

# TEORIA GERAL DAS PROVAS

Juliana Marrafon Linário LEAL<sup>1</sup>

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr FUNES<sup>2</sup>

**RESUMO:** Na atualidade muito se fala em processo efetivo, que tenha uma duração razoável, que sirva de instrumento de disseminação da justiça e do bom direito, e não apenas dê aquele que tem direito, um título “judicial” sem, entretanto, que este título lhe valha alguma coisa. Todavia, para que nos preocupemos com o processo em si, em época de tantas mudanças, também surge a necessidade de reavaliarmos alguns institutos que remontam à muito tempo, quais sejam, as provas. No processo, as provas são ferramentas de grande valia. É através de sua análise que o Estado-juiz irá decidir. Será de acordo com aquilo que lhe foi possibilitado pela interpretação das provas, que lhe foram apresentadas no curso do processo, que o juiz irá dizer o direito para aquele caso concreto. Este trabalho pertence a um estudo maior que será efetuado sobre a possibilidade de admitir-se, ou não, a prova ilícita para confirmação da verossimilhança em sede de antecipação de tutela.

**Palavras-chave:** Conceito de prova. Natureza jurídica da prova. Direito à prova. Meios de prova. Evolução do instituto processual.

## 1 INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo muito se fala de institutos novos no processo, até mesmo numa forma de processo diferente. Vimos que este já passou por tantas fases para chegar à que hoje se encontra, qual seja, a do processo sincrético, onde nítida e inclusive legalmente, visualizamos “fase” de execução implantada no “processo” de conhecimento.

Porém, não é sobre este tema que nos debruçamos, mas sim, sobre “A PROVA”, pois, em que pese ser um instituto tão utilizado, e até mesmo, muito estudado, não podemos falar da (in)admissibilidade prova ilícita para confirmação da verossimilhança em sede de antecipação de tutela, se não estudarmos, ainda que sumariamente, o instituto da prova no processo civil brasileiro.

---

<sup>1</sup> Discente do 9º Termo “C” do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: illjm@terra.com.br.

<sup>2</sup> Coordenadora de Pesquisa, de Extensão Universitária e docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito (2004) e Educação (2008) pela UNOESTE - Universidade do Oeste Paulista. e-mail: gilmara@unitoledo.br. Orientadora do trabalho.

É fato que a prova no processo civil não demonstra tantas interrogações. No entanto isso vem mudando, e não apenas no processo civil, mas no processo em geral, haja vista as modificações ocorridas no Código de Processo Penal, no que se refere à prova ilícita, seu conceito e sua inadmissibilidade.

Entretanto, quando houver violação de direitos de igual importância, e um deles necessitar ser provado com base em uma prova ilícita, ou de origem ilícita, isto não será possível em razão da vedação existente? Ou ainda, a tutela jurisdicional não será prestada de forma efetiva, muito menos de forma satisfatória, porque haveria somente uma única forma de prová-lo e este meio é ilícito?

São questões que pairam ainda sobre nossas cabeças, e que nós, operadores do direito, devemos refletir. Dessa maneira, este pequeno ensaio pretende buscar, sem esgotar o tema, que pensemos com mais atenção sobre tão importante assunto.

Dessarte, utilizaremos a pesquisa bibliográfica para confecção do referido artigo, valendo-se primordialmente de pesquisas em livros e na rede mundial de computadores – Internet.

## **2 TEORIA GERAL DAS PROVAS**

Um dos possíveis conceitos de prova já foi elencado no projeto de pesquisa que antecede este artigo e futura monografia. Entretanto, para os fins relacionados com este trabalho monográfico, nos reportamos ao conceito trazido pelo Professor Cassio Scarpinella Bueno (2009, p. 233):

“Prova’ é a palavra que deve ser compreendida para os fins que aqui interessam 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 demais pedidos de prestação de tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.”

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. E exatamente por isso é que não pode ser qualquer *coisa*, qualquer *fato*, mas tão somente àqueles que direta ou indiretamente, estiverem relacionados à pretensão ali exposta e que o juiz precisa estar convencido para julgar.

É por entender como prova tudo o que possibilite a alteração da convicção do magistrado que, quando a parte propõe a ação ou quando a outra parte a responde, hão de invocar fatos que servirão de fundamento para a pretensão ou a resistência de cada qual. Será por meio do seu exame, adequado ao direito objetivo ali demonstrado, que irá o juiz decidir o litígio.

Nesse diapasão encontramos João Monteiro (1912) apud Humberto Theodoro Junior (2007, p. 466)

“De tal sorte, às partes não basta simplesmente alegar os fatos. 'Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado', o que se dá através das provas.”

O que é de grande valia é que a prova tem grande importância para o processo em geral, e não apenas para um processo específico, mas em geral, pois é através dela que será dado ao juiz decidir a causa, pois ela atua diretamente na convicção do magistrado para que o este possa exarar o seu *decisum*.

## **2.1 Natureza Jurídica das Normas sobre a Prova**

A natureza jurídica das normas sobre a prova é um tema controverso, pois trata de normas de direito material ou processual? Para cada espécie, haverá uma implicação diferente.

Essa discussão diz respeito à aplicação da lei no tempo, no que tange à serem tratadas de formas, se forem de direito processual ou material, ou ainda a respeito da competência legislativa.

Para o professor Didier Jr. (2008, p.99) “em nosso ordenamento jurídico a prova é disciplinada por normas materiais e normas processuais”. E o que as diferencia é que aquela disciplina a essência das provas, ao passo em que esta rege a forma de sua produção em juízo.

O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves (1986, p.159) apud Didier Jr. (2008, p. 99) entende que a orientação que o Projeto de Código de Processo Civil quis seguir foi a de que no Código Civil estariam as normas de provas que se consubstanciassem em direito material ao passo que no Código de Processo Civil estariam as normas de direito processual.

Entretanto o Professor Fredie (2008, p. 99) entende que a natureza da norma do direito probatório não se resolve topologicamente, isto é, apenas observando em qual diploma legal se busca o assunto, mas sim, observando o teor da norma para que se defina se tem natureza de direito material ou processual.

Em que pese a polêmica, o tratamento dado à prova pelo Código Civil direciona-se também à prova extrajudicial, além de delimitar, como na hipótese da escritura pública, a forma de certos atos/negócios jurídicos.

E quando a lei exige determinada forma, é por ela que se deve provar o ato/negócio. Por exemplo, o testamento particular que somente pode ser provado por escrito (art. 1.876<sup>3</sup> do Código Civil) (DIDIER, 2008, p. 100).

## **2.2 Objeto da Prova**

Convém frisar que devem os fatos ser provados e não o direito ali requerido. Embora existam exceções expressas em lei, como por exemplo o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, estes, conforme disposição do

---

<sup>3</sup> Código Civil. “Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico”.

artigo 337<sup>4</sup> do Código de Processo Civil, devem ser provados não somente quanto à sua vigência, mas quanto ao seu conteúdo.

Importa distinguir o que deve ser provado, em razão da necessidade de se delimitar o objeto da prova, estes são os fatos relevantes e os pertinentes sobre os quais o magistrado deve se manifestar, seja no plano processual, como por exemplo, a ocorrência de algum pressuposto negativo como a litispendência, ou seja no plano material, *v.g.* o pagamento anterior da dívida reclamada pelo autor.

Há também fatos que o legislador entendeu prescindirem de provas, isto é, fatos que não necessitam serem provados no processo para que o juiz conheça os referidos fatos, forme seu convencimento. Estes fatos estão arrolados no artigo 334<sup>5</sup> do estatuto processual civil brasileiro.

A admissibilidade da prova, em qualquer situação, se sujeita a alguns requisitos. São eles: pertinência, relevância e adequação.

No que se refere à pertinência, os fatos por provar devem ter relação com as questões discutidas em juízo. Já com relação à relevância, os fatos a serem provados devem guardar relação ou conexão com a pretensão que foi resistida. E ainda, quanto à adequação, as provas devem ser adequadas para fazer prova daquilo que a mesma se presta.

## **2.3 Classificação das Provas**

Também distinção quanto ao objeto da prova ao passo em que a utilizamos para discernir as chamadas “provas diretas” das “provas indiretas”, critério classificatório que leva em consideração justamente o objeto da prova.

As diretas são as provas que apresentam relação imediata com o fato probando. As indiretas são as provas que não têm relação imediata com fato que se

---

<sup>4</sup> Código de Processo Civil. “Art.337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

<sup>5</sup>Código de Processo Civil. Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I-notórios; II- afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV- em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

visa provar, contudo, têm relação com um fato distinto que permite, por meio de induções e raciocínios, que se conclua pela existência ou conformidade do fato a ser provado.

## **2.4 Meios e Fontes de Prova**

Não se pode confundir “prova” com os meios de prova, pois estes são os instrumentos que a lei processual civil reconhece como hábeis para que o magistrado tenha conhecimento do objeto de prova.

São fontes de prova, segundo Didier (2008, p. 48) “as coisas, as pessoas e os fenômenos”.

Para Francesco Carnelutti (2002, p. 82) somente importa falar em contraposição entre prova meio e fonte de prova quando se estudam as chamadas provas indiretas.

Observando que os meios de prova são diferentes do seu conteúdo, pois este é o resultado que o meio produz, eles podem ser classificados como veremos a seguir.

### **2.4.1 Classificação dos Meios de Prova**

Os meios de prova admitem três classificações relevantes.

A primeira delas leva em consideração o seu sujeito, isto é, aquele ou o quê produz a prova. Para este critério, os meios de prova serão pessoais ou reais. Pessoais quando são uma declaração ou afirmação feita por alguém, e reais quando derivam do exame de uma pessoa ou de uma coisa.

A segunda classificação leva em conta a sua forma, isto é, o método de sua produção. Os meios de provas são orais ou escritas, conforme seja a palavra oral ou escrita, respectivamente, empregada para a sua materialização.

A última classificação relevante é aquela que toma por base o momento de sua produção. Neste ponto, temos que tal momento pode ser dentro ou fora da “fase instrutória”. Vale ressaltar que o momento no qual o meio de prova é produzido não é suficiente para descaracterizá-lo como prova.

## 2.5 Evolução do Instituto

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

“Narra a doutrina que, 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”.

E 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 sistema da prova legal ou tarifada, é proibido que o órgão julgador faça juízo de valoração da prova, isto porque todo o seu valor probante e suas possíveis consequências são prefixadas pelo ordenamento jurídico. Existia hierarquia entre as provas, e “representava a supremacia do formalismo sobre o ideal de verdadeira justiça”. Era o sistema do medieval e do direito romano primitivo,

ao tempo em que predominavam as *ordálias* ou *juízos* de Deus, os *juramentos*. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.415)

Já o critério da livre convicção que atua em sentido diametralmente oposto ao da prova tarifada, propunha que deveria prevalecer aquilo que o

## **2.6 Destinatário das Provas**

A finalidade da prova é convencer o juiz daquilo que se alega, assim, não se destina a prova àquele que a produz, mas, como após produzida ela passa a fazer parte do processo, sua destinação é o próprio juiz.

É fato que, ao se levar ao judiciário uma questão para ser dirimida, forçosamente somos obrigados a tentar convencer, e por tantas vezes provar, aquilo que alegamos. Por isso, na tentativa de fazer prova daquilo que julgamos ser nosso direito, levamos ao conhecimento do Estado-juiz, fatos ou coisas que possam interferir no julgamento da questão a nosso favor.

Assim, fica claro que o destinatário da prova é essencialmente o órgão julgador, pois é ele quem irá prolatar a decisão, aplicando ao caso concreto o melhor direito, segundo sua convicção. Porém, sem deixar de lado a necessidade de fundamentar a sua decisão com base naquilo que lhe foi apresentado.

Percebe-se claramente a atuação de um dos princípios norteadores do direito probatório que é o denominado Princípio do Livre Convencimento Motivado.

Essa é a grande importância da prova produzida no processo em geral, posto que o juiz está vinculado às provas que ali se encontram presentes, e é com fundamento nelas que deverá dizer a quem pertence o melhor direito.

Não podemos terminar sem observar o que o professor Fredie Didier Jr. (2008, p. 72) informa a respeito do destinatário da prova, pois para ele “embora o juiz seja o destinatário principal e direto, consideram-se as partes os destinatários indiretos, pois elas também necessitam se convencer da verdade, para que acolham a decisão”.

Percebe-se então, que novamente, no direito nada é absoluto, pois nem mesmo a prova que serve de fundamento para o convencimento daquele que irá decidir, é somente a ele destinada.

## 2.7 Tipos de Provas

Tipos ou formas de provas são as modalidades pelas quais elas se apresentam em juízo. São elas a prova testemunhal, documental ou material.

Segundo o magistério do Professor Moacyr Amaral Santos (2004, 340) a “prova *testemunhal*, no sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. No quadro das provas testemunhais, ou *orais*, se compreendem as produzidas por testemunha, depoimento da parte, confissão, juramento”.

Segue ainda definindo que a “prova *documental* é a afirmação escrita ou gravada: as escrituras públicas ou particulares, cartas missivas, plantas, projetos, desenhos, fotografias etc.” (SANTOS, 2004, p. 340).

O aludido professor ainda define as provas materiais, que para ele são as provas que consistem “em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc” (SANTOS, 2004, p. 341).

É fácil observar que estas provas estão previstas no Código de Processo Civil no capítulo VI do Livro I, que traz para o ordenamento jurídico pátrio os meios de prova típicos ou nominados. Há outros tipos de provas de serão tratadas em outro momento, no trabalho monográfico.

Entretanto, o legislador do Código de Processo Civil, ainda muito preocupado em buscar a efetividade do processo, em buscar a verdade, trouxe como premissa, que inicia o referido capítulo VI, o artigo 332<sup>6</sup> que insere em nosso

---

<sup>6</sup> Código de Processo Civil. Art.332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

ordenamento a possibilidade de admissão de qualquer tipo de prova. Como veremos a seguir.

## 2.8 Direito à Prova no Ordenamento Pátrio

Em nosso ordenamento jurídico, há possibilidade de se provar fatos por todos os meios em direito admitidos e também aqueles que são moralmente legítimos sem, contudo, que sejam meios típicos, isto é, nominados, de prova.

Essa possibilidade, não se fundamenta apenas no princípio da liberdade das provas, que com fulcro no artigo 332 do Código de Processo Civil possibilita que sejam produzidas quaisquer provas, desde que tais provas sejam submetidas aos elementos de legalidade e de moralidade; mas sim, origina-se na própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, incisos LV e LVI que dispõem, *in verbis*:

“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:

[...]

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;**

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

[...].(grifo nosso)

Referido artigo insere explicitamente em nosso ordenamento jurídico mais que uma garantia, um direito subjetivo ao devido processo legal, um processo que se consubstancie em direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à ampla produção de provas, entre outras coisas. Assim, o direito à produção de provas dentro de um processo devido, passou a elencar, juntamente com outros direitos, o rol de cláusulas pétreas em nosso ordenamento.

Também não podemos deixar de mencionar o inciso LVI que trata da vedação expressa à prova ilícita em nosso ordenamento jurídico, pois tão importante quanto assegurar um devido processo legal constitucional, devemos assegurar que as provas sejam permitidas desde que não agridam valores consagrados em nosso ordenamento jurídico.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como já dito alhures, o presente artigo não pretende esgotar o tema das provas no direito processual civil, quiçá chega a explanar sobre um dos temas mais importantes na atualidade, e em especial para o futuro trabalho monográfico, que é a vedação constitucional à prova ilícita, que novamente nos perguntamos: será mesmo que esta vedação é absoluta? Porém este não é o lugar para esta possível resposta.

Mas, o tema da Teoria Geral das Provas, é de grande importância pois será baseado nele que em momento oportuno analisaremos mais profundamente a vedação à prova ilícita.

Percebe-se que ainda há algumas discussões no que se refere as provas, mas ainda assim, a mais importante é a questão da prova ilícita.

Viu-se que a natureza jurídica das normas relativas às provas é controversa na doutrina, pois, em tese, o Código Civil Brasileiro apenas deveria trazer direito material e o Código de Processo Civil trazer o direito processual relativos as provas, mas não é isso que acontece. Essa dicotomia não existe, pois o próprio Código de Processo Civil traz normas de direito material relacionadas à prova e por isso mesmo, reforça-se a inexistência da dicotomia que poderia existir entre os estatutos que tratassem de direito material e processual.

Já o objeto da prova é o denominado fato a ser provado, isto é, é o fato controverso. É controverso o fato que foi afirmado por uma parte e rechaçado pela outra, assim como, independem de provas os fatos incontroversos.

Excepcionalmente, o sistema brasileiro admite a prova do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.

Falamos também da classificação das provas quanto ao seu objeto, pois é a partir dele que classificamos em provas diretas e indiretas.

Em certo momento tratamos ainda do destinatário da prova, que é, para parte da doutrina o próprio, e apenas o próprio, juiz. Entretanto, há ainda quem defenda que não somente o juiz é destinatário das provas, mas também as partes ou o próprio processo.

Foi tratado também acerca das fontes de prova, bem como sobre as formas da prova.

E finalmente, foi tratado sobre o direito à prova no ordenamento pátrio, ainda que em poucas palavras.

Este artigo vem à tona como sendo uma parte, que deverá integrar o trabalho monográfico a ser desenvolvido, desta forma, serve de estudo e fundamentação para posterior conclusão.

Os referencias aqui apresentados foram encontrados por ocasião de pesquisa bibliográfica realizada especificamente para o tema do presente artigo.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 15 jun.2009.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil - Lei Federal nº 5869, de 11 de janeiro de 1973.** Brasília, DF: Senado Federal, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm)> . Acesso em: 15 jun.2009.

DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa, versão 1.0.5a.: **INSTITUTO ANTONIO HOUAISS**, novembro de 2002. 1 CD-ROM.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000. v. 1 e 3.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, Gen, 2009. v.1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.