depoimento, mas o direito subjetivo de produzir tal meio de prova lhe está assegurado, da mesma forma que à ofendida se assegura o direito ao silêncio, com ou sem as sanções do art. 343, § 2º, conforme seja justificado ou não (art. 345).

⁶⁰ Ernane Fidelis esclarece o conceito moral: “Princípios de ordem moral soa os que a consciência social extrai, em essência, do conjunto de normas de conduta, que aceitas em determinado momento histórico”. (Ob. cit., p. 391).

admitido desde que moralmente legítimo (art. 332), isto é, da espécie que não fere princípios éticos na captação”.⁶¹

Marcelo Abelha Rodrigues⁶², no exame da prova atípica, cria método para só admiti-la quando possa responder objetivamente a três elementos: a licitude, a moralidade e a legalidade. Cita como exemplo de apoio às suas conclusões o reconhecimento de pessoas e coisas, a reconstituição de fatos e a prova emprestada⁶³. Podem se endossar dois de seus requisitos objetivos: a exigência de licitude da prova atípica decorre do texto constitucional e a de moralidade decorre da exigência codificada no art. 332 do CPC. Já o terceiro requisito proposto, o da *legalidade*, se confunde com a licitude, pois que, como visto anteriormente, compreende tanto os aspectos formais quanto os materiais. De resto o atípico é o que não está na lei.

A legalidade a que se refere o ilustre professor capixaba, como requisito específico da prova atípica, pode confundir um e outro meio classificatório, já que o significado amplo de legalidade – ser conforme a lei – está contido na exigência de licitude nos seus aspectos formais e materiais. Vale dizer, todos os meios legais ou típicos e atípicos estão sujeitos à legalidade, até porque a Constituição Federal veda o emprego da prova ilícita.

⁶¹ Ob. citada, p. 391.

⁶² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil, Vol. 2, 1ª. edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 174.

⁶³ O reconhecimento de pessoas e coisas citado por Abelha e com freqüência pela doutrina como exemplo de prova atípica, pode ter enquadramento como prova legal ou típica, entendendo corresponder no processo civil à espécie de prova constante da inspeção judicial. Há tão somente, entre o direito civil e o penal, diferentes formas de nominar o mesmo instituto.

Em ensaio sobre o tema, Patrícia Azevedo da Silveira⁶⁴ firma entendimento de que a regra do art. 383 do CPC, ao arrolar espécies de meios de provas admissíveis em juízo (reprodução mecânica, fotográfica, cinematográfica etc.), fará prova de fatos ou coisas representadas, acaso não impugnadas pelo adverso, daí que, mesmo não se caracterizando como moralmente legítimo, poderá gerar efeitos.

O prisma interpretativo aqui referido é interessante porque haveria ilegitimidade moral na produção de meio de prova referido legal, típico, devidamente previsto em lei. Prova mecânica, fotográfica, etc., são espécies de documentos e, pois, grafado com a presunção de licitude e moralidade que advém do texto legal. Todavia, pode ter sido produzido de modo ilícito, como gravação ou interceptação ambiental, entendendo a autora que poderá fazer prova de seu conteúdo acaso não impugnado pelo adverso quando submetido ao contraditório.

Com a devida *vênia* para discordar, mas a tanto não se pode chegar. É que o comando constitucional, ao vedar a prova ilícita, o faz com caráter de generalidade e por isso mesmo acima do interesse das partes litigantes, de tal modo que mesmo na hipótese de silêncio da parte contra quem é produzido, deve o juiz inadmitir as provas acaso revestidas de ilicitude, negando-lhes assim o efeito probatório. A legalidade e licitude do meio não alcançam a forma como ele é obtido ou produzido, da mesma forma que pode se dar com o documento escrito. Uma declaração assinada em documento escrito eivada de vício por coação é tão ilícita quanto a interceptação ambiental e uma e outra são insusceptíveis de fazer prova porque caracterizam prova ilícita. O silêncio da parte contra quem foi produzido não diminui a ilicitude e não retira do juiz o dever de desconsiderá-la como tal.

⁶⁴ SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. A Prova Ilícita no Cível, in Prova Cível, org. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 207.

Alexandre de Paula, citado por Rui Portanova, formula desafiante indagação sobre o tema em seu Código de Processo Anotado: “se o meio de prova não tem amparo na lei, ele não se legitima por nenhuma outra forma por melhor que seja o princípio moral que o inspire.”⁶⁵ Sustenta que mais escasso, ainda, fica o terreno de identificação e atuação deste meio não-legal, quando se considera a vedação constitucional de uso da prova ilícita. Tais as dificuldades para se aceitar provas atípicas que na doutrina a lista de exemplos dados em geral são de casos legais da área do direito e processo penal⁶⁶, os quais, bem considerados, são verdadeiramente casos de provas típicas.

Indiscutivelmente do rol de provas atípicas geralmente citadas na doutrina a prova emprestada é uma unanimidade e ostensivamente qualificada como moralmente legítima. Como se sustentará mais adiante, essa modalidade comporta uma subespécie que é a prova emprestada de gravação de conversa telefônica autorizada para o processo criminal, haja vista a imprevisão legal e ser moralmente legítimo. Nesse sentido, apóia-se inclusive na doutrina de Marcus Vinicius Gonçalves.⁶⁷

Discorrendo sobre meio de prova moralmente ilegítimo, Alcides Burgarelli⁶⁸, traz à colação exemplo de caso civil, onde um autor de incesto pretendesse justificar ausência de obrigação de indenizar a vítima, uma vez que na condição de pai não a

⁶⁵ Ob. Citada, p. 201.

⁶⁶ Vicente Greco Filho anota em seu Direito Processual Civil Brasileiro (2º vol, 16ª. Ed, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 185) exemplos de meios de provas não previstos legalmente e que são moralmente legítimos: “... podem ser citados o reconhecimento de pessoas ou coisas ou a reconstituição de fatos (este está incluído entre os casos de inspeção judicial, mas sem os pormenores do procedimento), meios previstos no Código de Processo Penal e perfeitamente possíveis de ser, em tese, utilizados em causas cíveis. Outro meio de prova não previsto, mas admissível é a chamada prova emprestada.”

⁶⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rio. Novo Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1, 1ª. Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 435.

⁶⁸ BURGARELLI, Alcides. Tratado das Provas Cíveis. 1ª. Ed., Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 70.

colocaria ao ridículo, de que lhe garante a assistência financeira e, por fim, que teria havido consentimento para as relações incestuosas. Conclui o jurista: “esta prova não serviria, porque moralmente ilegítima”⁶⁹, conseqüência da justificada reprovação social ao incesto.

Como se vê, o autor deixa de avaliar o aspecto processual probatório para reprovar a ilegitimidade do fundamento da defesa por entendê-lo moralmente ilegítimo. A reprovação *in casu* não tem a ver com o meio de prova, mas com o descabimento do fundamento da defesa. Na realidade, e segundo a técnica processual, o indeferimento da prova decorreria da irrelevância dos fatos alegados (consentimento etc.) pelo demandado e que não tem o condão de sustentar a improcedência da postulação. Até porque os meios de prova capazes de demonstrar tais alegações (ser pai, não expor a ridículo, consentimento) se dariam por meios de provas típicos ou legais (documento, depoimento pessoal, perícia).

O problema, no particular, diz respeito à extensão do critério, já que há no ordenamento lei federal que cria uma modalidade de prova e limita seu emprego ao inquérito e à ação penal. Pode, pois, a lei federal excluir-se do alcance determinado pelo processo civil quando introduz meio probatório novo? Com efeito, é o que se dá com a Lei Federal nº 9.296/ 96 que firma regramento e cria um meio de prova invulgar, até então inexistente, qual seja a interceptação telefônica autorizada, sua escuta e gravação, para os exclusivos fins de investigação criminal e instrução processual penal⁷⁰.

⁶⁹ Idem, idem.

⁷⁰ Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Há um aparente conflito de leis sem ser exatamente uma antinomia, já que a regra civil é de natureza geral e abrangente, alcançando inclusive as normas de natureza penal, e uma delas se autoproclama fora do alcance da norma civil. A norma processual penal criada pela Lei 9.296/96, diga-se, é especial e restritiva, na medida em que limita seu emprego com validade à esfera do inquérito e processo criminal.

A questão de poder ou não ser estendida, ou de qualquer modo aplicada ao processo civil, resolve-se mediante duas hordas de filtragens. Num primeiro momento para saber se a limitação da Lei 9.296/96 é juridicamente correta e impede possa a interceptação autorizada de conversa telefônica ser trasladada para o processo civil, como espécie de prova do gênero “prova legal ou típica“. Em sendo negativa e confirmada a validade da restrição, cabe investigar se tal prova pode ser usada no processo civil considerando-a como “prova moralmente legítima o atípica.”

A primeira parte resolve-se pela regra interpretativa, segundo a qual a norma especial não revoga a geral nem a geral revoga a especial, podendo com ela coexistir, salvo se disciplinar a matéria de modo diverso, ou se a revogar expressamente. No caso a lei geral (art. 332 do CPC) admite todo meio de prova ao processo civil desde que previsto em lei. A norma especial que cria meio de prova, constante da interceptação telefônica autorizada para o inquérito e ação penal, não se enquadra e nem altera a regra geral, porque a excepciona validamente e também porque seu comando é de âmbito restrito tal como é declarado no seu texto.

Portanto, a regra do art. 332 do CPC, primeira parte, não alcança ou acolhe a modalidade de prova criada pela Lei 9.296/96. Já a avaliação sob o prisma da segunda

hipótese do art. 332 (meios moralmente legítimos ou prova atípica) se tratará a seguir em capítulo próprio.

O professor Darci Guimarães Ribeiro, em sua obra *Provas Atípicas*, ensina que o legislador arrolou certos meios de provas, como o depoimento, a confissão etc., sem, todavia, vetar “a possibilidade do juiz se convencer através de outros meios”⁷¹, conforme a parte final do art. 332. E acrescenta:

“São esses ‘*outros meios*’, não delimitados, e alguns nem positivados pelo legislador, como forma de convencimento, que procuraremos desenvolver nesta exposição, uma vez que não se encontram delimitados em lei nenhuma, não apresentam requisitos, conseqüentemente, tornam-se obscuros, pouco utilizados, devido à insegurança trazida pela falta de conhecimento.”⁷²

As provas atípicas estudadas pelo autor são os fatos notórios, as presunções, as regras de experiências, a prova emprestada, o comportamento processual das partes como meio de prova e o documento eletrônico.

Com a máxima *vênia* para discordar de tão autorizada voz, mas do rol de meios estudados como atípicos, somente a prova emprestada e o comportamento processual das partes o são; os demais, ou não são meios de prova, ou são meios típicos, legais, porque previstos em lei. A ampla diversidade de sentidos, inclusive jurídicos, do termo “prova” dá ensejo a entendimentos confrontantes.

Deve ser dito que o ensaio do professor Darci Ribeiro dá ao significado “meio de prova” um sentido diverso e não exatamente instrumental como é de sua natureza.

⁷¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*, 1ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998. pg. 93.

⁷² *Idem*, *idem*.

Inova, livremente, dando a “meio de prova” como mecanismo pelo qual se conseguiria influir no resultado probatório atuando na esfera de convencimento judicial.

Assim, o juiz que é livre para avaliar a prova e formar o seu convencimento racional (art. 131 do CPC); pode formá-lo com a objetividade do cotejo das provas legais produzidas pelas partes ou por ele determinada (art. 130 do CPC), ou usar de sua experiência acumulada (art. 335 do CC), tirando máximas que sustentem o julgamento.

Observe-se que o documento eletrônico tido como prova atípica no estudo do professor Darci Ribeiro verdadeiramente é espécie nova de documento, seja porque se expressará através da impressão do registro eletrônico, ou porque é trazida aos autos do processo através de disquete, CD ou outro artefato eletrônico que não desnatura o conceito legal de documento. O fato notório dispensa a prova e não pode ser meio de provar aquilo que está dispensado, mas influencia o convencimento judicial para decidir a demanda. Parece ser este o sentido que lhe foi dado no ensaio referido.

O art. 334 do CPC dispensa qualquer meio de prova quando os fatos relevantes e controvertidos forem notórios (inciso I) ou derem ensejo à presunção legal de existência ou verdade (inciso IV). Se estas duas hipóteses caracterizam “meios de prova” como propõe o estudo, nenhuma razão haveria para excluir como tal as hipóteses dos incisos II (fatos afirmados por uma parte e confessados pelo adverso) e III (admitidos no processo como incontroversos) e, por extensão, a revelia seria também meio de prova.

Na realidade a dificuldade aqui é de ordem conceitual. Como se pode facilmente verificar, o conceito jurídico adotado pelo processo civil não difere

substancialmente do sentido comum de prova. É que tanto pode significar a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência de fatos relevantes ao direito alegado, tendentes a formar a convicção do julgador, quanto ao instrumento por meio do qual a verificação dos fatos se faz. A análise em comento sugere investigar os meios de prova e termina discorrendo sobre o primeiro sentido. Quando diz que a parte processual produziu a prova atípica, o faz significando que ela fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação, sem usar dos meios tradicionais (depoimento, documento etc.); a ação de provar com fato notório, com presunção, é incomum, o que não transforma estas em instrumento de prova.

Meio de prova deve ser visto como instrumento conferido às partes para produzir a prova; é o veículo de que se serve a parte para demonstrar no processo o fato por ela invocado como relevante ao seu interesse. O fato notório e a presunção não são meios de prova nesse sentido porque, na realidade, dispensam a produção de prova quando ocorrentes. No exemplo típico da doutrina paulista, aquele que contrai doença de pele por ter se banhado no rio Tietê, na ação indenizatória tem a seu favor o fato notório de ser aquele um rio poluído, dispensando a produção tal prova; restará, contudo, o dever provar a doença e a relação de causa e efeito, o que será feito, necessariamente, através de um dos meios de prova típico: a perícia técnica.

É, todavia, possível identificar que, de modo amplo, o fato notório e a presunção servem para tornar certo nos autos fato que interessa à parte. Moacyr Amaral dos Santos, em sua clássica obra *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, citando

entendimento de Mortara⁷³, sustenta não serem taxativos os meios de prova no direito italiano de então, até porque o fato notório não tinha previsão legal e como tal deveria ser tratado. Vale dizer que também que ele empresta ao fato notório conotação de meio, quando se refere ao direito italiano. Mais adiante, referindo-se ao CPC de 1939, conclui que “no direito *positivo pátrio* desaparece toda e qualquer controvérsia a respeito. Cabe à doutrina, porém, conceituar os ‘fatos notórios’ e ao juiz, em cada caso, apreciar se o fato é suficientemente notório que não reclame prova”.⁷⁴

Mesmo para quem pretenda identificar no fato notório e na presunção meios probatórios, vislumbrando na dispensa um mecanismo de produzir a prova do fato, seria o mesmo típico porque previsto em lei. Invocando o art. 332 do CPC que disciplina os meios de prova típicos e atípicos, a conclusão forçosa é a de que, se o fato notório e a presunção são meios de prova, sua classificação deve corresponder a meios de prova legais ou típicos porque expressamente previstos no ordenamento.

A atipicidade aqui não é da prova ou do mecanismo usado para provar, mas, sim, do procedimento que dispensa a prova. Observe-se que tanto a presunção quanto a notoriedade não são instrumentos para a formação do livre convencimento do julgador, ao contrário, retiram dele a liberdade de avaliar se foi ou não provado o fato que se beneficie da notoriedade ou da presunção legal. Outras provas produzidas por diferentes meios poderão se contrapor ao fato notório ou presumido, mas ambos ter-se-ão por provado e insusceptíveis de desconhecimento pela sentença. O juiz continua detentor do livre

⁷³ SANTOS, Moacyr Amaral dos. A Prova Judiciária no Cível e Comercial, Vol. I, 4ª. Ed., São Paulo, Max Limonad Editor, 1970, p. 74.

⁷⁴ Ob. citada, p. 158.

convencimento, mas sem desconsiderar o fato notório (ou a presunção) para racionalmente julgar a lide.

O documento eletrônico, como o próprio professor Darci Ribeiro conceitua em sua monografia, é documento em seu sentido técnico-jurídico: coisa que faz conhecer um fato, em contraposição ao testemunho.⁷⁵ O arquivo do disco rígido, do disquete ou CD é documento, sendo espécie de prova legal e típica.

Verdadeiramente são provas atípicas, no sentido de não terem tipicidade pela imprevisão legal, a prova emprestada e o comportamento processual das partes, conquanto ambas passem por adaptações conceituais para se chegar a tanto. É que a prova emprestada termina redundando em espécie de prova documental, quando transfere depoimentos escritos e consignados em papel de um para outro processo. O comportamento das partes, em realidade, é critério de convencimento do magistrado, ativado validamente como aplicação de regras de experiência a que se refere o art. 335 do CPC. Ao depor, a parte que altera seu estado de ânimo pode ter sido acometida a intranqüilidade natural de quem vai prestar depoimento judicial, ou pode demonstrar o desconforto de ter que evitar confessar fatos do interesse do adverso; a perfeição do depoimento pode dar fé ao que foi dito ou artificializá-lo, como adrede preparado, não espontâneo, e é a experiência do magistrado que irá dosar a credibilidade.⁷⁶

O ponto crítico do tema consiste exatamente em definir e sujeitar à parte ao conceito de moralidade, que é subjetivo, e por isso mesmo pode variar de pessoa para

⁷⁵ Ob. cit. P. 132

⁷⁶ Exemplo típico de comportamento como meio ou mecanismo de prova era o da recusa não justificada de submeter-se ao exame de DNA na ação de investigação de paternidade, fazendo essa ser presumida, principalmente se corroborada, harmônica, com outras provas.

pessoa. É da alçada de cada juiz ou órgão jurisdicional expressar o conceito da moralidade ao proferir seu julgamento, daí resultando compreensível intranqüilidade. Na Idade Média, por exemplo, a tortura era meio de prova legítimo do ponto de vista legal e moral. As ordálias, os juízos de Deus, idem.

Vale dizer: o conceito de moralidade é demasiado elástico para legitimar prova não legalmente prevista no ordenamento jurídico (art. 332 do CPC) e por ele não vedada em razão de ilicitude (art. 5º, inciso LVI, da CF).

A propósito do comportamento processual, comumente citado como meio de prova atípico, consiste verdadeiramente em critério de aferição probatória ou convencimento judicial. Não é meio porque dele as partes não podem se valer – nem mesmo confiar. O comportamento da parte no processo pode, à vista dos demais meios probatórios, convencer o juiz quanto ao fato alegado, função legalmente prevista no art. 335 do CPC.

Ao juiz é dado usar de sua experiência dela tirando máximas de convencimento. O comportamento é fator indutor de convencimento judicial, mas não instrumento probatório. Admitir-se o comportamento processual como meio de prova atípico importaria em aceitar que pudessem as partes postular a produção ao de tal meio, o que teatralizaria artificialmente a postura das partes no processo, tentando induzir o convencimento por mecanismos que não se podem submeter ao contraditório. É inevitável que ao juiz, destinatário da prova, tem importância a postura comportamental do autor e réu e de todos os demais que intervêm no processo. A testemunha que depõe com segurança, obviamente impressiona favoravelmente o julgador, do mesmo modo em que a

testemunha recalcitrante fragiliza seu depoimento, ainda que verdadeiro. Trata-se, portanto, de uma produção oriunda do ser humano e que como tal é por ele interferida, refletindo-se na sua produção final, já que a prova é produzida para avaliação de uma pessoa investida de poder jurisdicional. Por isso mesmo não se pode sustentar que o comportamento da parte ou da testemunha possa ser meio ou instrumento de prova, sem negar que tal comportamento possa, sim, interferir na mensuração de valor probatório.

4.3 Espécies de Provas Atípicas: Prova emprestada, Interceptação Telefônica Autorizada

O tema, como está visto, é polêmico porque envolve conceitos que em matéria de prova são complexos ou frágeis. Variam os autores nos exemplos e, não raro, confundem-se provas legais típicas com as moralmente legítimas.

4.3.1 Prova Emprestada

Unanimidade há no que diz respeito a prova emprestada como exemplo de prova atípica. Com a palavra Moacyr Amaral dos Santos: “... é o oferecimento em um processo de provas produzidas em outro. São depoimentos de testemunhas, de litigantes, são exames, trasladados, por certidão, de uns para outros com fins de prova”.⁷⁷

O fato de a prova emprestada ser trasladada por certidão ou por reprodução fotográfica não é suficiente para que possa ser classificada como prova documental, ainda que como tal se materialize. É que a transferência se dá com os predicados de ter passado

⁷⁷ Ob. cit (Prova Judiciária...) p. 307.

pelo contraditório judicial. Vale como “ato processado em juízo”, prova produzida perante um magistrado.

A eficácia da prova emprestada fica sujeita a certas limitações. A primeira exigência é a de ter sido produzida em demanda anterior entre as mesmas partes do processo onde agora se quer reproduzir. Outra exigência, consigna Ovídio Baptista, está relacionada com a natureza do processo primitivo, já que a prova a ser emprestada:

“... pode ter seu valor diminuído se menores tiverem sido as garantias existentes no processo primitivo, tomadas para assegurar a fidelidade da prova à verdade dos fatos a provar. Estão, por exemplo, neste caso, as provas produzidas em procedimento de jurisdição voluntária, cujo valor em princípio não pode ser igual ao de uma prova oriunda de um processo contencioso, produzida sob rigoroso contraditório”.⁷⁸

Ovídio, citando doutrina de Echandia, Lessona e Moacyr Amaral dos Santos, identifica casos em que a prova emprestada tem o mesmo valor que lhe foi conferido no processo primitivo, quais sejam, nos casos de processos cumulados por conexão, dependência ou acessoriedade e também hipóteses de litisconsórcio, em processo cumulado, cujo valor probatório deva ser o mesmo perante os demais litisconsortes, como consequência do princípio da unidade do pensamento judicial.⁷⁹

Convém destacar que a prova emprestada é sempre possível e não se sujeita aos requisitos acima, que só são exigidos e considerados para os fins de avaliação, com os referidos predicados de corresponder a prova processada em juízo. Minimamente haverá

⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Vol. I, 3ª. Ed., Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 303.

⁷⁹ Ob. citada, p. 304.

possibilidade de produzir tal prova como espécie de prova documental, com o valor que se lhe puder atribuir, observado o conjunto de provas e alegações contido nos autos.

Da mesma forma, só que em sentido oposto, a admissão de prova emprestada de interceptação autorizada no processo criminal não vincula o juiz do processo para o qual foi trasladada. Assim, inclusive, postula a doutrina de Darci Ribeiro: “O valor da prova emprestada, em qualquer das hipóteses acima referidas, depende exclusivamente da avaliação feita pelo juiz da causa, não ficando este vinculado à valorização feita pelo juiz do processo originário”.⁸⁰

4.3.2 Interceptação Telefônica Autorizada

O Código Penal, em seu art. 151, § 1º, inciso II, tipifica como crime a ação de quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente conversação telefônica entre outras pessoas, delito este nominado como violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, punido com reclusão de um a três anos.

Mais recentemente a Constituição Federal incluiu em seu art. 5º a proteção à intimidade como garantia fundamental da pessoa humana (inciso X), ao mesmo tempo em que assegurou a inviolabilidade das comunicações em geral, inclusive a telefônica e eletrônica (inciso XII). E é a própria Constituição Federal quem relativizou tal direito, declarando a possibilidade de interceptação para a investigação criminal ou instrução processual penal, desde que disciplinada em lei e autorizada por juiz.

⁸⁰ Ob. citada, p. 119.

Antes da regra constitucional a escuta telefônica era usada indiscriminadamente, tanto no âmbito penal como civil, desde que ambas fossem autorizadas judicialmente, aplicando-se as regras do Código de Telecomunicações. O texto constitucional colocou fim à prática de então, admitindo apenas sua ocorrência nos casos e na forma da lei, gisando a restrição de valoração e cabimento para fins do inquérito e ação penal.

Fica evidente que o legislador, ao limitar ao direito penal o âmbito de legalidade da interceptação, escuta e degravação de conversas telefônicas ou comunicações telemáticas, o fez para não conceder ao juiz civil o poder de autorizar tal prática e que por isso mesmo lhe permanece vedada. Apenas o juiz criminal possui poderes para autorizar a gravação telefônica, por pretensa valoração superior do bem tutelado pelo direito criminal.

Por conseqüência, a degravação da interceptação autorizada de conversa telefônica não pode ser usada para as demandas civis como meio de prova legal ou típico, porque como visto, é regra especial não revogada pela norma geral do art. 332 codificado. Resta o desafio de saber se pode ser admitida como meio de prova atípico, trasladando-se de algum modo a prova lícita do processo penal para a demanda civil.

Alexandre Freitas de Câmara⁸¹ com boa técnica enfrenta o problema e se posiciona, identificando a polêmica: a transcrição de escuta autorizada de ligação telefônica pode ser usada no civil?, bem como identificando duas correntes: a que admite o emprego como prova emprestada e a que inadmite o emprego em nome da vedação constitucional e especialidade da regra contida na Lei 9.296/96. E remata:

⁸¹ CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual, Vol. I, 1ª. Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editor, 1998, p. 369.

“Inclinamo-nos por esta segunda solução, por nos parecer mais consentânea com o nosso vigente sistema constitucional. O direito não pode permitir que se atinja por via oblíqua algo que o ordenamento positivo proíbe seja concedido ou utilizado. Admitir a utilização dessa prova, que poderíamos chamar de “indiretamente ilícita” seria compactuar com uma ilicitude (a utilização de conversas telefônicas como fonte de prova no processo civil). Por essa razão não se considera admissível a utilização da prova emprestada quando o meio de prova utilizado para obtenção daquela prova a ser carreada para os autos do processo em questão, embora lícito em relação ao processo onde a prova foi originariamente produzida, seja lícito em relação ao processo para onde se pretende levar a referida prova”.⁸²

Com as cautelas que a cortesia requer cabe discordar do eminente professor carioca. O fundamento de sua conclusão diz como ter por ilícita a transposição do crime para o cível porque vedada constitucionalmente. E é exatamente aqui que reside a nota da discordância: a Constituição Federal só proíbe a prova ilícita e não o emprego de prova lícita no crime para demandas civis. Ilícita é a prova produzida contra a lei de tal sorte que a prova produzida conforme as regras legais é necessariamente lícita. Esta licitude, todavia, não transpõe os limites do direito penal, o que, todavia, não significa *ide per se* a impossibilidade de seu emprego no processo civil.

O impedimento que decorre da Lei 9.296/96 está relacionado, sim, com a vedação ao juiz do processo civil em autorizar a gravação. Para esse juiz e esse processo a modalidade de gravação de conversa telefônica autorizada (meio legal de prova no processo penal) é absolutamente ilícita e alcançada pela proibição constitucional. O que se projeta para o cível é outra modalidade de prova e que consiste na prova documental daquilo que foi gravado lícitamente no processo civil, via prova emprestada.

⁸² Ob. Cit, p. 369.

Quem traslada depoimento pessoal ou testemunhal de uma demanda para outra não produziu a espécie de prova, depoimento pessoal ou testemunhal, mas, sim, uma prova emprestada diferente daquela que se trasladou. Em geral, apresenta-se sob a forma documental, um documento contendo o que foi objeto do depoimento em outra demanda. Tanto é assim que, mesmo onde se tenha admitido a prova emprestada consistente no depoimento pessoal prestado em outro processo, não se retira a possibilidade de tomar o depoimento pessoal da mesma pessoa no novo processo, ainda que vedadas reinquirições sobre o que já foi respondido.

O que haverá é a redefinição daquilo que pode ser objeto de prova pelo critério de fato relevante controvertido. O objeto da prova deve corresponder aos fatos relevantes e que tenham se tornado controvertidos na correlação inicial contestação. Aquilo que interessa ao processo no qual se produziu prova emprestada e que não foi impugnado no processo no qual originalmente foi produzida a prova, não poderá sê-lo então. Nem, por isso, se impedirá o depoimento pessoal, porque outros pontos relevantes e controvertidos podem ser esclarecidos e provados. Naturalmente, a introdução da prova emprestada neste outro processo deve ser, novamente, submetida ao contraditório constitucional.

O nó górdio, o ponto central, fica no entorno da consideração ética feita pelo Professor Alexandre Câmara anteriormente transcrita: o emprego da prova emprestada aqui representaria forma oblíqua de contornar a proibição legal do emprego da prova ilícita?

A degravação existente da interceptação telefônica autorizada pelo juiz do processo criminal não é ilícita⁸³, porque conforme as exigências da Lei 9.296/96. Ilícita

⁸³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1998, p. 117.

seria a degravação de conversa telefônica interceptada por determinação do juiz cível. Independentemente de quaisquer questionamentos éticos, a verdade que se sobrepõe é a de que licitamente foi produzida uma prova que interessa a uma demanda civil, sendo um direito da parte provar⁸⁴ os fatos e obter o correto julgamento da lide, que é compromisso jurisdicional do Estado/Juiz.

Os meios de provas admitidos ao processo civil, uma vez superada a não ilicitude da prova, como visto, são os legais (típicos) e os moralmente legítimos (atípicos), referidos no art. 332 do CPC. Não sendo legal ao cível pela restrição contida na Lei 9.296/96, resta verificar se tal prova emprestada fere a exigência de que as provas atípicas sejam moralmente legítimas.

Conquanto a legitimidade moral corresponda a critério subjetivo e fugidio, num plano geral das normalidades, o direito das partes à prova e o dever do Estado de julgar com sentença justa, ambos contidos no princípio do devido processo legal, se sobrepõem a qualquer restrição de que ao fundo haveria a intenção deliberada do legislador de não permitir interceptações às demandas civis. Até porque, diga-se, com o emprego da prova emprestada a tais casos atende-se a regra do constituinte, não se tendo interceptado comunicação por questões de natureza civil.

⁸⁴Antonio Carlos Araújo Cintra (Comentários ao CPC, Forense, IV Vol.) refere que o direito à prova se vincula às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, citando em apoio a sua assertiva a doutrina de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (Constituição de 1988 e Processo, pp. 68 e segs.) e Ada Pellegrini Grinover ('O Conteúdo da Garantia do Contraditório', in Novas Tendências do Direito Processual, pp. 17 e segs., pp. 19 a 21).

A prova emprestada de degravação de interceptação de comunicação telefônica realizada de conformidade com a Lei 9.296/96 é subespécie de prova atípica, cuja possibilidade é prevista na segunda parte do art. 332 do CPC.

4.4 Prova Ilícita Admitida no Processo Civil

Questão tormentosa e de difícil delimitação é a do emprego e aceitação da prova ilícita ao processo civil. Aqui uma digressão absolutamente necessária: como dito, as provas são legais, porque previstas em lei, ou moralmente legítimas quando, sem previsão legal, possam ser admitidas ao processo. Uma e outra devem ser, todavia, lícitas por exigência constitucional, conforme regra do art. 5º, LVI, da CF. A realidade é que a todo momento se observam registros da jurisprudência admitindo a produção e o efeito probatório de provas ilícitas, geralmente porque submetidas a sopesamento mediante aplicação do princípio da proporcionalidade.

Vale dizer que, em determinadas situações, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais admitem em situação extrema que a necessidade, a adequação e a proporcionalidade possam autorizar a produção do meio ilícito. A idéia é contrapor a proibição constitucional da prova ilícita com outros princípios constitucionais, especialmente do direito à prestação jurisdicional justa.

Diante do dilema de correr o risco da absolvição ao réu culpado pela limitação do agir processual na coleta da prova, o sistema jurisdicional reage diante de situações especialíssimas admitindo possa a prova ilícita adquirir foros de moralidade como meio de prova excepcional.

É que certos tipos de conduta desafiam prova literalmente impossível de ser produzida porque praticadas sem testemunha, sem documento e com cuidados para que a ilicitude não possa ser demonstrada. Em tais casos a proibição da prova ilícita termina servindo basicamente à parte que procede de má-fé, ancorada na certeza de que a vedação constitucional lhe socorrerá, impedindo o emprego de procedimentos vedados capazes de retratar o fato havido.

A possibilidade de invocar o princípio da proporcionalidade frente a tais e proporcionais casos termina caracterizando um meio probatório atípico que não é previsto em lei e que se torna moralmente legítimo porque admitido na circunstância.

CONCLUSÃO

O estudo da prova exige a perfeita compreensão de seu conceito, ainda que expresso em conteúdos multifacetados, conforme o enfoque que se dê. Do mesmo modo é absolutamente indispensável à compreensão de que o objeto da prova, no processo civil, é absolutamente técnico e limitado aos aspectos de sua destinação.

O que se prova são aqueles fatos controvertidos no processo, vale dizer, aqueles afirmados por uma parte e negados pela outra e que sejam relevantes para o deslinde do feito. Da mesma maneira devem ser pertinentes à causa, contidos nos estritos limites da litiscontestação, do mesmo modo em que devem ser suscetíveis de prova, significando na linguagem do Código de Processo Civil não caracterizar hipótese relacionada ao disposto em seu art. 334.

De outro lado, o destinatário da prova é o juiz, que é livre para formar seu convencimento desde que possa persuadir racionalmente. Essa liberdade convive com resquícios de prova tarifada, em que a lei limita o convencimento judicial impondo critérios de interesse geral.

A disciplina da prova se completa com a identificação dos instrumentos de que os atores da cena processual possam se valer. Na forma da lei, estes mecanismos são legais ou moralmente legítimos, aqueles chamados de típicos e estes de atípicos, uns e outros submetidos à licitude exigida no disposto no art. 5º, LVI, da CF.

Conquanto haja algum mal entendido doutrinário acerca da prova típica, essa é facilmente identificável como sendo toda aquela prevista no ordenamento jurídico nacional e não somente no ordenamento processual civil. As provas legais são as do Código de Processo Civil, Código Civil, Código Penal, Código Tributário e de qualquer outro texto legal. Basta ter previsão na lei para ser meio de prova típico, regra esta prevista na primeira parte do art. 332 do CPC.

Já as provas atípicas, ou também denominadas moralmente legítimas, são aquelas que não têm previsão legal, mas que podem ser admitidas ao processo porque não ferem os valores do estamento social. A enumeração das modalidades que essa prova poderia abranger representa capítulo inseguro, carente de melhor definição doutrinária e jurisprudencial. Como foi possível ver no estudo realizado, são absolutamente comuns as avaliações equivocadas em torno do instituto, ora confundindo meio de prova com convencimento, ora confundindo instrumento com resultado da atividade probatória.

A unanimidade da doutrina reconhece que a prova emprestada é o exemplo mais seguro do mecanismo probatório atípico sem previsão legal e é essa mesma ausência de regulamentação que desautoriza a formulação rígida de critérios para a produção e aceitação da espécie, somadas à liberdade apreciativa pelo juiz da causa.

A partir daí tudo mais é controvertido como espécie enquadrável como prova moralmente legítima. Nessa categoria se incluiu a interceptação telefônica legalmente autorizada no Processo Penal, prática vedada no civil, como um meio de prova atípico (porque sem previsão na lei) e moralmente legítimo (porque lícita e legitimamente produzida por autorização judicial na esfera criminal onde é cabível).

Sustenta-se, por fim, que os casos excepcionais e extremados de emprego de prova ilícita admitidos em razão da proporcionalidade, da necessidade e da adequação, caracterizam essa modalidade. Ora, se a prova ilícita é vedada, não tem ela previsão legal de produção e admissão. Se a prova ilícita é proibida significa que não é moralmente legítima, tanto que proibida. Quando, todavia, circunstâncias absolutamente excepcionais admitem o emprego da prova ilícita para evitar um mal maior, inequivocamente, se está à frente de um meio de prova que não tem previsão na lei e que passou a ser naturalmente legítima pela excepcionalidade circunstancial da espécie submetida a julgamento.

Além disso, não se pode perder de vista a instrumentalidade do processo que tem, como objetivo mediato, a manutenção da paz social. Excluir-se do processo prova de fato que influa decisivamente na convicção do juiz corresponde a impedir a entrega da prestação jurisdicional justa e, inegavelmente, insufla o conflito latente, promovendo a insegurança jurídica na medida em que não soluciona a lide a contento.

É bem verdade, entretanto, que não se deve estimular a prática de ilícitos sob o pretexto de se obter alguma prova essencial ao processo. Não só porque esse agir, em si mesmo, originaria a insegurança jurídica, como, também, porque a essencialidade da prova é conceito abstrato e que somente se concretizará após eventual exame pelo juiz.

Daí a ponderação de interesses que incumbe ao juiz fazer ao examinar a prova ilicitamente obtida, consagrada pela teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade. Deve o juiz, a cada caso, examinar os interesses em jogo e decidir pela admissão ou não da prova ilicitamente obtida. O que não se afigura aceitável é o radicalismo de qualquer das duas posições.

Incumbe ao julgador, finalmente, a tarefa árdua e solitária de, sopesando os interesses em questão, admitir ou não a prova ilicitamente obtida, fazendo-o, em qualquer dos casos, sempre no intuito maior de preservar a paz social e, sem perder de vista o princípio da instrumentalidade do processo, solucionar, de fato e de direito, o conflito que lhe for trazido pelas partes.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de Direito Processual Civil*. v. 2, 1ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª Ed. São Paulo: RT, v. 2, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória. In Garantias constitucionais do processo civil. Coord. José Rogério Cruz e Tucci*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BULGARELLI, Alcides. *Tratado das Provas Cíveis*, 1ª. Ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2000.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual*, Vol. I, 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editor, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: conceito jurídico da prova*. Tradução e notas Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 10, 1983.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV, 1ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, Versão Eletrônica, JURID, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil – v. 3*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale. Acompanhada de notas pelo professor Enrico Túllio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

CRETELLA NETO, José, *Fundamentos Principilógicos do Processo Civil*, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CREUS, Carlos. Apud HARO, Benito Villanueva in *La reconstrucción de los hechos y su valor probatório em el proceso penal*. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/> consultado em 19.04.05.

DE SANTO, Víctor. *Diccionario de Derecho Procesal*, 2ª. Ed., Bues Aires: Ed. Universidad, 1995.

FOUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga : estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*; trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rio. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1, 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, Vol. 2, 16ª. Ed., São Paulo: Editora Saraiva 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini, em *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório*, artigo publicado em *Atualidades Forense*, Disponível em: www.forense.com.br, da Editora Forense, acessado em 10.11.04, Doutrina, Processo, Artigos.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

HUNGRIA, Nelson. Apud ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, organogramas*. 17ª Ed., Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1987.

O processo mais tutela o mentiroso do que o veraz. Há algo errado na ideologia processual. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/processocivil/proibicaoodeprovasditasilicitas>, acessada em 08.02.2005.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e Sergio Cruz Arenhart. *Manual do Processo de Conhecimento*, Ed. RT, 2001.

MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba – Los grandes temas Del derecho probatório*. Buenos Aires: Ejea, 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Temas de direito processual*. 6ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. In RePro nº 35. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*O Novo Código Civil e o Direito Processual*”, palestra proferida no dia 06 de maio de 2002, no auditório da AMAERJ, texto disponível em www.amaerj.org.br/Editorial/ acessado em 09.02.05.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo Civil e direito à preservação da intimidade. Temas de Direito Processual*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1980.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, 1ª. Ed. 2ª. Tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

PORTO, Sergio Gilberto. *Prova – generalidades da teoria e particularidades do Direito de Família*. In AJURIS nº 39.

PORTO, Sergio Gilberto, *Prova: Teoria e Aspectos Gerais*, Revista do Ministério Público nº 17 – 1984.

RIBEIRO, Darci Guimarães, *Provas Atípicas*, 1ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SANTOS, Ernane Fidelis. *Manual de Direito Processual Civil*, 4ª. Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. IV.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. I, 4ª. Ed., São Paulo: Max Limonad Editor, 1970.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º Volume, 23ª. Edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, De Plácido. *Verbetes do Vocabulário Jurídico*. , 22ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. I, 3ª. Ed., Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. *A Prova Ilícita no Cível*, in Prova Cível, org. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, , 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A Prova no Processo do Trabalho*. 5ª Ed., São Paulo: LTr, 1991.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A Sentença no Processo do Trabalho*. 2ª Ed., São Paulo: LTr., 1996.

TESHEINER, José Maria Rosa, *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, Cap. III, 7, disponível no endereço:
<http://www.tex.pro.br/tex/images/stories/ObrasDownload/elementos.pdf>, acessada em 05.11.2010.

TESHEINER, José Maria Rosa, *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, Cap. III, 7 e 8, disponível no endereço:

<http://www.tex.pro.br/wwwroot/livroelementos/capituloIII.htm>, acessada em 28.12.04.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª Ed., Vol. I, Rio de Janeiro: Forense.

TORQUATO, Francisco. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, São Paulo: Editora RT, 1995.