

Reintrodução ao Estudo da Prova

JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR

Desembargador TJ/RJ

I. Natureza jurídica e definição - Quando iniciamos, nos idos de 1973/4, uma alentada análise doutrinária do instituto das provas, naquela ocasião, ao ensejo da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil (arts. 332 a 443), como ponto de partida enfrentamos a controvérsia doutrinária sobre sua natureza jurídica. Sobretudo quando a prova é encontrada em todo o mundo jurídico e inclusive para além do direito, pois igualmente perante a imensa atividade das ciências reconstitutivas, através de experimentos científicos.

Questionáramos, então, se a prova pertence à ciência universal, ao mundo do direito ou ao direito processual.

Desde logo constatamos ter o vigente Código conquistado para si toda a grandiosa regulamentação geral do instituto, no empenho de torná-lo submisso a um só regime legal e desse modo, integrante do direito processual.

Por isso mesmo, a partir do art. 332, revogou os dispositivos genéricos que no direito material dele cuidavam, como os do Código Civil (art. 136) e do Código Comercial (arts. 121 a 125).

Em consequência se tornou a prova, em nosso mundo jurídico, de exclusiva regência do direito processual.

A doutrina universal, porém, repetidas vezes tem-se manifestado no estudo da natureza jurídica e definição da prova segundo menos ou mais larga e, em não raras vezes, tendência do direito positivo do país do doutrinador.

Nesse exame, adotam a natureza processualista da prova Lessona, Chiovenda, Goldschmidt, Mittermaier, Adolf Wach, Schönke, Prieto-Castro, Jaime Guasp, Valentin Silva Melero, Hugo Alsina e Andrei Vishinski dentre outros. Em favor da natureza mais geral A. Nikisch, Leo Rosenberg, Isidoro Eisner e Castro Mendes, este último admitindo a prova como pertencente à teoria geral do direito (veja-se **Do Conceito de Prova em Processo Civil**,

Lisboa, 1961, pág. 271). Já o jurista colombiano Hernando Devis Echandía, provavelmente arrimado no alcance da prova dado por Antonio Dellepiane para as ciências reconstrutivas em geral (**Nueva Teoria General de la Prueba**, Buenos Aires, 1939, pág. 23), lembra que a prova transcende os limites do direito, estendendo-se a todas as ciências que integram o saber humano e, inclusive, à vida prática cotidiana (Echandía - **Teoria General de la Prueba Judicial**, 2ª edição, 1972, T. I, pág. 9). Em igual sentido Erich Döhring (**La Prueba, su Práctica e Apreciación**, Buenos Aires, 1972, pág. 7). Por isso mesmo Pontes de Miranda censura a limitação da prova ao ato judicial ou processual, conforme fizera Melo Freire: *probatio este actus iudicialis, quo litigantes iudici de facto in controverso, vel de re dubia fidem iudicio faciunt*. “É processualizar-se gritantemente a prova”, - verbera. - “Pensar-se em prova judicial quando se fala de prova é apenas devido à importância espetacular do litígio, nas relações jurídicas entre os homens. As provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim” (Pontes de Miranda - **Tratado de Direito Privado**, T. III, par. 345, pág. 404).

Partindo-se dessa dissensão doutrinária a respeito da natureza jurídica da prova, tornava-se difícil dar-lhe uma definição ideal. Perante os civilistas modernos ainda há forte tendência de atribuir à prova um alcance mais amplo do que a simples apuração da verdade processual. É o que se encontra em Pontes de Miranda e Washington de Barros Monteiro, este último considerando acanhada a definição de Planiol e sugerindo as de Clóvis e Cunha Gonçalves de alcance mais genérico e que não se limitam ao processo (Washington de Barros Monteiro - **Curso de Direito Civil**, 1º vol., 5ª ed., pág. 257).

Sob o ângulo do direito material têm suas razões os eminentes civilistas. Não obstante, na doutrina processual a definição de prova não se deve desprender do regulamento de sua formação de sua destinação instrumental.

Assim, quando indagamos sobre a prova no processo, cremos poder defini-la em conformidade com esse seu fim específico, do mesmo modo porque o podemos fazer mais amplamente se a situarmos para além dos limites judiciais. Com essa conciliação centenas de válidas definições de grandes doutrinadores poderiam ser facilmente aqui catalogadas. Dentre as mais genéricas se revela a dada por Bonnier: *é o conjunto de diversos meios pelos quais a inteligência chega à descoberta da verdade* (Édouard Bonnier

- **Traité des Preuves**, pág. 1); a de Mittermaier, também com seu cunho genérico, é análoga: *prova é a soma dos meios produtores da certeza*. Em ângulo processual e assim, específico, temos como excelente aquela dada por Lessona, quando afirma que provar significa *dar ao juiz a certeza de ser e do modo de ser dos fatos controvertidos* (Lessona - **Tratatto delle Prove in Materia Civile**, 1922, vol. 1, 4ª ed., pág. 21). Também voltada para o processo é a de Moacyr Amaral Santos, quando diz que *prova é a soma dos fatos produtores da convicção do juiz, apurados no processo*, na visão do resultado não distante dos conceitos de Mittermaier e de Bonnier, ao não admitir o simples meio como prova. Outra não é a tendência da doutrina alemã contida em Schönke e Lent, que defendem a idéia de prova como a atividade processual. Schönke - **Derecho Procesal Civil**, Barcelona, 1950, parágrafo 56, pág. 198, define: *Se entende por prova a atividade das partes e do Tribunal encaminhada a proporcionar ao Juiz a convicção da verdade ou falsidade de um fato*. Já Friedrich Lent - **Diritto Processuale Civile TeDESCO**, 1962, parágrafo 49, pág. 197: “*Com o termo ‘prova’ se alude a uma atividade da parte ou do juiz, dirigida a convencer este último da verdade ou da falsidade de uma afirmação*”.

Por outro lado, no seio da própria doutrina processual há divergência conceitual a respeito da prova. Uns entendem-na como simples *meio*. Outros prendem-na ao resultado.

Sem dúvida podemos atribuir ao simples meio o conceito de prova, não só pela clara tendência de nosso direito positivo como porque, em muitas vezes, um só meio conduz ao resultado, confundindo-se aquele com este. Ademais, o meio de prova, pelo seu potencial poder de convencimento, já nasce destinado à obtenção do resultado, que é a própria prova da verdade dos fatos da causa.

Castro Mendes em seu **Do Conceito de Prova em Processo Civil**, 1961, Lisboa, págs. 267 e 270, n^{os} 57 e 59, não obstante, com apoio em Hellwig e Zuppeta só admite a prova no resultado, entendendo inconveniente o uso do vocábulo para designar os meios probatórios. Daí conclui que a frase: “este documento é uma prova”, não seria a rigor correta; o documento, em seu entender, é somente uma fonte de prova.

Já Echandía, após mencionar um bom número de grandes autores irrestritamente favoráveis ao meio como prova e após procurar estabelecer a diferença entre prova e meio de prova, chega à conclusão de que *a noção de prova pode abranger tanto o meio quanto o resultado* (**Teoría General**

de la Prueba Judicial, 2ª ed., 1972, 2 vols., Buenos Aires, págs. 29 nº 9, e 33 nº 11). Em nosso vigente Código, assim como no anterior, vários de seus subtítulos e dispositivos conferem aos meios de prova tal qualidade para provar a verdade dos fatos. E denomina-os de “prova”. Logo, adere abertamente à corrente que atribui ao meio de prova a natureza de prova, sem vinculá-lo necessariamente ao resultado.

Diante dessas divergências optou Pedro Batista Martins pela apresentação de dois conceitos. Um em sentido geral e onde a prova aparece como meio, quando a define como *todo e qualquer elemento que possa contribuir para gerar a certeza de um fato*. Outro em sentido jurídico-processual, e onde a prova se identifica ao resultado, quando a denomina *o conjunto de elementos de que se serve o juiz para formar a convicção sobre os fatos em que se funda a demanda* (Pedro Batista Martins - **Comentários ao Código de Processo Civil**, ed. 1941. págs. 383/4).

Inquestionavelmente, pela evidência regulamentar de nosso sistema processual codificado, prova é meio e resultado.

Buscando-se um conceito de prova em conformidade com nossas leis processuais, podemos defini-la amplamente como *todo o meio em condições de obter o resultado, assim como o próprio resultado, na pesquisa da verdade*.

Em seu fim último, quando colabora fundamentalmente na definição do litígio, a prova é certeza. Mas nem sempre o é no processo. Não podemos processualmente só olhá-la pelo fim e com caráter absoluto. A prova também é *meio*. Como exemplo iniludível, temo-la no processo cautelar, quando como puro meio se revela e onde por isso mesmo não se lhe exige a certeza, mas sim a *plausibilidade* (Humberto Theodoro Júnior - **Processo Cautelar**, 1976, nº 52, pág. 78).

Sob outro ângulo de visão não menos valioso chega Calamandrei à mesma conclusão de que: todo juízo de verdade se reduz logicamente a um juízo de *verossimilitudes*. E perante as verdades históricas conclui com a advertência de Voltaire: *les vérités historiques ne sont que des probabilités* (Piero Calamandrei - **Direito Processual Civil**, vol. III, pgs. 269/70, Ed. Bookseller, 1999).

II. Aspectos gerais da doutrina probatória - No decorrer dos anos setenta do século XX, quando dos primeiros anos de vigência do atual CPC, então prosseguimos nalguns estudos doutrinários sobre o instituto

das provas. A partir daí até hoje pouco se escreveu no país a respeito de tão relevante tema na doutrina processual, em sua análise *global*.

Nosso mais completo estudo daquela época, como ao início dissemos, integrou os **Comentários ao Código de Processo Civil**, em livro correspondente ao tomo nº IV da coletânea editada pela Revista dos Tribunais.

De lá para cá, apegados à intensa atividade judicante e outros temas de direito, afora os acréscimos à 2ª edição dessa obra em 1977, nada mais ensaiamos doutrinariamente sobre as provas.

Estamos voltando agora, ainda que pálida e timidamente, surpresos pelo veloz perpassar de vinte e dois anos, mas com o ousado intento de dar um renovado passo para prosseguir na inesgotável pesquisa, fonte de perguntas e respostas sobre o imenso, dominador, fascinante e fundamental instituto. Tanto que bem o considerou Jeremy Bentham ser a alma do processo.

Inquestionavelmente há processos sem prova, como nas representações por inconstitucionalidade, ou naqueles onde as questões de direito podem subjugar as de fato e se baseiam em prova preconstituída, como nos quatro *writs* constitucionais.

Não obstante, este mais fértil instituto da ciência processual domina quase todas as lides judiciais.

A prova concretiza e evidencia o fato, sendo que *ex facto oritur jus*, e em conseqüência *jura novit curia* ou *narra mihi factum, dabo tibi jus*, ou *la court connait le droit*. Traduzindo-se com transparência, a falta ou errada indicação do texto legal aplicável em nada afeta o pedido inicial. Mas o fato deve ser bem explicitado.

III. As provas na Constituição Federal de 1988 - Com a vinda da Constituição Federal de 5/10/88 dois princípios do processo foram valorizados ao nível das normas constitucionais denominadas em doutrina de *pétreas*, quais sejam os princípios do *contraditório* e da *ampla defesa* (art. 5º, LV da Constituição Federal).

Receberam, pois, a intocabilidade perante qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir *os direitos e garantias individuais* (art. 60, parágrafo 4º, IV da Constituição Federal).

Como princípios integrados às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º parágrafo 2º da Constituição Federal), so-

mente poderão ser porventura excepcionados ou reduzidos em seu caráter de generalidade obrigatória perante os processos judiciais e administrativos, através de uma eventual nova Constituição, a ser elaborada por futura e ainda distante assembléia constituinte eleita pelo sufrágio universal do voto popular. Jamais por emenda constitucional, reitere-se, *ex-vi* do disposto no art. 60, parágrafo 4º, inc. IV da C.F./88, que adiante mais de uma vez será lembrado.

A Constituição Federal de 1988 foi destacadamente, perante as demais cartas magnas republicanas anteriores a partir da de 1891 (incluída a Emenda de 1926, as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e a grande Emenda de 1969), a mais exuberante e completa no amparo dos direitos individuais, coletivos, sociais, da nacionalidade e políticos do cidadão.

São direitos assentados, a nosso convicto crer, nas já aludidas cláusulas pétreas, pois insuscetíveis de qualquer modificação por *emendas*, do que muitos inadvertida ou solenemente o ignoram.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa integram os princípios gerais das provas.

IV. O amparo constitucional aos direitos da personalidade e as provas - Assistimos, no mundo contemporâneo, à perda progressiva da individualidade. E mais que isso, constatamos a massificação do homem como um fato social. Unitariamente considerado, se conforma em pouco ou nada valer, com isso contribuindo para um mundo que sem dúvida não o favorece.

Encontramo-nos numa era de transição. E os valores, conceitos e até as estruturas sociais, tal e qual são hoje superestimados e envolvidos por preciosa redoma, amanhã podem vir a ser desvalorizados e desaparecer.

Mas há princípios e direitos imutáveis no correr dos tempos, pois têm sua fonte na natureza do homem e de sua própria índole societária. Não há, pois, como sujeitá-los ao desprestígio e à voracidade das mutações.

Por isso a todo o tempo a doutrina do direito civil universal muito se tem preocupado no embate entre o homem e a sociedade, almejando um bem ajustado equilíbrio de direitos. Não se conforma com o sacrifício total da individualidade em prol da coletividade. E por isso procura proteger o homem de per si através dos direitos da personalidade. Nestes a integridade física e moral, consubstanciadas na vida, na integridade do próprio corpo e no do parente próximo falecido, na liberdade, na honra, no nome, na imagem e na intimidade, recato ou privacidade são individualidades impostas

à sociedade e ao próximo. São direitos absolutos, necessários, vitalícios, intransmissíveis e irrenunciáveis, diante da notável importância de que se revestem.

Daí a razão do projeto do novo Código Civil (em longuíssima tramitação no Congresso e por isso já vestuto e dasatualizado), mas neste aspecto inspiradamente, dedicar-lhes os arts. 11 a 20, ao contrário do Código Civil vigente, que se omitiu no trato do assunto, malgrado a Constituição Federal o supra.

Sendo inquestionável a invulnerabilidade jurídica dos direitos da personalidade, não cremos ser tolerável qualquer situação em contrário. É exatamente assim que entendem grandes mestres como Kohler, Gierke, Adriano de Cupis, Diez Diaz, Santamaria, Degni, Campogrande, recentemente o civilista luso Rabindranath Capelo de Sousa, e entre nós Orlando Gomes, Limongi França, Paulo José da Costa Jr., Antonio Chaves, Walter Moraes, e muitos outros.

Os casos excepcionais em que o *intenso carácter protecional a esses direitos se afasta são stricti juris*. Queremos dizer, pela própria índole dos direitos contra os quais se antepõem, *só existem em circunstâncias especialíssimas*. É o exemplo não só da *sentença condenatória irrecorrível* privativa de liberdade ou da *prisão preventiva*, mas sobretudo da imediata *privação de liberdade* do indiciado em flagrante nos delitos previstos no art. 323 do CPP. De igual modo o ataque à integridade física do ofensor na legítima defesa. Idem o afastamento da intimidade do lar, ao perder seu lugar de “asilo inviolável do indivíduo” quando nele está sendo praticado um crime. Ou, por último aqui, a exceção à intangibilidade do direito à imagem na divulgação de fatos de interesse público dos quais participe a pessoa retratada.

Todas essas circunstâncias especialíssimas e outras só merecem acatamento para se sobrepor a um direito da personalidade quando se encontrarem ao agasalho da lei e sob previsão da norma constitucional. Logo, salvo, ainda, quando a ordem ou a segurança social se achar em iminente perigo, em qualquer outra hipótese devem imperar sobranceiros os direitos da personalidade.

Dentre esse direitos se sobressaem três que continuam sendo nos últimos tempos mais diretamente atingidos em seu amplo alcance protecional. Trata-se do direito à liberdade de manifestação do pensamento, do direito à imagem e à privacidade (anglicismo originário de *privacy*), intimidade ou

recato. Tornaram-se inclusive temas atraentes para noticiários jornalísticos escandalosos, novelas da televisão e obras literárias.

Diante dessa palmar realidade a Constituição Federal erigiu, a nível de *norma fundamental e pétrea*, a previsão da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X da Constituição Federal).

Logo a seguir prescreve, a norma magna, a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII da Constituição Federal).

Arremata, no art. 5º inciso LVI, serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Na 2ª edição de nossos **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. IV, Capítulo III *Das Provas*, do Título VIII, Livro I, 1977, ao comentarmos o art. 332 do CPC, analisamos a distinção e conjugação, entre os meios de prova *legais e os moralmente legítimos*, a *contrario sensu* sinalizando os últimos a evidente repressão aos meios imorais, como tal se identificando a gravação oculta de diálogos, conversas telefônicas, telegráficas etc.

Só dispúnhamos, naquela oportunidade, do texto claro e límpido do dispositivo processual acima citado para aquela repressão.

Hoje não estamos a sós com a norma processual ordinária, mas sobretudo arrimados nas normas fundamentais e intocáveis da Constituição Federal, já explicitadas no nº III supra desta obra.

Logo, não são textos vulneráveis a quaisquer emendas constitucionais derivadas, sendo seu mais alto e respeitável guardião, para ser preservada a intangível proteção aos direitos da cidadania, o Eg. Supremo Tribunal Federal (art. 102 *caput* da Constituição Federal).

V. A prova livre e a prova legal. O art. 332 do CPC - A prova livre compreende a *verdade material* ou, na expressão de Carnelutti, a verdade verdadeira. Como tal temos a verdade através dos meios diretos de prova, assim a confissão, os documentos, a testemunha, a perícia, vistoria, avaliação, a inspeção judicial.

Já a prova legal decorre de um sistema de fixação formal dos fatos da causa, integrador da certeza processual. Necessita, pois, de um raciocí-

nio indutivo e dedutivo, para conduzir à verdade formal, onde vicejam os indícios, as presunções e regras de experiência.

Adverte Carnelutti, *verbis*: “Quando a busca da verdade material está limitada de tal modo que esta não possa ser conhecida *em todo o caso e com qualquer meio*, o resultado, seja mais ou menos rigoroso o limite, é sempre o de que *não se trata já de uma busca da verdade material, senão um processo de fixação formal dos fatos*. Essa passagem se segue aqueloutra repetidamente citada pelo grande processualista italiano e que se ultima com a frase: “A verdade é como a água: ou é pura, ou não é verdade” (**La Prueba Civil**, Buenos Aires, 1955, pág. 25).

A presença da prova legal adaptada a um modo de integração da verdade dos fatos foi um dos grandes objetivos do novo Código. Embora mais atuante, em relação ao Código de 1939, a prova legal evita dificultar, no novo sistema implantado, a apuração da verdade.

A seguirmos esse entendimento, não importa que tenha em regra atribuído à confissão ficta (arts. 302, 319, 334, IV, 343, parágrafos e 359) o valor de certeza formal, eis que esta só incide após frustrada a pesquisa da verdade material.

VI. A prova legal ilícita. Ainda o art. 332 e a Constituição Federal

- Com relação ao aspecto moral restritivo temos no direito argentino obra do Prof. Leonardo A. Colombo acerca das provas fonográficas dos fatos, na qual visa demonstrar não ser vulnerada nenhuma garantia individual quando há a captação sub-reptícia da confissão. Cita carta extremada do civilista Luis Gasperi a si dirigida no sentido de que se deve receber como legítima a doutrina segundo a qual seria permitido a terceiros captar sub-reptícia e fonograficamente a confissão que o pecador faz no confessionário, do enfermo ao médico em seu consultório, do acusado a seu defensor no cárcere, da mulher adúltera a seu amante na alcova onde se recolhem para se entregarem aos delírios de sua paixão, e outros exemplos. Entende Colombo que, mesmo nas hipóteses imorais acima expostas, quando a ordem pública se encontra comprometida quando se acham em jogo razões que não se relacionam com uma só pessoa, mas com outras e com a sociedade, impõe-se um conceito distinto para impedir que o desequilíbrio produzido dentro do âmbito da ética ou da lei adquira maiores dimensões. Apresenta três fatores básicos obstaculizantes, quais sejam, a violação do segredo dos atos íntimos e do princípio de que ninguém pode ser obrigado

a declarar contra si mesmo (*nemo tenetur edere contra se*) e do princípio constitucional da inviolabilidade de correspondência, aplicável a fatos e atos análogos, para chegar à conclusão de que tais princípios cedem ante outros superiores, cuja transcendência perde de vista o indivíduo para incidir sobre os interesse coletivos.

Já admitíramos ser, perante nosso direito, respeitados certos limites, válida a lição acima de Leonardo Colombo, mas quando ocorresse *a violação a um princípio essencial à sociedade*. Logo, eliminávamos a possibilidade de, em qualquer conflito de interesses entre particulares, ser admitida a violação de correspondência íntima.

Ratificando essa nossa exposição, para ativarmos o colorido de aspectos que merecem ser enfatizados, devemos ressaltar, entre nós, o respeito inafastável aos direitos da personalidade, no que toca à liberdade de pensamento e à intimidade ou privacidade, estes amparados por magníficas normas constitucionais, como vimos, e leis ordinárias.

Assim, veja-se a dúplice importância da expressão “moralmente legítimos” consignada no art. 332. Além de, por um lado revelar, como acima foi dito, a patente intenção da norma legal em aderir à enunciatividade dos meios de prova relacionados em lei, queremos dizer, que meios diversos daqueles previstos no Cap. VI do Tít. VIII do Livro I do Código são também hábeis para provar a verdade dos fatos, por outro procura evitar uma descomedida atividade constitutiva da prova através de meios moralmente ilegítimos.

Note-se que não só os meios atípicos valem quando moralmente legítimos, mas igualmente os próprios meios típicos. Ao juiz caberá ter a cautela de apurar na hipótese *in concreto* se a denúncia da violação à moralidade tem fundamento, eis que não há um critério abstrato de moralidade ou imoralidade.

De tudo, porém, que dissemos a respeito há mais de vinte anos, há de se realçar tópico relevante, para perfeita adequação técnica, qual seja, o de termos demonstrado haver, na formação sub-reptícia da prova, quando houver a violação de direitos da personalidade, não uma formação imoral da prova, mas sim a *formação flagrantemente ilegal*. Dá-se aqui não adequadamente a imoralidade, já que o direito é um todo incindível, não se podendo se tomar como imoralidade o desrespeito a um direito para se servir a outro. O que encontramos, por conseguinte, não terá sido a ilegitimidade moral mas, mais que isto, a flagrante ilegalidade e hoje, enfaticamente, uma evidentíssima inconstitucionalidade (art. 5º, LVI da C.F.).

Por isso mesmo se torna, perante nosso direito positivo constitucional, absolutamente inaceitável a tese de Leonardo Colombo e de outras vezes insuladas entre nós, quando estiver em risco a violação a um princípio essencial à sociedade, salvo restritas exceções previstas na norma constitucional como de segurança social (art. 5º, XII da C.F.). Neste passo limitado sobrepoõe-se o bem da coletividade ao da individualidade, para que ocorra um justo equilíbrio de interesses juridicamente protegidos, sem desigualdades em favor de uma ou de outra órbita de direitos.

A toda evidência se vê não haver lugar para a formação de provas preconstituídas (porque formadas intraprocessualmente não o são) à revelia dos direitos individuais daquele contra quem *ad futurum* se pretende produzi-las. A isso admitirmos, estaríamos violando direitos constitucionais e princípios probatórios, dentre os últimos o milenar princípio *nemo tenetur edere contra se*, que tem suas raízes no direito romano (*Neque adversarius meus cogere me potest ad proferenda instrumentum ipsum juvantia: neque doctor ad exhibendos libros meos, ut per lectionem eorum proficiat*). Assim também o princípio probatório da audiência bilateral consagrado pelo direito alemão (*Grundsatz des beiderseitigen Gehors*), que se concretiza no cabimento da prova somente havendo a possibilidade de contraprova, não podendo nenhuma prova ser produzida por uma parte na aparente ausência da outra.

VII. Exemplos de meios aparentemente ilícitos e imorais mas conversíveis em lícitos - Como exemplo de meios tanto ilícitos quanto imorais temos a gravação oculta de diálogos, a gravação de conversas telefônicas, telegráficas ou radielétricas (art. 5º, XII da CF/88; que recepcionou o art. 151, parágrafo 1º, II do Código Penal; arts. 55 e segs. da Lei nº 4.117 de 27/8/62 e Decreto-lei nº 162 de 13/2/1967), a obtenção de documento extorquido ou formado através de grave ameaça; os informes prestados em depoimento por quem foi coagido, recompensado ou subornado por uma das partes para a seu favor atuar no campo probatório; a fotografia ou filmagem, seja com teleobjetiva ou por outro meio, da intimidade de alguém iniciente dessa violação. Revelando-se como formação de prova precipuamente imoral temos o fato comprometedor artificialmente criado para produzir efeitos num processo e no qual é ingênua protagonista a parte contra a qual será utilizado; os informes fornecidos pelo terceiro com interesse no resultado da lide e em benefício desse resultado; o tráfico de influência ou o uso do

poder econômico. Calamandrei bem o adverte que uma coisa é a trapaça, outra a destreza técnica.

Em todos os casos ilegais ou imorais, havendo a denúncia da parte contra quem a prova inquinada tiver sido produzida ou se pretende produzir, caberá a esta evidenciar ou comprovar sua invocação, decidindo o juiz incidentalmente.

Com a imensa difusão dos *slides*, *tapes*, filmes, microfilmes, dos gravadores portáteis cada vez menores, com captação mais nítida e forte dos sons e da voz, do computador eletrônico e de outros frutos do avanço da tecnologia, passa o processo a dispor desses novos meios probatórios, desde que colhidos legitimamente e merecedores de fé. Por exemplo o computador, acoplado ao telefone via Internet, reproduz toda a conversação telefônica em impressora. Se à revelia de um dos interlocutores, não terá valor algum.

Sem dúvida um afastamento total desses modernos meios mecânicos do campo da prova material seria de extremado rigor. Todos são perfeitamente utilizáveis, desde que colhidos de forma lícita e honesta. Por exemplo, além da ressalva criminal específica do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, nada impede que haja a *gravação* das tratativas para realização de qualquer negócio jurídico, havendo ciência de todos os interessados a esse respeito.

Em outra hipótese, malgrado no campo processual penal, já vimos, numa película cinematográfica de procedência norte-americana, perguntar o policial ao suspeito de um crime se tinha plena ciência de estar sendo gravada, por gravador portátil, a sua inquirição oficiosa que se iniciava, ao que o último respondeu convincentemente, vindo em seguida sua confissão. É possível que haja a alegação de falsidade da voz, o que dependerá de prova pericial complementar, em desdobramento probatório admissível com exame, caso a caso, da proposição dessa nova por decisão do juiz.

Também a gravação de ruídos estranhos em máquina, equipamento ou motor; de ruídos incômodos na violação de direitos de vizinhança; da tomada de depoimentos em Juízo ou fora dele; de todo e qualquer ato que não penetre na intimidade de ninguém, como uma cerimônia pública. Em um seminário sobre o vigente Código de Processo Civil por nós patrocinado logo quando de sua entrada em vigor, permitimos a presença de gravadores (contamos num dia dezesseis) sobre a mesa dos conferencistas. Não havia ocultação sobre isso, pois os gravadores estavam à vista de todos.

Já o computador eletrônico hoje empresta grande contribuição à prova, eis que a escrituração contábil de grandes empresas vem sendo feita com sua colaboração.

Os exemplos acima não esgotam a imensidade de hipóteses de lícita e honesta formação de prova através dos modernos meios mecânicos. E a devida cautela, ainda que formados legitimamente, deverá ser sempre observada para que não ocorram posteriores adulterações nas fotos, nos filmes, nos tapes, nas fitas magnéticas, nos impressos de computação etc.

Caio Mário da Silva Pereira em seu livro **Instituições de Direito Civil**, vol. 1, ainda sob a vigência do direito anterior, advertia dos riscos a que se submete a prova técnica. Como exemplo cita os gravadores, que se prestam a deturpação de diálogos gravados com supressão de trechos e enxertia de declarações, o mesmo se dando com películas cinematográficas, com cortes e inversão de seqüências e até mesmo com as fotografias, que podem sofrer truques fotográficos. Ainda sobre o assunto Pontes de Miranda, **Tratado**, vol. 3, pág. 454. Couture pondera que o progresso do direito deve manter natural paralelismo com o progresso da ciência; negá-lo seria negar o fim da ciência e o fim do direito (**Fundamentos de Direito Processual Civil**, 1946, S. Paulo, nº 111). E não é de hoje que muitas legislações alienígenas admitem expressamente, como meio de prova, as reproduções mecânicas em geral, tais como películas, gravações em fita magnética ou por processo semelhante etc. É o que podemos encontrar no Código Civil e CPC portugueses (arts. 368 e 527 respectivamente), no Código Civil e CPC italianos (arts. 2.713 e 261 respectivamente), no CPC argentino para a justiça nacional (arts. 473 e 479), no CPC mexicano para o Distrito Federal (art. 289) e no CPC colombiano (art. 251), dentre outros.

De qualquer modo, não se pode chegar a ponto de tolerar a violação de direitos individuais invioláveis ou de admitir a formação imoral do meio de prova, através do emprego de expedientes astuciosos. O art. 332 do CPC não consente na desonestidade na captação de qualquer meio de prova, seja este ou não tipicamente previsto em lei.

O art. 5º, inc. LVI da Constituição Federal, já citado a nível de cláusula pétrea, revitaliza e pereniza esse entendimento da norma processual codificada.

VIII. A prova perante o STF e o STJ - Os recursos extraordinário e especial, respectivamente para o Supremo Tribunal Federal e o Superior

Tribunal de Justiça, estão atados a seus fins constitucionais (arts. 102 e 105 da Constituição Federal).

Logo, a controvérsia sobre a prova chegará à Suprema Corte, justamente por sua função jurisdicional de último intérprete da Constituição, quando ocorrer, por exemplo, a admissão de prova que venha desrespeitar direitos invioláveis como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, a casa de moradia, até mesmo transitória, o sigilo de correspondência em geral, além das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, X, XI, XII, e LVI da C.F.).

Já perante o Superior Tribunal de Justiça a pretensão de simples reexame da prova não autoriza o recurso especial, como dispõe sua Súmula nº 7.

Realmente, o recurso especial está constitucionalmente limitado às causas decididas, em único ou último grau de jurisdição, pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados e do Distrito Federal quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou nega-lhe vigência; b) julgar válida lei ou ato do Governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Contudo, se o reexame da prova se confunde com sua valoração legal (v.g. arts. 400 a 405 do CPC) ou com direitos invioláveis já acima relacionados, deverá ser conhecido o recurso especial, pois tal matéria é cabível a ambos os Tribunais Superiores já que, sem transceder os limites constitucionais, na competência deles se inserem.

Em suma, é a análise do simples alcance e peso das provas produzidas sobre os fatos da causa que está fora da competência dos Tribunais Superiores. Não, porém, o desrespeito às regras legais de sua validade e aplicação.

Mas em sucessividade recursal, o derradeiro pronunciamento será, em matéria constitucional, da competência do S.T.F., diante de sua primordial atribuição de guarda da Constituição (art. 102 da Constituição Federal).

IX. Formação, proposição, admissão e produção da prova - Adverte a melhor doutrina que atravessa a prova três etapas processuais. A primeira consistiria em sua proposição. As partes, na fase dos articulados (petição inicial, resposta, réplica) propõem a prova constituenda necessária à demonstração da veracidade dos fatos afirmados. A segunda corresponde-

ria ao exame pelo juiz da prova proposta, como o deferimento daquela que entender necessária, podendo inclusive determinar de ofício a produção de outras. A terceira e última compreenderia a produção da prova admitida ou ordenada, produção essa feita com a colaboração direta não só das partes como também do juiz.

Estas três etapas probatórias transcorrem durante o processo, como fácil é de se ver. Há que constatar, porém, a presença da formação da prova antes do processo e mesmo antes de deflagrado o conflito de interesses. Se há regras legais para a produção da prova em juízo, seria de se perguntar se caberia sem restrições legais sua formação antes do processo, esta com o cunho de prova casual ou preconstituída segundo a classificação de Bentham? A produção, como é bem de ver, sob certo ângulo equivale no processo à formação da prova fora do processo.

É evidente ser válida a formação antes ou fora do processo, desde que sejam observados os ditames legais.

No que concerne ao trajeto processual da prova, temos o campo prático de hoje, tal e qual o de ontem, a constatar um impressionante desvio. É corriqueiro, e mesmo lugar-comum diário, virem as petições iniciais com uma proposição inteiramente desnaturada e ociosa. Requerem “todos os meios de provas admissíveis em juízo, tais como juntada de documentos, depoimento pessoal, testemunhas, perícias, expedição de ofícios, requisições, inspeções etc.”. Esse vício pretoriano desorienta o juiz no exame da prova cabível, sobretudo em face do sistema implantado pelo Código de julgamento antecipado da lide quando a questão for de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de prova em audiência. Logo, exige na fase do saneador ou antes da sentença de plano, a prévia recondução das partes à realidade probatória do processo. Por isso deve o juiz, em tais casos, ordenar que indiquem as partes a prova que entendam necessária, para o exame do cabimento ou conveniência de sua produção. Equivalerá a uma etapa final das providências preliminares. Se esse despacho não for antecipadamente prolatado e houver sentença de plano, haverá o risco do cerceamento de defesa. Se desde logo for proferido o saneador, haverá, por seu lado, o risco da prática de atos processuais desnecessários, submetendo-se o juiz a atividades chicaneiras das partes.

X. Conclusão - Este reestudo do instituto da prova se conclui ansiando por ter logrado demonstrar cuidarem insuladamente, as normas de processo,

da análise das provas em sua visão ontológica de ser. Assim envolvida pela essência de sua destinação, dá o relevo de seus meios reais e abstratos, os últimos através da construção de um sistema de fixação formal de fatos (*gründe formeller feststellung*), com a valorização desse seu *iter* e de seu resultado, tudo voltado para uma engenhosa regulamentação na pesquisa da verdade através do trajeto da certeza material ou formal.

Nenhum outro ramo do direito e nenhuma ciência reconstrutiva, malgrado todos se sirvam das provas como meios e resultado, este inclusive a ser logrado pelos experimentos científicos, cuidam da sua própria *ratio essendi*.

Somente a norma processual realiza essa construção, conjugando os meios quando necessário para o encontro da verdade, sem o que haveria, na maioria das vezes, a indefinição dos interesses, em lide, quando devem ser sempre juridicamente protegidos. ◆