

CONCEITO DE PROVA

Pesquisa elaborada por Osmar Rodrigues de Carvalho,
Darcy Alvim Pereira e Nelson Parucker

Não pertence apenas ao âmbito do Direito o conceito de prova. Antes, éle se insere no campo vasto da própria Filosofia. A respeito, adverte DELLEPIANE que nenhum setor do Direito deixa de ter íntima conexão com êsse ramo do saber. Saliencia mesmo que o Direito Processual não pode subtrair-se a essa regra, sobretudo no que toca à prova judicial, cuja teoria é um capítulo da Lógica Aplicada.

LESSONA evidencia que a Ciência do Direito deixa à Psicologia o estudo específico da mente. A Lógica, reserva o dos processos intelectivos com os quais se procura alcançar o conhecimento.

O citado mestre platino estranha que o estudo da prova se realize, nas Faculdades, mais sob o aspecto jurídico e exegético do que filosófico.

Realmente, outras províncias da chamada Rainha das Ciências fazem uso constante da prova para atingir seus fins. Essa situação é comum a tôdas elas. Varia tão-sòmente o método de sua utilização. No particular, mais próxima da Ciência do Direito, sem dúvida, encontra-se a História. O paralelo entre o juiz e o historiador torna-se um lugar comum entre os autores.

ACEPÇÕES DO TERMO

AMARAL SANTOS recorda que “o vocábulo prova vem do latim *probatio*, prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação e 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”.

Literalmente, a palavra PROVA pode ser tomada para expressar vários significados.

Primeiramente, em sentido lato, consiste na verificação de determinado evento, ou seja, de tudo o que demnstrre a ocorrência de um fato, de suas características, na indagação, enfim, da verdade.

De ordinário — propõe DELLEPIANE: “prova é sinônimo de ensaio, experimentação, revisão, realizados com o fim de aquilatar da bondade, eficácia ou exatidão de algo, quer seja uma coisa material ou uma operação mental, traduzida ou não em atos, em resultados. Tal ocorre quando se põe em marcha u'a máquina para verificar se funciona bem, se satisfaz o seu fim, confrontando-se assim, em certo modo, a teoria com a realidade prática. Examinadas com mais vagar as coisas, descobre-se, no fundo de tôda prova, o elemento que vimos de referir: a confrontação.

“Tôda prova reduz-se, em última análise, a uma comparação ou confrontação: a confrontação de uma coisa ou de uma operação de que se duvida com outras coisas ou operações, afim de certificar-se da bondade, eficácia ou exatidão das primeiras.

“A prova (certeza) resulta da confirmação ou concordância entre as coisas ou operações confrontadas, e, contrariamente, a infirmação, invalidação ou desacôrdo entre as mesmas é indício de erro ou ineficácia, conforme o caso.

“Multiplicidade de exemplos poderíamos invocar em favor do que vimos de afirmar. Limitar-nos-emos a apresentar

alguns casos de prova, em diversas ordens de operações e coisas.

"Refazendo uma operação, uma experiência, um raciocínio, uma operação aritmética, nada mais fazemos que confrontar a operação consigo mesma, mudada. Finalmente, confrontam-se operações ou coisas diferentes, para verificar, como em casos anteriores, se existe a concordância, indício de exatidão, ou se o desacôrdo, sinal de inexatidão.

"Tal se dá quando, para precaver-nos contra uma ilusão ou alucinação, controlamos as percepções visuais com as táteis, ou as percepções com as recordações particulares ou gerais, ou estas recordações entre si, ou uma representação com os princípios da razão."

Para JOÃO MENDES, por esse ângulo, prova consiste nos meios pelos quais a inteligência busca firmar sua adesão ao objeto.

As provas judiciais, pelo menos algumas delas, acham-se aqui compreendidas. Como ação de provar, temos a confrontação do alegado por cada parte com os elementos ou meios produzidos para afiançá-lo.

Vê-se, desta maneira, que a prova judicial implica numa confrontação ou verificação das afirmações de cada litigante com os elementos de juízo fornecidos. Essa averiguação dos fatos é feita através de um método que o mencionado DELLEPIANE chama de "reconstrutivo", por entender que ele se destina a reconstruir coisas, fatos ou seres do passado, por um processo intelectual.

Do ponto de vista técnico, a expressão há de ser compreendida como a ação de provar — *actus probandi* — como os meios de prova em si mesmos, ou como o resultado desses dois elementos na consciência do magistrado.

Pelo aspecto da primeira situação configurada, se declara que ao litigante incumbe a prova do que afirma; *actor probat actionem*. Vale dizer, ele é quem deve fornecer os elementos de juízo ou produzir os meios indispensáveis para determinar-se a exatidão dos fatos arguidos como fundamento de sua ação. Sem essa demonstração, está fadado a perder o pleito.

Reconhece LESSONA que o Direito encara, como necessidade prática, nas controvérsias, a da demonstração dos

fatos alegados diante do magistrado. No dizer de ELIEZER ROSA, a produção de provas é um ônus que incumbe à parte que quer triunfar na causa.

A segunda acepção é adotada para traduzir os diferentes elementos de juízo produzidos pelas partes ou recolhidos pelo juiz. Destina-se, na hipótese, a estabelecer no processo a existência de certos fatos. Surge, materializada, através de documentos, testemunhas, indícios, presunções.

Por fim, o vacábulo PROVA exprime o fenômeno de natureza psicológica, o estado de espírito produzido no magistrado por aqueles elementos de juízo. O destinatário da prova estará então convencido ou não da existência de certos fatos sobre os quais recairá o seu pronunciamento. Julgará, pois, afirmando se procede ou não o que as partes nararam.

Talvez, com base nesta última figura, seja conveniente ponderar que o problema não comporta a presença de elementos de juízo (meios de prova), ou que as partes não os produziram. O que se pode afirmar é que tais elementos mostraram-se insuficientes para determinar a convicção. Dir-se-á, portanto, noutros termos, que não existe no julgador o estado de consciência chamado CERTEZA, por força da inópia dos elementos de juízo acumulados para criá-lo.

Nesta altura, cabe a lição de CHIOVENDA: provar significa formar a convicção do Juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo.

OBJETIVO DA PROVA

Essas tarefas, pois, em última análise, visam a encontrar a VERDADE. Baseado nisso, o professor portenho observa que toda sentença, para ser tida como justa, deve ser a expressão fiel da verdade. Ressalta, nessa ordem de raciocínio, que verdade e justiça se confundem nas sentenças. Explicaria o conceito de BONNIER, segundo o qual, a Ciência Jurídica e, por conseguinte, o juiz, propõe-se, na esfera de sua atividade própria, a descobrir a verdade.

Fixados esses pontos básicos, adiante-mos que toda decisão judicial supõe a determinação da existência ou inexis-

tência de um fato. Sobre tal fato deve recair a aplicação da lei para restabelecer o equilíbrio jurídico turbado, para dar a cada um o que é seu.

Os fatos revestem-se de infinita variedade e as circunstâncias com que ocorrem dão-lhes canotações especiais. A própria imaginação oferece sua contribuição, quer para favorecer a prova, quer para ofuscar-lhe o papel de fornecedora dos elementos de convicção.

Todos concordarão — é de esperar-se — em que uma afirmação só se transforma em realidade quando demonstrada. Numa época como a que vivemos, essa demonstração cresce de importância. As ciências libertaram-se dos preconceitos e das influências da Religião. Prestigiam a experimentação. O dogma vem perdendo o papel de outros tempos. O ceticismo, por mais recalcitrante que se apresente entre os homens, terá de render-se às evidências proporcionadas pela Lógica. A propósito, STUART MILL, após focalizar as modalidades e sutilezas decorrentes da apreciação da prova, acentuou que seu estudo constitui ciência. Uma ciência difícil e complicada, de *difficiles nugae*, a Lógica. PESCATORE, mencionado por BORGES DA ROSA, assevera que as provas, na origem e na sua mais íntima essência, dependem mais da Lógica do que das leis. AUGUSTO DAS NEVES frisa que as provas são parte importante das leis adjetivas e exigem muitas regras, visto a diversidade dos assuntos sobre os quais recaem. Conforme realça, essas regras constituem a Teoria da Prova, que tem por escopo trazer à lume os fatos. Sobre estes se exerce o princípio abstrato do direito.

Com razão, lembra o eminente Ministro AMARAL SANTOS, que “tôda pretensão tem por fundamento um ponto de fato”. O autor afirma um fato ao julgador. Essa afirmação poderá ou não corresponder à verdade. A contradita do réu, por seu turno, opondo-se à iniciativa do demandante, também será ou não verdadeira. Poderá negar o alegado pelo suplicante ou revesti-lo de caracteres tais que culmine por invalidar a pretensão do adversário.

Para bem decidir a controvérsia, o juiz, destinatário da prova — nunca é demais repetir — deve estar convencido quanto aos fatos que lhe foram expostos.

Essa necessidade se impõe. O decidido, tanto quanto possível, deverá aproximar-se da realidade. Em tal sentido se deve entender o brocardo: *res iudicata pro veritate habetur*.

Entretanto, PIRANDELLO, no conhecido “Seis personagens em busca de um autor”, filosofa: A verdade, certamente a verdade, mas até certo ponto... Pela profundidade do conceito assim emitido, o teatrólogo obteve menção no frontispício da obra de RAYMOND LEGEAIS, da Faculdade de Direito de Poitiers, intitulada “Les règles de preuve en droit civil — Permanences et transformations”. O processualista impressionou-se com a sutileza da frase ali contida.

Do ponto de vista judiciário, a prova destina-se a levar ao juiz a verdade sobre os fatos ventilados na demanda. Os meios de prova desempenham êsse papel de relêvo.

O velho PEREIRA E SOUZA enfatiza que a prova é a alma do processo. BENTHAM proclama que o processo nada mais é do que a arte de administrar as provas. E' nesse ponto que JOÃO MENDES sustenta: para firmar esta recíproca equação a inteligência busca certificar-se; a certeza é a firme adesão do intelecto ao objeto: *firma adhesio intellectus ad objectum*.

Há entre os estudiosos muitos que conceituam a prova como os meios destinados a fornecer ao julgador o conhecimento da verdade dos fatos debatidos em juízo. Ocorre que, subjetivamente considerada, a prova produz o estado que leva ao espírito do julgador a verdade dos fatos. Consiste, assim, na convicção que os dados contidos no processo ou até a falta deles geram na consciência do juiz quanto à existência de fatos ou circunstâncias que estes apresentem.

Na maior parte das vezes, os demandantes situam-se em ângulos opostos quanto aos fatos ou pormenores que estes trazem consigo. Tudo isto exige cabal demonstração pelos meios ordinários de prova. Instado a decidir, o juiz terá de adotar a versão de um dos litigantes, ou de formular uma terceira que elida ou combine as oferecidas à sua consideração.

O objetivo da prova é descobrir e revelar a verdade. A verdade, contudo,

advertem os filósofos, é um ideal inatingível. Não existe sem a necessária, digo sem a sua necessária percepção. Varia, consoante o aspecto em que seja encarada, no tempo e no espaço. Dê-lo, com precisão, AMARAL SANTOS: "a verdade — terra plana, de ontem — transformou-se na verdade — terra redonda, de hoje; a verdade — a pena é uma vingança — se traduz na verdade — a pena é um método de regeneração, para os povos civilizados." MALATESTA a definiu: é a conformidade da noção ideológica com a realidade.

VERDADE

Ao analisar o alcance da verdade, ontologicamente focalizada, como questão de alta Psicologia e de abstrata Metafísica, DELLEPIANE a distingue da CERTEZA e afirma que há certezas ilegítimas. Recorda que, tantas vezes, nos persuadimos estar de posse da verdade e nos apercebemos que fomos vítimas de especiosa ilusão.

Evocando SANTO AGOSTINHO, JOÃO MENDES ajunta que a verdade na coisa é a coisa mesma: *verum est id quod est*. Assinala, igualmente, que, no espírito, ela é uma relação de identidade, adequação ou acôrdo entre o pensamento e as coisas objeto dêles: *adequatio mentis et rei*.

De seu turno, DELLEPIANE biparte a atuação da verdade nos litígios. Frisa que aí ela é de duas classes: verdade a respeito dos fatos e verdade acêrca do direito aplicável para dirimir a controvérsia. No primeiro caso, advoga que a idéia recolhida pelo julgador concorda com a realidade, tal como o magistrado a aquilatou. Já no segundo, haverá a necessidade de que a lei havida como a que se presta para reger a questão corresponda àquela que o legislador estabeleceu, genêricamente, para a mesma finalidade.

Ao discorrer sôbre o problema, o profundo JOÃO MENDES pontifica: "Para fazer justiça é preciso aplicar a lei ao fato: a verdade do fato e o conhecimento da lei — são, pois, os elementos primordiais da administração da Justiça. O litígio pode versar ou sôbre o fato, ou sôbre o direito, ou sôbre o fato e o direito. Provar o fato é verificar certas

ações que realizam uma operação, que passa para a matéria externa e que se distingue do próprio ato; provar o direito é reconhecer que, verificado o fato, tal ou tal lei jurídica lhe é aplicável. Mas, na doutrina das provas judiciárias, não nos ocuparemos da prova do direito: como diz VINNIO, nas *Quaestiones selectae*, não as questões de direito, mas as questões de fato, são a *matéria circa quam versatur probatio*: pois se é certo que, não só os meios de conhecer o direito, como os meios de mostrar a aplicabilidade do direito ao fato são provas — estas provas entram, não na doutrina especial das provas judiciárias, mas na teoria da interpretação e na arte da aplicação das leis. Se há casos em que o direito pode ser provado pelos mesmos meios de provas dos fatos, como, por exemplo, o direito estadual, municipal, os costumes, os usos, as posturas locais nesses casos a prova do direito converte-se em prova de um fato. O ponto de direito, diz BONNIER, não é objeto de uma prova — é objeto de apelo à ciência do juiz".

E' a orientação quase unânime da doutrina brasileira. GABRIEL DE REZENDE acrescenta: "Só os fatos precisam ser provados em juízo. O direito interpreta-se na sua aplicação, mas não tem necessidade de prova. Presume-se conhecido de todos: ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que a não conhece (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 3.º). O juiz, portanto, não pode ignorar a lei, nem lhe é permitido deixar de decidir o litígio sob o pretexto de ser omissa a lei, pois, neste caso, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito." E remata: As partes, em suma, não precisam provar o direito, entregando ao cuidado do Juiz a interpretação da lei aplicável à espécie.

POSIÇÃO DO JUIZ DIANTE DA PROVA

O emprêgo dos meios adotados para a demonstração da verdade pode levar ao espírito três estados: o de certeza, o de dúvida e o de ignorância.

Por ordem de importância, frisemos que a ignorância é um estado absolutamente negativo, não merecendo maior

comentário. Quanto à dúvida, já oferece assunto digno de consideração. Igualando-se os fatos negativos e afirmativos, estaremos diante da CREDIBILIDADE. Preponderando aquêles, teremos uma IMPROBABILIDADE. Afinal, prevalecendo os afirmativos, a PROBABILIDADE surgirá como consequência. Daí concluir-se que a improbabilidade "é o mesmo que a probabilidade em favor dos motivos negativos".

A certeza se apresenta quando existem motivos de uma espécie, legitimamente apreciáveis. Pouco importa o choque desses motivos, uma vez que o espírito poderá rejeitar os divergentes por inidôneos ou inconsideráveis. Não se confunde com a realidade objetiva. A certeza é apenas CRENÇA. Urge que a certeza receba o assentimento inequívoco da vontade, esclarecida pela razão. Somente assim haverá mais segurança para o espírito.

Esse convencimento definido rejeita as possibilidades contrárias. Torna-se racional. Necessário para julgar, é chamado convencimento judicial. Vem a ser uma crença qualificada da certeza, uma persuasão iluminada pela visão intelectual e não por um "impulso cego do espírito" para reproduzir-se a frase de MALATESTA.

BORGES DA ROSA apresenta um quadro expressivo, embora discutido sob o aspecto técnico, para melhor apreensão destes princípios:

- 1.º Prova plena = certeza
- 2.º Prova quase-plena = quase-certeza
- 3.º Prova semi-plena = probabilidade
- 4.º Prova fraca = credibilidade
- 5.º Prova nula ou falha = ignorância

A demonstração obedece a normas que a lei admite ou impõe. O juiz não pode guiar-se, para formar seu convencimento, apenas por sua consciência, suposições ou impressões pessoais. Aparente-se a curul para o nível do litígio, envolvendo-se na contenda, com a agravante de não estar sujeito ao contraditório da prova. Tampouco lhe é lícito usar de medidas que atentem contra os direitos legítimos e merecedores de amparo da própria justiça. O julgamento há de ser "*secundum acta et probata, non secundum privatam scientiam*".

A questão de fato é de ser decidida pela prova. A verdade sobre o fato precisa aparecer. É certo: só assim se realizará o direito ou poderá tornar-se efetivo.

É curial que o juiz goze de liberdade para alcançar essa verdade, de tal sorte que não tenha de adotar como verdadeiras situações que a sua consciência não aceite. Convém não retroceder à época das provas legais ou da verdade formal. Esse sistema, acossado pela crítica filosófica, começou a soçobrar nos fins do século XVIII. No campo do direito penal, surgiu a instituição democrática do júri. Na esfera do direito mercantil, firmou-se o princípio da liberdade de prova.

Hoje, revigora-se a tendência da outorga de liberdade ao juiz para a apreciação do valor ou força da prova. Muitos propugnam pela abolição dessa liberdade. Mas reina, em contrapartida, a convicção de que *in medio virtus*. Optase pela adoção de princípios universalmente aceitos diante da possibilidade de demonstração científica. Deixa-se sempre ao julgador o direito de formar a sua própria convicção. Com essa liberdade no trato de ponto tão delicado, seu espírito não será presa de vacilações nem de dúvidas. Suas decisões, destarte, se revestirão da mais rigorosa exatidão.

DEFINIÇÃO

Conjugados os aspectos em que se debate a prova, o seu conceito será o proposto por MITTERMAYER, ou seja, a SOMA DOS MEIOS PRODUTORES DA CERTEZA. DELLEPIANE prefere tomá-lo como a FILHA DA DÚVIDA E A MÃE DA VERDADE.

Melhor ainda será a síntese que desponha na definição de MOACYR AMARAL SANTOS: PROVA É A SOMA DOS FATOS PRODUTORES DA CONVICÇÃO, APURADOS NO PROCESSO.

Eis aí. Duzentas palavras gastamos para dizer o que, rigorosamente, não é prova e duas para o que ela é.

BIBLIOGRAFIA:

AMARAL SANTOS, MOACYR — Prova Judiciária no Cível e Comercial — vol. I, 2a. edição, Max Limonad — 1952.

AMARAL SANTOS, MOACYR — Direito Processual Civil — vol. II — 3a. edição, 5a. tiragem — Max Limonad — 1970

DELLEPIANE, ANTONIO — Nova Teoria da Prova — 2a. edição, José Konfino Editor — 1958

REZENDE FILHO — Gabriel José Rodrigues de — Direito Processual Civil vol. II — Edição Saraiva — 1960

LESSONA, CARLO — Trattato delle prove in materia civile — 3a. edição, vol. I — 1927 — Unione Tipografico — Editrice Torinese

MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, JOAO — Direito Judiciário Brasileiro — 1954 — Freitas Bastos — 4a. edição

ROSA, ELIEZER — Dicionário de Processo Civil — Editora de Direito Angelo de Oliveira Ltda. — 1957

CHIOVENDA, GIUSEPPE — Instituições de Direito Processual Civil — Edição Saraiva — 1965

BORGES DA ROSA, INOCENCIO — Questões Essenciais do Direito e Nulidades Processuais — 2a. edição — Borsoi — vol. I — 1959

KISCH, W. — Elementos de Derecho Processual Civil — Editorial Revista de Derecho Privado — 1940.