

Paulo Roberto de Gouvêa Medina

TEORIA GERAL DO PROCESSO

De acordo com o Código
de Processo Civil de 2015

5^a | revista,
edição | atualizada
e ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Sumário: 1. Conceito, sede normativa e campo de estudo. O direito à prova. 2. Objeto; fatos excluídos da produção de prova. Fatos notórios e máximas da experiência. 3. Verossimilhança, probabilidade e certeza. 4. Classificação das provas. 5. Meios de prova. 6. Ônus da prova. Antecipação da prova. 7. Valoração da prova.

1. CONCEITO, SEDE NORMATIVA E CAMPO DE ESTUDO. O DIREITO À PROVA

O conceito de prova corresponde à finalidade para a qual ela é produzida. Consiste esta na revelação da verdade dos fatos ou, mais precisamente, na certeza que se busca em torno dos fatos relevantes do processo, no que concerne à sua efetiva ocorrência, à maneira como sucederam, às particularidades que os cercam, aos resultados que acarretaram.

É clássica a definição de MITTERMAIER, que JOÃO MONTEIRO reproduz: “Prova é a soma dos meios produtores da certeza.”³⁵⁵

Entre nós, PAULA BAPTISTA expressou a mesma ideia, de modo mais explícito: “Prova é tudo que nos pode convencer da certeza de algum fato, circunstância ou proposição controvertida: as provas, portanto, são os elementos que determinam a convicção do juiz.”³⁵⁶

Às vezes, o direito processual contenta-se com a verossimilhança ou com a probabilidade, sem desprezar a busca da certeza. Isso pode acontecer em se tratando de juízos provisórios, suscetíveis de ensejar decisões justificadas pela urgência da medida. É o que se verá mais adiante, quando as categorias *verossimilhança, probabilidade e certeza* serão examinadas e, ainda, a propósito da classificação dos diferentes tipos de prova. Fundamentalmente, porém, a prova tem em vista estabelecer a certeza, revelando a verdade plena dos fatos.

355 JOÃO MONTEIRO, *Teoria do Processo Civil*, tomo I. 6ª edição, atualizada por J. M. CARVALHO SANTOS. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 355, § 122.

356 FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, *Compêndio de Theoria e Prática do Processo Civil comparado com o Comercial*, terceira edição. Pernambuco: 1872, p. 124, § 134. O trecho citado foi transcrito segundo a ortografia atual.

A prova produz-se no processo e tem como destinatário o juiz, cuja convicção se forma com base nas provas produzidas. O campo de estudo da prova é, por isso, o Direito Processual e a sua sede normativa, por excelência, a lei processual.

LIEBMAN, com base nas mesmas considerações – resumidas na parêmia *iudici fit probatio* –, qualificava as normas que regulam a prova como *normas instrumentais-processuais*, ressaltando aquelas cuja disciplina compete ao Direito Civil, por sua natureza substancial, de que são exemplos as normas que regulam a forma dos contratos e dos testamentos, “*porque prescrevem requisitos de forma (exemplo, forma escrita) para a validade de um ato (ad solemnitatem)*”.³⁵⁷ Por isso, o Mestre de Milão preconizava tratamento unitário para o tema *prova*, tratamento esse que o legislador, assim na Itália, como no Brasil, não tem observado. As normas sobre prova costumam encontrar-se dispersas, aparecendo tanto nos códigos de processo quanto no Código Civil. É o que acontece no Brasil, cujo Código Civil contém amplas disposições sobre provas, (arts. 212/232), quase sempre coincidentes, é certo, com as que figuram no Código de Processo Civil.

Cumprir à Teoria Geral do Processo esboçar a doutrina das provas. Se é preciso conferir tratamento unitário às disposições sobre provas, é mister, antes de tudo, adotar parâmetros comuns a esse respeito, no campo do processo.³⁵⁸

MICHELE TARUFFO observa que as diferenças existentes, nesse campo, entre o processo civil e o processo penal são secundárias. Tanto assim, “*que ao tratar da teoria da prova os processos civis e penais usam substancialmente os mesmos conceitos e a mesma linguagem.*” Lembra o processualista italiano que, nos Estados Unidos existe um só direito das provas, comum aos âmbitos civil e penal, que se ensina e se estuda em manuais específicos, como matéria autônoma e comum a todos os tipos de processo.” Daí a sua conclusão de que “*uma teoria geral da prova pode ser concebida como um leitmotiv: as específicas regulamentações jurídicas da prova, inclusive nos casos mais relevantes, não são mais que variações parciais sobre o mesmo tema.*”³⁵⁹

Na doutrina brasileira, em livro de 1924, MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO já se referia ao *Direito Probatório*, frisando que este ramo do Direito

357 ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tradução de SANTIAGO SENTÍS MELENDO. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, pp. 277 e segs., nº 166.

358 “*Existe, pues, una unidad general de la institución de la prueba judicial*” – afirma HERNANDO DEVIS ECHANDÍA (*Compendio de la Prueba Judicial*, anotado y concordado por ADOLFO ALVARADO VELLOSO. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/d, p. 16, nº 4).

359 MICHELE TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, tradução para o espanhol da 4ª edição italiana por JORDI FERRER BELTRÁN. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 527, entrevista complementar concedida ao tradutor.

Processual “*abrange o estudo da prova, quer no cível, quer no crime, tanto em juízo contencioso, como em juízo gracioso, voluntário ou administrativo, e não só quanto à sua essência ou substância, às suas modalidades e condições de admissibilidade, sua eficácia, valor e efeitos, mas também quanto ao modo, forma, rito ou processo de sua produção.*”³⁶⁰

Importante destacar que a existência, no processo, de um espaço e de um tempo para a produção da prova – a chamada *dilação probatória* – é um dos pressupostos do *princípio do devido processo legal*. Há, pois, um *direito à prova*, que constitui “*manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa, porque “agir e defender-se provando” é uma condição necessária para a atuação dessas garantias.*” É o que observa EDUARDO CAMBI, citando MICHELE TARUFFO, para, em seguida, advertir: “*a restrição excessiva do poder de alegar os fatos relevantes e o direito de prová-los, em juízo, tornam sem efeito a expressão dinâmica dessas garantias processuais.*”³⁶¹

2. OBJETO; FATOS EXCLUÍDOS DA PRODUÇÃO DE PROVA. FATOS NOTÓRIOS E MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA

Objeto da prova são os fatos relevantes e controvertidos do processo.

Excluem-se, portanto, da atividade probatória:

a) os *fatos impertinentes* ou que nenhuma relação tenham com a lide ou com a providência de jurisdição voluntária que se cuida de adotar;

b) os *fatos incontroversos*, tidos como tais em razão de já haverem sido admitidos no processo;

c) os *fatos notórios*, como tais considerados os que se presumem do conhecimento geral, em virtude de sua fácil percepção e da sua intensa divulgação ou porque se acham incorporados à cultura do homem comum;

d) os *fatos suscetíveis de ser conhecidos com base na experiência comum da vida* ou que se mostrem evidentes por si mesmos³⁶².

Merecem consideração especial, entre os fatos excluídos da prova, os *fatos notórios* e aqueles que resultam da experiência comum de vida.

Fato notório, na expressão de LOPES DA COSTA, “*é o fato geralmente conhecido, dentro de um determinado círculo de vida*”, podendo o “*raio desse círculo*”

360 *Processo Civil e Comercial*, volume II – Prova. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1924, p. 11.

361 *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 112/113 n° 3.2. – (Coleção temas atuais de direito processual civil, volume 3).

362 V., a esse respeito, EDUARDO COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª edição. Buenos Aires, 1972, p. 228, n° 148.

ser maior ou menor, abrangendo desde o mundo todo ou todo um país, até uma determinada comunidade ou, mesmo, um segmento dela. Há fatos notórios incorporados à cultura do homem comum, como as grandes datas nacionais. Há fatos notórios permanentes e transitórios. Há fatos notórios relacionados à vida de um lugar ou mesmo ao âmbito forense.

O fato notório passa a interessar à Justiça quando apresenta alguma ligação com os fatos da causa. Um episódio no dia a dia de certa metrópole que cause grave transtorno ao trânsito e, em consequência, impeça o advogado de chegar ao Fórum onde deva participar de audiência, será um fato notório de repercussão na esfera judicial, podendo servir de justa causa para que o advogado requeira, se for o caso, a realização de nova audiência.

A aferição da notoriedade do fato incumbe ao juiz, independentemente de prova.

Em geral, o fato notório é alegado com referência a fatos simples, que cercam os fatos constitutivos, extintivos ou impeditivos do direito invocado em juízo. O juiz não decide, por isso, com base, exclusivamente, em certo fato tido como notório. O fato notório, quase sempre, influi sobre a prova, sem dispensar inteiramente sua produção.

No processo penal, dominado pelo princípio da verdade material, é escassa a importância do fato notório e reduzida a possibilidade de invocá-lo. Pode-se admitir que tal ocorra com relação, por exemplo, à alegação de que a testemunha arrolada por uma das partes, por seus costumes, é “indigna de fé” (Cód. de Processo Penal, art. 214), hipótese excepcional, cuja ocorrência, no entanto, não está afastada.

As *máximas ou regras da experiência* são “juízos formados na observação do que comumente acontece”.³⁶³ Distinguem-se dos fatos notórios porque o conhecimento destes resulta da informação ou do simples conhecimento, enquanto aquelas implicam sempre um ato de reflexão, por meio do qual se forma a noção do fato. O juiz, ao presidir a instrução da causa ou proferir a sentença, vale-se, não raro, de sua cultura e de elementos de informação acessíveis às pessoas, em geral. Afinal, ele é um homem inserido no meio social. Por isso, certas valorações próprias da experiência comum são, por ele, realizadas, frequentemente, no curso dos processos. Ao inquirir a testemunha, no processo de uma ação de reparação de danos resultante de acidente de veículos, ouvindo do depoente que o réu trafegava, em via urbana, a uma velocidade horária de 120 quilômetros, mais ou menos, logo perceberá que se tratava de uma velocidade incompatível com o local. Se a autora, na ação de reparação de danos, alega que o incêndio que destruiu sua casa decorreu de defeito na válvula do botijão

363 Cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 177, nº 102.

de gás por ela adquirido da empresa ré, mas, ao mesmo tempo, revela que o fogo surgiu quando acendeu um fogareiro próximo ao referido botijão, o juiz imediatamente perceberá que o fenômeno foi consequência da combustão que se formou, uma vez que manda a elementar prudência que junto a botijão que deixa escapar gás não se acenda fogo. Essas ilações o juiz as extrairá associando os fatos observados, com base na sua experiência de homem comum – isto é, invocando as chamadas regras de experiência ou máximas de experiência. Do mesmo modo, são úteis ao juiz, na valoração da prova, os conhecimentos técnicos que possuir, como, por exemplo, os que decorram dos subsídios fornecidos pela Medicina Legal ou pela Psicologia. Correspondem tais subsídios às regras da experiência técnica, que compõem a cultura básica do bacharel em Direito.

A existência de fato notório ou o emprego de máximas da experiência permitem ao juiz decidir com base na convicção que deles resulta, embora os elementos de um e de outro representem fatos ocorridos fora dos autos. Em princípio, vigora a regra *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo, isto é, não existe para o juiz). Dela decorre outro cânone do direito probatório: *iudex secundum probata decidere debet* (o juiz deverá decidir segundo o que for provado). Em geral, o juiz não pode, por isso, invocar o seu conhecimento pessoal, ao decidir. Se ele presenciou os fatos ou deles tem conhecimento, por ciência própria, deverá dar-se por impedido e depor como testemunha. Se possuir formação especializada na área de conhecimento de que se requerem subsídios, no processo, nem por isso poderá valer-se de sua outra habilitação (a de médico, por exemplo) para dispensar a produção da prova pericial, quando ela for essencial, como sucede no exame do interditando, no procedimento de interdição³⁶⁴. Os fatos notórios e as máximas da experiência, assim como os fatos tidos como evidentes, dão ao magistrado a possibilidade excepcional de decidir invocando o conhecimento privado, dentro de certos limites.

3. VEROSSIMILHANÇA, PROBABILIDADE E CERTEZA

A prova destina-se à revelação da verdade e esta pressupõe a certeza da convicção que em torno dela se forma.

Como já foi dito, entretanto, o direito probatório, às vezes, tem de contentar-se com juízos próximos da certeza, para que não se frustre ou não se alongue além do razoável a tutela das pretensões. Exemplo disso é o que ocorre nas tutelas de urgência, previstas nos arts. 300 a 311 do Cód. de Processo Civil, as quais se baseiam num juízo de *probabilidade da alegação*.

364 Segundo o disposto no art. 375 do Cód. de Processo Civil, o emprego das regras da experiência vai até o ponto em que os conhecimentos técnicos, pela sua complexidade, exijam a produção de prova pericial.

Os juízos próximos da verdade exprimem-se nos conceitos de *verossimilhança e probabilidade*.

A verossimilhança é uma categoria lógica a respeito da qual variam os conceitos.

CALAMANDREI a concebia como uma aparência da verdade ou como forma de sub-rogação da verdade que o juiz ver-se-ia na contingência de utilizar, na impossibilidade de alcançar a verdade plena. Demonstrando certo ceticismo, chegava a dizer que “*o que enxergamos só é o que nos parece que enxergamos. Não verdade, senão verossimilitude: é dizer, aparência (que pode ser também ilusão) de verdade.*”³⁶⁵ Para o processualista italiano, aliás, a verossimilhança ou verossimilitude não seria um recurso excepcional a que o juiz recorresse apenas nos juízos provisórios ou nas tutelas de urgência, mas o meio único de decidir, já que a certeza jurídica é sempre relativa e a certeza psicológica impossível de alcançar. Por isso, concluía CALAMANDREI: “*toda sentença, mesmo que o juiz tenha a subjetiva certeza de haver conseguido a verdade, é na realidade um juízo de verossimilitude.*”³⁶⁶

MICHELE TARUFFO critica, acidamente, essa concepção de CALAMANDREI, dizendo mesmo que “*na doutrina italiana a análise do conceito de verossimilhança se funda sobre um equívoco introduzido por CALAMANDREI e que não foi eliminado nem sequer pela doutrina mais recente.*”³⁶⁷ Prefere entender que “*a verossimilhança indica um grau de capacidade representativa de uma descrição a respeito da realidade.*”³⁶⁸ Mas, TARUFFO, no fundo, despreza tanto o conceito de verossimilhança quanto o de probabilidade, por não lhe parecerem logicamente aceitáveis, sugerindo que, em vez deles, o intérprete se valha do que a doutrina americana qualifica de “*evidence and inference para designar especificamente qualquer tipo de problema consistente em delimitar a aceitabilidade de hipóteses sobre a base dos respectivos elementos de confirmação.*”³⁶⁹

A verdade é que a doutrina não parece haver avançado nesse tema além da clássica distinção de MALATESTA, que data do final do século XIX.

O autor de *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, ao considerar os estados de espírito em face da verdade, atém-se, basicamente, à certeza – que é o estado de espírito que alcançou a verdade – e à probabilidade – que é o estado de espírito que próximo dela se encontra. O verossímil, na concepção de MALATESTA, representa apenas um estágio da probabilidade – a probabi-

365 PIERO CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, vol. 3, tradução de LUIZ ABEZIA e DRINA FERNANDEZ BARBERY. Campinas: Bookseller, 1999, p. 271, nº 1.

366 Ob.e vol. cit., p. 297, nº 17.

367 Ob. cit., p. 183, nº 2, *La verosimilitud*.

368 Ob. cit., p. 185, nº 2.

369 Ob. cit., p. 239, nº 4.3.

lidade mínima, acima da qual se acham o provável (probabilidade média) e o probabilíssimo (probabilidade máxima).³⁷⁰

Para mostrar a distinção que se pode estabelecer entre probabilidade e certeza, MALATESTA formula uma imagem sugestiva: se colocarmos, numa urna, noventa e oito esferas pretas e duas brancas, ao retirarmos, em seguida, uma das bolas, teremos noventa e oito motivos para crer que ela seja preta e dois para achar que seja branca – o que significa dizer que haverá uma grande probabilidade de que, assim procedendo, tenhamos em mão uma esfera de cor preta. Conclui, por isso, o jurista italiano: a probabilidade é “*a percepção dos motivos maiores convergentes a crer, e dos menores divergentes de crer, julgados todos eles dignos de serem levados em conta, segundo a diversa medida do seu valor*”.³⁷¹

A questão que ora se examina prende-se a outra de que se tratará a seguir: a natureza da prova. A probabilidade contenta-se com a prova suficiente ou bastante; a certeza resulta da prova plena ou inequívoca.

4. CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

As provas podem ser assim classificadas, conforme os diferentes aspectos como se apresentam:

- a) *quanto ao objeto: diretas ou indiretas;*
- b) *quanto à fonte: pessoais ou reais;*
- c) *quanto aos seus efeitos: plenas ou suficientes;*
- d) *quanto à forma: declarativa, documental e material*³⁷²;
- e) *quanto à formação: originais ou emprestadas.*

A *prova direta* “*é aquela que tem por objeto imediato o fato que se quer provar, ou que consiste neste mesmo fato*”.³⁷³ Também chamada de *prova histórica*,

370 Em dissertação de mestrado, DAISSON FLACH procura estabelecer a distinção entre verossimilhança e probabilidade. “*A verossimilhança aparece usualmente vinculada a juízos de cognição sumária, indicando certo grau de aproximação à verdade ou referida a certo estado subjetivo de certeza.*” Por outro lado, “*A probabilidade está relacionada à existência de elementos que justifiquem racionalmente a crença (certeza, como refere o autor [MICHELE TARUFFO], ciente de sua variável graduação) na veracidade da asserção.*” O autor da dissertação não cita MALATESTA, mas alude a outros autores, mostrando a variação de conceitos em torno das duas categorias lógicas. (*A Verossimilhança no Processo Civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp.67/69 e 66/73, *passim*. – Coleção temas atuais de direito processual civil, volume 15)

371 NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, tradução de J. ALVES DE SÁ. Lisboa: A. M. TEIXEIRA & Cta., 1911, pp. 76/78, *passim*.

372 Esta classificação corresponde, em linhas gerais (com um ou outro adinículo), à que é apresentada por MOACYR AMARAL SANTOS, *in ob.* e vol. *cits.*, p. 48, nº 28 e p. 68, nº 48.

373 MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO, *ob.* e vol. *cits.*, p. 34.

tem caráter representativo, na medida em que possibilita ao juiz contato direto com o fato, seja pela sua observação reduzida a termo nos autos (o que ocorre na *inspeção judicial*), seja pela revelação da sua ocorrência por intermédio de outrem (o que se dá na prova testemunhal, quando se trata de testemunha de vista), seja pela confissão do próprio fato imputado (o que se verifica na confissão judicial ou extrajudicial). MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO aponta, ainda, como exemplos de prova direta a escritura pública – “*prova direta do contrato por ela expresso*” – e a prisão em flagrante delito – “*prova direta do fato criminoso e de sua autoria*.”³⁷⁴ O documento que expresse os fatos principais da causa será sempre prova direta (assim, o ato de exoneração do funcionário público por este impugnado, na ação em que postule reintegração no cargo).

CARNELUTTI salientava a superioridade da prova direta sobre a indireta, a partir desta premissa: “*a prova é tanto mais segura quanto mais próximo dos sentidos do juiz se acha o fato a provar*.”³⁷⁵

O consagrado processualista reconhecia, porém que a utilização da prova direta “*tem limites manifestos de possibilidade e conveniência*.”³⁷⁶ Daí a razão de recorrer-se, não raro, à prova indireta, que, conforme a natureza do fato, será o único meio adequado à revelação da verdade.

A *prova indireta* “*é aquela que resulta de algum fato de tal maneira relacionado com o fato principal, que da existência daquele fato chega-se à certeza do fato principal*”.³⁷⁷ Também chamada de *prova crítica*, tem caráter indutivo, exigindo do juiz a realização de um raciocínio no sentido de correlacionar os fatos, extraíndo deles uma inferência lógica (como sucede com o depoimento da testemunha que, sem ter presenciado o acidente de veículos, descreve o estado em que estes ficaram) ou, então, uma reconstrução dos fatos (como se verifica na *reconstituição do crime* ou em certas perícias). Há provas que se caracterizam como indiretas conforme o seu teor (como no exemplo, acima, da testemunha) e há provas por natureza indiretas (como é o caso dos indícios e das presunções).

Do ponto de vista da fonte de que emana, a prova será *real* ou *pessoal*³⁷⁸. “*Prova pessoal de um fato consiste na revelação consciente, feita por uma pessoa,*

374 Ob. e vol. cit., p. 34.

375 *La Prueba Civil*, tradução de NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. 2ª edição. Buenos Aires: Ediciones DEPALMA, 1982, p. 55, nº 12.

376 Ob. cit., *ibidem*.

377 Cf. MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO, ob. e vol. cit., p. 34.

378 LOPES DA COSTA estabelece distinção entre *fontes de prova* e *meios de prova*, observando que, no caso da perícia, a matéria de que esta se ocupa é que é a fonte real, propriamente, mas a perícia, em si, tem caráter pessoal, porque elaborada pelo perito. Citando MATTIROLO, acrescenta: “*A perícia é o testemunho de uma ou mais pessoas competentes...*” (ob. e vol. cit., p. 112, nº 101).

das impressões mnemônicas que o fato imprimiu no seu espírito. Prova real de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu".³⁷⁹ A prova testemunhal e o depoimento pessoal da parte são provas eminentemente pessoais. O documento que contém uma declaração, igualmente. Já as provas *reais* tanto podem expressar-se em coisas ou fatos (o bem danificado, os vestígios de antigas divisas entre dois imóveis que se pretendem aviventar, na demarcação) quanto em expressões ou sinais identificados em alguém (o ferimento, a expressão facial, o terror, o desespero). A prova real quando se mostra mais complexa, exigindo apuração técnica, realiza-se por meio de perícia. A prova pericial tem como protagonista pessoa habilitada na área de conhecimento técnico ou científico cujos subsídios se requerem para a elucidação do fato – o perito. O trabalho deste consubstancia-se no laudo pericial, que é juntado aos autos, podendo ser complementado por esclarecimentos prestados pelo perito em audiência.

Tendo em vista os seus efeitos, as provas dizem-se *plenas* ou *suficientes*. "*Prova plena é a que se verifica quando os meios pelos quais se manifesta são de natureza tal que determinam a certeza do fato controvertido*".³⁸⁰ A prova plena é também qualificada de *prova inequívoca*. Em contraposição, fala-se em *prova suficiente*. *Prova suficiente* (também referida como *semiplena*) é a que, embora fazendo alguma fé, não é bastante para levar o juiz à decisão da causa, sem algum outro *adminículo*.³⁸¹ Serve de fundamento, apenas, a juízos de natureza provisória, que se contentam com a probabilidade ou com a verossimilhança, sem exigirem a certeza. É o que sucede no deferimento de manutenção ou reintegração de posse, *inaudita altera parte* (sem ouvir a parte contrária) ou mediante justificação, assim como nas liminares, em geral, e na *tutela de urgência*.

Sob o aspecto da forma, a prova pode ser *declarativa*, documental e *material*. A prova testemunhal é, por natureza, declarativa, consistindo no depoimento de pessoas que tenham conhecimento direto ou indireto do fato e estejam aptas a testemunhá-los em juízo, prestando compromisso de dizer a verdade. A aptidão da testemunha afere-se pelos requisitos de capacidade, idoneidade e isenção que a norma processual exige para que o seu depoimento possa ser colhido. Sem o atendimento desses requisitos, a testemunha não será ouvida, salvo se o juiz entender que o depoimento se mostra "necessário" (Cód. de Processo Civil, art. 447, § 4º), por se tratar de fatos que só ela conheça (Cód. Civil, art. 228, § 1º.), caso em que o tomará independentemente de compromisso. Esta

379 MOACYR AMARAL SANTOS, ob. e vol. cit., p. 49, nº 29.

380 JOSÉ MARIANO CARNEIRO LEÃO, *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Coelho Branco Fº Editor, 1934, verbete *Prova Plena*.

381 JOSÉ MARIANO CARNEIRO LEÃO, *Dicionário*, cit., verbete *Prova semiplena*.

mesma solução será adotada quando a parte contrária contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição (Cód. de Processo Civil, art. 457, § 2º). No processo penal, vigora sistema diverso: em princípio, “*toda pessoa poderá depor no processo penal, incluindo-se os menores, crianças e até incapazes*”, o que se explica em virtude do “*grau de certeza que se quer obter nesse tipo de processo*”.³⁸² Admite-se, todavia, a dispensa do dever de depor em relação a parentes ou ao cônjuge do acusado (Cód. de Processo Penal, art. 206). Quando a testemunha depõe sem prestar compromisso, ela é considerada mero informante.

O *depoimento pessoal das partes – outra prova declarativa* – guarda semelhança com a prova testemunhal, por se tratar de prova oral, colhida em audiência e reduzida a termo – que corresponde à *assentada*³⁸³. O juiz pode determinar, em qualquer estado do processo, o comparecimento das partes, a fim de interrogá-las, assim como pode o depoimento de uma das partes ser requerido pela outra, sob pena de confesso, isto é, podendo os fatos contra ela alegados, caso não compareça, presumirem-se confessados, segundo a avaliação do magistrado. No processo penal, o depoimento do acusado tem o caráter de *interrogatório*, cumprindo duplo papel: é elemento de prova e instrumento de defesa – ou, como diz EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, “*é mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo*.”³⁸⁴

A *prova documental* consiste em documentos juntados aos autos pelas partes, com o fim de instruir a petição inicial ou a defesa ou, mesmo, complementar-lhes a instrução, no curso do processo e, ainda, fazer prova contrária em relação a fatos alegados pela parte adversa ou invocados pelo juiz. Como documento se considera qualquer ato gráfico – escrito, desenho, sinais – ou registro de outra natureza – fotografia, fita de áudio ou audiovisual –, capaz de representar determinado fato ou ocorrência, pouco importando a natureza do veículo ou instrumento em que se expresse. Assim, são documentos o escrito consignado em folha de papel, a tela ou a cerâmica contendo uma figura, a foto e o seu negativo, a fita gravada ou o vídeo, a reprodução de mensagens recebidas por via eletrônica, os textos acessados na internet, etc. Quando o documento, pela sua natureza ou dimensão, não pode ser junto aos autos, lavra-se um auto descritivo, que é levado para os autos do processo, enquanto o documento, propriamente, permanece na secretaria do juízo

382 EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, *Curso de Processo Penal*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 417, nº 9.2.3.1.

383 O termo *assentada* vem das Ordenações: “*era o ato de assentar-se o escrivão, a fim de tomar o depoimento das testemunhas*” (ELIÉZER ROSA, *Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora de Direito, 1957, verbete *assentada*).

384 Ob. cit., p. 383, nº 9.2.1.

ou no local determinado pelo juiz. A prova documental pode ser *pré-constituída* ou *casual*. Prova pré-constituída é a que corresponde à substância do ato (como a escritura pública, o ato administrativo de nomeação ou exoneração) ou a que foi elaborada para consubstanciar uma declaração (como a ata notarial) ou mesmo para a comprovação adrede de um fato (como a fotografia de um dano ocorrido). Prova casual é a que se forma sem a finalidade específica de servir de elemento probatório, como uma carta, um despacho proferido em processo administrativo, um orçamento para execução de serviços.

A *prova material* exprime, em geral, a essência do fato causador de dano ou crime. MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO assim a concebia: “*Prova material – é toda a materialidade, ou todo o fenômeno físico, de caráter transitório ou permanente, que, apresentando-se à percepção direta do juiz, serve-lhe para produzir em seu espírito a certeza do fato probando.*” E exemplificava: “*constituem prova material: o corpo de delito, os exames e vistorias, os instrumentos do crime, as palavras ou frases injuriosas, orais ou escritas, consideradas, em si, como representativas da concretização material do crime de injúria, etc.*”

Finalmente, quanto à sua formação, as provas consideram-se *originais* ou *emprestadas*.

Provas originais são aquelas colhidas ou produzidas no processo a que se destinam. *Provas emprestadas* são aquelas trasladadas, mediante fotocópia ou certidão, dos autos do processo em que foram colhidas ou produzidas para os autos de outro processo, em que serão novamente aproveitadas. A validade da prova emprestada, como ensina MOACYR AMARAL SANTOS, está condicionada a três requisitos:

- “a) que tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes;
- b) que tenham sido, na produção da prova, no processo antecedente, observadas as formalidades estabelecidas pela lei;
- c) que o fato probando seja idêntico.”³⁸⁵

O Código de Processo Civil dispõe sobre a *prova emprestada* no art. 372:

O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

A disposição do Código é genérica e parcimoniosa, deixando à doutrina a tarefa de estabelecer os requisitos de admissibilidade da prova emprestada.

385 Ob. e vol. cits., p. 359, nº 215.

Estes não podem prescindir da observância do contraditório, pelo que é de entender-se que subsiste, válida, a orientação da AMARAL SANTOS.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis assentou, a esse respeito, o seguinte enunciado:

Enunciado nº 52: Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária.³⁸⁶

5. MEIOS DE PROVA

O estudo dos meios de prova deve ser feito, à luz das normas pertinentes, em cada disciplina de direito processual, uma vez que apresenta especificidades que não comportam abordagem uniforme. À teoria geral das provas cumpre, contudo, traçar algumas coordenadas sobre a admissibilidade dos diferentes meios de prova.

A primeira observação a ser feita é a de que a relação dos meios de prova admitidos em juízo, tal como aparece nos diferentes códigos que se ocupam da matéria, não é concebida em *numerus clausus* (isto é, não é taxativa), mas em *numerus apertus* (sendo, portanto, exemplificativa). O Código Civil, ao arrolar os meios pelos quais o fato jurídico pode ser provado, dá impressão contrária ao que se afirma, porquanto o seu art. 212 enuncia cinco meios de prova (confissão, documento, testemunha, presunção e perícia), sem ressalva de outros admissíveis. Mas os códigos de processo dão tratamento mais adequado ao tema.

O Código de Processo Civil faz anteceder as disposições reguladoras dos diferentes meios de prova de preceito genérico, assim concebido:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Significa isso dizer que como provas podem ser admitidos todos os meios e processos reveladores da verdade, desde que obtidos de forma consentânea com o ordenamento jurídico e com os princípios éticos que regem a conduta humana.

O Código de Processo Penal não contém dispositivo semelhante, mas, ao disciplinar os meios de prova, não o faz de maneira exaustiva.

386 Cf. DIERLE NUNES – NATANAEL LUD SANTOS E SILVA, *CPC Referenciado – Lei 13.105 / 2015*. Florianópolis: Empório do Direito – CRON Advocacia, 2015, p. 123.

O Código de Processo Penal Militar segue o estilo do Código de Processo Civil, dispondo, no art. 295:

É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares.

Há, assim, como ensinava CARNELUTTI, *provas nominadas e provas inominadas*, “*uma vez que na lei não se esgotam todos os meios de provas*”.³⁸⁷

Provas nominadas são aquelas que a lei define, regulando-lhes, em geral, a produção. *Provas inominadas* são as que embora não definidas, previamente, em lei, resultam de meios reveladores da verdade que a ciência ou a técnica põem à disposição do homem. Veja-se, a esse respeito, o sugestivo exemplo da prova de paternidade por meio do exame de DNA.

Os limites impostos à produção da prova não decorrem de suposto rol estabelecido em lei, mas dos princípios que presidem à admissibilidade das provas, em geral. O primeiro destes, como já foi visto, no capítulo próprio, está perfilhado pela Constituição (art. 5º, LVI) e se expressa nessa fórmula peremptória: “*São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*”

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispondo sobre a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro, diz que os tribunais brasileiros não admitirão “*provas que a lei brasileira desconheça*” (art. 13). A interpretação sistemática desse dispositivo, em cotejo com a norma do art. 17 da mesma Lei, claramente indica que não terão eficácia no Brasil atos probatórios que “*ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*”.

A ordem pública de um Estado soberano compõe-se de certos “*princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito*”.³⁸⁸ Esses princípios são traduzidos pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais, estabelecendo-se, desse modo, a conformidade entre a praxe e o direito. Assim, por se considerarem contrárias à ordem pública nacional, não se admitem, no Brasil, provas como as obtidas por meio do detector de mentiras ou da narcoanálise (o chamado soro da verdade, “*que consiste em injetar, por via endovenosa, um preparado barbitúrico, que tem como resultado subtrair o indivíduo à vigilância dos seus poderes inibitórios*”).³⁸⁹ Os

387 JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II. Rio - São Paulo: Forense, 1961, p. 275, nº 443.

388 VICENTE RÁO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. I. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 182, nº 148. O trecho transcrito corresponde a citação de CLÓVIS BEVILÁQUA.

389 V., a esse respeito, nosso *Direito Processual Constitucional*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 55/58, nº 9.

princípios consagrados pela nossa tradição jurídica opõem-se a esses meios de prova, por considerá-los ofensivos à dignidade humana e invasivos em relação à intimidade individual.

Prova nominada que, na legislação vigente, apenas o Código de Processo Penal prevê expressamente é a *prova dos indícios*.

O Código de Processo Penal adota, no art. 239, definição que serve também na órbita civil: “*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*”

LOPES DA COSTA fornece conceito que ajuda a compreender melhor o caráter do indício: “*O indício é a relação de coexistência ou de sucessão verificada entre dois fatos, pela experiência comum ou científica: entre o fato indiciante, cuja existência se conseguiu provar, e o fato indiciado, de cuja realidade se procura o convencimento.*”³⁹⁰.

O indício correlaciona-se, intimamente, com as presunções, a tal ponto de muitos entenderem que os dois meios de prova se confundem. As presunções assim consideradas são as *presunções hominis* (presunções do homem), também conhecidas como presunções judiciais e que se distinguem das *presunções juris* (presunções de direito ou presunções legais).

“*A presunção – de acordo com ECHANDÍA – é um juízo lógico do legislador ou do juiz (segundo seja presunção legal ou judicial), em virtude do qual se considera como certo ou provável um fato (no segundo caso, quando é presunção judicial ou do homem) com fundamento nas máximas gerais da experiência, que lhe indicam qual é o modo normal como se sucedem as coisas e os fatos.*”³⁹¹ Estabelecendo correlação entre os indícios e a presunção, o mesmo tratadista observa que os indícios atuam como base ou suposto das presunções judiciais e que estas permitem desenvolver a valoração daqueles, uma vez que “*são conhecimentos lógicos baseados na experiência comum ou em conhecimentos especializados, que guiam o critério do julgador ao apreciar o valor probatório daqueles.*”³⁹²

Os indícios e as presunções são imprescindíveis quando se cuida de aferir o *comportamento processual ou extraprocessual das partes*. Revela-se este de grande importância no que se refere à prova das intenções, a qual se faz indispensável nas hipóteses em que é preciso provar, por exemplo, a sinceridade do pedido de retomada do imóvel pelo locador, a boa-fé da parte em relação

390 Ob. e vol. cits., p. 111, nº 100.

391 Ob. cit., tomo II, p. 304, nº 310.

392 Ob. e tomo supra cits., p. 270, nº 295.

aos atos contratuais, a mudança da sede da empresa para efeitos tributários, a desistência do Poder Público em promover a desapropriação.³⁹³

Meio de prova cuja admissibilidade só se tornou pacífica com o advento do Código de Processo Civil de 1973 é o da gravação pelos sistemas de áudio ou audiovisual. O referido código a admitia, como, de resto, aceitava a título de prova *qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie*, salvo impugnação de sua autenticidade, comprovada mediante exame pericial (art. 383). O Código de Processo Civil de 2015 manteve, na essência, essa orientação, como se vê do seu art. 422. O Código Civil contém disposição análoga sobre a matéria (art. 225), preferindo falar em *exatidão* da prova, em vez de *autenticidade*³⁹⁴ e sem referir-se ao exame pericial a que esse tipo de prova será submetido, caso aquele contra quem for produzido o impugne – o que, aliás, o novo CPC também não faz, por se tratar de ressalva despcienda. A prova obtida por esse meio constitui modalidade especial de documento.

As questões que se suscitam com relação à prova por meio de gravação dizem respeito às condições em que ela é produzida ou utilizada. A utilização da prova não pode violar o direito à privacidade, sob pena de tornar-se ilegítima. Admite-se, assim, a gravação de conversa telefônica, feita por um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro. Mas a divulgação da fita ou a sua exibição em juízo somente será admitida “*se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação*”, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE nº 402.717-8/PA, relator o Ministro CEZAR PELUSO, em 02.12.2008³⁹⁵. Nesse tema, os tribunais costumam guiar-se pelo princípio da proporcionalidade, ao decidir sobre a admissibilidade, ou não, da prova. Tem aplicação também o princípio expresso na velha máxima – *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Ninguém será ouvido quando alegar a própria torpeza). Não será razoável aceitar a impugnação da prova, por quem incorreu em conduta ilícita, para escusar-se da responsabilidade dela decorrente, a pretexto de que não sabia que a conversa estava sendo gravada.

A gravação feita por terceiro, sem conhecimento dos interlocutores, caracteriza interceptação da conversa telefônica, estando vedada pelo preceito contido no art. 5º, XII, da Constituição. Somente por ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos da lei (Lei nº

393 Cf., de nossa autoria, A Prova das Intenções no Processo Civil, *in Revista de Processo*, vol. 115, pp. 74/85 (maio/junho de 2004).

394 O termo *exatidão* tem sentido mais genérico, porém menos preciso. O termo *autenticidade* possui acepção técnica, indicando a certeza de que o documento provém do seu autor – o que, no caso da prova por meio de gravação, é relevante.

395 *Apud* EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 348.

9.296, de 24.07.1996), admitir-se-á semelhante procedimento. A ordem judicial para esse fim deve observar as necessárias cautelas, partindo do princípio de que as hipóteses que a comportam são excepcionais e as exceções hão de ser interpretadas estritamente.

Sem avançar, nesta exposição, além dos limites da teoria geral, não se pode deixar de destacar um novo tipo de prova que emerge da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006: a *prova por meio eletrônico*. O Código de Processo Civil trata do documento eletrônico nos arts. 439 a 441.

6. ÔNUS DA PROVA. ANTECIPAÇÃO DA PROVA

O conceito de ônus já foi enunciado no Capítulo III (*Conceitos Fundamentais da Teoria Geral do Processo*).

No que se refere à prova, o ônus que recai sobre cada uma das partes diz respeito à formação do convencimento do juiz. Incumbe às partes – seja ao autor, seja ao réu –, conforme a natureza do fato alegado, produzir provas suscetíveis de formar a convicção do julgador. Se não o fizerem, correrão o risco de tais fatos não serem considerados ou não serem tidos como verdadeiros pelo magistrado.

As regras sobre o ônus da prova inseridas no art. 373 do Código de Processo Civil decorrem da iniciativa que incumbe a cada uma das partes tomar a esse respeito. Significa isso dizer que essas regras emanam do *princípio dispositivo*, que orienta o comportamento das partes no processo civil.

O ônus da prova implica a produção desta em condições aptas a formar o convencimento do juiz. Se há possibilidade de os vestígios deixados pelo acidente desaparecerem; se os veículos acidentados vão ser logo reparados e os danos por eles sofridos precisam ser apurados; se a testemunha ou a parte contrária, cujo depoimento se revela importante, acha-se gravemente enferma e há risco de que, quando da audiência de instrução, já não possa ser ouvida – será o caso, então, de a parte que tem o ônus de provar os fatos requerer a *produção antecipada da prova* (Cód. de Processo Civil, arts. 381/383). Alternativa válida para tais hipóteses será, conforme o caso, a *ata notarial*, lavrada nas notas do tabelião e que pode ser instruída por *dados representados por imagem ou som gravado em arquivos eletrônicos* (CPC, art. 384).

Consoante o disposto no art. 373 do Código de Processo Civil, incumbe ao autor provar os *atos constitutivos do seu direito*; ao réu, a *existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*.

Considere-se a seguinte hipótese, extraída de caso concreto e que serve bem para ilustrar a distribuição do ônus da prova. Caminhão de transporte, trafegando pela periferia da cidade, ao passar por via pública em que se executava obra de restauração da rede de água, afunda, parcialmente, sobre o terreno, supostamente no ponto em que se abrira, no dia anterior, uma vala, para permitir