



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA – ESMA
UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICIÁRIA**

JORGE CHAVES DUTRA

**A VERDADE REAL COMO FINALIDADE PRECÍPUA NO SISTEMA
PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

JOÃO PESSOA - PB

2014

JORGE CHAVES DUTRA

**A VERDADE REAL COMO FINALIDADE PRECÍPUA NO SISTEMA
PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada no Curso de Especialização em Prática Judiciária como requisito para obtenção do título de especialista.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Vital de Almeida

Coorientador: Prof. Eduardo José de Carvalho Soares

JOÃO PESSOA - PB

2014

D978v Dutra, Jorge Chaves

A verdade real como finalidade precípua no sistema processual constitucional brasileiro [manuscrito] : / Jorge Chaves Dutra. - 2014.

34 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judiciária) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Dr. Ricardo Vital de Almeida, Departamento de Ciências Jurídicas".

"Co-Orientação: Prof. Esp. Eduardo José de Carvalho Soares, Departamento de Esma".

1. Sistema probatório 2. Livre convencimento motivado 3. Provas I. Título.

21. ed. CDD 342.1

JORGE CHAVES DUTRA

**A VERDADE REAL COMO FINALIDADE PRECÍPUA NO SISTEMA PROCESSUAL
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Comissão Avaliadora do Curso de Especialização em
Prática Judiciária como requisito para obtenção do grau de especialista.

Aprovada em: 26 de julho de 2014.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Ricardo Vital de Almeida
Orientador



Prof. Dr. Antônio Germano Ramalho
Examinador



Profª. M.sc Catarina Mota de Figueiredo Porto
Examinadora

**JOÃO PESSOA - PB
2014**

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar as espécies de provas usadas no ordenamento jurídico brasileiro na busca da solução de um conflito materializado através de um processo. Ao julgar o mérito de determinada ação, o juiz examina o aspecto legal e as provas colhidas pelos litigantes, que servirão de base para solução do conflito. Esta decisão, que após o desenvolvimento e aperfeiçoamento do denominado direito probatório brasileiro, chegou ao que hoje é utilizado entre nós: o sistema da persuasão racional ou sistema do livre convencimento motivado. Neste sistema o julgador tem o dever de fundamentar as decisões judiciais, dando transparência e publicidade de seus atos, servindo de base para parte prejudicada interpor seu recurso. Como o objetivo principal do processo é fazer com que a verdade apareça, ao magistrado cabe proferir sua sentença da forma mais apropriada possível ao caso concreto, sempre em observância aos preceitos constitucionais e em busca da verdade e da justiça. Essa verdade só pode surgir com a comprovação dos fatos, ou seja, por meio das provas apresentadas no decorrer do processo.

Palavras-Chave: Sistema probatório. Livre convencimento motivado. Provas. Princípios constitucionais.

ABSTRACT

This study aims to analyze the species of evidence used in Brazilian law in finding the solution of a conflict materialized through a process. In judging the merit of a particular action, the court examines the legal aspect and the evidence collected by litigants, as a basis for resolving the conflict. This decision, after the development and improvement of the Brazilian evidentiary law called, came to what is now used among us: the system of rational persuasion or system of free motivated conviction. In this system the judge has a duty to give reasons for judgments, giving transparency and publicity of their acts, serving as a base for the injured party bring its action. As the main objective of the process is to make the truth appear, the magistrate pronouncing its judgment lies in the most appropriate to the specific case, always in compliance with the constitutional provisions and in search of truth and justice. This truth can only come with proof of the facts, ie, through the evidence presented during the proceedings.

Keywords: Probation system. Free motivated conviction. Evidence. Constitutional principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
2 INSTITUTO DAS PROVAS.....	07
EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	07
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	09
Devido Processo Legal.....	10
Igualdade entre as Partes.....	11
Do Contraditório e da Ampla Defesa.....	12
Publicidade dos Atos.....	14
Da Inadmissão da Prova Ilícita.....	15
CONCEITO DE PROVA.....	17
TIPOS DE PROVA.....	18
Documentos Digitais.....	18
Depoimento da Parte.....	20
Confissão.....	21
Pericial.....	23
Testemunhal.....	24
Emprestada.....	26
BUSCA DA VERDADE E O LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO.....	28
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	31
REFERÊNCIAS.....	33

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o sistema probatório dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sempre à luz e respeitando nossa norma maior, a Constituição Federal do Brasil, como meio de busca da verdade pelo magistrado.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso foi baseada em estudos e levantamentos bibliográficos, bem como em entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Dentro da evolução histórica, fala-se a respeito do desenvolvimento, valoração e hierarquia existente anteriormente. A valoração e hierarquia obrigavam o magistrado a obedecer ao sistema de pesos e valoração imposto pela lei, afastando qualquer forma de convicção pessoal do magistrado, bastante evidenciado atualmente.

Dentro dos princípios e/ou garantias constitucionais observa-se o respeito sempre existente à Carta Magna, fazendo um estudo sobre os Princípios do Devido Processo Legal, Igualdade entre as Partes, Contraditório e Ampla Defesa, Publicidade dos Atos, Inadmissão da Prova Ilícita.

Não poderia esquecer-se de conceituar a palavra “prova” e suas diversas interpretações e conotações, de extrema abrangência em todos os ramos da ciência, como, mais especificamente dentro da ciência jurídica, tendo o objetivo de auxiliar no convencimento do magistrado sobre determinada *lide*.

Já os tipos de prova foram abrangidos por aquelas aplicadas desde os primórdios da atuação probatória dentro da solução de conflitos como também por aquelas mais recentes, como é o caso dos documentos digitais. Além deste tipo de prova foram citadas também o depoimento das partes, a confissão, a prova pericial e a prova testemunhal, todas de extrema importância na busca da verdade e do convencimento do juiz.

Em toda instrução processual e sua conseqüente análise de provas existentes tem um fim próprio e busca a verdade dos fatos e o livre convencimento do magistrado, devendo sua decisão ser sempre fundamentada, facilitando a compreensão do que fez o juiz chegar àquela sentença, contribuindo assim, para parte prejudicada ingressar com recurso para rediscussão da matéria.

2 INSTITUTO DAS PROVAS

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A evolução do instituto das provas está ligada aos sistemas de valoração. Segundo o jurista Cássio Scarpinella Bueno (2009, p. 238):

Ao longo do desenvolvimento do direito processual civil (e penal), houve uma série de 'sistemas' sobre o direito probatório, é dizer, variados conjuntos de normas jurídicas que regulavam, em última análise a forma pela qual o juiz deve apreciar as provas e, com base nelas, julgar.

Neste contexto, foi com o desenvolvimento do denominado direito probatório que os sistemas foram se aperfeiçoando para chegar naquele que hoje é utilizado entre nós: o sistema da persuasão racional ou sistema do livre convencimento motivado.

Esse sistema encontra-se como intermediário dos dois sistemas anteriores, quais sejam: sistema da "prova legal" ("tarifada" ou também denominada por "critério legal") e sistema da livre convicção.

No primeiro a carga probatória já vinha preestabelecida em norma escrita, tornando o juiz um simples matemático, somando as provas produzidas para verificar a ocorrência dos fatos alegados. Obviamente que tal sistema não é adequado, privilegiando a quantidade da prova, e não a qualidade.

O juiz não tinha qualquer liberdade na valoração da prova, pouco importando seu convencimento no caso concreto, já que era obrigado a seguir o estabelecido em lei, no tocante às provas.

Já no livre convencimento ou persuasão íntima, totalmente oposto ao sistema citado anteriormente, a liberdade do juiz é plena, o convencimento íntimo do magistrado não o obriga a justificar suas escolhas, podendo, inclusive, julgar contra a prova produzida nos autos.

Diante das inúmeras barbáries, abusos e insegurança gerada, nada mais justo que banir esse sistema, passando a utilizar o livre convencimento motivado.

No livre convencimento motivado, também chamado de persuasão racional, tem-se a fase probatória e, após sua conclusão, o juiz apreciará todo conteúdo

processual, inclusive as provas ali contidas, sem haver hierarquia entre elas, valorando-as de forma a fundamentar sua decisão.

A fundamentação é requisito essencial das decisões judiciais, dando transparência e publicidade de seus atos, e o porquê de sua decisão se direcionar para determinado entendimento, facilitando assim, a parte prejudicada da *lide* a interpor seu recurso.

No sistema atual de avaliação, muito embora as partes auxiliem o juiz na valoração dessas provas, através de suas alegações, é certo que somente ao julgador incumbe valorá-las.

Segundo Greco Filho (1999, p.190) na avaliação das provas, é possível imaginar três sistemas que podem orientar a conclusão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional.

Embora traços de um sistema apareçam em outros, pode-se afirmar que os sistemas de avaliação representam uma evolução histórica no que tange à liberdade do julgador na valoração das provas produzidas.

No atual é mantida a liberdade de apreciação, mas vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, além de obrigar o magistrado a fundamentar sua decisão de modo que seja possível aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento. O julgador está livre para formar a sua convicção, não estando preso a critérios legais de prefixação de valores das provas.

Contudo, não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar sua sentença.

Por esta razão, é que se pode nominar o sistema de livre convencimento fundamentado ou motivado, porquanto a posição acolhida pelo magistrado deve restar, indubitavelmente, fundamentada, consoante o disposto ao art. 93, IX, da Constituição de 1988.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Visto a evolução histórica, não se pode deixar de expor as garantias constitucionais ligadas ao tema.

O conceito de garantias constitucionais, também denominado de princípios constitucionais é muito amplo. Elas podem ser postas como os pressupostos e bases do exercício e tutela dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado (BONAVIDES, p. 493).

Servem como pressupostos de validade dos atos estatais, tendo como o seu objeto a proteção dos direitos individuais e estruturas do Estado.

Para Miguel Reale (1991, p. 300), os princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.

Diante da gigantesca importância de um princípio no sistema jurídico, pode-se concluir que, ao se ferir uma norma, diretamente estar-se-á ferindo um princípio daquele sistema, que na sua essência estava embutido.

Os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. Os princípios, porém, exercem dentro do sistema normativo um papel diferente das regras. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. Não é assim com os princípios, que são normas generalíssimas dentro do sistema.

Os princípios constitucionais são o ponto mais importante de todo o sistema normativo, já que estes são os alicerces sobre os quais se constrói o Ordenamento Jurídico. São os princípios constitucionais que dão estrutura e coesão ao edifício jurídico, segundo Nunes (2002, p. 37).

Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo

Os princípios repousam na essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema. A idéia de um princípio ou sua conceituação designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas, de onde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se conduzem e se subordinam.

Para Paulo Bonavides: “Princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.”

Depois de verificada a importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico, passa-se doravante a analisar os princípios constitucionais de processo civil inseridos na Constituição Federal.

Devido Processo Legal

O devido processo legal é uma garantia constitucionalmente prevista em benefício de todos os cidadãos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas. Está protegida no art. 5º da Constituição Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

O devido processo legal é garantia de liberdade, é um direito fundamental do homem consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art.8º Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Grande parte da doutrina entende que os demais princípios processuais constitucionais atinentes ao processo civil, possuem a sua gênese no princípio do devido processo legal.

Segundo Tucci e Cruz (*apud* RODRIGUES, 1998, p. 27):

(...) derivam do devido processo legal outros princípios tais o da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais.

Tratando-se de um princípio-base, com conceito indeterminado, bastaria ao legislador constituinte, no tocante aos princípios processuais, se limitar a prever o princípio do devido processo legal, pois dele decorrem, naturalmente, outros princípios, tais como o contraditório, a motivação das decisões, a publicidade, a isonomia, etc.

Este Princípio garante a eficácia dos direitos garantidos ao cidadão pela nossa Constituição Federal, pois seriam insuficientes as demais garantias sem o direito a um processo regular, com regras para a prática dos atos processuais e administrativos.

O devido processo legal possibilita o maior e mais amplo controle dos atos jurídico-estatais, nos quais se incluem os atos administrativos, gerando uma ampla eficácia do princípio do Estado Democrático de Direito, no qual o povo não só sujeita-se a imposição de decisões, como participa ativamente delas.

No sentido formal encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz, no caso concreto, a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais.

O devido processo legal vem associado com a idéia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos.

Igualdade entre as Partes

A igualdade das partes advém da garantia constitucional da qual goza todo cidadão que é a igualdade de tratamento de todos perante a lei. Este regulamento está previsto na Carta Magna em seu inciso I do art. 5º, senão vejamos:

Art. 5º (...)

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A igualdade entre as partes estabelecida na Constituição é a material, significando que o tratamento oferecido pelo ordenamento deve ser na medida da igualdade dos iguais e na medida da desigualdade dos desiguais.

O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular.

A partir deste princípio é que deriva o da igualdade das partes no processo, ou seja, o da isonomia processual. Para Nelson Nery Júnior (1996, p. 43.) o princípio da isonomia processual é o direito que tem os litigantes de receberem idêntico tratamento pelo juiz.

O Juiz tem o dever, e não a faculdade, de dar às partes tratamento igualitário, com ampla possibilidade e oportunidade de fazer valer em juízo as suas alegações. Seguindo orientação do art. 125, I, do Código de Processo Civil, “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;”

Porém, há de se mencionar que o princípio da igualdade das partes não assegura ao juiz igualar as partes quando a própria lei estabelece a desigualdade, como por exemplo: a desigualdade do consumidor perante o fornecedor, prazos diferenciados para Fazenda Pública e Ministério Público.

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

É uma garantia constitucional de suma importância, devendo sempre ser observado o ordenamento por parte dos órgãos judiciais para garantir um equilíbrio justo diante de uma determinada demanda judicial. Também de extrema importância o próximo princípio.

Do Contraditório e da Ampla Defesa

Essa garantia está intimamente ligada ao anteriormente citado. É o chamado princípio do contraditório (bilateralidade), devido à alta ligação existente entre os dois

vocábulos.

Consiste na oportunidade das partes apresentarem os fatos e os argumentos a favor de seu pedido e contrários ao do seu adversário processual. Assim, tem-se claro que o contraditório, para ser respeitado, deve apresentar a informação completa da pretensão à parte contrária e a possibilidade da reação à pretensão deduzida.

Vejam os o preceito constitucional:

Art. 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O contraditório é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem dar ao acusado a oportunidade de rebater as afirmações e imputações feitas sobre o mesmo.

O Juiz, face ao seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas de forma equidistante a elas, quando ouve uma, necessariamente deve ouvir a outra, somente assim se dará, a ambas, a possibilidade de expor as suas razões, de apresentar as suas provas, de influir sobre seu convencimento.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni (1996, p.147) faz as seguintes considerações acerca do princípio do contraditório:

O princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo.

O contraditório assume sua face mais profunda no processo judicial penal, que, regido pelo princípio da verdade real, exige a presença da defesa técnica em todos os seus momentos, devido à gravidade de suas sanções.

O contraditório sofre limitações (conforme disposto nos arts. 285-A e 295 do CPC), em face da necessidade de eficácia social das decisões judiciais, como nos casos de concessão de liminares *inaudita altera parte*, comum nos procedimentos processuais de urgência (cautelares, mandados de segurança, *habeas corpus*, decisões liminares em geral, etc.), que têm como fim garantir a preservação do bem tutelado e a eficácia final do processo, evitando a sua perda entre os meandros da burocracia judiciária. Não se trata de uma exceção, pois tais provimentos são

revogáveis a qualquer momento pelo magistrado, sendo oportunizado o contraditório.

Como se observa, a ampla defesa e o contraditório caminham juntos, sendo aplicáveis em qualquer tipo de processo que envolva o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas.

É na ampla defesa que a Constituição Federal garante às partes envolvidas em um litígio, a defesa técnica e a auto defesa, tanto em processo judicial quanto em procedimento administrativo.

O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito à defesa técnica é exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória, e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre a acusação e a defesa.

A preservação à ampla defesa a que se refere a Constituição Federal, defesa técnica, além de necessária e indeclinável, deve ser plena e efetiva, não bastando apenas assegurar a presença formal, mas também a efetiva atividade defensiva do advogado no sentido de assistir seu cliente.

Diante destas considerações, é possível notar que, para que a parte possa estabelecer o contraditório e exercitar a ampla defesa, é necessário que esta tenha ciência dos atos praticados pela parte contrária e pelo juiz da causa.

Publicidade dos Atos

Também garantido constitucionalmente a todos, a publicidade dos atos praticados no âmbito judicial, tem a finalidade de dar transparência aos atos processuais.

A Constituição Federal trouxe em dois artigos o regulamento para tal garantia:

Art. 5º (...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

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

(...)

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

Esses dois dispositivos deixam clara a garantia ao direito de toda a população de ter conhecimento e acesso aos atos processuais, estando ao alcance de qualquer interessado.

Arruda Alvim (1990, p.30) qualifica o princípio da publicidade, como um princípio ético: “A publicidade é garantia para o povo de uma justiça justa, que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria Magistratura diante do povo, pois agindo publicamente, permite a verificação de seus atos”.

Sendo assim, o princípio da publicidade é uma ferramenta de fiscalização da qualidade da prestação de serviço oferecida pelo Poder Judiciário, que deverá pautar suas decisões em consonância com os ditames constitucionais e legais.

No entanto, esta publicidade ampla e irrestrita pode ser consideravelmente danosa a alguns valores essenciais também garantidos pelo texto constitucional, de forma de o art. 5º, LX, da CF permite a restrição da publicidade dos atos processuais quando assim exigirem a intimidade e o interesse social.

No art. 155 do CPC também existe norma expressa que restringe a publicidade, sendo o dispositivo ainda mais específico - mas não excludente – que o texto constitucional.

O art. 155 do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:
I - em que o exigir o interesse público;
II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Analisemos mais um princípio constitucional que deve, sem sombra de dúvidas, ser respeitado nas decisões judiciais.

Da Inadmissão da Prova Ilícita

Prova ilícita é aquela que é obtida por meios em desacordo com o direito material vigente. Neste caso, motivação do dispositivo constitucional é a da inadmissibilidade processual de provas que tenham sido obtidas por meio de desrespeito aos direitos e liberdades individuais, garantidos pela Constituição. Vide o texto:

Art. 5º (...)
LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Às partes cabe o ônus de produzir as provas, na exata medida dos interesses que estejam a defender na causa, contudo, estas provas devem ser obtidas por meios lícitos.

Desta forma, o juiz não pode levar em consideração uma prova ilícita, seja nas sentenças/acórdãos, seja nos despachos ou no momento de inquirir testemunhas, embora convenha deixá-la nos autos, a fim de que a todo momento a parte prejudicada possa tomá-la em consideração para vigiar o convencimento do juiz.

O STF tem tomado basicamente duas posições a respeito da prova ilícita. Primeiramente a prova ilícita, por si só, não gerará a nulidade do processo, entretanto, por ser nula de pleno direito, não deverá constar nos autos e nem fazer parte do fundamento da decisão, por ser inadmissível e desrespeitar as garantias constitucionais (AP 307-3/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 13.10.1995).

Outra corrente no próprio STF que aceita, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, tais provas em juízo, porém, somente em casos extremos (HC 74.678-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU, 15.08.1997):

(...) seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.

Nesse mesmo sentido, reiterando esse posicionamento, decidiu o STF que “é lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com a autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último.”

“É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista” (MORAES, 2006, p.101-102).

Conforme ensina Luiz Flávio Gomes (2006, p.203):

(...) a partir de meados da década de 70 passou a vigorar no Brasil o sistema da inadmissibilidade da prova ilícita, sendo acolhido pela Constituição de 1988. O STF também acolhe o sistema da inadmissibilidade. (HC 69.912-0-RS, Pertence). Destarte, a prova ilícita não pode ser juntada aos autos do processo, caso contrário, é ineficaz e deve ser desentranhada.

No entanto, essa posição, ainda segundo Luiz Flávio Gomes comporta a exceção de que a prova ilícita ou ilegítima *pro reo* é admissível, residindo seu fundamento no princípio da proporcionalidade: RJTJESP-Lex 138, p. 526 e ss. Em favor da sociedade, nesse âmbito probatório, não pode ser invocado o princípio da razoabilidade (STF, HC 69.912-0, Sepúlveda Pertence, DJU de 25.03.94; STF, RE 251445-4, Celso de Mello, DJU de 03.08.00, p. 68).

O Supremo Tribunal Federal tem por regra a não admissão da prova obtida por meio ilícito, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo. Posicionamento excepcionado apenas em certos casos como o de tal prova ser o único meio de aferir a inocência de uma pessoa acusada indevidamente da prática de um crime.

Aqui foram expostas algumas garantias constitucionais nos processos judiciais, deixando-se claro que existem outras garantias igualmente importantes e inúmeras discussões sobre a aplicação delas ao caso concreto, que aqui não foram tratadas.

CONCEITO DE PROVA

Após explanação sobre a evolução histórica e as garantias constitucionais, passa-se a definir e/ou conceituar o que vem a ser “prova”.

O vocábulo *prova* vem do latim, de *proba*, *probare*, significando demonstrar, reconhecer, formar juízo e atestar a veracidade ou autenticidade de alguma coisa, apresentando sempre um sentido subjetivo.

O termo prova serve a qualquer área do conhecimento humano, presta-se a qualquer ramo do Direito. Pode-se falar em prova criminal, prova trabalhista, prova administrativa, prova fiscal, prova cível, prova comercial, sem incorrer em erro, desde que se conceitue adequadamente o termo prova, restringindo o seu significado a dado campo do conhecimento.

O conceito de prova para a Ciência Jurídica não pode ser buscado nas mesmas origens em que é encontrado para as demais ciências empíricas, pois a ampla liberdade de convencimento que rege a atividade judicial e a fixação de disciplina específica para o aporte de provas ao processo, torna essa noção diversa,

e até mesmo impensável para os outros ramos da ciência que também tem sua atividade baseada na reconstrução dos fatos.

Prova deve ser compreendida como tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais pedidos de prestação de tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.

Neste mesmo sentido, prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção desse último, buscando sempre uma decisão justa e baseada na verdade dos fatos.

Percebe-se que, tudo o que estiver no processo, e que for suficiente para alterar a formação da convicção do magistrado, seja para acolher ou rejeitar, no todo ou em parte, a pretensão do autor é prova.

O conceito apresenta como sujeitos tanto as partes como o juiz ou terceiro. O objeto é um fato, entendido este no sentido amplo do termo. O objetivo ou finalidade é o convencimento do juiz sobre a verdade dos fatos ocorridos. Os fatos alegados e não provados não são fatos do processo, eis que meras alegações, portanto, os fatos só existem jurídico-processualmente, se provados.

Conclui-se assim, que a palavra “prova” pode assumir diversas interpretações e conotações, mas sua definição vem sempre ligada à idéia de reconstrução de um fato pretérito, destinado a convencer e demonstrar esse determinado fato ao magistrado, ajudando-o e capacitando-o a agir da forma mais prudente possível, dando-lhe certeza sobre os fatos controvertidos e/ou duvidosos para solução de determinada lide.

TIPOS DE PROVA

Documentos Digitais

Os documentos digitais, também denominados como documentos eletrônicos ou informáticos, podem ser entendidos como sendo todo documento produzido por meio do uso das ferramentas digitais (*e-mail*, mensagens de texto, *facebook*, *whatsapp*, etc.).

É uma prova direta e atípica, desenvolvida a partir do avanço científico e tecnológico e entendida como modernos meios de prova admitidos em nosso ordenamento.

Trata-se de documento particular, em sentido lato, já que é próprio do ambiente virtual e, por isso, despido de subscrição. O Direito e a sociedade ainda não "confiam" plenamente nos documentos digitais, exigindo como prova do negócio firmado por tais arquivos eletrônicos outros elementos de prova que o confirmem.

Contudo, a fim de garantir o reconhecimento da autoria e da integridade do conteúdo das declarações de vontade inseridas no documento digital, tem-se a assinatura digital.

A assinatura digital tem função de lacrar o conteúdo do documento, fazendo com que este permaneça íntegro, ou se for minimamente alterado, que isso possa ser constatado, garantindo sua autenticidade.

Bill Gates (1995, p.138) explica o fenômeno da assinatura digital da seguinte forma:

Quando você mandar uma mensagem pela estrada da informação, ela será "assinada" pelo seu computador, ou outro dispositivo de informação, com uma assinatura digital que só você será capaz de aplicar, e será codificada de forma que só seu destinatário real será capaz de decifrá-la. Você enviará uma mensagem, que pode ser informação de qualquer tipo, inclusive voz, vídeo ou dinheiro digital. O destinatário poderá ter certeza quase absoluta de que a mensagem é mesmo sua, que foi enviada exatamente na hora indicada, que não foi nem minimamente alterada e que outros não podem decifrá-la.

Assim, a função precípua é a de elevar o estado de segurança do documento assinado, mantendo-o ileso.

Um dentre os documentos eletrônicos que já vem sendo utilizado como meio probante é o *e-mail*. Ainda mais após a disposição do já mencionado art. 225 do CC, existindo para ele (como para qualquer outro documento eletrônico) a admissão de uma presunção de conformidade com o original, só cedendo diante de prova em contrário, quando ocorre impugnação por uma das partes.

Art. 225 do Código Civil. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Outro documento digital já utilizado é o judicial via satélite. Uma inovação que permite ao próprio juiz da causa ter contato direto com a testemunha, colhendo o seu depoimento via satélite, verificando suas reações físicas e realizando perguntas. Representa verdadeira economia de recursos financeiros e de tempo, comparada à via tradicional.

O primeiro interrogatório *online* ou à distância no Brasil foi realizado pelo jurista Dr. Luiz Flávio Gomes, na época Juiz de Direito. O interrogatório do acusado é realizado pelo juiz por intermédio do computador, sendo os sinais transmitidos por meio eletrônico. Da mesma forma que a prova judicial via satélite, utiliza-se o avanço tecnológico para diminuir os custos e o tempo do processo.

Tanto no interrogatório quanto no depoimento é o momento próprio de o acusado participar direta e ativamente no processo, demonstrando ou não sua inocência, tendo ele o direito de manter um diálogo humano com o juiz competente, levando, fisicamente perante o julgador e em ambiente neutro, as suas versões, expressões e denúncias que podem influenciar diretamente na decisão final a ser tomada, inclusive ao seu favor.

Dependendo do tipo de documento eletrônico, muito embora apresente vulnerabilidade, se é um meio considerado legítimo pelo senso comum, pela prática na sua utilização e não ficou comprovada nenhuma falsidade, ele pode ser considerado verdadeiro e deve ser apreciado.

Assim, se um documento eletrônico não sofrer impugnação, presume-se a veracidade de suas declarações, de sua autoria, autenticidade e integridade, e ele deve ser apreciado pelo Magistrado.

Depoimento da Parte

É o primeiro meio de prova que o Código de Processo Civil regula, entendido como a manifestação oral da parte em audiência.

O depoimento pessoal é o meio de prova que tem por fonte as partes litigantes. Sua principal finalidade é obter a confissão da parte depoente sobre os fatos relevantes ao deslinde da causa (MOUZALAS, 2009, p.316).

Apesar de constituir-se em testemunho da parte, o depoimento pessoal não se confunde com a prova testemunhal, em razão dos sujeitos que prestam as declarações em juízo.

Somente poderão prestar depoimento pessoal os sujeitos que figurem na relação jurídica processual como partes da demanda. Assim, tanto o autor quanto o réu poderão prestar depoimento pessoal.

Diferente das testemunhas, as partes não têm o compromisso de dizer a verdade, posto que não respondem pelo crime de falso testemunho, tendo, portanto, de se presumir que a imparcialidade também não deva ser qualidade esperada na sua oitiva, vez que estas, evidentemente, possuem interesse na causa.

Apesar de não serem obrigadas a falar a verdade sobre os fatos alegados a seu desfavor, não podem se escusar de comparecer para depor e responder ao que for perguntado, conforme preceitua o art. 340, I, CPC: “Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I - comparecer respondendo ao que lhe for perguntado”.

A finalidade do depoimento é sempre provocar a confissão da parte adversa. É neste momento que o juiz tem o contato pessoal com as partes e, em razão do livre convencimento motivado, pode esclarecer alguns fatos que não tenha chegado ao seu conhecimento através da peça petítória produzida pelo patrono.

Desta forma, o depoimento pessoal vem a ser meio de prova relevante por objetivar a confissão do depoente. Não obstante tenha tal objetivo, não se pode esquecer que também servirá para eventuais esclarecimentos ao magistrado, que poderão influenciar na formação da sua convicção.

Se, por um lado, o depoimento da parte é subentendido como aquele que obtém as maiores informações a despeito do fato, em alguns casos, apenas ela contempla tais informações. Por outro, o interesse pessoal a respeito dos fatos, torna a fonte de prova menos confiável, havendo grande discussão a respeito da legalidade dessa fonte.

O próximo tipo de prova está intimamente ligado a este, pois este está sempre provocando a aquele.

Confissão

O art. 348 do CPC expressa o conceito de confissão: “Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.”

Observa-se que a confissão é ato exclusivo da parte. Somente ela, pessoalmente ou por intermédio de representante, pode realizar o ato de confessar. Para tanto, é necessário que a admissão de fato seja desfavorável ao interesse da parte confidente e, ao mesmo tempo, favorável à parte adversária.

A confissão pode ser judicial, quando a declaração da parte é realizada perante autoridade que exerce função jurisdicional, ou extrajudicial, quando a declaração é oferecida à pessoa não investida de jurisdição no momento em que se dá a confissão.

O efeito da confissão é o esclarecimento dos fatos alegados por uma das partes e sua reafirmação pela outra parte, contribuindo para o convencimento do magistrado, por esta razão não há idéia de prova plena. Se a parte confessar, os fatos deixam de ser controvertidos e, por esse motivo, não necessitam ser objeto de prova (CPC, art. 334, II).

Porém, a concepção que considera confissão a própria condenação, deve ser vista com ressalvas em face do poder discricionário e livre convencimento do juiz. Devemos repisar, entretanto, a observação de que a confissão será inadmissível quando tiver como objeto fatos relativos a direitos disponíveis (CPC, art. 320, II e 351), como se dá nas ações de investigação de paternidade, de guarda, educação e alimentos dos filhos etc.

Vale lembrar que a confissão presta-se a formar a convicção do julgador em torno dos fatos controvertidos na causa. Por isso, um fato pode vir a ser demonstrado inverídico, ou mesmo pode o juiz desconsiderar a confissão, se entender inverossímil o fato confessado. Ademais, pelo princípio do livre convencimento motivado, nada obsta que o julgador afaste, na sentença, a confissão.

Sendo a confissão um meio probatório, não deve ser entendida além dessa limitação, pois, caso contrário, se abriria perigosa brecha para colusão, permitindo que processos fraudulentos fossem iniciados com um único intuito de, através da confissão, obstar ao julgador a possibilidade de amplamente perquirir os elementos da causa, como por exemplo, se a parte confessasse dívida inexistente apenas para, judicialmente, transferir seus bens a outrem, em prejuízo a seus verdadeiros credores.

Passemos à análise de mais um tipo de prova, esta necessitando de pessoa com conhecimentos específicos para esclarecimento dos fatos.

Pericial

A prova pericial advém da necessidade de se demonstrar no processo fato que dependa de conhecimento especial. Não é suficiente apenas alegar os fatos, precisa-se prová-los com documentos e demonstrações contundentes e possuidoras de rigor técnico, através do Laudo Pericial.

No direito moderno, a prova pericial assume especial relevância, eis que determinados aspectos técnicos somente podem ser devidamente elucidados e esmiuçados por *experts*, que dispõem, por sua formação e especialização, da necessária aptidão para aferir a importância deste ou de outro aspecto, que, via de regra, poderiam escapar ao leigo.

Prova pericial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial (DIDIER, 2007, p.171).

A principal função da prova pericial é a de converter os fatos técnico-científicos referentes à *lide* em certeza jurídica, ou seja, é fundamental provar os fatos alegados e/ou controvertidos. Deste modo, logo que o magistrado adquire a certeza jurídica, sobre os fatos da questão, pode julgar a demanda.

Existem provas denominadas de pré-constituídas e as provas constituídas no decorrer do processo. Como exemplo para o primeiro caso, citamos a prova documental, ou seja, são provas juntadas da inicial ou na contestação, já a prova pericial se trata de prova constituída no decorrer do processo.

Na ausência de pontos controvertidos, quando a matéria envolvida depende somente de normas jurídicas e as provas documentais apresentadas forem o suficiente para seu convencimento, o juiz julga a *lide* com exclusividade, por ser de sua especialidade. Existindo fatos controversos, surge a necessidade de provas e neste momento é que o juiz ou as partes solicitam a prova pericial.

Não se pode exigir conhecimento pleno do juiz a respeito de todas as ciências humanas e exatas. Para tanto, sempre que o esclarecimento dos fatos exigir tal espécie de conhecimento, o juízo se valerá de um auxiliar especialista, chamado perito.

Ao estabelecer um paralelo entre a prova pericial e outros meios de provas adotados pelo Direito Processual pátrio, percebe-se que estas podem se tornar

frágeis e inexatas, prejudicando sua exata aplicação ao caso concreto, enquanto que aquela é proveniente de um estudo técnico científico que se projeta no meio material por intermédio de um laudo pericial, do qual consta documentado.

Esta prova pericial somente será admitida se for possível e necessária para o esclarecimento dos fatos da causa e, ainda, se a prova de um específico fato depender de conhecimento especial.

No caso concreto, o juiz, ao se deparar com uma prova confeccionada por um perito, se valerá dos princípios do livre convencimento motivado, da livre apreciação da prova, podendo se valer de qualquer meio de prova para julgar, inclusive da prova pericial, com peso especial quando se fizer necessária devendo, entretanto, motivar sua decisão.

Testemunhal

Testemunhar significa afirmar, mostrar o atestado. Testemunhar, em juízo, é atestar a existência de um fato relevante para o julgamento da *lide*. Testemunha é a pessoa, capaz e estranha ao feito, chamada a juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves (2012, p.459):

A prova testemunhal é o meio de prova consubstanciado na declaração em juízo de um terceiro que de alguma forma tenha presenciado os fatos discutidos na demanda. Tradicionalmente, a testemunha é aquele sujeito que viu o fato, mas não se devem desprezar outros sentidos humanos, como o olfato, a audição, o tato ou o paladar.

Testemunhas são as pessoas que em determinado processo externam seu depoimento sobre o conflito de interesses, por terem conhecimento de determinado acontecimento, e por esta razão, está catalogado em sua memória o que realmente pode ter acontecido.

Segundo os ensinamentos dos Juristas Marinoni e Arenhart (2009, p.713):

Por meio de prova testemunhal obtém-se, através das declarações de alguém estranho à relação processual, determinada versão de como se passaram certos fatos importantes para a definição do litígio. As testemunhas são sempre pessoas que não se confundem com os sujeitos principais do processo.

Neste tipo de prova, presume-se que a testemunha assistiu (viu, ouviu, sentiu, observou) ao fato jurídico, sem artificialismo que comprometa o processo de arrecadação da prova, notadamente com a imparcialidade necessária para evitar a contaminação dos sentidos, meio com que se forma o conhecimento.

As testemunhas que presenciaram um fato são chamadas de testemunhas presenciais. Também existe a figura da testemunha de referência, que não presenciou o fato, mas tomou conhecimento dele por informações de alguém que supostamente o fez, valendo o testemunho como mero indício. Por fim existe a testemunha referida, da qual se tem conhecimento por meio do depoimento de outra testemunha.

É através deste meio de prova que se pode obter o depoimento das testemunhas, ou seja, os fatos alegados pelo autor da pretensão abrem espaço para o incremento de declarações de algumas pessoas que através de seus sentidos biológicos presenciaram a ocorrência dos verdadeiros acontecimentos que impulsionaram o surgimento da lide.

Em regra, qualquer terceiro pode testemunhar, mas o art. 405 do CPC prevê hipóteses de incapacidade, impedimento e suspeição que vedam determinados sujeitos em determinadas circunstâncias de prestarem depoimento como testemunhas. O tema também é tratado pelo art. 228 do CC, sem diferenças substanciais:

Art. 405 do CPC. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por demência

II - o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o menor de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;

II - o que, por seus costumes, não for digno de fé;

III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;

IV - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Art. 228 do CC. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;

III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

O objeto da prova testemunhal consiste em testemunhar, de alguma forma, a conexão do sujeito com o objeto, mediante a utilização de um dos poderes dos sentidos do homem. Os fatos jurídicos são o objeto da prova testemunhal, conhecimento que se compõe apenas pela propriedade dos sentidos.

Emprestada

A regra a despeito da produção de provas é que esta se realize dentro do processo em que será utilizada como meio de convencimento do magistrado. Em determinados casos é possível aplicar no caderno processual, prova já produzida em outro processo, respeitando o princípio da economia processual.

A utilização desta prova, chamada de prova emprestada, dispensa a produção de prova já existente, buscando a economia processual, a celeridade e a verdade possível, em especial quando é impossível produzir novamente aquela prova.

No tocante à identidade ou semelhança entre o fato probando dos dois processos, entende-se que se trata de um pressuposto lógico para validade e eficácia da prova emprestada, uma vez que não se mostra cabível trasladar prova que nenhuma pertinência tenha com os fatos relevantes ao deslinde do segundo processo.

Para Fredie Didier Jr. (2007, p. 169):

Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele.

A prova produzida alhures ingressa noutro processo sob a forma documental, cuja força probatória será valorada pelo juiz, que não está adstrito a dar-lhe idêntico valor ao que teve nos autos em que foi produzida.

A prova emprestada configura uma modalidade de prova, oriunda de construção doutrinária e jurisprudencial, assim, em que pese não elencada expressamente no art. 212 do Código Civil, sua admissibilidade é legítima com preenchimento dos seguintes requisitos: a) identidade de partes. B) identidade de objeto da lide; c) observância do contraditório na colheita da prova; e d) licitude da prova produzida.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. **PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.** INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. REEXAME. SUMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PRO 1. **É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da prova emprestada, quando esta foi produzida com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.** Rever os fundamentos que levaram a tal conclusão, ou seja, de que a prova emprestada utilizada no processo não teria passado pelo crivo do contraditório, demandaria reexame do conjunto probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. Tendo as instâncias ordinárias entendido pela desnecessidade de realização de provas, não de ser levados em consideração o princípio da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, que, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 426.343/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 18/03/2014) (grifo nosso).

Assim, diante da legalidade da prova emprestada, evidente que se impõe a observância do contraditório e ampla defesa em face daquele contra quem a prova emprestada será utilizada no primeiro processo, a fim de lhe assegurar a

participação efetiva em toda a atividade judicial destinada à formação do convencimento do julgador.

É através da análise de todos os tipos de prova e de todo caderno processual que o magistrado irá convencer-se para julgar a lide e buscar a verdade dos fatos.

BUSCA DA VERDADE E O LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO

O processo tem como objetivo principal fazer com que a verdade surja, possibilitando ao magistrado que exare a sentença de forma que possa aplicar a norma de forma apropriada ao caso concreto. Essa verdade só pode surgir com a comprovação dos fatos, ou seja, por meio das provas apresentadas no decorrer do processo.

É através do processo que o Estado trás para sua responsabilidade, a decisão sobre o conflito de interesses existente entre as partes, daí surge a função do processo que é destinada a encontrar a verdade, descobrir os fatos para que se possa efetivamente dar uma decisão de forma que mais se aproxime com o que é esperado da Justiça.

A convicção do juiz deve se dar em virtude de tudo com o qual o mesmo tomou contato dentro do caderno processual, ou seja, as provas são parte essencial, para não dizer a principal, para a resolução apropriada da *lide*, assim, é natural que as provas tenham como objetivo o aparecimento da verdade.

A finalidade da prova é convencer o juiz de certos fatos que são fundamentos da relação ou estado jurídico. Esta concepção está dentro da teoria da busca da verdade, eis que não está centrada apenas na fixação dos fatos ou no convencimento do juiz, mas sim na certeza e no convencimento.

Significa que o juiz não mais fica preso ao formalismo da lei, antigo sistema da verdade legal, sendo que vai embasar suas decisões com base nas provas existentes nos autos, levando em conta sua livre convicção pessoal motivada.

O Direito brasileiro consagrou os princípios da livre apreciação das provas pelo magistrado, da persuasão racional, ou, ainda, do livre convencimento do juiz, os quais, em conjunto, pressupõem a liberdade do magistrado quando da apreciação das provas colacionadas nos autos da ação.

Conforme Rinaldo Mouzalas (2009, p.306):

Em consequência de seu objeto, as provas devem buscar a formação da convicção do juiz, possibilitando a solução do litígio sob o amparo de uma verdade processual, que se aproxime da verdade real, evitando-se o proferimento de pronunciamentos jurisdicionais sob o estado de perplexidade.

A verdade é uma noção relativa, que só pode ser expressa em termos de graduação ou aparência maior ou menor com o representado. A sua função é estabelecer o grau de conformidade entre fato e idéia. Trata-se de verdade possível. A noção de semelhança com a verdade, ou verossimilhança, assume papel preponderante ao conceito de verdade.

A verossimilhança pode ser conceituada como algo que parece ser a verdade, de maneira intuitiva, uma realidade que carrega a aparência ou uma probabilidade da verdade. É um nível muito alto de convencimento muito próximo da possibilidade.

A liberdade que detém o juízo, abrange a prova tanto na sua produção e avaliação, quando no que diz respeito ao seu convencimento, bem como suas limitações e motivação no momento da decisão.

Para Pontes de Miranda, o princípio em referência “é aquele que dá ao juiz apreciar as provas livremente, a fim de se convencer da verdade ou falsidade, ou inexatidão parcial, das afirmações sobre os fatos da causa.

Na busca da verdade o magistrado pode até mesmo solicitar de ofício a produção de provas, por exemplo, uma perícia, de modo que possa firmar seu convencimento sobre a causa antes de exarar sua decisão.

Eis a livre convicção motivada dos juízes, isto é, a técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial, à luz das impressões colhidas do processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes nos autos.

Toda certeza, em matéria de provas, liga-se aos fatos do processo. Portanto, se a prova visa demonstrar fatos como existentes ou não, afastando dúvidas, visa a convencer através de uma demonstração que tem em seu bojo a existência fática posta como verídica.

Para decidir, o juiz deve estar convencido dos fatos do processo e esse convencimento está na subjetividade e no convencimento de cada magistrado ao analisar o processo e as provas ali contidas.

A convicção decorre não só das provas colhidas, mas também do conhecimento pessoal do juiz, das suas impressões pessoais, e à vista destas, lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas.

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstanciais constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, devendo indicar na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Sendo assim, pode-se dizer que o objetivo principal do processo é a justa solução da *lide*. O direito só pode ser concretizado como a efetivação da justiça se servir como revelador da verdade, de modo que seja feita a justa composição da *lide*, assim, os fatos nos quais se fundam o processo devem trazer à tona os requisitos necessários para que o magistrado se convença da solução apropriada aplicando as normas que se amoldam perfeitamente à situação enfrentada.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação do direito e sua aplicação ao caso concreto dependem, antes mesmo da compreensão correta do sistema normativo, de chegar o juiz ao conhecimento de como surgiu o alegado direito, de como as coisas aconteceram no plano dos fatos.

Para se chegar a este conhecimento é imprescindível que as partes tragam ao caderno processual o conjunto de atos praticados por elas, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade, dando possibilidade ao magistrado de formar sua convicção, buscando sempre uma decisão justa e baseada na verdade dos fatos.

Assim, tudo o que estiver no processo, e que for suficiente para alterar a formação da convicção do magistrado, seja para acolher ou rejeitar, no todo ou em parte, a pretensão do autor, é chamada de prova.

A prova jurídica trás como seu objeto um fato ocorrido alhures. Já o seu objetivo ou finalidade é o convencimento do juiz sobre a verdade dos fatos ocorridos para solução de um litígio.

Desta maneira, os fatos alegados e não provados não são fatos do processo, eis que meras alegações, portanto, os fatos só existem jurídico-processualmente, se provados.

Dentre os tipos de provas analisados neste trabalho (depoimento da parte, confissão, pericial, testemunhal e emprestada), merece destaque aos documentos digitais, por se tratar da mais recente e de crescente expansão dentre as demais.

Denominados como documentos eletrônicos ou informáticos, é uma prova direta e atípica, desenvolvida a partir do avanço científico e tecnológico e entendida como modernos meios de prova admitidos em nosso ordenamento.

São entendidos como todo documento produzido por meio do uso das ferramentas digitais (e-mail, mensagens de texto, facebook, whatsapp, etc.) e, após a disposição do art. 225 do CC, tem a presunção de conformidade com o original, só cedendo diante de prova em contrário, quando ocorre impugnação por uma das partes.

Outro documento digital utilizado é o sistema via satélite, permitindo ao julgador ter contato direto com a testemunha, colhendo o seu depoimento via satélite, verificando suas reações físicas e realizando perguntas. Representa

verdadeira economia de recursos financeiros e de tempo, comparada à via tradicional.

Contudo, embora respeitados formalmente todos os mecanismos processuais, inexiste dúvida de que o aludido procedimento (à distância ou online) traz prejuízos ao acusado, limitando o seu exercício pleno do direito de defesa, já que é justamente neste momento onde o Juiz identificará os pequenos detalhes (a voz, o corpo, o olhar, os gestos, os sentidos, as atitudes, etc.), que ajudará e permitirá sua convicção.

De acordo com o sistema adotado no Brasil, o do livre convencimento motivado, também chamado de persuasão racional, tem-se a fase probatória e após sua conclusão, será apreciado todo conteúdo processual, inclusive as provas ali contidas, sem haver hierarquia entre elas, valorando-as de forma a chegar a uma decisão fundamentada.

Significa que o juiz não mais fica preso ao formalismo da lei, antigo sistema da verdade legal, sendo que vai embasar suas decisões com base nas provas existentes nos autos, levando em conta sua livre convicção pessoal motivada.

Por ser requisito essencial das decisões judiciais, a fundamentação tem o condão de dar transparência e publicidade aos atos praticados pelo magistrado, oferecendo às partes a oportunidade de saber o direcionamento do entendimento fixado na sentença/decisão, facilitando a interposição de recurso pelo prejudicado.

Como dito alhures, a atividade probatória desempenhada pelas partes destina-se à formação do convencimento do juiz. E não é suficiente que as partes narrem os fatos, que apenas aleguem como os fatos aconteceram. É indispensável que forneçam ao juiz instrumentos para que este possa se certificar a respeito da veracidade do alegado e, assim, decidir com justiça.

É a chamada busca da verdade, que só pode surgir com a comprovação dos fatos, por meio das provas apresentadas no decorrer do processo. É por intermédio de um processo que o Estado trás para si a responsabilidade de dirimir determinada controvérsia entre os litigantes, através de uma decisão mais justa possível, como sempre é esperado da Justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 9 ed. rev. e atual. até a Emenda 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALVI, Luciano. **Direito Civil Esquematizado**. Campo Grande: Contemplar, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora JusPodium, 2007.

GATES, Bill. **A estrada do futuro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Leituras Complementares de Constitucional: Provas Ilícitas e Presunção de Inocência**. Salvador: JusPodium, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOUZALAS, Rinaldo. **Processo Civil**. Salvador: JusPodium, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STF. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

STJ. Supremo Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 426.343/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 18/03/2014. Retirada do *site* do STJ em 10/08/2014.