

A PROVA E SEU DESTINATÁRIO NO PROCESSO CIVIL

*Miguel Romano Júnior**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceituação; 2.2. Princípios atinentes à matéria abordada; 2.2.1. Princípio do devido processo legal – e a efetividade; 2.2.2. Princípio do contraditório e da ampla defesa; 2.2.3. Princípio dispositivo; 2.2.4. Princípio da persuasão racional na apreciação da prova; 3. Ônus de provar; 3.1. Distribuição do ônus da prova; 3.2. Inversão do ônus da prova; 4. Sistemas de provas; 4.1. Objeto da prova; 4.1.2 Alegações controvertidas – necessidade de provar; 4.1.3. Alegações controvertidas – desnecessidade de provar; 4.1.4. Alegações não controvertidas – dependentes ou não de provas; 4.2. Direito à prova; 4.3. Livre convencimento e inércia do juiz; 5. Conclusão: o processo como destinatário principal da prova; 6. Bibliografia.

1. Introdução

As provas são imprescindíveis para a solução de todos os litígios, pois é por intermédio destas que o juiz se convencerá das alegações do autor, dando procedência ao pedido, ou então, se convencendo das alegações do réu ou simplesmente não se convencendo das alegações do autor, julgando a ação improcedente. É por meio das provas que as partes demonstram ao juiz a veracidade de suas alegações, a existência ou inexistência de um fato ou acontecimento que possibilite a conclusão de ter ela, direito à tutela jurisdicional pleiteada.

Enraizou-se no processo civil a – falsa – premissa de que o juiz é o único destinatário das provas, pois o sistema brasileiro, originário do *civil law*, ou simplesmente Direito romano-germânico, é o da livre convicção motivada do juiz. No entanto, conforme será explanado no decorrer deste artigo, a tendência moderna é no sentido de considerar o destinatário da prova o próprio processo. Ainda no primeiro capítulo abordar-se-ão alguns dos princípios constitucionais de natureza processual mais afetos à matéria, cuja análise prévia melhor possibilitará a exposição e conclusão do raciocínio.

* Advogado em São Paulo, especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela EPD – Escola Paulista de Direito. Sócio do escritório Romano e Rodrigues Advogados Associados.

No segundo e último capítulo serão focados os temas relacionados ao sistema de provas, o objeto da prova, e dentro deste último as alegações controvertidas e aquelas que dispensam a parte do ônus de provar. Discorrer-se-á sobre o direito à prova, ponto este que favorece a tese de que sendo o processo o verdadeiro destinatário da prova, tem a parte o direito de produzir a prova que conduza ao alcance favorável a seu interesse. No item referente ao livre convencimento do juiz analisaremos o atualíssimo ativismo judicial e os seus meandros favoráveis ou não.

2. Conceituação

De forma simples e bastante clara é como o Professor Dinamarco conceitua prova: “*prova é demonstração e provar é demonstrar*”. Mais à frente sob o ponto de vista procedimental, o renomado autor acrescenta que “*prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento*”¹.

Moacyr Amaral Santos, também de forma clara, define que “*prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo*”². Diz ainda, que “*provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa*”³.

Para Humberto Theodoro Júnior⁴, o conceito de prova deve ser desdobrado em duas vertentes: um objetivo; outro subjetivo. Sob o ponto de vista objetivo, define-a como “*instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc)*”. Quanto ao subjetivo, que segundo o respeitável autor, “*é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório*”. Acrescenta que sob este prisma, a prova aparece “*como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado*”.

De um modo geral, Vicente Greco Filho conceitua prova como “*todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém*”. Afunilando o conceito para que se aplique especificamente ao processo, diz que “*a prova é todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato*”⁵.

¹ Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 43.

² Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 329.

³ Santos, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 327.

⁴ Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 381.

⁵ Greco Filho, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*.

Dos conceitos acima extraídos dos grandes mestres da doutrina processualista civil, pode-se extrair um conceito de prova, segundo o qual é toda forma de demonstrar em juízo, o acontecimento de determinado fato, a fim de convencer o julgador da veracidade de suas alegações que redundará na procedência do pedido jurisdicional.

2.2. Princípio atinentes à matéria abordada

2.2.1. Princípio do devido processo legal – e a efetividade

Previsto na Constituição Federal, art. 5º, LIV, comanda que “*ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Esse princípio é um basilar em nosso ordenamento jurídico, pois, respeitadas e corretamente aplicadas as normas processuais em sua integralidade, respeitado estará o ordenamento, como um todo. O próprio princípio democrático de direito, explicitado no art. 1º da Constituição, contém em seu âmago o princípio do devido processo legal.

É por isso que diversos autores – dentre eles Nelson Nery Júnior – afirmam que os demais princípios constitucionais que se relacionam com o processo civil encontram sua gênese neste princípio; segundo o autor, “*bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do ‘due process of law’ para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa é, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies*”.⁶

Este princípio pode ser apresentado sob os mais diversos ângulos. Não encerra sua missão somente na correta aplicação das normas existentes, mas também na incessante busca por normas que melhor propiciem a aplicação mais justa das regras processuais e de acesso à justiça. Não bastaria o simples acesso do prejudicado ao Poder Judiciário, mas a possibilidade de ter um processo com normas melhor desenvolvidas que possibilitem, por conseguinte, a *efetividade* destas ao caso concreto.

A idéia de efetividade do processo está fortemente ligada à do princípio do devido processo legal, uma vez que aquela significa dar à parte o provimento útil, que ela necessite. Ora, como dito, o devido processo legal, como princípio, nos transmite a idéia de que não devemos nos conformar simplesmente com as regras processuais impostas, mas buscar meios de cercá-las de maior grau de utilidade.

⁶ Nery Júnior, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 31.

Em matéria de provas esse princípio é de aplicação importantíssima ao passo que comanda a utilização de todos os outros princípios conjuntamente, como o contraditório, ampla defesa, isonomia, indeclinabilidade da jurisdição e tantos outros, com o intuito de, harmonicamente, zelarem pela segurança jurídica. É neste ponto que também tem sua relevância, pois não pode a parte processual pretender utilizar-se desenfreadamente de um instituto, como por exemplo a ampla defesa ou o contraditório, de modo a desarmonizar o conjunto.

2.2.2. Princípio do contraditório e da ampla defesa

Contraditório significa contradizer, dizer o contrário, refutar ou ainda manifestar-se acerca do que se disse. O juiz, como presidente do processo, deve possibilitar às partes o exercício do contraditório, oferecendo a cada qual, a possibilidade de conhecer das alegações da outra, e possibilitando o seu exercício de se manifestar sobre o que foi dito. Obviamente que existem regras a disciplinar este instituto de modo que se preserve a ordem processual.

Previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que assim o apresenta: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Também conhecido como *princípio da paridade de tratamento* ou ainda *princípio da audiência bilateral*, o princípio do contraditório não deve significar a obrigatoriedade da parte em praticar o ato que demonstre o exercício do contraditório, pois é livre para eleger os meios adequados de manifestação. Deve, isto sim, significar a possibilidade de conhecimento das alegações da outra parte, seguida da oportunidade de reação. Deve ser ressaltado que não é somente a parte processual, propriamente dita, que tem o direito de exercer o contraditório, mas também todos os participantes do processo, como o litisconsorte, assistente, oponente, o chamado ao processo etc.

Em matéria de provas, está o princípio ligado à idéia de possibilidade de participação de todas as partes – em sentido lato – no deferimento, formação e produção de todos os meios de prova. Exemplifica-se na possibilidade de uma das partes – por intermédio de seu advogado que se dirigirá ao juiz – reperguntar às testemunhas que hajam sido arroladas pela parte adversa, a formulação de quesitos dirigidos ao perito, bem como a contratação de assistente técnico, cuja prova pericial tenha sido Requerida pela parte contrária, a presença e a efetiva participação do exame ou vistoria requeridas pela outra parte, ou ainda a utilização de fundamentação baseada em documento que não juntou, dentre outros inúmeros exemplos.

Assim como o princípio do contraditório o princípio da ampla defesa também está disposto no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal. Deveras, pois sua idéia está intimamente ligada àquele.

Consiste na oportunidade que se deve dar às partes a fim de – se acharem conveniente – utilizarem todos os meios e recursos admitidos em lei para a defesa de seus interesses e a proteção de seus direitos, postos em juízo. Está intimamente ligado com o princípio do contraditório, mas, por óbvio, com ele não se confunde.

Defender-se é uma faculdade processual do litigante, podendo exercê-la ou simplesmente permanecer inerte. Ao passo que o contraditório seria a possibilidade de conhecer e a possibilidade de reagir, a ampla defesa é a efetiva reação.

2.2.3. Princípio dispositivo

É baseado no princípio dispositivo que se estabelece a regra segundo a qual ao magistrado é defeso prestar a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou interessado a requerer. É a inércia da jurisdição, que depende de provocação da parte interessada. O processo é instaurado por iniciativa da parte, mas desenvolve-se por impulso oficial.

Este princípio tem por base diversos dispositivos legais expressos no Código de Processo Civil, como são exemplo os arts. 2º, 128 e 460, parágrafo único.⁷

Os princípios da imparcialidade do juiz e do da igualdade ou isonomia das partes, são os que mais se enquadram nos ditames do princípio dispositivo. No entanto, deve ser observado que este princípio não deve ser interpretado de forma absoluta, pois, do contrário, o magistrado teria um papel meramente de espectador, no desenvolver do processo, agindo como mero fiscal ou árbitro da lei, para se manifestar somente em sede de sentença.

Em especial no que se refere à produção probatória, o magistrado é dotado de certos poderes instrutórios, ativismo judicial este que possibilita que o juiz não seja mero figurante no palco dos tribunais, a possibilitar às partes que abusem insensatamente do direito de lutar por seus interesses muitas vezes injustos. O juiz, diante de um estado de

⁷“Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.”
“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhes defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte.” “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.”

perplexidade, aliado à hipossuficiência de uma das partes, tem por dever – para com a Justiça – tomar a iniciativa probatória, determinando de ofício, as provas necessárias à instrução do processo, bem como indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, a teor do disposto no art. 130 do Código de Processo Civil.

2.2.4. Princípio da persuasão racional na apreciação da prova

O princípio da persuasão racional ou simplesmente do livre convencimento motivado do juiz, definido como o sistema de provas brasileiro – que será abordado de forma comparativa com outros sistemas no próximo capítulo – está positivado no art. 93, IX, da Constituição Federal⁸, assim como no art. 131 do Código de Processo Civil.

Este princípio tem por escopo evitar arbitrariedades por parte do magistrado, bem como facilitar o exercício da ampla defesa por parte da parte que tiver de recorrer em face de decisão proferida em seu desfavor.

O sistema processual brasileiro não define quais critérios o juiz deverá utilizar para chegar a uma decisão, ele é livre para decidir a causa segundo a sua convicção. No julgamento da lide deve, primeiramente, aplicar as normas legais, mas, na ausência de norma, poderá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Poderá basear-se ainda, em sua expediência de vida, uma vez que o juiz não deixa de ser humano no momento de valorar a prova e proferir o julgamento, bem ao contrário, quando deverá se utilizar de toda a sua experiência.

3. Ônus de provar

O autor ingressa com a demanda em face do réu trazendo ao conhecimento do juiz os fatos cujas conseqüências jurídicas conduzem a determinado pedido (tese). O réu, após receber a citação e em resposta, alega os fatos sob sua própria versão (antítese), visando demonstrar o impedimento, a extinção ou a modificação do direito do autor. O juiz não poderá saber, de início, quem está dizendo a verdade ou se os fatos trazidos por cada uma das partes correspondem à realidade.

⁸ “Art. 93. [...] – IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.” “Art. 131 O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Como processo civil a prova é a forma pela qual a parte demonstra suas alegações, do mesmo modo que o juiz não pode decidir sobre o que se não alegou, também não pode decidir a favor de quem alegou e não provou; a consequência disso é a improcedência da ação, se a parte autora não se desincumbiu desse ônus, ou a procedência da ação, se o réu. Assim, a cada parte incumbe o encargo de fazer prova dos fatos alegados; esse encargo denomina-se ônus.

Ônus, portanto, é o encargo que cada parte tem de demonstrar em juízo a existência de fatos de seu interesse. Esse o conceito de *ônus subjetivo*, segundo classificação de Vicente Greco Filho. Ônus objetivo, segundo ainda o citado mestre, é “*voltado para o juiz*” – por isso impropriamente denominado ônus – “*o qual deve levar em consideração toda a prova constante dos autos independentemente de quem a tenha produzido*”⁹.

Como visto, o processo civil brasileiro obedece ao *princípio dispositivo*, de modo que às partes incumbem a realização das provas de seu interesse, e o juiz, não obstante ter poderes instrutórios ou investigatórios, como prefere Vicente Greco, são limitados, pois “*a atividade do juiz não pode substituir ou suprimir a atividade das partes, inclusive a fim de que se mantenha equidistante das partes para a decisão*”¹⁰.

As partes não têm o dever e muito menos a obrigação de produzir provas, mas tão somente o encargo, de tal sorte que o não cumprimento deste, a risco próprio, acarretará a perda da demanda. Não basta à lei estabelecer a necessidade de as partes produzirem as provas de seu interesse, tendo que disciplinar a distribuição desse encargo, como regra, e a inversão deste ônus, quando necessário a equilibrar a relação processual em determinadas circunstâncias.

Importante atentar-se no fato de que não é somente às partes que incumbem o ônus da prova, que também deve ser extensivo aos litisconsortes.

3.1. Distribuição do ônus da prova

O art. 333 não é o único a disciplinar a distribuição do ônus da prova, existindo dispositivos por todo o Código de Processo Civil e fora dele também. O art. 333, de forma genérica, dispõe que ao autor, incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito; ao réu, incumbe o ônus da prova quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁹ Greco Filho, Vicente. *Op. cit.*, p. 188.

¹⁰ Greco Filho, Vicente. *Op. cit.*, p. 185.

Outros dispositivos no próprio Código de Processo Civil dispõe sobre a distribuição do ônus probante. Também não são somente as partes que têm o ônus de produzir provas, mas também o litisconsorte, o arrematante, o perito e até o advogado. Vejamos alguns exemplos.

Ao *advogado* renunciante incumbe a prova da ciência ao mandante (art. 45); incumbe ao *advogado* provar o impedimento de comparecimento da parte, testemunha ou dele próprio, até a abertura da audiência (art. 453, § 1º); o *assistente* somente poderá discutir a decisão transitada em julgado, em processo posterior, se alegar e provar impedimento de produzir provas ou o desconhecimento de alegações ou se provas que o assistido não se valeu (art. 55); o *perito* deverá comprovar sua especialidade (art. 145, § 2º); cabe ao *arrematante* provar a existência de ônus real não mencionado no edital, quando pretender ver desfeita arrematação (art. 694, III).

O mais comum, entretanto, é que o ônus da prova seja mesmo distribuído entre as partes. Vejamos: a quem pretender praticar ato jurídico cujo prazo tenha decorrido, deverá comprovar a justa causa para o seu não cumprimento (art. 183); que alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, deve comprovar (art. 337); àquele que for demandado em ação de exibição de documento ou coisa e não estiver na sua posse, incumbe a prova de que não o possui o para exibi-la (art. 357); quanto à inveracidade do fato declarado em documento particular, cumpre ao interessado em sua veracidade provar (art. 368, parágrafo único); incumbe ao interessado provar que não se verificaram alguns fatos que lhes são desfavoráveis, recusando-os, ante a existência, no mesmo documento, de outros fatos favoráveis (art. 373, parágrafo único); ao comerciante cabe o ônus de demonstrar que os lançamentos nos livros comerciais não correspondem à verdade dos fatos (art. 378); falsidade documental – cabe o ônus da prova a quem a argüir (art. 389, I) e quanto à contestação de assinatura, à parte que produziu o documento (art. 389, II); nos contratos simulados cabe à parte inocente provar com testemunhas a divergência entre a vontade real e a declarada (art. 404, I) e nos contratos em geral, o vício de consentimento (art. 404, II); incumbe a quem faz a contradita de testemunha comprovar os fatos, caso a testemunha os negue (art. 414, § 1º); deverá provar a ocorrência de força maior a parte que desejar alegar questão de fato, em sede de recurso de apelação, não proposto no juízo inferior (art. 517); cabe ao apelante a prova de justo impedimento para que seja relevada a pena de deserção (art. 519); o credor deve comprovar que se realizou a condição ou o termo, quando desejar executar sentença que haja decidido relação jurídica sujeita a um ou a outro (art. 572); na execução que tenha por contrato sinalagmático, cumpre ao credor provar que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde (art. 615, IV); incumbe ao interessado em ver repetida a avaliação, provar o erro ou dolo do avaliador (art. 683, I); ao devedor de alimentos é quem incumbe o ônus de provar que já os pagou (art. 733); cabe ao réu provar a inidoneidade financeira do autor reintegrado na posse (art. 925); incumbe ao autor provar a sua posse, a data da turbação ou esbulho e a continuação ou perda da posse, na ação de reintegração de posse (art. 927, I a III).

3.2. Inversão do ônus da prova

Nas relações de consumo, quando então a relação jurídica se sujeita às normas da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – o juiz pode, a requerimento da parte – ou de ofício, conforme veremos – inverter o ônus da prova, caso tenha por verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência, facilitando a sua defesa, segundo previsão legal contida no inciso VIII, do art. 6º da referida legislação.

A aplicação da inversão do ônus da prova supre, por assim dizer, a dificuldade – ou mesmo a impossibilidade – de o consumidor provar que o defeito ocorreu e que ocorreu não por culpa sua ou de terceiro, demonstrando, assim, o nexo causal que obrigará a fornecedora a reparar o dano sofrido, em razão da aplicação das normas inerentes à responsabilidade civil objetiva.

O instituto da inversão do ônus da prova tem plena correlação com a hipossuficiência, fato *juris et jure*, presumível em toda relação de consumo, causa do desequilíbrio entre as partes. Surge, então, como elemento que estabelece a paridade de armas entre as partes, pois se uma delas – o fornecedor de produtos ou serviços – tem melhores condições, ou mesmo a única condição de comprovar a ocorrência alegada, cabe a ele provar que o dano não ocorreu por sua culpa.

Deve ser observado que a inversão do ônus da prova, não significa que o fornecedor tenha de provar contra si mesmo o que o consumidor não foi capaz de provar, mas significa que a ele cabe provar que não colocou o produto no mercado, ou que, embora colocou o produto no mercado o defeito inexistia ou ainda que a culpa pelo dano é exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, § 1º, incisos I a III, do Código de Defesa do Consumidor).

4. Sistemas de provas

O Brasil adotou o sistema do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*, como querem outros autores. Neste sistema, conforme dispostos no art. 131 do Código de Processo Civil, o juiz deve apreciar livremente a prova, mas sempre deverá explicitar os motivos determinantes formadores do seu convencimento.

Mas essa liberdade não é absoluta; o juiz deve aplicar ao caso as normas legais, bem como explicar ou deixar claro em sua sentença, o caminho que traçou intelectualmente, ou seja, o raciocínio utilizado para chegar àquela decisão. Tal limitação é inerente

ao Estado Democrático de Direito, eis que objetiva a tomada de decisões arbitrárias, bem como viabilizar a ampla defesa e à rediscussão da causa em grau colegiado. Segundo o disposto no art. 335 do Código de Processo Civil, em não havendo normas legais a respeito, está autorizado a aplicar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que normalmente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado quanto a esta, o exame pericial.

Importante trazer à colação o raciocínio sintético do Mestre Humberto Theodoro Jr., quanto ao tema, que esquematiza a persuasão racional sob quatro pontos, a saber:

- “a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos;*
- b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 366) nem as regras sobre presunções legais;*
- c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide;*
- d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos”.*¹¹

Cabe-me aqui fazer ainda algumas ponderações suplementares às acima transcritas da obra de Humberto Theodoro.

O juiz, embora possa convencer-se das alegações de uma das partes, não pode confirmá-las em sentença se houverem nos autos provas em sentido contrário, mas pode atribuir a essas provas valor menor que para as outras, se assim o seu convencimento lhe aconselhar, desde que de forma fundamentada.

Mas, mesmo assim, deve observar se a prova a que pretende atribuir maior valor, obedece ao critério legal, a exemplo do disposto no art. 366¹² do Código de Processo Civil.

Não havendo lei a respeito, quando então o magistrado poderá se utilizar das regras comuns de experiência, mesmo assim não poderá desprezar os dados científicos e culturais a seu alcance, proferindo decisão completamente divorciada das provas já produzidas.

¹¹ Theodoro Júnior, Humberto. *Op. cit.*, p. 385.

¹² “Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

4.1. Objeto da prova

Segundo nos ensina o Professor Cândido Dinamarco, “o objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos”. Complementa o raciocínio dizendo que “fazem parte dele as alegações relativas aos fatos pertinentes à causa e não os fatos em si mesmos”.¹³

A prova, como já disse, destina-se a provar a existência ou inexistência de determinado fato, ou que este ou aquele fato aconteceu desta ou daquela maneira, conforme alegado pelas partes. Portanto, assim como o juiz não pode levar em consideração fatos não alegados pelas partes, devendo, a contra-senso, tomar em consideração somente os fatos alegados, são essas alegações que devem ser objeto da prova. Mas não é qualquer fato alegado que deve ser provado senão aquele que se tornou controvertido, pois do contrário, admite-se se não houver nos autos outra prova ou indício contrário - a presunção de sua veracidade.

Esses fatos devem ser relevantes e pertinentes ao julgamento da causa, eis que se o juiz admitir a produção de provas de fatos impertinentes ou irrelevantes à decisão, estará prolongando a solução da causa inutilmente.

Humberto Theodoro Júnior¹⁴ separa as provas, quanto aos fatos a serem provados, em direta e indireta. A primeira, segundo o eminente Professor, “é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos”, e a indireta é “a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos”. Assinala ainda que esta última também é conhecida como prova indiciária ou presunção.

Vicente Greco Filho reforça o que acima foi dito, acrescentando esquematicamente que “o objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes, controvertidos, não notórios e não submetidos a presunção legal”¹⁵.

Como visto sumariamente, existem fatos que necessitam ser provados, que são os pertinentes, relevantes e controvertidos, assim como os que prescindem de prova, que são os notórios e os submetidos a presunção legal. Nos próximos tópicos veremos com um pouco mais de profundidade tanto um como outro.

¹³ Dinamarco, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁴ Theodoro Júnior, Humberto. *Op. cit.*, p. 383.

¹⁵ Greco Filho, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, pp. 181 e 182.

4.1.2. Alegações controvertidas – necessidade de provar

Essa necessidade de comprovar os fatos relativos às alegações controvertidas está intimamente ligada ao ônus da prova, pois se o autor da ação alegou determinado fato que foi pelo réu refutado, surgiu a necessidade de prová-lo, a uma e a outra parte: o autor deverá provar que tal fato ocorreu da maneira alegada, sob pena de improcedência da ação; o réu, a seu turno, deverá provar que a sua alegação é que é verdadeira, sob pena de procedência da ação.

A controvérsia surge quando as partes trazem questões ou versões conflitantes, que se caracterizam discordância de uma das partes em aceitar ou considerar verdadeiras as alegações da parte adversa. Mais sinteticamente pode se afirmar que controvérsia é a resistência de uma ou de ambas as partes, em anuir ou admitir as alegações trazidas pela outra parte.

É a contestação o instrumento mais comum pelo qual o réu torna controversas as alegações do autor e sem a sua apresentação ocorre a revelia, quando então os fatos alegados pelo autor são tidos como verdadeiros, salvo prova em contrário¹⁶. O autor também pode tornar controversa a versão do réu, quando se manifesta em réplica. Entretanto, não é só por intermédio da contestação que a controvérsia se verifica, segundo nos exemplifica Dinamarco quando afirma que *“ainda que não haja contestado ou omita a impugnação dos fatos na contestação que ofereceu, o réu terá criado controvérsia se em reconvenção trouxe versão diferente (até porque a demanda reconvenicional deve ser conexa à inicial ou à defesa: art. 315) ou se tiver feito na exceção de incompetência ou de suspeição ou impedimento do juiz”*.¹⁷

Deve ainda ser anotado que controvérsia é caracterizada pelo conflito de versões entre as partes, que devem ser resolvidas através da atividade probatória. Tais versões podem surgir inclusive após o momento da resposta, quando da própria produção das provas orais.

4.1.3. Alegações controvertidas – desnecessidade de provar

Apesar de controvertidas não dependem de provas as alegações referente a fatos notórios e os que em cujo favor milita presunção de existência ou veracidade, conforme disposto no art. 334, I e IV do Código de Processo Civil.

¹⁶ “Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.”

¹⁷ Dinamarco, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 61.

Fatos notórios são os de conhecimento do homem médio de determinada comarca, estado, região ou país. Sendo eles do conhecimento de todos, praticamente, o juiz também os conhece. É, por exemplo, de conhecimento de todos que as regiões litorâneas do Estado de São Paulo ficam lotadas de pessoas no período compreendido entre final de dezembro e início de janeiro; que o cão da raça pit-bull, apesar de pequeno, é bastante feroz e sua mordida causa graves danos ao corpo humano. Todavia, existem fatos que são apenas de conhecimento limitado a certas regiões, como o fato de que determinada rua de trânsito local costuma alagar ante a menor das chuvas, ou eu determinado comércio de produtos alimentícios tem seus produtos contaminados por insetos.

Quanto aos fatos que em cujo favor milita a presunção de veracidade, cabe salientar que existem presunções de duas ordens, a saber: as *presunções* “legis”, aquela que a lei é quem manda presumir, e as *presunções* “hominis”, que são presumíveis segundo as máximas de experiência dos juízes. Esta última, no entanto, somente deve ser aplicada na falta de normas jurídicas, segundo o art. 335 do Código de Processo Civil.

4.1.4. Alegações não controvertidas – dependentes ou não de provas

Via de regra, as alegações incontrovertidas prescindem de prova, eis que se operou a confissão, a revelia ou foram os fatos admitidos no processo como incontrovertidos, não há utilidade em se perder tempo com a produção probatória daquilo que já está tido como verdadeiro.

Há, no entanto, alegações que, apesar de não controvertidas, dependem de prova. Os arts. 302 e 320 do Código de Processo Civil disciplinam essas exceções. Portanto, os fatos alegados por uma das partes e não negados pela parte contrária devem ser objeto de prova (a) quando a seu respeito não fora admissível a confissão (art. 302, I); (b) quando faltar documento público indispensável à prova do ato (arts. 302, II e 320, III); (c) quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis (art. 320, II).

4.2. Direito à prova

Apesar de nenhum dispositivo de lei dispor explicitamente sobre o direito à prova, este se faz implícito no ordenamento jurídico nacional, em especial pelo disposto no art. 332 do Código de Processo Civil no plano infraconstitucional, e, no plano constitucional, este pode ser inferido por meio da análise sistemática do art. 5º, incisos LIV e LV.

O direito à prova consiste na possibilidade da parte em ter oportunizada a produção das provas necessárias à comprovação das suas alegações, sejam elas feitas em ação ou em defesa, desde que tenham, obviamente, natureza direta com a causa e relevância para a solução do litígio.

A importância deste instituto da prova na experiência do processo, segundo nos ensina Dinamarco, “*erigiu o direito à prova em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo. Sem a sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do direito ao processo*”.¹⁸

Tal princípio tem ainda a sua relevância fundada no postulado de que todos os meios de prova, mesmo que não positivados, mas desde que moralmente legítimos, são hábeis à prova do alegado.

4.3. Livre convencimento e inércia do juiz

Tratemos, primeiramente, sobre a inércia do juiz no processo civil. Segundo concepção clássica, o juiz, segundo o processo civil dispositivo, deve ser estático e receptivo quanto à produção probatória, de modo a garantir e manter a imparcialidade e conseqüentemente a justiça de suas decisões, limitando-se a conduzir o processo através do impulso oficial.

O que avalia tal concepção não é somente a já falada imparcialidade, mas principalmente a prevalência de direitos materiais disponíveis, pois, sendo certo que às partes é possível renunciar a estes, deixando inclusive de apresentar argumentos e provas tendentes a demonstrar seus direitos, não seria lícito ao juiz determinar a produção das provas necessárias ao seu convencimento, sob pena de comprometimento da imparcialidade.

Entretanto, não há que se ter a mesma idéia quando se tratar de direito material indisponível, como é o caso do direito de família, por exemplo. Nesses casos, ao juiz é lícito determinar às partes que produzam esta ou aquela prova, com vistas a tentar alcançar a verdade real, deixando de lado o simples formalismo que rege as relações ditas simplesmente patrimoniais.

¹⁸ Dinamarco, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 47.

Mas, tomando-se por base que nas relações que envolvem direitos indisponíveis não perquirem muitas dúvidas sobre o chamado *ativismo judicial*, o mesmo não se sucede com a aplicação deste ativismo nas relações puramente privadas. É aí que reside o núcleo da questão.

O direito rege as relações humanas, e como estas não deve ser estático, bem como deve fugir dos extremos, que comumente levam a injustiças. O próprio direito civil moderno vem estreitando a disponibilidade das relações, incluindo em seu âmago o social em lugar do individual, e o indivíduo, em lugar do individualismo.

As desigualdades econômicas e sociais podem conduzir a injustiças vorazes, se não se permitir ao juiz certa dose de ativismo, colocando-o na posição de espectador de injustiças e prolator de sentenças que em nada serviriam para pacificar os conflitos sociais, ao revés, serviria para agravá-los.

A perplexidade do juiz diante do quadro probatório já produzido pelas partes também justifica esse ativismo judicial, como forma de esclarecê-lo de questões importantes à prolação da sentença.

Portanto, há de ser considerado hodiernamente, não só a possibilidade, mas a necessidade de o juiz moderno poder determinar a produção de determinadas provas, a fim de restabelecer igualdades, sem que isso represente disparidade de armas ou influa na imparcialidade do órgão julgador.

Em relação ao livre convencimento do juiz, deve ser ressaltado que este deve ser sempre motivado, à luz do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões devem ser fundamentadas, conforme já explicado no tópico referente ao princípio da persuasão racional da prova e no tópico referente ao sistema de provas brasileiro.

5. Conclusão: o processo como destinatário principal da prova

Deve ainda ser observado que o destinatário da prova não é exclusivamente o juiz, contrariamente do que doutrinam muitos processualistas. De acordo com uma visão mais moderna do processo civil, é possível lançar a assertiva de que o principal destinatário da prova é o próprio processo. O juiz, que decidirá a causa segundo o seu livre convencimento e as regras ordinárias de experiência, fundamentando sua decisão nas provas constantes dos autos, não pode ser o destinatário final da prova, mas o primário.

A causa normalmente não é decidida em primeira e única instância, quando a parte vencida exerce o seu direito de recorrer da decisão. Desta forma, se o juiz de pri-

meiro grau não possibilitou às partes a ampla produção probatória – supondo-se por já estar suficientemente convencido do direito de uma das partes ou então, por achar que a questão a ser provada não é relevante para o caso – a parte vencida pode não ter oportunidade de em segunda instância produzir as provas de seu interesse, prejudicando a busca pela justiça ideal. É por este motivo que o destinatário da prova não deve tão somente ser o juiz, mas o processo.

5. Bibliografia

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 2º vol., 13. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed., Forense: São Paulo, 2001.

HUMBERT, Georges Louis Hage. Inversão do ônus da prova no CDC: momento processual e adequação aos princípios constitucionais e processuais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, nº 257, 21 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4939>>. Acesso em 03/1/2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. II, 20. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 1º vol., 42. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.