

A PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

MARCOS AFONSO BORGES

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípios gerais da prova. 3. Meios de prova. 4. Fatos que independem de prova. 5. A prova do direito. 6. Conclusão.

1. Vem ensinando de há muito, a doutrina que “o processo de cognição tem na prova um dos institutos de mais fundamental importância para atingir a sua *causa finalis*. A aplicação das normas de Direito objetivo a uma situação contenciosa torna imprescindível o conhecimento dos fatos em que vai incidir a vontade concreta da lei, a fim de que o pronunciamento jurisdicional atenda aos ditames da justiça dando a cada um o que é seu.

A prova é assim elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz sobre os fatos que afirmarem, e o meio de que se serve o magistrado para averiguar a respeito dos fatos em que os titulares dos interesses em conflito fundam as suas alegações”. (José Frederico Marques, Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, pág. 359, Forense, Rio, 1959).

E provar, na conceituação do Prof. Gildo dos Santos, é tornar presente fatos que já passaram, a fim de levar a certeza de como aconteceram, para dar ao juiz elementos com o objetivo de formar a sua convicção (A Prova no Processo Civil, pág. 3, Saraiva, São Paulo, 1ª ed.).

Destarte, ela tem por finalidade “levar ao espírito do juiz a certeza da existência ou inexistência dos fatos alegados pelas partes: noutras palavras, convencer o magistrado”. (Jônathas Milhomens, A Prova no Processo, pág. 5, Forense, Rio, 1982).

2. O artigo 332 do Código de Processo Civil Brasileiro dispõe que não somente os meios especificados no diploma legal, como também os moralmente legítimos, são idôneos para demonstrar a verdade dos fatos em que se funda a ação, ou melhor o pedido, ou a defesa.

Escudado nos ensinamentos de Chiovenda e Hugo Alsina, entende José Frederico Marques, ser de capital importância distinguir os motivos de prova dos meios de prova. “São motivos de prova as alegações que determinam, imediatamente ou não, a convicção do juiz, enquanto que os meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos da prova” (Chiovenda apud José Frederico Marques, obra citada, vol. III, pág. 370).

Para Pontes de Miranda, também, “meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova:” os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos ou motivos de prova são os informes sobre o fatos, ou julgamentos sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios (quando a testemunha diz, por exemplo, que viu A ferir B, ou assistiu à entrega da coisa por B a C” (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV, pág. 371, Forense, Rio 1ª ed.).

“Verifica-se, portanto, que é através dos meios de prova que as partes demonstram a existência dos fatos controvertidos que integram o litígio, e de que o juiz tira dados e elementos para formar sua convicção” (José Frederico Marques, obra citada, vol. III, pág. 371).

De onde concluir, como Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, que “no processo, tudo depende de prova. Os fatos alegados em juízo não se presumem e deles só se convence o juiz por meio da prova. Quem melhores provas oferecer, vence a demanda — é a regra” (Curso de Direito Processual Civil, vol II, pág. 175, Saraiva, São Paulo, 1959).

O Código de Processo Civil do Brasil, no que se refere aos meios legais de prova adotou a orientação mais moderna, e em vigor nas legislações avançadas, segundo a qual não somente aqueles relacionado na lei, como também todos os outros meios, desde que não vedados e moralmente legítimos, são idôneos para demonstrar a veracidade dos fatos em que se fundam o pedido e a defesa (art. 332 do CPC).

Ensina, ainda a doutrina ao classificar os meios de prova, que eles podem ser: causais e preconstituídos, diretos e indiretos.

Prova causal ou simples, é aquela que é produzida no decorrer do desenvolvimento da relação processual, como a inquirição de testemunhas, o depoimento pessoal das partes etc.

Preconstituída é a preparada preventivamente “em vista de possível utilização em futura demanda” (Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Max Limonad, São Paulo, 1965).

“Prova direta é a que se constitui como fonte de convicção por conter afirmação que incide sobre os elementos de fato que compõem o *thema probandum*. Já a prova indireta é constituída pela afirmação sobre fatos não

compreendidos no tema de prova, mas que por indução auxiliam a formar a convicção sobre os fatos que se apresentam como objeto imediato do procedimento probatório; é o que se dá com os indícios e presunções” (José Frederico Marques, obra citada, vol. III, pág. 372).

Assim a primeira se refere ao próprio fato “*probandu*”, já a segunda, “a outros fatos, dos quais, pelo raciocínio, se pode chegar a uma conclusão quanto à existência daquele fato” (Moacyr Amaral Santos, Comentários ao CPC, p. 5, Saraiva, São Paulo, 4ª ed.).

Com relação às presunções e indícios, ensina João Pestana de Aguiar, que embora ambos se situem no âmbito da prova indireta, diferem-se em seu alcance. “A despeito disso, se a presunção é o resultado colhido através de um juízo de probabilidade, também o são os indícios. Mas a primeira é um processo lógico consistente na ilação tirada de um fato conhecido, para a prova de um fato desconhecido (art. 1.349 do CC francês). Já o indício é a circunstância conhecida e provada, que tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239 CPP). Logo, se a presunção resulta na ilação de um fato conhecido para a prova de um fato desconhecido, o indício fica aquém, pois é a circunstância que conduz a outras circunstâncias, as quais, conjugadas, formam a presunção. Daí afirmar João Monteiro que o indício é o meio e a presunção o resultado” (Comentários ao Código de Processo Civil, págs. 39, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1ª ed.).

O vigente Código de Processo Civil nada prescreve acerca da prova indireta, no entanto ela pode ser utilizada inexistindo prova direta, uma vez que constitui meio hábil e moralmente legítimo.

Por outro lado, no que pertine ao ônus da prova o diploma processual civil, em seu artigo 333, incisos I e II dispõe que o ônus da prova incumbe do autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo ao direito do autor.

Analisando as duas regras acima ensina Moacyr Amaral Santos, invocando os ensinamentos de Chiovenda quanto à distribuição do ônus da prova:

“1ª) Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. Ao autor cabe a prova dos fatos, dos quais deduz o seu direito; ao réu a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, atestam a inexistência daqueles (prova contrária, contraprova). O ônus da prova incumbe *ei qui dicit*.”

2ª) Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extinto, impeditivo ou modificativo. Essa regra reafirma a ante-

rior, quanto ao autor, e atribuí o ônus da prova ao réu que se defende por meio de exceção em sentido amplo: *Reus in excipiendo fit actor*.

Ambas as regras impõem ao autor a prova do fato em que se fundamenta o pedido, ou seja, do fato constitutivo da relação jurídica litigiosa. Consagram o princípio de que *actori onus probandi incumbit*. A conseqüência é que, não provado pelo autor, o fato constitutivo, o réu será absolvido: — *actore non probante, reus est absolvendus*”.

Ambas as regras, também impõem ao réu a prova dos fatos em que se fundamenta a defesa, quer quando por meio daqueles vise a) atestar a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, contraprova), quer quando b) aqueles consistam em fatos impeditivos, extintivos, ou modificativos do fato constitutivo, ou, ainda, consistam em fatos destinados a elidir os efeitos do fato constitutivo (prova da exceção, no sentido amplo) (Primeiras Linhas do CPC, vol. II, pág. 306, 307, Saraiva, São Paulo, 3ª ed.).

Saliente-se, por oportuno, que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/09/1990, no que pertine ao ônus da prova, em matéria consumerista, em seu artigo 6º, inciso VIII faculta a possibilidade da inversão do ônus da prova, como parte integrante do direito do consumidor na facilitação da defesa de seus direitos. Tal inversão, no entanto, não é geral e absoluta, uma vez que somente poderá ocorrer no processo civil, e quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele, o consumidor, hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Evidencie-se que em face do que dispõe o artigo 131 do diploma processual, o direito legislado pátrio não adotou, no que diz respeito ao sistema de apreciação das provas o da livre convicção, mas sim o da persuasão racional.

Como muito bem ainda ensina Moacyr Amaral Santos, “conforme esse sistema, o juiz, não obstante apreciar as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a *vis probandi* destas”.

A liberdade que se concede ao juiz na apreciação da prova não é um mero arbítrio, senão um critério de atuação ajustado aos deveres profissionais” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 2, pág. 333, Saraiva, São Paulo, 3ª ed.).

Assim, o princípio da persuasão racional “consiste na liberdade concedida ao juiz na apreciação da prova, mas atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes, cabendo-lhe indicar na sentença os motivos de seu convencimento (arts. 131 e 436)” (João Pestana de Aguiar, obra citada, págs. 41 e 42).

3. Os meios de prova disciplinados pela legislação processual civil brasileira são: a documental, a pericial, a testemunhal, o depoimento pessoal, a confissão e a inspeção judicial

Com relação aos documentos, segundo os ditames da lei instrumental, estes podem ser públicos e particulares (art. 364 e 368 do CPC). Os primeiros são “os formados por oficial público no exercício de suas funções”, e a sua eficácia probatória está condicionada ao tipo de afirmação que o oficial neles faz, umas quanto aos fatos de que, como autor do documento e em razão, de suas funções, tem conhecimento próprio ou deles participa, tais como os referentes a data, local, nome das partes e testemunhas, leitura que lhe fez do instrumento, assinatura destas; outras, quanto ao fato que ouviu, consistentes nas declarações que as partes lhe pediram fossem escritas; outras, ainda, quanto a fatos ocorridos na sua presença, como por exemplo, o pagamento feito por uma parte e o reconhecimento feito por outra, etc.

Desta forma, o oficial afirma fatos do seu conhecimento próprio e outros pelo que viu ou ouviu. No concernente às declarações das partes, certifica ele apenas que as ouviu e o que ouviu não que sejam verdadeiras. As primeiras estão cobertas pela fé pública até prova em contrário. As segundas certificam apenas o que o oficial ouviu. Destarte o documento público faz prova da declaração das partes (Moacyr Amaral Santos, Comentários ao CPC, citados, págs. 151 e 152).

Os documentos particulares “são aqueles formados por particulares por quem age na qualidade de particular”, e fazem prova, da declaração do signatário, mas não do fato declarado (art. 368, § único do CPC).

No que pertine à prova pericial, que é realizada por expertos acerca de fatos que dependem de conhecimento especializado, ela pode consistir em exame, vistoria, avaliação (art. 42º do CPC) e arbitramento.

“Por exame pericial, no sentido estrito, ou simplesmente exame, se entende a inspeção, por meio de perito, sobre pessoa, coisas, móveis e semoventes, para verificação de fatos ou circunstâncias que interessam à causa. Vistoria é a mesma inspeção relativamente a imóveis. Dessa noção decorre que um e outra somente são praticáveis quando o objeto da perícia é de natureza material, quer dizer, pode ser visto, ouvido, sentido e examinado pela inspeção. Examinam-se pessoas, animais, coisas móveis, documentos, vistoriam-se imóveis. Tratando-se de apurar o valor, em dinheiro, do objeto do litígio, de direitos ou da obrigação demandada, a perícia toma o nome de arbitramento. Dá-se o nome de avaliação à mesma estimação em valor, em moeda, de coisas, direitos ou obrigações, quando feita em inventário, partilhas ou processos

administrativos, e nas execuções, para a estimação da coisa a partilhar, ou penhorada” (Moacyr Amaral Santos, Comentários citados, págs. 31 e 311).

E na realização em qualquer uma delas, frise-se, “o perito examina a pessoa, a coisa, ou lugar objeto de questionamento” (Jônathas Milhomens, obra citada, pág. 557).

Dispõe a lei instrumental que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos” (art. 436), “podendo o magistrado determinar de ofício ou o requerimento da parte a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida” (art. 437).

Assim dispõe a lei porque “o juiz é o *peritus peritorum* por força mesmo das funções de que está investido. Se o magistrado tivesse de ficar preso e vinculado às conclusões do laudo pericial, o experto acabaria transformado em verdadeiro juiz da causa, sobretudo nas lides onde o essencial para a decisão depende do que se apurar no exame pericial” (José Frederico Marques, Instituições citadas, vol. III, pág. 473).

No entanto isto não quer dizer que o juiz pura e simplesmente possa desprezar o trabalho dos expertos. Deve em caso que tais fundamentar, expor, quais os motivos que o levaram ao não aceitar ou discordar dos laudos, pois caso contrário estar-se-ia concedendo ao magistrado o poder de arbítrio.

Destarte, o laudo vale, como ensina Pedro Batista Martins, “pela força persuasiva de seus fundamentos” (Comentários ao CPC, de 39, vol. III, pág. 171). Se este se apresentar deficiente ou contiver erros ou dolo dos expertos, deve o juiz determinar que se realize nova perícia (vide dentre outros, Pontes de Miranda, Comentários ao CPC de 39, tomo IV, pág. 463, Forense, Rio; José Frederico Marques, obra e volume citados, pág. 473; Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas citadas vol. 2, pág. 437; e Sérgio Sahione Fadel, Código de Processo Civil Comentado, tomo II, pág. 302, Confino Editor, Rio, 1ª ed.)

De outra sorte, a prova testemunhal, que é a que se consegue com o depoimento de pessoas sobre fatos objetos da lide, não deve ser examinada de forma isolada, mas em seu conjunto, ou seja tendo em vista todos os depoimentos prestados.

O depoimento pessoal (arts. 342 e seguintes), destinado ao interrogatório dos sujeitos ativo e passivo do conflito, no entender unânime da doutrina, tem por escopo obter a confissão (348 e seguintes) da parte acerca de fatos contra o depoente argüidos, decorrendo isso do princípio imemorial segundo o qual “o depoimento da parte prova plenamente contra e não a favor” (Pereira e Souza, Primeiras Linhas, nº 443 e Paula Batista, Teoria e Prática do Processo, § 164, pg. 153, 3ª ed.).

Por último o diploma processual civil brasileiro dispõe que o juiz de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa (art. 440). É a denominada inspeção judicial, que consiste na inspeção ocular do juiz sobre o objeto da contenda (lugar ou coisa que versa a demanda) com o auxílio somente de pessoal do foro, escrivão, oficial de justiça, partes ou seus procuradores, podendo o juiz se valer, ainda, se necessário, de peritos (Pontes de Miranda, obra citada, tomo IV, pág. 463).

4. No que pertine aos fatos que independem de prova, estes, segundo a norma dinâmica (art. 334) são: os notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos, no processo, como incontroversos; e os em cujo favor milita presunção legal de existência e validade.

Segundo Calamandrei, invocado por Moacyr Amaral Santos, fatos notórios são "aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social no tempo em que ocorreu a decisão (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. II, pág. 291).

Destarte, "a fonte da notoriedade é ou a direta percepção do fato (muitos viram o incêndio que destruiu aquele grande edifício ou a enchente descomunal, que inundou a cidade) ou a difusão, pela tradição oral, pela imprensa, pelo rádio ou pela televisão". Em suma, são notórias as circunstâncias largamente divulgadas, que não podem a sério ser postas em dúvida (Lopes da Costa, Direito Processual Civil Brasileiro, Forense, Rio, 1959).

Também independe de prova os fatos afirmados por uma das partes e confessados pela parte contrária. A confissão, em qualquer de suas espécies, não tem, no direito brasileiro, o caráter de prova plena. "O juiz a apreciará com sua livre convicção, sem estar obrigado a aceitar como verdadeiros os fatos confessados" (José Frederico Marques, obra citada, vol. III, pág. 439). Isto porque "o que o silêncio gera é uma simples presunção *hominis* de veracidade do fato alegado e não contestado. Se essa presunção colidir com o conjunto das provas constantes dos autos, ou se for destruída pela prova contrária do silente, elidida estará a presunção, não podendo o juiz a ela recorrer como elementos de prova" (Pedro Batista Martins, Comentários ao Código de Processo Civil, Saraiva, São Paulo, 1ª ed.).

Estão isentos de prova, outrossim, os fatos admitidos no processo como incontroversos, ou seja aqueles sobre os quais as partes não controvertem estão de acordo, hipótese em que a questão a ser examinada se reduz à mera aplicação do direito.

Por seu turno, a presunção que independe de prova é a legal, a *iuris et de iure*, ou seja aqueles fatos ou atos sobre os quais a lei estabelece expressamente como verdade, ainda que haja prova em contrário.

5. Muito embora a prova incida sobre fatos, visto que por ficção o juiz conhece o direito — *iura novit curia* —, a lei instrumental brasileira dispõe que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz (art. 337).

Com relação aos primeiros — direito estadual e municipal — prevalece a presunção que tais leis são conhecidas no Estado e no Município onde o juiz exerce as suas funções pra os quais elas foram feitas. Desta forma, devem ser provadas apenas quando não se refiram ao Estado ou Município onde o juiz exerce suas funções se refiram ao Estado ou Município onde o juiz exerce suas funções (Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, obra citada, vol. II, pág. 206).

No que diz respeito ao costume, ao direito costumeiro, para que ele seja aceito como norma é preciso que preencha determinados requisitos, quais sejam: “a) uso longo, constante e uniforme de uma dada relação de fato — os fatos, geradores do costume, devem ser reproduzidos reiteradamente, por um tempo relativamente longo — *inveterata consuetudo* — de modo idêntico, uniforme; b) não seja contrário à lei expressa, pois constituindo o costume fonte subsidiária de direito, nada mais natural e conseqüente se impeça a sua formação em oposição à lei, que é a fonte primordial, direta e imediata do direito; c) a convicção geral de que se trata de norma jurídica, e que, assim, não pode ser violada impunemente” (Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas de Direito Processual civil, vol. II, pág. 440).

6. Em virtude dos objetivos do presente trabalho, dar uma visão panorâmica da prova no processo civil brasileiro, é evidente que muita coisa acerca do assunto não foi abordada, omissão esta que, esperamos, não venha prejudicar o entendimento da notícia.