

---

**PROVA:  
TEORIA E ASPECTOS GERAIS NO PROCESSO CIVIL \***

---

---

SÉRGIO GILBERTO PORTO\*\*

---

“Las pruebas son así un instrumento elemental no tanto del proceso como del derecho, y no tanto del proceso de conocimiento como del proceso en general; sin ellas, en el noventa y nueve por ciento de las veces, el derecho no podría alcanzar su finalidad.”

Francesco Carnellutti

**Noções e importância do tema**

Os fatos que são trazidos a juízo pelo autor e, de regra, negados pelo réu, provocam – por consequência lógica – uma incerteza temporária no julgador, a quem compete, por delegação do Estado, resolver os conflitos de interesses interindividuais e intergrupais, através da aplicação da norma jurídica.

Assim, o juiz, com a finalidade de afastar a incerteza que o assola, examina e verifica a existência dos fatos alegados. Posteriormente, aprecia-os; porém, desta feita, conduzido por uma certeza de convencimento, face à demonstração concreta dos fatos pelas partes, ou face à investigação procedida, de ofício, na busca da verdade. Deve, pois, o juiz, nesta busca da verdade, procurar reconstituir o fato com a finalidade de alcançar a certeza. Deve também a parte, interessada em ver sua pretensão acolhida – ou rejeitada a de seu adversário – contribuir nesta busca da verdade, oferecendo ao magistrado subsídios bastantes para que esta dê crédito à matéria fática deduzida, pois ao sentenciar deverá o juiz sentir a centelha da veracidade em sua manifestação, ou usando-se a expressão redundante de Carnellutti, retratar, segundo acredita, “la verdad verdadera” (*La prueba civil*. Buenos Aires, Depalma, 1979, p.20, tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo).

Este sentimento de verdade – dito indispensável à sentença – é trazido pela prova, a qual, segundo José Frederico Marques: “Constitui meio e modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato – bem

---

\*Trabalho através do qual o autor foi empossado como membro efetivo do IARGS.

\*\*Professor na UNISINOS, PUC e ESMIP. Membro do Instituto dos Advogados do RGS. Promotor de Justiça.

R. Minist. Públ. nova Fase	Porto Alegre	v.1	n.17	p.68-89	1984
----------------------------	--------------	-----	------	---------	------

como o meio e modo de que se serve o juiz para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide" (*Manual do direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1974. v.2, p.175). Nesta esteira, também é válida a advertência de Carnellutti: "El juez está em medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba." (op. cit.)

O "cerco de luces" referido pelo mestre peninsular diz respeito aos fatos, à verdade fática. Aliás, não é outra a lição de Pontes de Miranda: "A prova refere-se a fatos; portanto: a elementos do suporte fático, ao suporte fático e aos fatos jurídicos que de suportes fáticos resultam. Direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos; é preciso que se provem os fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos. Quando se diz 'prove o seu direito', 'prove a pretensão, a ação, ou exceção,' emprega-se forma elíptica; em verdade o que se pensou foi: 'prove o fato jurídico de que se irradia o direito, a pretensão, a ação ou a exceção de que se trata'" (*Tratado de direito privado*. 4.ed. Tomo 3, p.485).

Assim, provar nada mais é do que demonstrar a existência ou inexistência de fatos alegados ou, segundo lição de Moacir Amaral Santos "a exigência da verdade quanto à existência, ou inexistência, dos fatos".

Por conseguinte, sendo a prova base da decisão é inegável que esta é de valor inestimável para todos integrantes da relação processual (autor — juiz — réu), pois é capaz de transformar o que parecera ser branco em preto, o que parecera redondo em quadrado. . . . Todavia, aquele que a produz jamais poderá esquecer a lição de Vandebildt: ". . . insistimos que a justiça em nossa organização judiciária será uma busca da verdade e não apenas uma luta de astúcias".<sup>1</sup>

### Conceito

A apresentação de definições e conceitos estanques no direito constitui-se em arriscada e delicada operação, vez que, não é este ramo de ciência afeito à situação imutável e definitiva, mas ao contrário, pois dinâmico e em constante mutação. Desta forma, acompanha as próprias modificações da sociedade, a qual, também por sua natureza, não pode prosperar sem os conflitos que lhe são inatos, conforme muito bem preleciona Jaime Guasp ao definir o homem como um animal "insatisfeito por natureza".

Daí o porquê de se tornar obrigatória, antes do lançamento de qualquer conceituação, a exposição sistemática de certos aspectos tidos como indispensáveis à própria conceituação que se pretende.

Neste tópico, respeitada a idéia exposta, tentaremos apresentar uma conceituação do que vem a ser prova.

---

<sup>1</sup> Citado por AHRENDTS, Ney da Gama. *Estudos sobre o novo código de processo civil*. Editora BELS, 1974. p.89.

O vocábulo *prova*, segundo Moacir Amaral Santos, “vem do latim — *probatio* — prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e se deriva do verbo *probare* (*probo, as are*), provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar” (*A prova judiciária no cível e comercial*. Max Limonad. v.1, p.3).

Como se vê, o termo é usado para tornar certo, demonstrar ou convencer da existência ou inexistência de algo, ou ainda de um fato; porém esta função semântica não fica adstrita à sua participação em ato judicial ou processual, não se restringe a ratificar esta ou aquela posição dentro de um conflito de interesses deduzidos em juízo, pois se assim fosse, estar-se-ia, como sustenta Pontes de Miranda, “processualizando gritantemente a prova”.

Aliás, é o próprio Pontes de Miranda quem adverte: “A adução, introdução ou apresentação da prova tanto pode ser em juízo quanto fora dele” (*Tratado de direito privado*. 4.ed. RT. Tomo 3, p.404). Exemplifica: “O herdeiro paga a dívida do de cujus, que se lhe cobram, com as provas produzidas; e aqueles que têm muitos negócios exigem que se apresentem as faturas, com as provas, para que se lembrem das contas que não de pagar” (op. cit. p.404). Após exemplos, conclui com a lucidez peculiar: “Pensar-se em prova judicial quando se fala de prova é devido à importância espetacular do litígio, nas relações jurídicas entre os homens”. (op. cit. idem).

Assim resta claro que a prova não só terá por fim sua apresentação em uma demanda judicial, mas sim e também em uma demanda judicial, pois existente fora dela; visto que a demonstração da autenticidade da alegação em sentido amplo, visa vencer; este seu fim precípua e isto é curial que fique assentado.

No presente trabalho, dado sua natureza e dimensão, apenas analisaremos a prova judicializada, vale dizer: a prova trazida a juízo.

Nesta esteira, impõem-se, de logo, uma observação de relevo, qual seja a de que os fatos alegados só poderão ser considerados legitimamente provados se a demonstração da veracidade destes for obtida por meio imposto ou admitido pela lei. Desta imposição, decorre divisão sistemático-lógica que apresenta a prova através de critérios objetivos e subjetivos. Os critérios objetivos dizem respeito ao meio, através do qual a verdade chega a quem aprecia; são os verdadeiros métodos de demonstração da verdade dos fatos. Ao passo que os critérios subjetivos dizem respeito à certeza criada no íntimo do julgador sobre os fatos alegados, em outras palavras, a convicção.

Neste aspecto é lapidar a lição de Moacir Amaral Santos: “Se na crença da certeza dos fatos alegados em juízo está a sua prova no sentido subjetivo, nos meios admitidos ou impostos pela lei para chegar-se a essa convicção está a prova no sentido objetivo. Tomada naquele caráter, a prova é a própria convicção da verdade sobre os fatos alegados, a ‘própria certeza da existência positiva ou negativa do fato probando’, a ‘certeza da verdade do alegado produzida pela demonstração’, ‘é a afirmação da existência positiva ou negativa de um fato’. Tomada neste caráter, é o meio, pessoa, coisa ou documento — por que a verdade chega ao espírito de quem

a aprecia; são os meios de demonstração da verdade dos fatos sobre os quais versa a ação” (op. cit. p.10-1).

A nosso juízo ambos critérios são indispensáveis à definição de prova e, por decorrência, entendemos que nenhum conceito de real valia doutrinária poderia suprimir um ou outro dos critérios, pois os dois a integram e a formam em sentido técnico-jurídico.

Desta maneira, em nossa tentativa de conceituação, procuraremos não esquecer os aspectos abordados, nem a lição de Bentham; a qual, por força própria, demonstra a importância do assunto: “Así, pues, el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas” (*Tratado de las pruebas judiciales*. EJEA. v.1, p.10).

Todavía, antes de mais nada, destacaremos alguns conceitos encontrados na doutrina:

a) Mittermaier – “. . .prova é a soma dos meios produtores da certeza”. (citado por Moacir Amaral Santos, – op. cit. p.16);

b) Liebman, por seu turno, assim se expressa: “Pruebas es, pues, todo lo que puede servir para convencer al juez de la existencia (o inexistencia) de um hecho, y en este sentido es sinónimo de la expresión medio de prueba; pero prueba as también el resultado que los medios de prueba tratan de obtener, por lo cual se dice que se alcanzado o que falta la prueba de un cierto hecho” (*Enrico Tullio Liebman, Manual de derecho civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo, p.275);

c) Malatesta, de sua parte expressa: “La prueba puede ser considerada por dos aspectos, ya sea en cuanto a su naturaleza y a su presentación, ya en cuanto al efecto que origina en la mente de aquel quien ha sido aducida. (. . .) Así como las facultades de percepción sono las fuentes subjetivas de la certeza, asimismo las pruebas son el medio de aparición de las fuentes objetivas, o sea, de la verdad. La prueba es, pues, por este aspecto, el medio objetivo con cuyo auxilio la verdad logra penetrar en el espíritu; y como este puede en relación con un objeto por intermedio de pruebas, sea la simple credibilidad, sea a probalidad, o a la certeza, tendremos entonces pruebas de credibilidad, pruebas de probalidad y pruebas de certeza. Por lo tanto, la prueba en general es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano con respecto a sus especiales estados de credibilidad, de probalidad y de certeza. (Nicola Framarino Dei Malatesta. *Logica de las pruebas en materia criminal*. v.1, p.95-6);

d) Couture, de forma mais objetiva sustenta: “. . .un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”. (Eduardo J. Couture. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p.217). E, finalmente;

e) Castro Mendes, conceitua: “Prova é o pressuposto da decisão jurisdiccional que consiste na formação, através do processo, no espírito do julgador, da convicção de que certa alegação de fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão.” (João Castro Mendes. *Conceito da prova em processo civil*, p.741).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Citado por PELLEGRINI, José Francisco. Ônus da prova. *Revista da Ajuris*, 16/11.

Das lições colhidas, temos que a do autor português (João de Castro Mendes) é a que mais satisfaz, pois, longe de dúvida, consagra em um mesmo enunciado os critérios de ordem objetiva e subjetiva, compreendendo assim, a prova como um todo; e reunindo seus dois caracteres, os quais se completam e não podem ser tomados separadamente; pois um representa o meio, através do qual se apresenta a existência do fato probando, e o outro representa a própria existência, no espírito do julgador, da certeza em razão do fato alegado.

Assim, entendemos que *prova judicial* é a reunião dos meios aptos a demonstrar (critério objetivo) e dos meios aptos a convencer o espírito de quem julga (critério subjetivo).

## Princípios que informam a teoria da prova

### *Princípio dispositivo*

A exposição de motivos de nosso Código, em seu item 18, informa que o anteprojeto inspirou-se no princípio dispositivo. Este princípio, segundo doutrina dominante, cinge-se a duas posições:

- a) o juiz deve julgar segundo o *alegado* pelas partes;
- b) o juiz deve julgar segundo o *provado* pelas partes.

Pontes de Miranda demonstra a temática:<sup>3</sup> *“Princípios dispositivo – Chama-se em teoria direito processual princípio dispositivo aquele o qual, entre outras condições, o juiz não pode levar em conta, na sua apreciação do feito, a qualquer momento, fatos que não foram alegados pelas partes, nem formar sua convicção com os meios que, propostos pelos litigantes, não se produziram com observância das regras legais” (Comentários. Tomo II, p.384, SIC).*

Liebman, ao enfrentar a matéria, expressa: “Esto significa que el juez no puede, de ordinario, asumir iniciativas, ni andar en busca de los medios que puede parecerle útiles para la investigación de la verdad. Iudex iudicare debet iuxta alligata et probata partium. Este conjunto de reglas toma el nombre de principio dispositivo y es uno de los criterios directivos que regulan la dinámica de los mecanismos procesales” (*Manual*. p.286).

Assim, se efetivamente, como sustenta a exposição de motivos de Alfredo Buzaid, vigorasse em toda sua plenitude o princípio dispositivo, o juiz não poderia considerar – em sua decisão – provas não apresentadas pelos litigantes; ou seja, aquelas que hoje, ele, pode produzir de officio.

---

<sup>3</sup>Pontes de Miranda, como sói acontecer, em classificação própria apresenta 11 princípios a regerem a prova. A ele remeteremos o leitor, pois a notoriedade do mestre sempre recomenda suas lições e, por certo, seria despidendo, neste momento, tecer considerações em torno das mesmas. Tais lições encontram-se em *Comentários ao CPC. Forense*, 1974. Tomo 4, p.210-5.

Porém, certo é — ao contrário do que diz a já referida exposição de motivos — que o chamado princípio dispositivo sofreu séria restrição através dos artigos 130 e 132 do diploma processual, pois estes claramente atribuem ao juiz a faculdade de “determinar as provas necessárias à instrução do processo” ou “mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas”. Desta forma, é acertada a lição de Pontes de Miranda quando assevera: “Acontece, porém, que o Código do Processo Civil vibrou golpe profundo no *princípio da dispositividade da prova* quando redigiu o artigo 130” (*Comentários*. Tomo 4, p.210).<sup>3</sup>

A posição adotada pelo legislador, embora afronte a própria exposição de motivos, em nosso sentir é correta, pois desde que o processo perdeu a “máscara” de que visava a resolução dos interesses das partes e passou a ser visto como meio de ação do estado, a possibilidade do magistrado “tomar iniciativas” veio a calhar e representou o avanço decorrente da própria evolução da ciência; veio também ao encontro de anseios dos juízes que não se conformavam com a posição inerte que lhes era imposta em tempos outros, a qual poderia, por vezes, obrigar um magistrado a decidir determinada questão de forma não satisfatória, eis que, ausentes determinadas provas, tidas por ele, julgador, com indispensáveis.

De sorte que, hoje, já não mais se fundam a reunião dos fatos no processo tão somente no pressuposto de que a iniciativa das provas cabe exclusivamente às partes, vez que pode o juiz provocar apresentação das que entender necessárias à sua convicção, para melhor decidir.

Nesta linha é elucidativa e concluyente a lição de Mauro Cappelletti, citado por Agrícola Barbi, e a ela nada temos a acrescentar, se não nossa inteira concordância: “Mais recentemente, Cappelletti, com mais ênfase, ao reexaminar o assunto chega praticamente a concluir que o princípio dispositivo está reduzido apenas a uma daquelas proposições, que é a de que o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes.” E, Celso Barbi, dá seguimento afirmando: “Essas idéias têm plena aplicação ao nosso Código de 1939 e ao atual, porque aquele, no artigo 117, e este, no artigo 130, admitem a iniciativa do juiz em matéria de escolha de prova.” (*Comentários*. v.1, tomo 2, p.531).

Assim, como se vê, hoje, o princípio sofre restrições, tendo ficado reduzido apenas ao fato de que cabe ao juiz julgar como alegado, porém — neste particular — pode e deve tomar iniciativas em torno da produção de provas. Daí, já não ser mais pertinente a afirmação de Rudolf Pollak, citado por Pontes: “A apresentação é coisa das partes; a admissão e apreciação é que são do juiz.” (*Comentários*. Tomo 2, p.385).

### *Princípio da prova livre*

O princípio da liberdade de apresentação da prova é regra basilar da sistemática probatória atual e vem consubstanciado no artigo 332, do CPC: “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.” Portanto este dispositivo consagra o sistema da *prova livre*, desde que esta seja legal e moralmente legítima, vale dizer: respeitados os parâmetros da legalidade e da moralidade tudo que possa ratificar as alegações deduzidas pelas partes, tudo que possa contribuir para o encaminhamento da verdade real, e não só processual, é tido como meio hábil a provar a procedência dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Caberia no presente particular pequena indagação de ordem exegética. (?) Que vem a ser meio de prova moralmente legítimo?

Alcides de Mendonça Lima diz: “. . . expressão equívoca, de difícil conceituação exata. O sentimento muda conforme a época e, até, a mentalidade, a formação e os princípios de cada juiz. Não há garantia prévia de determinado meio ser, ou não, aceito como prova. Com ou sem o dispositivo, o problema podia ser suscitado ao deferir ou indeferir uma prova por não ser moral, a cujos postulados o processo está sujeito, em seu todo, ainda que sem norma expressa”. (A nova terminologia do código de processo civil. *Revista da AJURIS*, n.1, p.112).

A idéia do professor gaúcho, ao que parece, é pertinente à sociedade em que vivemos, pois são notórias as evoluções no campo da moralidade social, as quais, por consequência óbvia, se incorporam ao direito, já que este regulamenta o convívio em sociedade. Assim, o que hoje pode ser tido como imoral e não admitido como prova, amanhã poderá ser tido como ato plenamente moral e admitido, por consequência, como prova. Todavia, nesta posição — que transfere aos tempos o conceito de moralidade — temos que jamais se poderá permitir a *torpeza processual*, devendo portanto — mesmo vigorando o princípio da liberdade probatória — as provas receberem as restrições morais que a época impõem, tais as que são — hoje — impostas às provas gravadas, como se vê dos arestos colacionados a seguir, os quais, dão guarida ao princípio que Ayarragaray, citado por Echandia, chamou de “princípio de la inmaculación de la prueba”, ou seja, defende a tese de que a prova não pode ser obtida por modo torpe ou ilícito (meio moralmente ilegítimo). “Inaceitável, como prova do adultério, a gravação de conversa telefônica do cônjuge com o suposto amante. Uma justiça correta e que deve também ser cautelosa, não deve utilizar nenhum meio de prova que não ofereça toda a segurança ou grande probabilidade de revelar a verdade, devendo, ao contrário, receber com desconfiança aqueles que a experiência revela serem inseguros, facilitadores de truques, como são, por exemplo, a fotografia e a gravação da voz por meio de discos ou fios” (RT 187/666).<sup>4</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação de desquite litigioso, através da 3ª Câmara Cível, assim se manifestou na palavra do Desembargador Ney da Gama Ahrends: “Também com relação à prova por gravação, prova essa que o juir não deu maior realce, suscita uma série de problemas. Primeiro o problema técnico da identificação das vozes e segundo, o problema do veículo através do qual a

<sup>4</sup>Citado por AHREND, Ney da Gama. *Estudos sobre o novo código de processo civil. Prova por meio de gravação*. Ed. Bels, 1974. p.106.

prova se obtém, porque há um princípio processual importante, o meio pelo qual a prova se obtém. Há o princípio processual da imaculação da prova e o do respeito à individualidade e de respeitabilidade de cada um. Verifica-se que realmente no caso dos autos as gravações foram preparadas por um conjunto de pessoas, a fim de comprovar o adultério. (...) Entretanto, para mim continua sendo válida aquela exigência de que a prova não pode ser obtida por modo do tortuoso ou ilícito” (RJTJRGs 68/310).<sup>5</sup>

Nesta linha, deve se ter por assente que a liberdade probatória, que visa proporcionar a chegada da verdade real aos processos, não chega a permitir que a ilicitude (uso de meios moralmente ilegítimos) contribua para o êxito da prestação jurisdicional do Estado

Entendimento diverso, seria a chancela da torpeza, da deslealdade, verdadeiros prêmios a astúcia e incentivo a imoralidade; situações incompatíveis com a seriedade da justiça.

### *Princípios da oralidade*

Estabelece o artigo 336 do Código de Processo Civil: “Salvo disposição em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência”.

Com este dispositivo o legislador processual de 1973 adotou o princípio da oralidade e visou concentrar a produção de provas na chamada audiência de instrução e julgamento, com o fito de tornar o processo mais célere.

Com isto, na audiência é que se produzem as provas de natureza oral e se completam as demais, através do depoimento das partes, testemunhas, peritos e assistentes técnicos. Com isto também se colocou o juiz em contato direto e imediato com a prova produzida no processo, pois tal situação, por certo, permite ao magistrado concluir pela melhor certeza sobre a demanda, já que pode este — intimamente — formar a convicção do sentimento da verdade na manifestação de cada qual dos participantes da audiência.

Também é oportuno salientar que com o princípio da oralidade nem tudo se tornou oral, mas sim há a predominância da palavra falada em momentos culminantes do processo ou seja, nos momentos de produção de prova oral (testemunhal) e aperfeiçoamento de prova escrita; momentos estes que ocorrem na audiência. Daí o porquê ser de todo pertinente a lição de Francisco Morato, citado por Moacir Amaral Santos: “. . . a predominância da oralidade inculca predominância da palavra, e não exclusão da escritura, que, como meio aperfeiçoado de exprimir o pensamento e de reter-lhe a expressão, tem e não pode deixar de ter no processo aquele posto e eficácia que exerce em todas as relações da vida” (*Prova judiciária no cível e comercial*. v.1, p.407).

<sup>5</sup>É bem verdade que encontraremos arestos nos tribunais de São Paulo que sustentam a validade da prova obtida por meio de gravação criminosa, pois segundo estes os tribunais devem julgar, não lhes competindo investigar se as provas foram bem ou mal adquiridas pelo litigante que as apresenta, vez que seria esta investigação estranha ao processo e o juiz que a fizesse estaria exorbitando suas atribuições processuais.



Com este sistema, segundo a palavra de Moacir Amaral Santos, “visa-se acentuar que as provas são propostas, admitidas, e produzidas no processo, para sua instrução, perante o juiz da causa, que delas participa em todos momentos e mais particularmente na sua admissão, que é ato de sua exclusividade, e na produção, em que o mesmo exerce função preponderante”. (*Primeiras linhas*. São Paulo, Saraiva. v.2, p.312).

Este postulado probatório é atual e difundido pelas mais diversas legislações, como nos demonstra Mauro Cappelletti: “Hemos visto en la parte precedente que el principio de la oralidad y dos de la inmediación de la relación entre el juez y los otros sujetos del proceso y de la atribución al juez de poderes de dirección y control de la fase oral del proceso mismo — que derivan de aquel de la oralidad — no sólo caracterizan los más modernos sistemas procesales de Países de la Europa Continental (también Oriental), sino que si encuentran también en los sistemas procesales de los Países de *commun law*. En estos Países, incluso, los principios de la oralidad, de la inmediación y de la concentración han encontrado aceptación en el procedimiento de las *Courts of Common Law* (da manera diversa en las *Courts of Equity*), mucho antes, y todavía hoy encuentran realización de manera mucho más acentuada que en la Europa Continental” (*El proceso civil en el derecho comparado*. Tradução de Santiago Sentis Melendo, p.86).

Como se vê, andou bem nosso legislador ao fazer valer no sistema probatório o princípio da oralidade, eis que espelhado nos mais modernos sistemas do mundo e também porque atende — por inteiro — os anseios dos que litigam pelos foros deste país.

De outro lado, resta apenas lamentar que, por vezes, não vigore ele com a força candente que lhe inspirou a criação.

### *Princípios da imediatidade e da concentração*

A consequência lógica, após exame do princípio da oralidade, diz respeito ao exame dos princípios da imediatidade e concentração da prova, pois são estes informativos do procedimento oral.

O princípio da imediatidade exige, por sua natureza, contato direto do juiz com as partes, com as testemunhas, com os peritos. . . , ou seja, exige um contato do julgador com as provas que instruem e integram o processo. Foi concebido diante da tese de que tal situação propiciaria uma melhor avaliação dos atos e fatos probatórios e geraria — naturalmente — decisões mais justas. De regra, vigora, tão-só, no primeiro grau de jurisdição, pois dificilmente os órgãos colegiados determinam ou produzem provas para seu convencimento, tais como inspeção judicial.

O princípio da concentração também adotado pelo sistema probatório é da maior valia, pois resume quase toda instrução em uma única audiência, ou em poucas sessões da mesma audiência, impedindo a existência de verdadeiras “ações-bumerangue”, ou seja, aquelas que em seu transcurso sempre retornam ao ponto de origem, vale dizer: à audiência inaugural.

Francisco Morato é quem bem explica o princípio da concentração ao referir que este significa “apertar o feito em período breve, reduzindo-o a uma só audiência ou a poucas audiências a curtos intervalos”.<sup>6</sup> Todavia isto não implica reduzir a cognição que sempre será plenária.

Entretanto, por vezes, até mesmo as provas que deveriam ser produzidas em audiência, por circunstâncias alheias e variadas são produzidas fora desta, contrariando assim o princípio da concentração. Exemplos de tais situações temos nos casos de precatórias ou rogatórias; são as chamadas provas fora de terra, ou seja, são as produzidas fora da jurisdição do juiz da demanda, bem como o caso de produção antecipada de prova (artigos 846-51).

Contudo, a norma é a da exigência de concentração das provas na audiência, regra que, certamente, contribui de forma eficaz para uma justiça mais rápida, aclamo de nossos tempos.

### *Princípio da iniciativa oficial*

A experiência tem demonstrado que as provas devem ser indicadas pelas partes. Todavia, como já se disse no corpo deste trabalho, o juiz não está adstrito tão somente a estas provas, visto que o princípio dispositivo já não mais vigora com a força que vigorava anteriormente, pois algumas normas na sistemática atual permitem a iniciativa judicial com o fito de aclarar, fortificar, interpretar a prova.

Portanto, ao lado da iniciativa das partes, podemos perfeitamente identificar o princípio da iniciativa oficial, pois cabe ao juiz (artigo 130) determinar as provas necessárias à instrução do processo, bem como ordenar de ofício as diligências probatórias que julgar convenientes para apuração da verdade dos fatos alegados.

Tal situação, por justiça, dá cunho publicista ao processo, fato que é notório, pois, pode o juiz, de ofício, ordenar, entre outras diligências: vistorias, arbitramentos, inspeções judiciais, ouvida de testemunhas referidas, perícias. . .

“Cumpra observar, porém, que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam propostas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa. Bem por isso o despacho, pelo qual ordená-las, deverá ser motivado”.<sup>7</sup>

A lição exposta acima é de todo pertinente e aplicável, pois o princípio da iniciativa oficial não dá ao juiz — ainda — o condão de assumir a titularidade de um ônus probatório que pertence às partes. Deve o julgador, tão-só, buscar mais provas para que sua imparcialidade forme o convencimento exato em torno da matéria discutida.

<sup>6</sup>Citado por SANTOS, Moacir Amaral. *Comentários*. Forense, v.4, p.55.

<sup>7</sup>SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1977. v.2, p.309.

Este postulado não permite que o juiz – vendo uma das partes perder terreno em relação à outra, em razão da fragilidade de um advogado, ou em razão da maior capacidade do outro – procure equilibrar a demanda favorecendo a parte que se vê prejudicada por decorrência do profissional do direito contratado. Isto é ônus da parte. Certo também que não pode em detrimento do rico, procurar auxiliar o pobre através de iniciativas, ou vice-versa. Destarte, é curial que fique claro, a iniciativa deve ter por escopo único a busca da verdade, o esclarecimento dos fatos, para melhor convicção e tão-só.

### *Princípio do ônus da prova*

O ônus da prova, como e enquanto ônus da prova, será adiante em tópico próprio examinado, pois no presente particular apenas os princípios que o informam serão singelamente analisados.

As afirmações produzidas em juízo, como já foi sustentado no corpo deste ensaio, geram uma incerteza no julgador.

De sorte que a parte que produziu na consciência do julgador esta incerteza – incerteza subjetiva – através de alegações, deve – seja autor, seja réu – traduzir esta incerteza subjetiva em uma certeza objetiva, se pretende ver sua pretensão acolhida, vale dizer: aquele que pretende ter seu pedido atendido e julgado procedente deve demonstrar ao juízo os fatos que autorizam o acolhimento deste, ou ao contrário, quando demandado.

Por conseguinte, conclui-se, do raciocínio exposto, que na verdade, o ônus de provar o alegado não compete exclusivamente ao autor, ou ao réu, mas é dividido entre ambos, pois cada qual deverá demonstrar a sua “verdade”.

Esta fórmula, acolhida de maneira unânime pela doutrina e pela jurisprudência, acarreta dois princípios fundamentais sobre o ônus da prova, a saber:

- a) compete, de regra, a cada uma das partes demonstrar as alegações que fizer;
- b) compete ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.<sup>8</sup>

Portanto, corolário desta regra é que, no mais das vezes, cada parte suporta o ônus da prova da existência de todos os pressupostos, inclusive negativos, de sua pretensão processual.

---

<sup>8</sup> Art. 333 do CPC.

## Sistema de apreciação das provas

A atividade probatória não tem seu epílogo com o encerramento da fase instrutória do processo, onde, por norma, são arrecadadas e aperfeiçoadas as provas; seu encerramento, em verdade, apenas aparelha o processado à interpretação do julgador.

No mesmo momento em que é encerrada a atividade probatória, é dado início a atividade interpretativa pelo julgador.

A partir daí, surge o tema do tópico abordado. (?) Como irá o juiz apreciar a prova? É livre a apreciação desta? Existe prova tarifada? . . .

Por óbvia conclusão o juiz ao apreciar a matéria probanda desenvolve uma atividade intelectual, pois considera, aprecia e pesa tudo que foi demonstrado no processo durante a instrução do mesmo. Todavia, ao considerar, apreciar e pesar não pode — o juiz — ser arbitrário e desordenado, mas deve, ao contrário, seguir um critério.

Este critério é que se constitui no sistema de apreciação das provas. Na atual e pretérita doutrina identificam-se três:

- a) sistema legal;
- b) sistema da livre convicção; e
- c) sistema da persuasão racional.

Agora passaremos à análise de cada um destes para, ao final, concluir qual o adotado por nossa sistemática processual.

### *Sistema legal*

Nos diz a história do direito que o sistema das provas legais teve sua origem no processo bárbaro, nas ordálias ou juízos de Deus e, posteriormente, no formalista e rigoroso direito germânico.

Também se tem notícia que nos sistemas jurídicos dos séculos XI/XIV, especialmente italianos, vigorava o sistema da prova legal.

Neste sistema cada prova tinha um valor inalterável e constante, previsto pela lei e, por isso, ao juiz não era lícito apreciá-la senão na conformidade da eficácia que a lei lhe atribuíra. O juiz não ponderava as provas, não indagava do seu legítimo e real merecimento, limitava-se a aplicar a lei aos casos particulares.

Curiosa e esclarecedora é a lição de Mauro Cappelletti a propósito do tema. "Se tendía a evitar tod subjetivismo, cualquier 'arbitrariedad', y por eso toda posibilidad para el juez de *valorar libremente*, de 'pesar', en suma las pruebas" (*El proceso civil en el derecho comparado*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. p.90).

Como se vê, as provas não deveriam ser pesadas, mas contadas pelo juiz, em verdadeira operação matemática. A apreciação destas era meramente mecânica, já que os valores eram previamente fixados por lei. Novamente Cappelletti esclarece: "Dos testigos hacían prueba 'plena', *vinculante* por conseguinte para el juez, siem-

pre que se tratase de testigos que reunieran determinadas características apriorísticamente estabelecidas por la ley. Las mujeres, e no eram admitidas a testificar, o bien, en caso de serlo, eran valoradas en la mitad o un tercio o menos todavía que los testigos varones. Lo mismo se decía encunanto al testimonio de los 'siervos'. El testimonio de testigos no nobles valía menos que el testimonio de testigos nobles o de eclesiásticos; con toda una escala aritmética de valores según el grado de nobleza o según la jerarquía eclesiástica. Análoga concepción regulaba la valoración del testimonio del rico que era preferido al del pobre. El testimonio de un solo testigo no tenía fuerza probatoria alguns (testis unus testis nullus), salvo que se tratase de un cardeal o directa y personalmente del Papa".

Sobre este método disse Chioyenda, citado por Carlo Furno: "La actividad del juez tendió a adaptarse a la de un contable". (*Teoría de la prueba legal*. p.148).

Segundo se pôde ver, existia aquilo que Lessona chamou de tarifamento das provas, pois cabia ao magistrado apenas verificar o valor da prova e declará-lo na sentença, independente de sua convicção sobre os fatos e questões deduzidas.

Na definição de Couture: "Pruebas legales son aquellas en las cuales la ley senala por entecipado al juez el grado de eficacia de debe atribuir a determinado medio probatorio" (*Fundamentos de derecho processual civil*. p.268). Ou ainda, na feliz expressão de Carnellutti: "El vínculo que la ley impone a la libertad del juez, . . ." (*Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. v.1, p.263).

A imposição legal, decorrente do vínculo preestabelecido pela lei, com o passar dos tempos foi se abrandando, como se verá adiante, todavia suas características e peculiaridades essenciais foram as aqui expostas. Já que se tratava de um sistema totalmente vinculativo com avaliações preestabelecidas, pré-fixadas, sendo defeso ao juiz qualquer interpretação de ordem subjetiva e reduzindo-o, por consequência, a um simples apurador do critério legal.

Todavia, muito embora tal sistema não vigore, ainda hoje existem resquícios em nossa legislação; por exemplo, a prova da transmissão do domínio de bem imóvel só é feita mediante a apresentação do ato de compra e venda, devidamente transcrito no registro imobiliário, prova jurídica que se constitui em prova pré-valorizada.

### *Sistema de livre convicção*

Em total oposição ao sistema legal, o da livre convicção, dava ampla e total liberdade ao juiz no apreciar e decidir. Neste sistema a verdade jurídica era representada pela consciência do juiz, ou em outras palavras, aquilo que o juiz acreditava que fosse verdadeiro passaria a ser verdade jurídica, sem maiores delongas, através da sentença, pois esta independia de motivação.

Por este método o juiz não estava vinculado ou adstrito a qualquer regramento jurídico. Mais valia seu convencimento próprio do que qualquer outra norma, do que qualquer outra exigência legal, já que podia o magistrado, inclusive, fazer uso

de seu conhecimento pessoal — independentemente de prova — sobre o caso que lhe era submetido a exame.

O juiz era senhor e dono da decisão; verdadeiro ditador da norma concreta constante da sentença, visto que não necessitava convencer ninguém quanto ao seu acerto, nem mesmo as partes litigantes, pois possuía, o magistrado, ilimitada liberdade ao sentenciar. Subordinava a vontade de todos à sua convicção, sem necessidade de demonstrar os motivos que lhe moveram.

Couture, ao analisá-lo, assim se expressou: “Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos” (*Fundamentos*, p.273).

Esta situação, de permitir que o juiz suprima os motivos da decisão, bem como o fato de poder fazer uso de conhecimentos pessoais da causa, independentemente do contraditório, fez com que o sistema sempre recebesse duras críticas.

Dentre estas, a título de curiosidade, traremos as postas por Malatesta, segundo Moacir Amaral Santos: “Se o juiz tem conhecimento pessoal do fato e nisso se funda o seu convencimento, às partes se negam dois princípios fundamentais da justiça: o de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido (*ne inauditus condemnatur*) e o da sociabilidade do convencimento” (op. cit. p.368).

Com efeito, procedem por inteiro as considerações do jurista, pois conferir ao juiz poderes que transformem e condicionem o julgamento a ato de arbítrio, além de perigoso, se constituía em verdadeira ablação aos princípios informadores do processo civil. Estaríamos, em admitindo tal sistema, transformando o juiz em verdadeiro *ayatolá* do processo, pois se correria o risco de ser desrespeitada a autoridade da lei, segurança maior do cidadão.

Estar-se-ia equiparando o juiz de direito ao juiz do fato, que é o jurado no tribunal do júri, pois apenas este — no sistema processual penal — pode decidir por livre convicção, decidindo contra, a favor ou fora das provas dos autos.

Por certo, o juiz não pode decidir apenas com base numa apreciação subjetiva, privando todos das razões do convencimento, mas deve, em verdade, “provar o convencimento”. E — segundo Malatesta — “o convencimento não deve ser, por outros termos, fundado em apreciações subjetivas do juiz; deve ser tal que os fatos e as provas submetidos ao seu juízo, se fossem submetidos à apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa razoável, deveriam produzir, também nesta, a mesma convicção que produziram no juiz. Este requisito, que eu creio importantíssimo, é o que eu chamo sociabilidade do convencimento”<sup>9</sup>.

Por este e outros motivos tal sistema não vigorou inclusive não se tendo notícia de que alguma legislação o tenha adotado em sua pureza.

---

<sup>9</sup> Citado por AHRENDTS, Ney da Gama. *Estudos sobre o novo código de processo civil*. Ed. Bels, 1974. p.89.

### *Sistema de persuasão racional*

Formando um sistema misto, verdadeira simbiose dos sistemas de apreciação legal e da livre convicção, o sistema de persuasão racional, nos diz a história, passou a ser admitido pelos códigos napoleônicos.

Por este método de apreciação de provas deve o juiz, através das decisões, induzir, convencer, persuadir, fazer enfim, o intérprete adquirir certeza de que a decisão está conforme a razão. Portanto está o magistrado obrigado a demonstrar o convencimento racional; tem por obrigação equiparar a convicção judicial à certeza moral do homem comum. Isto ele o faz, através da motivação ou fundamentação de suas decisões.

Neste sistema, também dispõe o juiz de liberdade na apreciação das provas, todavia esta não significa o arbítrio de que disporia no sistema da livre convicção. Quer isto dizer que a liberdade do juiz não é absoluta, mas está ela atrelada às provas constantes dos autos; não pode fazer uso ou formar sua convicção com base em informações que tenha recebido em caráter particular, vale dizer: o juiz é livre para se convencer a cerca dos fatos informadores da demanda, todavia os elementos de sua convicção são os constantes dos autos, daí ter aplicação a regra de que aquilo que está fora dos autos está fora do mundo. O mundo do juiz, no decidir, são os autos.

Deste não pode se afastar, sob pena de ser tida como nula sua decisão.

"O juiz, não obstante aprecie as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e *vis probandi* destas; a convicção está na *consciência* formada pelas provas, não arbitrarias e sem peias, e sim condicionadas a regras jurídicas, a regras da lógica, a regras da experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram". (op. cit. p.359).

A liberdade que se concede ao juiz — neste sistema — não é um arbítrio, mas critério de análise, critério de apreciação, eis que, este deve dar os fundamentos que lhe moveram para chegar à conclusão decisória, deve dizer quais as provas que acolheu, quais as que desprezou, porque valorou umas a maior e outras a menor, enfim deve convencer, através de sua decisão, não só as partes, mas também ao público que a ela tiver acesso.

Liebman diz sobre a valoração das provas, neste particular: "Naturalmente, valoración libre de la prueba no significa en facultad para el juez de formar su convicción de modo subjetivamente arbitrario; libertad quiera decir uso razonado de la lógica y del buen sentido, guiados y apoyados por la experiencia de la vida". (*Manual*, p.289).

Nesta linha, devemos dizer que após coletada a prova para os autos, o juiz deve, segundo seu critério de livre apreciação, valorar prudentemente esta; isto é, com uso da razão e da experiência deve considerar a prova e lançar as considerações na motivação da decisão. "A necessidade de motivação é indeclinável. Cresce ela à medida que se dá ao juiz qualquer parcela, a mais, de livre apreciação. É preciso que, ao ter de ser reexaminado o despacho, ou a sentença, pelo mesmo juiz ou

tribunal (ou pelo ocupante posterior do mesmo juiz, nos casos em que o Código não pode evitar, conforme o artigo 132), o novo julgador possa tomar cada uma das premissas do proferidor da decisão, conferi-las e controlar premissas e conclusões". (Pontes, *Comentários*. Tomo 2, p.388).

Assim exposto, sem dúvida, o sistema na persuasão racional foi o adotado por nosso código, como aliás, concluem Moacir Amaral Santos e Ney da Gama Ahrends, (*Primeiras linhas*, p.335; e *Estudos*, p.111).

Realmente, outra não poderia ser a conclusão à luz do que estipula o artigo 131, do Código de Processo Civil quando reza que "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo os fatos e circunstâncias que lhe formaram o convencimento".

Verifica-se, de forma clara pela leitura do dispositivo, que o juiz é livre no apreciar a prova e, de regra, não está vinculado a critérios preestabelecidos, não estando também sujeito a provas tarifadas. Situação esta que, por si só, exclui a possibilidade da incidência legal. A exemplo do sistema legal, o da livre convicção, também foi excluído pelo legislador, quando estabeleceu que o juiz é livre na apreciação das provas, porém fixou que a liberdade não vai além das fronteiras dos autos, não podendo, por consequência, o magistrado, se valer no decidir de conhecimento extra autos; da mesma forma deverá dar as razões de seu convencimento na fundamentação da decisão, demonstrando que foi guiado pela lógica, pela razão, pelo bom senso e pela experiência de vida.

### Objeto da prova

O objeto da prova é o de provocar no juiz o convencimento sobre a matéria que versa a lide, ou seja, convencê-lo de que os fatos alegados são verdadeiros; ou por via contrária, convencê-lo de que os fatos alegados pela parte adversa não são verdadeiros, não retratam a verdade.

A prova, portanto, tem por objeto convencer o juiz sobre a existência ou inexistência de fatos que deverão obrigatoriamente ser considerados na decisão. Na palavra de Pontes de Miranda: "...tem por fito levar a convicção ao juiz" (*Comentários*, Tomo 4, p.223).

A exemplo de Pontes, refere Liebman: "Objeto de la prueba son los hechos de la causa, o sea todas las circunstancias de hecho alegadas por la partes como fundamento de sus demandas o excepciones". (*Manual*, p.281).

Assim considerado seu objeto, resta, pois, a indagação: o que deve ser provado?

A resposta a tal questão emerge do princípio geral que informa o objeto da prova; provam-se os fatos e, por exceção, o direito, já que vigora dentre nós o princípio de que a ninguém é lícito alegar ignorância ou errada compreensão da lei (artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Porém, mesmo os fatos que, de regra, devem ser provados, para cognição do juízo sofrem exceções, pois estes em situações especialíssimas independem de prova; tais as constantes do artigo 334 do Código de Processo Civil. Por consequin-



te, não necessitam ser provados os fatos notórios, os alegados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos — no processo — como incontroversos e finalmente os que a favor militem presunção legal de existência ou veracidade.

Assim, conclui-se que todos os fatos não alinhados no artigo 334, segundo princípio geral de nossa lei processual, devem ser provados, tais os fatos controversos.

Já o direito que, por exceção, deve ser provado, é o municipal, o estadual, o estrangeiro e o consuetudinário (costumeiro). Nestes casos a prova é limitada ao teor e vigência, conforme preceitua o artigo 337 de nosso estatuto processual.

Cabe ainda, neste particular, esclarecer que a parte que alegou tal a seu favor, não está obrigada a, desde logo, apresentar prova da vigência e teor do texto legal, mas tão-só se o juízo determinar. Todavia, é de boa política processual que sempre que for necessária a invocação de determinado suporte legal municipal, estadual, estrangeiro e costumeiro, se faça a demonstração do mesmo já de início, pois assim procedendo estar-se-á abreviando a, hoje tão morosa, tramitação processual dos feitos.

### Meio de prova

Na sistemática processual do momento é certo que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos”. Assim colocada a questão, torna-se clara a adoção do princípio da prova livre, conforme abordamos nos princípios que informam a teoria da prova.

Sabendo-se que todos os meios são hábeis à produção da prova, resta saber o que são meios de prova? A resposta emerge da própria doutrina: “Meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos da prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes”. (Pontes de Miranda. *Comentários*. Tomo 4, p.222).

Podemos, pois, ainda neste diapasão dizer que os meios de prova se constituem nas pessoas e nas coisas de que se quer abstrair elementos de conhecimento úteis à investigação da verdade. Portanto, como meios de provas moralmente legítimos temos todos aqueles que não traduzem torpeza processual, ou seja, aqueles livre de vícios intrínsecos e extrínsecos. Por meios legais, temos todos os previstos na legislação positiva, seja esta de ordem material, seja de ordem formal, tais os constantes do artigo 136 do Código Civil, os do artigo 122 do Código Comercial e, em especial, os previstos pelo estatuto processual, no capítulo VI, título VIII, vale dizer: o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial. Porém, tais meios de prova não serão aqui examinados, pois integrantes do título referente às provas em espécie, ao passo que o presente estudo tem por fito apenas analisar a teoria e os aspectos gerais das provas.

Derradeiramente podemos afirmar que são meios de prova todos os fatos ou atos, todas pessoas, coisas ou documentos que contribuem para a formação da certeza processual desde que legalmente fixados ou moralmente legítimos, estes últimos ainda que não previstos em lei.

### Ônus da prova

A demanda é caracterizada por afirmações iniciais de uma parte — dita autora — e pela resposta a estas afirmações feita pela parte adversa, dita ré. As alegações do autor representam os fatos com os quais pretende fazer valer seu direito afirmado, assim como as defesas do réu representam os fatos com que pretende demonstrar a improcedência do pedido do autor.

Tanto uma quanto outra das alegações devem levar por suporte a pretensão de convencer o juiz sobre a verdade: com tal fito não basta somente alegar, mas é necessário demonstrar, provar a veracidade das alegações e defesas. Daí decorre o problema de saber o que é e a quem está afeto o ônus da prova, ou seja, a quem cabe demonstrar a verdade dos fatos alegados?

Ônus, se sabe, vem do latim e significa carga, peso, encargo, dever. Muito embora seja esta a origem e sinonímia do vocábulo no vernáculo, Pontes de Miranda distingue ônus de dever (*Tratado*, Tomo 3, p.410) e diz: “. . . ônus da prova é o ônus que tem alguém de dar a prova de algum enunciado de fato. Não se pode pensar em dever de provar, porque não existe tal dever, quer perante outra pessoa, quer perante o juiz; o que incumbe ao que tem o ônus da prova há de exercer-se no seu próprio interesse. Dever somente há onde se há de acatar ou corresponder ao direito de outrem, ou onde se há de ter certa atitude concernente a si mesmo (. . .). O que tem o ônus da prova pode dar prova, ou não; dá-la como melhor a poderia dar, ou deixar de dá-la como poderia, não tem dever, nem há, do outro lado, direito de outrem à prova; tudo se passa como a respeito de qualquer risco; se bem não se possa dizer como H. Fitting (*Die Grundlagen der Beweislast*, 12), que apenas se trate de expressão para conseqüências práticas de outras regras jurídicas. O ônus da prova estabelece contra alguém que, se não der prova, se terá como improvado o enunciado do fato” (op. cit. p.411).

Parece acertada a idéia do jurista, pois efetivamente não há sujeição do onerado, não existe um dever ao onerado, mas uma escolha entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.

Com efeito, o ônus de provar não se equipara ao dever de provar, mas representa a necessidade de provar, pena de não ter acolhimento a pretensão deduzida; tal raciocínio se justifica na medida que a ninguém é dado o direito de exigir a prova como direito indeclinável; contrapondo-se a este um dever da parte adversa, pois é interesse do alegante e não direito do adversário ou do juiz. Quando se diz o ônus da prova cabe a tal parte, não se está imputando a esta o dever de provar, mas a responsabilidade de demonstrar a alegação em favor de seu próprio interesse,

pois o *onus probandi* é equivalente ao interesse da prova. Ao ônus não corresponde o direito da outra parte.

Na palavra de José Frederico Marques: "Não se trata de um direito ou de uma obrigação, e sim, de um ônus, uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato, suportará as consequências e prejuízos da sua falta e omissão". (*Manual*, v.2, p.187).

Assim considerado o ônus da prova, o legislador de 1973 adotou os princípios de que cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, pois são estes a base do pedido, ao passo que cabe ao réu demonstrar a existência de fato impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (artigo 333 CPC). Portanto, ainda válido o princípio de que compete a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer.

### Momentos da prova

No procedimento probatório existem momentos distintos e inconfundíveis, vez que com finalidades próprias e diferenciadas. A soma de todos procedimentos probatórios chama-se instrução do processo e os momentos da instrução probatória são três:

- a) momento da proposição das provas;
- b) momento da admissão ou deferimento das provas e
- c) momento da produção das provas.

Neste tópico, pois, estudaremos cada qual destes isoladamente, como se verá adiante.

#### *Momento da proposição das provas*

Disse Goldschmidt "que a produção da prova consiste no oferecimento, formulado por uma parte, de demonstrar um fato mediante determinado meio de prova" (*Derecho procesal civil*, p.257). Realmente a proposição da prova consiste no oferecimento desta pela parte, pois é esta que tem ciência de qual — ou quais — o meio de prova mais eficiente, mais próprio para a verificação de suas alegações. Desta idéia se extrai o princípio assente em nossa sistemática de que, de regra, as provas são indicadas ou oferecidas pelas partes. A proposição destas, por conseguinte, é ato das partes, porém, por exceção, poderá ser ato *ex-officio* do juiz (artigo 130 CPC).

Nesta esteira, temos que na petição inicial o autor indicará todas as provas com que pretende demonstrar a veracidade de suas alegações (artigo 282, VI, do CPC); enquanto o réu, de sua parte, na contestação indicará as provas e meios que pretende usar para refutar as alegações do autor (artigo 300 do CPC).

Além destes casos, podem ser propostas provas na réplica à contestação, porém, desta feita, apenas prova documental (artigos 326 e 327) e somente contra a prova trazida com a resposta do réu. Na reconvenção, declaratória incidente e exceção, é seguido o mesmo princípio aqui exposto, ou seja o autor indica as provas na propositura e o réu na resposta.

#### *Momento da admissão ou do deferimento da prova*

Após propostas as provas pelas partes deve o juiz examinar da pertinência e relevância das mesmas, para deferir ou não o pedido (proposição) da realização do ato probatório, através de despacho no saneamento do processo (artigo 331 do CPC). Neste momento ocorre o primeiro contato do magistrado com a prova proposta na demanda e pode ele indeferir liminarmente a proposição de algumas, como pode deferir outras, pois (neste momento) leva em consideração a tempestividade, a legalidade, a adequação da prova com o objeto litigioso, já que deve indeferir a produção de provas desarrazoadas e protelatórias. No saneamento ocorre, por assim dizer, uma verdadeira avaliação preventiva da utilidade da prova que será produzida em um terceiro momento.

Moacir Amaral Santos diz que: "Justifica-se essa primeira deliberação judicial por motivo de ordem lógica e por motivo de economia processual. Por motivo de ordem lógica, porque se a prova tem por fim, corroborando os fatos alegados, convencer o juiz de sua existência, ou inexistência, se infere que ao juiz é dado o poder, respeitada a lei, de indeferir o pedido de provas inúteis, ou impossíveis, assim como o pedido de prova por meios inadequados ou inadmissíveis para a demonstração dos mesmos fatos. Por motivo de ordem econômica processual, porque ao juiz cumpre o dever de não permitir no processo atos inúteis ao fim que visa. A propósito escreve Carnellutti que a execução da prova reclama, por necessário, que, antes de sua produção, o juiz resolva as questões relativas à eficácia da prova por constituir; se não se fizesse assim e qualquer prova proposta fosse produzida, o processo correria o risco de perder-se numa massa de atos inúteis; para que serviria, por exemplo, interrogar testemunhas sobre fatos que não se possa, provar senão por documentos?" (*A prova*. . . v.1, p.253).

Dai concluir-se que realmente procede o momento do deferimento da prova proposta, mormente como ato exclusivo do juiz, como é o da avaliação das provas; todavia, na decisão de apreciar o cabimento das provas não pode o juiz se valer de arbítrio injustificável, já que o indeferimento do pedido de produção desta ou daquela prova fica veiculado a motivação da decisão, como o é, aliás, qualquer outra resolução judicial.

#### *Momento da produção da prova*

O terceiro momento do procedimento probatório é o da produção das provas, o qual tem por objetivo levar aos autos os elementos de convicção ao julgador.

Neste momento, a parte interessada visa reproduzir o fato afirmado, visa transportar as afirmações do mundo fático para o mundo jurídico; esta reprodução, este transporte é que se chama de produção ou promoção da prova. Há, por assim dizer, uma transformação dentro do processo.

Em síntese, é o momento processual que a parte demonstrará tudo que alegou em seu favor; trará para o bojo dos autos tudo que possa ratificar suas alegações, porém respeitadas as restrições legais (artigo 332).

De outro lado, tem-se por regra que a instrução do processo concentra-se na audiência, salvo as provas documentais que se produzem no processo sempre que admitidas. A propósito ensina Moacir Amaral Santos: "As provas por constituir se produzem, no processo de rito ordinário, em seguida ao despacho saneador, a saber: a) as provas periciais far-se-ão no prazo fixado pelo juiz (Código Processo Civil, artigos 331, n.I, e 427), sempre antes da audiência de instrução e julgamento; b) a inspeção judicial no dia, hora e local designados pelo juiz (Código de Processo Civil, artigos 440, 442); c) as provas por depoimentos das partes ou por testemunhas produzir-se-ão na audiência de instrução e julgamento (Código de Processo Civil, 336, 410 e 452, n.II e III), onde também o perito e os assistentes técnicos prestarão as informações e esclarecimentos sobre os seus laudos (Código de Processo Civil, artigos 435, 452, n.I).

Será a confissão produzida, se por escrito, no momento em que o confitente deliberar; se oral, na audiência de instrução e julgamento" (*Primeiras linhas*, v.2, p.312).

Todavia, embora as observações de Moacir Amaral Santos, a regra é a constante do artigo 336, do Código de Processo Civil, a qual estabelece que salvo disposições em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência e, por consequência, torna-se esta o momento culminante da produção daquelas, isto em todas as espécies de procedimentos, porém, repito, como regra.

### Conflito e valoração das provas

Em determinadas oportunidades se vê o julgador em sérias dificuldades para concluir qual das versões constantes dos autos é a verdadeira, pois as provas coligidas para o bojo deste além de serem antagônicas, além de se entrecrocarem, são igualmente concludentes, ou seja o grau de persuasão de ambas se equipara. Na técnica de Malatesta, dir-se-á que os motivos convergentes e divergentes são igualmente dignos, de maneira que deles decorra a verdade em oposição a verdade, vale dizer; ambas partes produziram provas de igual valia.

Esta situação provoca, por certo, um estado de dúvida angustiante, para não dizer um estado de perplexidade, pois no momento em que são lançadas as provas na balança do direito, os pratos se nivelam. Há quem diga que esta equiparação probatória ou este conflito de provas inexistente, já que a verdade é uma só e, por consequência, estará só de um lado ou só de outro.

Não podemos comungar com esta posição doutrinária — que sustenta a inexistência ou a impossibilidade de ocorrer um conflito de provas — pelo simples fato de que a verdade que chega aos autos é a verdade formal, a qual, por vezes, não representa a verdade real e esta é que será sempre uma só, sempre a mesma.

A ratificar tal posicionamento poderemos a título de argumentação, criar determinado processo em que a prova seja exclusivamente testemunhal, onde tanto as testemunhas de uma parte, quanto as de outra — em número igual — façam afirmações antagônicas. Certamente o espírito do julgador vacilará no momento de decidir, pois as provas, por se equipararem, provocam um conflito.

Evidentemente que diante de uma situação como esta, não poderá o juiz deixar de decidir, mas sim deverá valendo-se de seu livre convencimento (artigo 131) valorar esta prova em detrimento daquela. No entanto, na valoração e interpretação da prova, mesmo sendo seu convencimento livre, deverá dizer quais os motivos que o levaram ao convencimento de que a verdade é esta e não aquela.

Destarte, podemos afirmar que o conflito de provas ocorre quando, nos autos, os elementos formadores da convicção se equivalem a ponto de provocar a dúvida e transformarem esta num conflito de consciência. Conflito este que deverá ser dirimido, no decidir, pelas regras do livre convencimento e apoiado na verdade processual, pois não pode o juiz fugir à submissão da prova integrante dos autos, já que deve na sentença valorá-la e com base nela decidir, pois livre convencimento não se equipara à ausência de motivação.

Assim poder-se-á afirmar que sempre que ocorra um conflito probante deverá este ser dirimido pela consciência do julgador, o qual certamente, no decidir, enfrentará a angústia da motivação de sua decisão, tentando transpor para o papel a verdade que seu convencimento dita, por estas ou aquelas razões.