

DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E A RESPONSABILIDADE NA SUA PRODUÇÃO

Fernando César Delfino da Silva

RESUMO

A Constituição Federal do Brasil contempla o princípio do devido processo legal, o qual de maneira implícita abarca outros direitos e garantias ao cidadão. Pois bem, o interessado na persecução processual, visando discutir algum direito, poderá utilizar de todos os meios úteis e idôneos para atingir seu objetivo, primando pela boa-fé processual e, poderá de maneira intensa, apresentar as provas com que pretende demonstrar o seu direito. A produção de prova é um direito fundamental. Sendo assim, não pode ser negado ao litigante, sob pena de incorrer em cerceamento de defesa o que acarreta o retorno do processo para realizar a instrução probatória. Contudo, o direito à prova está limitado no livre convencimento motivado do magistrado que, se entender que referida prova tem caráter protelatório ou, ainda, é dispensável para o deslinde da ação, poderá indeferir a sua produção. Nesse contexto, podemos afirmar que as partes tem responsabilidade na produção da prova, devendo agir de acordo com a boa-fé processual e, o Estado-juiz tem a responsabilidade de em seu livre convencimento motivado aferir e deferir as provas necessárias e indispensáveis para a comprovação dos fatos e o Estado, quando no seu papel de acusador tem o ônus de carrear as provas necessárias e indispensáveis ao processo, sob pena de, eventualmente, causar dano a uma das partes. Assim, analisaremos a conduta das partes durante a instrução processual e as atitudes do juiz na condução do processo, bem como as possíveis responsabilidades em virtude da ocorrência de danos.

PALAVRAS-CHAVE

Prova. Direito fundamental. Responsabilidade civil.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição do Brasil estabelece que ao cidadão deverá ser garantido o devido processo legal. Nesse diapasão, às partes litigantes será proporcionada a mais ampla oportunidade de manifestar no processo visando influir no livre convencimento motivado do magistrado.

Consagra-se, no processo, o direito fundamental à produção das provas, assim, autor e réu deverão produzir as provas indispensáveis para a comprovação do seu direito. Trata-se de ônus que recai sobre àquele que alega, sob pena de não ter reconhecido o seu direito.

Não obstante, a livre e ampla produção de provas esbarra no livre convencimento motivado do magistrado que, poderá, em decisão fundamentada indeferir determinada produção de provas.

A impertinência da prova, entendida pelo magistrado, por vezes são importantes para a parte que pretendia produzi-la. E, o indeferimento desse pedido, pode ocasionar o não reconhecimento dos fatos alegados e, gerar sentença contrária aos interesses da parte que, nesse momento passa a sofrer as consequências de uma decisão que lhe imporá determinada obrigação inculpada na decisão do magistrado.

Por esse motivo, o indeferimento de determinada prova, aparentemente impertinente, deve ser realizado de maneira ponderada, pois, o resultado da impertinência não atinge o Estado, mas sim a parte litigante no processo, sendo esta mesma parte a pessoa que sofrerá as consequências da decisão contrária aos seus interesses.

O novo CPC em seu artigo 370 disciplina que: *“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”*

Nesse sentido, o juiz pode determinar, de ofício, a realização de provas de fato que sejam importantes para o deslinde da ação. Deve exercer o poder instrutório que lhe é dado pelo artigo CPC 370, de forma a garantir a igualdade de tratamento entre as partes. (NERY.2015.p.989).

Nota-se que ao juiz é atribuída a condução dos autos, o que pode importar em desigualdade entre as partes e, por consequência, se houver dano caracterizado pela inobservância do devido processo legal nascerá para a parte o direito de ser ressarcida pelo Estado dos eventuais prejuízos sofridos, além do direito ao dano moral, uma vez que a responsabilidade civil do Estado é objetiva.

Por isso, o trabalho será desenvolvido de maneira a demonstrar que se por um lado as partes litigantes tem responsabilidade na produção da prova, o poder instrutório do juiz deve ser exercido com o máximo de zelo e cautela, sob pena de

promover a desigualdade entre as partes litigantes, ocasionando prejuízos.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A garantia Constitucional ao devido processo legal caracteriza-se como uma das mais amplas e relevantes garantias quando tratamos de relações processuais. Gilmar Ferreira Mendes em sua obra Curso de Direito Constitucional, às fls. 546 afirma:

“É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos sua aplicação nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado impar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas.”

O contraditório e a ampla defesa estão intrinsicamente inseridos no contexto do princípio do devido processo legal, como forma de garantir as partes que litigam o pleno exercício do seu direito de defesa. Da mesma forma, o direito à prova, também não explicitado, é uma das garantias inerentes ao devido processo legal, pois, não há devido processo legal sem que a parte interessada possa exaurir o seu direito de defesa com a produção das provas necessárias à demonstração do seu direito.

Nesse contexto, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, devidamente ratificada pelo Brasil trouxe mais força às garantias processuais, conforme segue:

“A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, foi integrada ao nosso ordenamento pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. a partir daí, por imposição do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos e garantias nela enunciados passaram a integrar a ordem jurídica brasileira, complementando a Lei Maior e especificando ainda mais as regras do devido processo legal. Depois, pelo disposto no §3º do mesmo artigo (red. EC nº 45, de 8.12.04), “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” – o que significa que, vindo aquela Convenção a ser aprovada com observância de tais requisitos, o que ela contém ganhará pleno

status de garantia constitucional.” (CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, Teoria Geral do Processo, 29ª ed. Malheiros, p.94)

O devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral em relação às demais garantias. Assim, em muitos casos, tem-se limitado o Tribunal a referir-se diretamente ao devido processo legal em lugar de fazer referências as garantias específicas o decorrentes. (MENDES. 2015. p.546).

Nesse sentido, o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trail*¹ não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, como essenciais à justiça. (MENDES. 2015. p.547).

Traçadas estas considerações iniciais sobre o princípio do devido processo legal, sem o qual não haveria a possibilidade de discorrer sobre o tema e, dada a carga de amplitude e abrangência deste princípio, a delimitação deste artigo se fará necessária, sob pena de não findá-lo.

Assim, passaremos a traçar, dentro do devido processo legal, a responsabilidade das partes na produção das provas no intuito da construção da verdade, bem como, a responsabilidade do Estado no desempenho do poder instrutório.

3 MEIOS DE PRODUÇÃO DE PROVA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

MARINONI e ARENHART na obra Prova e Convicção dizem:

Em princípio, a questão relativa a saber se no processo deve-se provar um fato ou uma afirmação de fato pode parecer destituída de importância. Entretanto, essa elucidação tem íntima relação com a ideia de que o resultado do processo ou a convicção do juiz são frutos da participação das partes ou da influência que as partes exercem sobre o juízo mediante as alegações e provas, e não da verdade dos fatos.

As partes litigantes, de acordo com o artigo 319, VI e 336, ambos do novo

¹ *juízo justo.*

Código de Processo Civil devem trazer no bojo da petição inicial e contestação os fatos, bem como o protesto pela produção de provas, conforme segue.

Art. 319. A petição inicial indicará:

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

O autor buscará se desincumbir do ônus de provar os fatos articulados na inicial, enquanto que o réu, caso não realize uma defesa por negativa geral, deverá se desincumbir do ônus de provar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Para tanto, de acordo com o artigo 369 do novo Código de Processo Civil, as partes têm o direito de empregar todos os meios, legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados, para provar a verdade dos fatos que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

3.2 FASES PROBATÓRIAS

O julgador é o destinatário da prova, uma vez que o fim da mesma está na influência que fará sobre o livre convencimento motivado do mesmo, entretanto, essa prova deverá percorrer um caminho para a sua produção.

Assim, o procedimento probatório pode ser dividido em quatro fases, correspondentes a cada um dos momentos da prova: requerimento, a admissão, a produção e a valoração. (MARINONI, 2015, p.128).

O requerimento é a postulação da produção da prova. Em regra é feito no início do processo, sendo possível, também, o requerimento ser realizado no curso do processo. (MARINONI, 2015, p.129).

A admissão deverá ser realizada pelo juiz, levando-se em conta a oportunidade e cabimento. Para que o juiz possa decidir sobre a admissibilidade da prova, o requerimento deve ser específico, devendo mencionar de forma detalhada a espécie de prova e a finalidade. (MARINONI, 2015, p.129).

Admitida a prova, a sua produção será realizada de acordo com a espécie de prova a ser produzida. Poderá ser realizada em uma audiência de instrução, onde será ouvida as testemunhas e, eventualmente, peritos, bem como pode ser realizada em local diverso.

Após a produção, a prova será valorada. Assim, fecha-se o ciclo legal que descreve a fase probatória. Completar esse percurso é saber que as alegações lançadas na ação estarão escoradas nas provas necessárias à sua comprovação.

Esse é o ciclo normal. Ocorre que por vezes, o juiz indefere a produção de provas, pois entende que a mesma é desnecessária para o deslinde da ação, ou seja, a sua convicção sobre o fato a ser comprovado nos autos independem daquela produção de provas e, assim, ignora os motivos determinantes em produzir determinada prova para comprovar as suas alegações.

De fato, esse poder cabe ao juiz, pois, sem ele, o processo estaria fadado ao tramite desregrado, com a possibilidade de infundáveis alegações e, muitas delas sem qualquer nexó. O que não se pode admitir é a limitação do direito da parte em comprovar o seu direito, sob o manto do poder instrutório ilimitado.

4 PODER INSTRUTÓRIO

De acordo com o artigo 370 do novo CPC, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Por conseguinte, o parágrafo único do mesmo artigo diz que o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

O juiz pode assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

“Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.” (STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RT 729/155).

Admite-se no processo moderno a iniciativa probatória do juiz, pois a efetividade do processo e a absorção do conflito no plano social dependem de uma decisão cunhada a partir do princípio da verdade real sobre os fatos.

Assim, no processo civil e no processo penal deve imperar o princípio da verdade real sobre a meramente formal, podendo o juiz, no uso do poder que lhe confere o [CPC 370] determinar a ouvida de testemunhas arroladas a destempo. (RJTJRS 111/199)

“Poderes instrutórios do juiz. Limitação pelos princípios norteadores do processo civil. Tal poder, entretanto, deve ser exercido sem que o julgador desmereça dos demais princípios que norteiam o processo civil. A dispensa de prova oral pelo juiz, como consequência sancionatória à ausência do advogado do autor à audiência de instrução e julgamento do rito sumário, o impede de, mais tarde, determinar a inquirição das mesmas testemunhas. Violação aos princípios da imparcialidade do julgamento, do ônus da prova, da ordem de oitiva de testemunhas e do tratamento igualitário que deve conferir às partes. Recurso especial provido.” (STJ-RT 797/202).

O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento, mas sempre vinculado à prova dos autos. Decisão sem fundamentação é nula *pleno iuri*. (NERY, 2015, p.992).

5 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

A prova pertence ao processo. Nesse contexto, o juiz deve julgar segundo o alegado no processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o juiz possa julgar a causa.

A parte faz a prova para que seja admitida pelo processo e, ao mesmo tempo busca convencer o juiz acerca da existência do fato e do conteúdo da prova, observando o princípio constitucional do devido processo legal que engloba a ampla defesa, dentre outros direitos.

Segundo Nelson Nery Junior, em Comentários ao Código de Processo Civil ed. 2015, p. 985, são princípios processuais relativos à prova:

“Regem a prova os princípios processuais: a) do livre convencimento motivado do juiz, segundo o qual o juiz aprecia livremente as provas, mas deve dar as razões de seu convencimento; b) da oralidade, segundo o qual as provas devem ser realizadas, preferentemente, na audiência de instrução e julgamento, na mesma ocasião que se deve proferir a sentença; c) da imediação, segundo o qual é o juiz quem colhe, direta e indiretamente, a prova, facultando às partes reperguntar aos depoentes e testemunhas; d) da identidade física do juiz, segundo o qual o juiz que inicia a colheita de prova oral deve terminar a instrução, ficando vinculado ao processo, devendo, portanto, proferir sentença de mérito, preferencialmente, na mesma

ocasião da audiência; e) da aquisição processual ou da comunhão de provas, segundo o qual a prova é destinada ao processo e não à parte ou ao juiz e, uma vez produzida, a prova é adquirida pelo processo, não mais podendo dele ser extraída ou desentranhada, sendo irrelevante saber-se quem a produziu.”

O sistema não se contenta com fundamento meramente formal, pois se exige que o juiz de fundamentos substanciais indicadores de seu convencimento. Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. (NERY, 2015, p.992).

No entanto, há limites ao livre convencimento motivado. Na realidade, o livre convencimento motivado tem seu limite nos casos de prova legal, ou seja, quando a legislação estabelece que determinado fato somente poderá ser comprovado por determinada prova, é vedado ao juiz, considera-la provada por outro meio, por mais especial que seja.

Da mesma forma, o juiz ao exercer o livre convencimento motivado, deverá exercê-lo vinculado à prova dos autos, sob pena de trazer fatores externos ao seu convencimento que poderão contaminar o julgado extrapolando as limitações das provas produzidas e discutidas naquele processo. Assim:

“Livre convencimento motivado. Vinculação à prova dos autos. A falibilidade humana não pode justificar o desprezo pela afirmação científica. A independência do juiz e a liberdade de apreciação da prova exigem que os motivos que apoiaram a decisão sejam compatíveis com a realidade dos autos, sendo impossível desqualificar esta ou aquela prova sem o devido lastro para tanto. Assim, como os motivos apresentados não estão compatíveis com a realidade dos autos, há violação ao CPC/1973 131 [CPC 371]. (STJ, 3ª T., REsp 97148-MG, rel. orig. Min. Waldemar Zveiter [vencido], rel. p/ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 20.5.1997, m.v., DJU 8.9.1997, p. 42492, Lex-STJ 101/222)

Há, portanto, dois limites ao livre convencimento motivado. O primeiro reside no fato de que o juiz não pode considerar provado, determinado fato, se o meio de prova utilizado foi diverso daquele que a lei estabelece para a sua comprovação. O segundo caracteriza-se no limite de aplicabilidade do livre convencimento motivado que deverá estar vinculado à prova dos autos.

6 RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PRODUÇÃO DA PROVA

Segundo Juary C. Silva, a responsabilidade civil é um “instrumento técnico destinado a recompor o equilíbrio rompido pelo dano causado a alguém. Perde assim, o seu caráter de instrumento de vingança, que sujeitava o opressor à pessoa do ofendido.” (SILVA, 1985. p.15).

A responsabilidade civil decorrente da produção da prova será extracontratual. Entretanto, a produção de prova por si só, não gera responsabilização. De fato, é possível que a prova seja ilícita e não decorra o dever de reparar o dano. Ao contrário, é possível haja prova lícita que implique no dever de reparação. (PAROLIN, 2013, p.185).

É importante levar em consideração que o dano deve surgir exclusivamente do processo e da prova em si, e não da repercussão indireta que acarrete, como a exposição na mídia. (PAROLIN, 2013, p.185).

Na maioria das vezes, a responsabilidade civil decorrente da produção da prova será consequente do dano moral provocado, e por isso, há a necessidade de se comprovar a conduta onde se perpetrou a violação à intimidade, honra, etc., dado que o dano moral daí decorrente pode se considerar presumido. (PAROLIN, 2013, p.185).

Assim, a responsabilidade estará ligada a produção de provas, ou seja, aos meios de produção de provas, que devem delinear a atuação do Estado e das partes para buscar a construção da verdade, influenciando no livre convencimento motivado, porém, sem gerar danos, às partes, ao processo ou ao Estado.

No processo civil a produção, das provas, é realizada no intuito de influir no livre convencimento do magistrado e, este, por sua vez, utilizando de decisão, devidamente fundamentada, pode indeferir a produção de provas, caso entenda que as mesmas são protelatórias ou desnecessárias, ou seja, o direito fundamental à produção da prova será exercido no limite de interesse do processo.

Por outro lado, a falta de prova dos fatos alegados acarretará o seu não reconhecimento, se por outros meios não puder ser comprovado. Nota-se que não há qualquer dano às partes, pois a prova cabe àquele que alega o direito e, se não desincumbir não o terá reconhecido.

Noutro giro, quando o Estado passa a ser o detentor do dever de provar e não se desincumbi desse ônus, por vezes causa danos à parte contrária. Principalmente quando nos deparamos com o processo penal que após a instrução processual sobrevêm sentença absolutória, do réu, pela falta de provas.

Nesse sentido, a parte que sofreu a persecução penal e, por vezes, esteve

aprisionado preventivamente, quando recebe a sentença de absolvição por falta de provas, busca no mesmo Estado sentenciante, daquele processo, a reparação dos danos sofridos em virtude do aprisionamento indevido. Porém, maciçamente tem seu pleito de indenização negado, conforme segue julgado abaixo.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO DA ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL - REEXAME DE PROVAS - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO - INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 1. **Esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão preventiva, devidamente fundamentada e nos limites legais, inclusive temporal, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas. Precedentes.** 2. Na mesma linha, tem decidido que avaliar se a prisão preventiva caracterizou erro judiciário enseja reexame de provas, sendo inviável em recurso especial (Súmula 7/STJ). Precedentes. 3. Ausente o cotejo analítico e não demonstrada similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, não se conhece do recurso especial pela alínea c. 4. Recurso especial não conhecido (STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 07/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA)

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - IMPUTAÇÃO DE FURTO DE VALES-ALIMENTAÇÃO - POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - INDENIZAÇÃO NO JUÍZO CÍVEL - AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO - INDÍCIOS DA AUTORIA. 1) A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NÃO IMPLICA NECESSARIAMENTE A REPARAÇÃO DE DANOS NO JUÍZO CÍVEL. **DA MESMA FORMA, A SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA NÃO ENSEJA O DEVER DE REPARAÇÃO POR AQUELE QUE SE SENTIU VÍTIMA DO CRIME, AINDA MAIS SE A ABSOLVIÇÃO OCORREU POR AUSÊNCIA DE PROVAS E NÃO POR NEGATIVA DE AUTORIA.** 2) A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO DA PRÁTICA DE FURTO NÃO GERA PARA A VÍTIMA O DEVER DE INDENIZAR, AINDA QUE ELA FOSSE A RESPONSÁVEL PELA COMUNICAÇÃO DO FATO À AUTORIDADE POLICIAL, SE EXISTIAM FORTES INDÍCIOS DE AUTORIA, POIS NÃO É ILÍCITO RECORRER ÀS AUTORIDADES COMPETENTES NA BUSCA DO ESCLARECIMENTO DE UM CRIME. 3) PROVIDO O APELO. (TJ-DF - APL: 61419020058070001 DF 0006141-90.2005.807.0001, Relator:

J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 06/08/2008, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 03/09/2008, DJ-e Pág. 67) (grifo nosso)

Assim, de acordo com os julgados e, com a jurisprudência majoritária, podemos notar que o Estado, quando acusador, acautelando-se de toda forma legal na persecução penal, ainda que não consiga condenar o acusado, não será responsabilizado pelo tempo de encarceramento que atingiu aquele cidadão, absolvido por falta de provas.

Nota-se, que o dano é imensurável, àquele que passou indevidamente tempo de sua vida encarcerado. Por isso, a falta de provas não poderia ser óbice para a responsabilização do Estado. Alias seria mais um controle de ações, para que as desastrosas deixassem de ocorrer.

7 RESPONSABILIDADE DAS PARTES NA PRODUÇÃO DA PROVA

O sistema processual traz regras para a produção da prova de modo que a parte interessada, demonstrando a pertinência, à produzirá no intuito de comprovar os fatos articulados nos autos do processo influenciando, no seu interesse, o convencimento motivado do magistrado julgador.

Daí, falar-se-á que à parte interessada na prova recaí o ônus de prová-la. Da mesma forma, a parte que alega o fato deverá provar e, por isso, lhe será outorgado o ônus da prova.

O ônus da prova não se traduz em obrigação, mas sim em encargo o qual se não desincumbido poderá ocasionar o seu não reconhecimento e, a suposta questão colocada em juízo poderá ser apreciada de modo contrário aos interesses da parte.

Nesse diapasão, podemos subentender que a verdade existe ou as provas a construirão. O objetivo é o mesmo, ou seja, demonstrar a verdade ou construir a verdade. Nesse ponto, as partes interessadas na produção da prova podem exceder o seu ônus e tentar construir uma verdade injusta que não causa dano somente à parte contrária, mas atua contra a dignidade da justiça e contra a sociedade de um modo geral, pois a boa-fé processual é princípio que deve nortear a atuação das partes interessadas na resolução do conflito.

Por esse motivo, existe um sistema processual principiológico com regras procedimentais que visam garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa como meio de demonstração da verdade existente no mundo fático.

Entretanto, referidas regras não impedem a construção de provas, pelos litigantes, afim de comprovar o que pretende demonstrar em juízo, sem que essas

provas digam respeito efetivamente à verdade dos fatos. Ainda que lícita, ela visa construir uma verdade no interesse da parte.

Nesse aspecto, o novo CPC consagra, no artigo 5º o dever das partes litigantes comportarem-se de acordo com a boa-fé.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Caso contrário, prevê penalidades para aqueles que litigarem em ofensa à dignidade da justiça, utilizando-se de meios inidôneos para obter vantagem, invertendo a realidade dos fatos e induzindo o juízo em erro.

É o que se vê, também, no inciso I do artigo 77, do novo CPC, que impõe o dever às partes, aos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, expor os fatos em juízo conforme a verdade, que por sua vez, tem no artigo 80 do mesmo diploma legal a descrição dos atos que podem ser caracterizados como má-fé, conforme seguem.

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: **I** - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: **I** - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; **II** - alterar a verdade dos fatos; **III** - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; **IV** - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; **V** - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; **VI** - provocar incidente manifestamente infundado; **VII** - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

A não observação deste comando de boa-fé pode gerar a responsabilização civil por perdas e danos, uma vez que àquele que litigar de má-fé, invertendo a verdade dos fatos, será considerado litigante de má-fé, conforme artigo 81 do novo CPC e, lhe poderá ser imposta multa, de 1% (um por cento) à 10% (dez por cento) em favor da parte inocente.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Nesse contexto, se imaginarmos que a prova faz parte da construção da verdade que se pretende produzir dentro de um processo e, a produção com a finalidade de inverter a realidade dos fatos, será considerada ato ilícito e, portanto passível e condenação em responsabilidade civil.

Não está se falando em dificultar o direito à produção da prova, mesmo porque, a produção da prova é um direito fundamental e, após ser requerida e deferida, o encargo recai sobre a parte interessada e, como tal deve ser cumprida, sob pena de não conseguir comprovar os fatos alegados. Dessa forma, se não houver a produção de provas, não haverá a construção da verdade que se pretende provar.

No entanto, esse encargo não pode ser utilizado como meio de inverter a realidade dos fatos, pois, além de danos à dignidade da justiça, a parte também estará causando dano à parte adversa, pois está diretamente envolvida no conflito de interesses posto à apreciação do Estado.

À parte interessada não pode ser assegurado o direito de construir provas, com o objetivo de transformar uma falsidade em verdade, o que importaria em ofensa ao princípio da boa-fé atentando contra a dignidade da justiça e, em especial contra a parte que foi submetida a esta prova falsa e a sociedade de um modo geral.

Não se trata de previsão isolada no direito pátrio. Na realidade diversos diplomas legais preservam a boa-fé processual de maneira incondicional, mesmo porque, Estado algum colocaria à disposição do cidadão, um aparato judicial, para que fosse manipulado.

No código de processo civil do direito português, por exemplo, veremos que há a previsão do dever, de boa-fé, insculpido no artigo 266º-A, bem como, o dever de cooperação para a descoberta da verdade, previsto no artigo 519º, conforme segue:

ARTIGO 266.º-A

Dever de boa fé processual

As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.

ARTIGO 519.º

Dever de cooperação para a descoberta da verdade

1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

A mesma previsão é encontrada no artigo 247 do “*Enjuiciamiento civil*” (Lei nº 1/2000) que disciplina o código de processo civil Espanhol e assim dispõe:

Art. 247. Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento. **1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.** 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, **una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 euros**, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. En todo caso, por el Secretario judicial se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o la Sala. 4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria. 5. Las sanciones impuestas al amparo de este artículo se someten al régimen de recursos previstos en el Título V del Libro VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (grifo nosso)

Notamos, dessa forma, que a busca pela tutela jurisdicional deve ser pautada pela boa-fé das partes litigantes. Assim, devem buscar o seu direito fundamentado em provas que o demonstrem, ainda que o provimento jurisdicional seja contrario ao seu interesse em virtude da instrução probatória realizada no processo.

Ou seja, a construção da verdade, por intermédio da produção de provas,

deve ser exercida de forma responsável, de maneira que as provas demonstrem efetivamente os fatos ocorridos, sem que ocorra a indevida construção da falsa verdade, para que o Estado possa entregar um provimento justo, promovendo a pacificação social.

8 CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado, e, considerando que o direito à prova consubstancia-se em um direito fundamental deve ser tratado como tal pelo Estado. Alias, o Estado deve proporcionar ao cidadão, interessado na produção da prova, todos os meios legítimos nessa busca, sem privá-lo do direito, inclusive de proporcionar o acesso à prova legal, caso não consiga por si próprio.

Pois, para que haja a construção da verdade, necessário se faz que exista a produção de prova, sem a qual, não há como influir no livre convencimento motivado do juiz. Este que, utilizando do seu poder instrutório, deverá conduzir o processo para que ao final seja proferida uma decisão justa, que atende aos interesses das partes, seja pela entrega do direito ou, ainda, pelo caráter didático da sentença. Ao vencedor o direito; ao perdedor o ensinamento.

Quando estamos na esfera cível, de modo geral, o juiz interfere para a condução do processo e, visando garantir para as partes o direito de produzir todas as provas necessárias à construção da verdade. Nestes casos, o Estado-juiz utiliza do seu poder instrutório e do livre convencimento motivado para que o processo chegue a um fim justo.

Contudo, quando o Estado passa a ser o titular da ação, como ocorre nas ações penais, há dois Estados atuantes, o Estado-acusador e o Estado-julgador. Da mesma forma a todos os interessados neste processo será garantida a ampla defesa com o direito de produzir todas as provas necessárias para influir no livre convencimento motivado do Estado-julgador.

O grande dilema repousa quando o Estado-acusador promove a ação contra o cidadão e, ao final, não consegue provar que aquele cidadão é culpado por determinado crime.

Pesará, portanto, sobre aquele cidadão absolvido por falta de prova a obrigação de reconstruir a sua vida e dignidade sem que o Estado seja penalizado pelo encarceramento indevido. Por isso o Estado deveria ser mais diligente, ou seja, na dúvida, processa o cidadão solto.

Assim, a conclusão que chegamos é a de que o Estado disponibiliza ao cidadão um instrumento poderoso chamado *processo* que, deve ser utilizado sob o

manto primado da boa-fé para que ao final o Estado possa entregar uma sentença justa. Pensar diferente é o mesmo que entregar função diversa daquela pré-estabelecida ao instrumento processual.

Portanto, o cidadão deverá utilizar do processo primando pela boa-fé e, o Estado-juiz, no exercício de sua jurisdição, deverá fazer valer o seu poder instrutório conduzindo o processo a um fim justo, sem que a interferência cause dano a qualquer pessoa que seja, sob pena de causar dano, passível de responsabilização e, por consequência, indenização por perdas e danos.

9 REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, Teoria Geral do Processo, 29ª ed. Malheiros, 2013

Código de Processo Civil brasileiro – Lei nº 13.105/2015

Código de Processo Civil português – Republicação em anexo ao DL 329-A/95, de 12 de Dezembro.

Enjuiciamiento Civil (código de processo civil espanhol) – Lei nº 01/2000

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Prova e convicção: São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de direito constitucional, 10ª ed. São Paulo; Saraiva, 2015

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015

PAROLIN, Marcos Cesar Pavani. Responsabilidade Civil na produção da prova. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte. Del Rey, 2013.

SILVA, Juary. A responsabilidade de Estado por atos judiciais e legislativos. São Paulo. Saraiva. 1985, p.15