

PROVA NO PROCESSO CIVIL: ENTRE A VERDADE E A PROBABILIDADE

*EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE: BETWEEN TRUTH AND
PROBABILITY*

João Paulo Capelotti¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Prova e ônus da prova; 2 Alguns temas relevantes sobre a prova; 3. O processo entre a verdade e a probabilidade; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

A prova no processo civil é tão complexa quanto a distribuição de seu ônus. Além de fatores que problematizam sua produção, há novas questões sobre a atividade probatória do juiz e os postulados de cooperação processual. Mas, antes disso, a prova encerra a questão central da possibilidade do conhecimento da verdade. Embora a resposta a isto seja dúbia, a prova exerce a importante função de servir de fundamento à decisão judicial, constituindo mecanismo para o controle das partes e da própria sociedade sobre a atividade jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: prova; verdade; probabilidade; motivação; controle.

ABSTRACT

The evidence in the civil procedure is as complex as its distribution. More than difficulties on the collection of the evidence, there are new issues about the judge's activity to do it and procedural cooperation. But before that there is the question about the possibility of the true knowledge. Although the answer is devious, the evidence plays a fundamental role on the motivation of the judge's decision, and it is a mechanism of control to be used both by the parties and the society.

KEYWORDS: evidence; truth; probability; motivation; control.

¹ Mestrando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: joao.capelotti@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu demonstrar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

No entanto, a disciplina do ônus da prova, originalmente mecanismo para evitar decisões *non liquet*, ostenta mais complexidades do que supõe o regramento do Código de Processo Civil (CPC).

Em primeiro lugar, há quem defenda que deve provar quem tem melhores condições para isso; há quem inclua a prova dentro dos modernos postulados pela cooperação entre as partes do processo.

Em segundo lugar, a própria produção da prova esbarra em fatores de grande complexidade, como o peso da prova científica, a transnacionalização do processo, a utilização de prova indireta², entre tantos outros significativos, como a sobrecarga de trabalho do Judiciário e a consequente busca pelo julgamento antecipado da lide, por meio da dispensa ou diminuição da fase instrutória.

Em terceiro lugar, há que se considerar que a disciplina da prova é atravessada pela questão metaprocessual da possibilidade do conhecimento da *verdade*. Em que pesem as indagações filosóficas sobre as limitações do conhecimento humano, nosso sistema jurídico processual ainda parece conectado a um conceito de "verdade jurídica objetiva", apta a gerar a "força de acreditação" de que a decisão judicial precisa³.

O julgamento dos fatos de forma justa pressupõe o *conhecimento dos fatos* por quem os deve julgar⁴, em que pesem as dificuldades anteriormente apontadas.

² MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 11 e 22.

³ MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**, p. 11.

⁴ MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**, p. 58.

A disciplina da prova, portanto, compreende muito mais que as regras do ônus da prova: inserem-se dentro de uma teia complexa de argumentação, tanto das partes, como do juiz, que, amparado nelas, deverá motivar sua decisão.

1 PROVA E ÔNUS DA PROVA

A prova é meio e instrumento para fazer valer ou para defender o próprio direito, não apenas em juízo, mas também fora e antes dele. É muitas vezes condição necessária para a tranquilidade no gozo de um direito e para a segurança dos negócios⁵.

Realmente: recibos, notas fiscais, certidões, atestados, diplomas, protocolos, escrituras, instrumentos contratuais... Nossa vida está cercada de elementos aptos a demonstrar, se preciso, para outras pessoas, certos fatos ocorridos no passado.

Em direito processual civil, conforme ensina Ovídio Baptista da Silva, a palavra "prova" possibilita três significados: a) a atividade desempenhada pelos sujeitos do processo para demonstrar a existência dos fatos que alegam; b) o instrumento utilizado para tal demonstração, com a finalidade de convencer o juízo da veracidade da informação; c) o próprio convencimento que se adquiriu a respeito da existência de um determinado fato (dizer-se, daí, que algo restou *provado*)⁶.

O direito, como fenômeno social, refere-se a fatos, sobre os quais eventualmente há controvérsia⁷. E a prova refere-se a fatos⁸. Notadamente aos fatos alegados

⁵ GENTILE, Francesco Silvio. **La prova civile**: commento agli artt. 2697 a 2739 del Codice Civile. Roma: Jandi Sapi, 1960, p. 3.

⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. v. 1, p. 275-276.

⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**, p. 277.

⁸ Em regra, pois o art. 337 do CPC impõe à parte que alegar direito municipal, estadual, consuetudinário ou estrangeiro o ônus de prová-lo, a não ser que o juiz, por conhecê-lo, dispense a prova.

pelas partes, que vão delimitar o objeto da controvérsia e vincular o pronunciamento do juiz⁹, mas não apenas a eles.

Primeiramente, dependem de prova os fatos relevantes à solução da controvérsia. “Fatos que nenhuma relação tenham com a causa, e, assim, não influam na sua decisão, são inúteis, donde inútil sua prova” – embora, é claro, a definição do que é e o que não é relevante seja relativa e deva ser apreciada caso a caso¹⁰.

Há afirmações implícitas que, mesmo que não feitas, precisam ser provadas. Há, por outro lado, várias afirmações que dispensam prova, como a dos fatos notórios (embora a notoriedade seja relativa: pode ser para as partes, mas não para o juiz, que pode aceitar ou não esta notoriedade)¹¹. Também independem de prova os fatos admitidos como incontroversos (nesse sentido o art. 334 do CPC). Afirmar e provar, embora seja a regra, não coincidem em toda a extensão¹².

A despeito das recentes concessões em favor da atividade probatória do juiz¹³, as provas, em sua maioria, ainda são produzidas pelas partes, o que as torna – por isso mesmo – extremamente *parciais*. Muitas vezes, ao final da instrução, o juiz permanece sem saber se o fato ocorreu ou não, e como. Neste contexto, *as regras processuais sobre o ônus¹⁴ da prova têm a finalidade de impedir que o juiz se declare inapto a resolver a controvérsia.*

⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006. p. 26.

¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 332 a 475**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4. p. 43.

¹¹ SILVA, Cesar Antonio da. **Ônus e qualidade da prova cível**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 96-97.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 4. p. 209-211, *passim*.

¹³ A respeito, cf. o item 2.1, adiante.

¹⁴ “A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é com relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 217).

As regras sobre o ônus da prova, na verdade, encontram fundamento no próprio princípio dispositivo, que (hoje com maiores reservas) rege o direito processual civil. Estabelecer um ônus para as partes de demonstrar o que alegam é impedir que o julgador simplesmente investigue os fatos por conta própria, nos moldes do processo inquisitório¹⁵.

Assim, se não esclarecidas as matérias de fato, a disciplina legal do ônus da prova possibilita ao julgador decidir favoravelmente ou contra a pretensão do autor, respondida a pergunta se ele se desincumbiu ou não de provar os fatos constitutivos de seu direito, isto é, a existência dos elementos gerais e característicos dos fatos jurídicos que dão suporte à sua pretensão¹⁶ (art. 333, I, do CPC).

A resposta do réu cinge-se, em regra, à alegação de fatos impeditivos (que superam a pretensão do autor, tornando-a ineficaz), extintivos (que a fazem cessar) e modificativos (que a transformam de tal maneira que a reduzem na medida da parte modificada)¹⁷ (art. 333, II, do CPC).

Note-se que o réu não precisa provar que os fatos alegados pelo autor não são verdadeiros; basta a ele provar os fundamentos do direito por ele invocado, que embasam sua exceção ou defesa¹⁸.

Também é pertinente observar que, muitas vezes, ao autor não basta apenas a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito. Diante da alegação e prova, pelo réu, de um fato impeditivo do direito do autor (como, por exemplo, a prescrição do crédito reclamado), cabe ao autor provar a interrupção ou a suspensão do curso do prazo prescricional, contrapondo-se à exceção do réu. Essa negativa da negativa, segundo Gentile, converte-se em fato positivo para a ação do autor¹⁹.

¹⁵ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 95.

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 36.

¹⁷ SILVA, Cesar Antonio da. **Ônus e qualidade da prova cível**, p. 92.

¹⁸ RANGEL Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**, p. 147.

¹⁹ GENTILE, Francesco Silvio. **La prova civile**, p. 27.

Como síntese desse quadro, a doutrina fala hoje do ônus da prova como decorrência do ônus da afirmação: "quem tem o ônus de afirmar os factos que servem de fundamento ao seu pedido tem o correspondente ônus de demonstrar a existência desses factos (ônus de prova)"²⁰.

Como contrapartida, a dúvida sobre a realidade de um fato resolve-se contra a parte a quem o fato aproveita²¹. Com isso, o ônus da prova possibilita "determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado"²².

2 ALGUNS TEMAS RELEVANTES SOBRE A PROVA

2.1 Atividade probatória do juiz

Modernamente, prova não é apenas assunto de iniciativa das partes: reconhece-se amplamente o papel do juiz como diretor do processo e, portanto, legitimado a requerer provas de ofício quando necessário. Mas a prova obtida de ofício pelo juiz, deste modo, não pode prescindir da manifestação das partes a respeito dela. Mauro Cappelletti vê como desdobramento do direito fundamental de ser ouvido a proibição de que o juiz utilize prova formada fora do controle das partes, a não ser que seja fato notório²³.

Aliás, Paolo Gradi noticia que, recentemente, foi dada nova redação ao art. 101, §2º, do Código de Processo Civil italiano, que fulmina com a nulidade a chamada "sentença surpresa", fundada em questão conhecida de ofício pelo juiz e não avisada às partes, e sem que lhes houvesse sido disponibilizado um prazo de ao

²⁰ RANGEL Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**, p. 142.

²¹ RANGEL Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**, p. 151.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 228.

²³ CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report). In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. **Fundamental guarantees of the parties in civil litigation**. Milano: Giuffrè, 1973, p. 742.

menos vinte e não mais que quarenta dias para protocolar memoriais com suas observações sobre o ponto levantado²⁴.

Essa tendência, observada há algum tempo pela doutrina, de considerar nula a “sentença de terceira via”, chegou ao Brasil, figurando como uma das novidades do novo CPC, em tramitação no Congresso Nacional.

Isto se justifica por aplicação do princípio do contraditório. É que, embora produzida pelo terceiro imparcial, a prova necessariamente beneficia ou prejudica pelo menos uma das partes, ou então a ambas. Este prejuízo à defesa de um direito perante o Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) não pode se sobrepor ao direito de ser ouvido a respeito (art. 5º, LV, da CF).

2.2 Produção da prova por quem tem melhores condições. Cooperação processual

O ônus da prova não consiste apenas em uma regra de julgamento, a ser lembrada apenas no final da demanda. É também uma regra de procedimento, útil no curso da relação processual, e que pode inclusive determinar a realização da prova pela ré, antes mesmo que o autor comprove todos os fatos constitutivos de seu direito. Tal inversão do ônus da prova pode ser determinada pelo magistrado na audiência preliminar (art. 331 do CPC)²⁵.

Alguns setores da doutrina e da jurisprudência acolhem o princípio de que a prova deve ser produzida por quem tenha melhores condições, ou maior facilidade.

Morello identifica a obra de Marcel Storme como uma das pioneiras na superação do princípio clássico de que a iniciativa e a gestão probatória cabem, fundamentalmente, ao autor. Para o jurista belga, o litígio é comum e compete a ambas as partes estruturá-lo e defini-lo, pois os fins públicos da jurisdição

²⁴ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della 'terza via'. **Rivista di Diritto Processuale**, anno 65, n. 4, p. 828, luglio-agosto 2010.

²⁵ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**, p. 335.

devem informar a atividade das partes com vistas a uma sentença justa que colabore à paz social. Como, ainda na opinião de Storme, uma sentença é tanto mais justa quanto mais próxima da verdade objetiva, deve haver um esforço coletivo para a prova dos fatos relevantes ao deslinde da causa²⁶.

Entre os elementos que justificam este posicionamento, estão argumentos sobre a habitualidade, profissionalidade e superioridade técnica que podem determinar, por exemplo, que seja o fornecedor, e não o consumidor, a fazer prova de um certo fato, em atendimento a uma busca pela verdade objetiva, e não meramente formal²⁷.

Para esta corrente doutrinária, não se deve tolerar que uma das partes seja beneficiada pela própria inércia no que diz respeito à instrução do processo. Os ditames da cooperação processual são invocados para que a dificuldade na produção da prova não se reverta em prejuízo para uma das partes, quando a outra pode facilmente desincumbir-se deste ônus, embora não tenha, a princípio, interesse nisso²⁸.

A distribuição do ônus da prova com base no critério da facilidade de sua produção é criticada por outros autores que enxergam nisso um desvirtuamento do problema:

A maior ou menor dificuldade de produção da prova não deve, só por si, justificar a inversão do ônus da prova, sob pena de desvirtuar a natureza e a essência da prova e poder descaracterizar o papel do julgador, o que é prejudicial para a certeza e a segurança do direito²⁹.

Invocar o princípio da cooperação processual, neste caso, soa estranho, na medida em que não se trata de ato voluntário, originado da operação conjunta

²⁶ apud MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**, p. 73.

²⁷ MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**, p. 52.

²⁸ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**, p. 342.

²⁹ RANGEL Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**, p. 187.

das duas partes, mas, antes disso, de uma imposição do órgão julgador, *que não se discute como válida*, mas que não poderia, a rigor, ser denominada de cooperação – pelo menos não nos moldes em que este princípio surgiu no *common law*.

Explica-se. Para Mirjan Damaska, a ideia de cooperação processual surgiu espontaneamente no *common law*. A experiência das cortes norte-americanas e inglesas mostra que nelas há maior influência da oralidade e das testemunhas, principalmente em razão de a instrução do processo ficar a cargo das próprias partes (que se reúnem com antecedência, no escritório de um dos advogados, para debater os elementos de prova que cada um possui e que poderão ser utilizados em juízo – a chamada *cross examination*).

Para Damaska, isto resulta em decisões de primeiro grau mais justas e menos suscetíveis a recurso. É exatamente o oposto dos países do direito continental europeu (e por extensão, seus herdeiros, como o Brasil), onde o processo altamente hierarquizado e burocratizado, a principal prova tende a ser documental, da sentença quase sempre há recurso, e predomina a ideia de processo como jogo (expressão cunhada por Calamandrei) ou como duelo (metáfora de Barbosa Moreira)³⁰.

Questiona-se, a partir daí, como o princípio da cooperação processual, que brotou espontaneamente na justiça do *common law*, pode ser transplantado de maneira abrupta ao Brasil, como, aparentemente, vem fazendo recentes decisões do STJ (como a que aceita como intimação para apresentar contrarrazões a notificação extrajudicial expedida para tanto por uma parte a outra³¹).

Há também quem lembre que este princípio de cooperação processual em termos de ônus da prova não pode suplantiar outro princípio igualmente caro ao direito processual: o de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra

³⁰ DAMASKA, Mirjan. R. **The faces of justice and State authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial 1187970/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 15 ago.2010.

si mesmo (art. 5º, LXII, da Constituição Federal). É o que reconhecem alguns julgados:

O princípio da inversão do ônus da prova não vai além de dispensar o autor de provar suas alegações e transferir para o réu o ônus de provar o contrário; não implicando que, se ainda assim o autor requerer provas, seja o réu obrigado a pagar as respectivas despesas, mesmo porque ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si próprio³².

2.3 Dificuldades da prova em processos contemporâneos

Obviamente, a disciplina da prova encontra outras dificuldades, além de sua repartição. Há hoje complicadores substanciais, que não poderiam ser previstos pelo legislador do século XX.

Entre os fatores que precisam ser considerados estão o peso das provas científicas³³, cada vez mais acuradas; a transnacionalização das causas; a utilização de prova indireta e prova emprestada; a aceleração dos litígios e a incidência do fator tempo; e, notadamente, a quantidade de informação de que dispõem consumidores e jurisdicionados de uma maneira geral³⁴. Não se podem esquecer, também, a dimensão dos danos ambientais e dos produtos defeituosos (como apontam os recentes casos de *recall*), que afetam número indeterminado de pessoas³⁵, sem contar os novos meios de prova e as provas atípicas.

Os próprios fatos alegados em juízo têm sua comprovação cada vez mais difícil – como, por exemplo, as operações econômicas de longa duração, que vão se

³² MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Agravo de instrumento nº 372199-7. Rel. Juiz Moreira Diniz, julg. 24 set.2002.

³³ O problema maior da prova científica consiste mais na forma de apreciação de seu resultado do que em sua admissão no processo (TARUFFO, Michele; MICHELI, Gian Antonio. A prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 163, out./dez. 1979).

³⁴ MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**, p. 11 e 22.

³⁵ MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**, p. 25.

reciclando em sua própria dinâmica, não raro com reajustes periódicos e alterações constantes de seu conteúdo³⁶.

Diante destas dificuldades, Augusto Morello sugere o reforço e a extensão do poder investigatório do juiz, a redução das hipóteses de abreviação da instrução³⁷ e a progressiva utilização do comportamento processual como prova³⁸, isto é, "os debates, as recusas em confirmar ou em dar informes, as infrações ao dever de veracidade, a qualidade e as atitudes das testemunhas e recusas a depoimento"³⁹, que podem contribuir para demonstração dos fundamentos das afirmações das partes e da credibilidade dos outros meios de prova⁴⁰.

3. O PROCESSO ENTRE A VERDADE E A PROBABILIDADE

A definição clássica de prova, como meio que permite a descoberta da verdade, está ligada a um paradigma racionalista da ciência e do próprio direito. Na ótica clássica, apenas com a certeza do que ocorreu – obtida pela cognição, durante o processo de conhecimento – que se pode aplicar corretamente o direito material abstrato à situação concreta⁴¹.

Um bom exemplo dessa visão clássica pode ser visto na obra de Moacyr Amaral Santos:

³⁶ MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**, p. 36.

³⁷ MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**, p. 43.

³⁸ Malatesta considera que as transformações corpóreas e psíquicas causadas na testemunha, consciente ou inconscientemente, por ocasião de prestar o depoimento, que podem indicar algum estado de espírito ou algum fato, pertencem à categoria das provas reais (apud SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**, p. 278).

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 216.

⁴⁰ TARUFFO; MICHELI, A prova, p. 159.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 247-248.

Como observam os autores, aliás, este é o modelo jurisdicional dos países do sistema romano-germânico ou *civil law*, em que o magistrado não cria uma solução para o caso concreto, mas limita-se a aplicar a lei, disciplinando o conflito do modo como determinado pelo legislador.

O autor, assim, faz a afirmação de um fato, que poderá ou não corresponder à verdade. Se essa afirmação se opõe a afirmação do réu, que também poderá ou não corresponder à verdade, quer negando aquele fato ou revestindo-o de outros caracteres, ou consistente num outro fato, cuja existência importe na negação daquele, ou do qual deduza consequências obstativas à pretensão do autor, se esbatem afirmações igualmente respeitáveis, mas que igualmente não subsistem por si mesmas em relação ao juiz.

Este, a quem as afirmações são dirigidas, para considerá-las na sentença e, por sua vez, fazer a sua afirmação quanto aos fatos deduzidos pelas partes, precisa convencer-se da existência dos mesmos. Porque a afirmação do juiz necessariamente deverá corresponder à verdade. Para o juiz, não bastam as afirmações de fatos, mas impõe-se a demonstração da sua existência ou inexistência. Por outras palavras, o juiz *quer e precisa* saber da *verdade* em relação aos fatos afirmados pelos litigantes.

A exigência da verdade, quanto à existência ou inexistência dos fatos, se converte na exigência de *prova* destes⁴².

Segundo Ovídio Baptista da Silva, essa busca de certeza do direito tem duas fontes principais: o racionalismo que dominou a filosofia continental europeia nos séculos XVII e XVIII e a exacerbada desconfiança com que a França pós-revolucionária enxergava seus juízes (os quais, no período absolutista, provinham e defendiam os interesses da nobreza). A visão resultante dessa conjunção de fatores era que “as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal”. A segurança jurídica, grande prestigiada dessa concepção, foi também fundamental à formação da economia monetária e creditícia e do moderno Estado industrial⁴³.

⁴² SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 7-8 (grifos no original).

⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1996. p. 103-106, passim.

Nesse sentido, é interessante verificar que ainda prevalece, de certo modo, a lição de Carnelutti, de que julgamentos baseados em verossimilhança são não-julgamentos: o Código de Processo Civil (art. 273) permite a antecipação dos efeitos da tutela, mas também deixa expresso que esta tutela é provisória e revogável a qualquer tempo. Por esta ótica, a missão do juiz é descobrir a verdade e proclamá-la na sentença, para apenas então executá-la, fase esta mais pragmática que jurídica⁴⁴.

Esta concepção sofre a forte crítica de Luiz Guilherme Marinoni. Se a finalidade das regras do ônus da prova é possibilitar ao julgador decidir quando está em dúvida, diante de um insuficiente conjunto probatório, não se pode dizer que o magistrado tem dúvida quando está plenamente convencido da verossimilhança dos fatos ao conceder uma antecipação de tutela, apenas porque não se ultrapassou a fase de instrução nem se está no momento final e retumbante da sentença. Ou, em suas palavras: "estar convicto de que basta a verossimilhança não é o mesmo que estar em dúvida"⁴⁵.

São dois os aspectos que Marinoni procura destacar: (i) que a disciplina do ônus da prova não atua apenas na sentença, mas no convencimento do julgador, de uma forma geral, e ao longo de todo o processo; (ii) diante do caso concreto, por vezes, a verossimilhança basta, o juiz pode reduzir as exigências de prova e a própria procura da verdade se torna dispensável⁴⁶.

No entanto, este mesmo doutrinador reconhece que, embora por vezes dispensável, e sempre utópica, a busca pela verdade é um fator de legitimação

⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição na tradição romano-canônica**, p. 114-117, *passim*.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). **Arte jurídica**: biblioteca científica de direito civil e processo civil. Curitiba: Juruá, 2006. v. 3. p. 182.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, p. 184.

da decisão judicial, preenchendo axiologicamente o processo e outorgando-lhe legitimidade e fundamentação⁴⁷.

De fato, se não acreditassem que o processo serve ao esclarecimento da verdade, as pessoas não o procurariam. Ao mesmo tempo, a conformação dos autos com os fatos, é uma ferramenta de controle da prestação jurisdicional. A respeito, já dizia Moacyr Amaral Santos que as partes são igualmente destinatárias da prova, pois precisam ficar convencidas a fim de acolherem como justa a decisão⁴⁸.

Daí que, conforme acentuam Michele Taruffo e Gian Antonio Micheli, a verdade, no processo, não é um fim em si mesma, embora seja necessário "buscá-la enquanto condição para uma justiça 'mais justa'"⁴⁹.

Na realidade, a opinião do jurista a respeito da possibilidade ou não de se obter a verdade no processo é condicionada por prévias escolhas filosóficas e epistemológicas⁵⁰.

Segundo Francesco Gentile, o direito requer a demonstração do fato, não importando tanto se esta demonstração é a verdade efetiva e material, ou apenas aproximada e simbólica. A verdade "verdadeira", no campo da superestrutura social, é um fetiche, um problema metafísico. Para ele, toda sociedade tem a sua verdade e crê em alguns métodos peculiares de prova. Se, na Idade Média, as ordálias ou juízos de Deus davam como perfeitamente provada a inocência da parte vencedora de um duelo, nossos atuais meios de prova poderão não parecer tão próximos da verdade na opinião de nossos netos⁵¹.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**, p. 254.

⁴⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 9.

⁴⁹ TARUFFO; MICHELI, A prova, p. 168.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**, p. 250.

⁵¹ GENTILE, Francesco Silvio. **La prova civile**, p. 4-5.

Ponderava Carnelutti que o processo não pode ser visto como meio de conhecimento dos fatos, mas como *uma* fixação dos fatos (subentendendo-se haver várias possíveis)⁵².

O que o autor italiano põe em relevo é que, esteja a serviço da verdade ou da probabilidade, o elemento fundamental da prova parece ser mesmo sua carga retórica.

Não se deve esquecer que são as partes que apresentam e reconstroem os fatos em juízo. Calamandrei alertava que todo ser humano é um mundo moral único e original, que frente às leis comporta-se de acordo com suas aflições e seus interesses, de maneira imprevisível e não raro desconcertante. Recorda um provérbio do Vêneto segundo o qual para ter justiça, não basta ter razão, é preciso também saber expô-la, encontrar quem a entenda e lha queira dar, e ainda um devedor disposto a pagar⁵³.

Antes de descortinar uma reencenação da realidade perante os olhos do juiz, o que as partes fazem é descrever a realidade com as tintas que lhes são mais favoráveis. O vencedor da causa, naturalmente, é quem melhor consegue carrear os meios de prova que construam a verdade mais provável⁵⁴.

É por isso que uma visão mais contemporânea do processo coloca a prova como elemento *retórico*, cujo "objetivo não é a reconstrução do fato, mas o convencimento dos demais sujeitos processuais sobre ele"⁵⁵.

Ora, em processo civil, o sentido do direito à prova é exatamente o de sustentação dos interesses e pretensões de cada parte. É garantia decorrente do direito de ação, condição de seu pleno exercício. Assegura-se o direito de adquirir as provas admitidas e de contradizer as provas apresentadas pela parte

⁵² apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**, p. 251.

⁵³ CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: **Instituciones de derecho procesal civil**: estudios sobre el proceso civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro [s.d.] v. 2. p. 261.

⁵⁴ RANGEL Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**, p. 114.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**, p. 254.

contrária⁵⁶. “De nada vale garantir às partes o direito de deduzir suas alegações se não lhes for assegurado o de prová-las em juízo”⁵⁷.

Como ressalta Eduardo Cambi, “todos os obstáculos legislativos ou judiciais que excluam a possibilidade de a parte se servir de um meio de prova considerado admissível, relevante e pertinente, entra em conflito com o direito à prova”⁵⁸. Daí porque, dentro da garantia constitucional do direito às provas (art. 5º, LV e LVI), “toda prova logicamente relevante há de ser admitida, salvo se precisar ser excluída em razão da proteção de algum outro valor considerado mais importante”⁵⁹.

Por oportuno, interessante notar que esta imposição de limites à atividade probatória, tornando certos meios de prova inadmissíveis, em razão do confronto com outros interesses (vejam-se, nesse sentido, as reservas que se põem à quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico), e consagrando um determinado momento processual para que ela aconteça, sob pena de preclusão, impõe outro hiato considerável entre verdade e prova⁶⁰.

Daí porque, a par da necessidade de se considerar a prova um direito e um meio retórico, deve-se frisar a incompletude da prova e sua conseqüente conexão com o conceito de probabilidade.

Na opinião de Ovídio Baptista da Silva, o direito moderno tende a “considerar a prova judiciária como a demonstração da *verossimilhança* da existência de uma determinada realidade”⁶¹. Citando Recaséns Siches, pondera que os conceitos de “verdade” e “falsidade” são estranhos ao domínio do direito, dentro do qual se deve observar a “lógica do razoável”, diferente da lógica das ciências naturais⁶².

⁵⁶ RANGEL Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**, p. 70.

⁵⁷ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 167.

⁵⁸ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**, p. 19.

⁵⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**, p. 33.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**, p. 253.

⁶¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**, p. 276.

⁶² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**, p. 276-277.

Para Manuel de Andrade, o grau de probabilidade fornecido pela prova é suficiente para as necessidades práticas da vida⁶³.

E a qual necessidade prática a prova atende? À fundamentação da decisão judicial que, como dito no início deste artigo, extrai da prova a força de acreditação de que precisa.

A visão do juiz é demarcada pelo que é alegado e provado. Por conta disso, não pode ele simplesmente dar razão a quem queira, mas à que melhor consiga, com os meios técnicos apropriados, demonstrar que a tem⁶⁴.

A limitação da atividade jurisdicional, atrelando decisão a prova (art. 131, do CPC), ou, ao menos, a alguma motivação (art. 93, IX, da CF), é mais no sentido de que uma deve servir à fundamentação da outra, e não de uma como reveladora da verdade necessária à outra – embora, como já dito, este horizonte utópico deva ser um norte ao juiz e parâmetro para as partes.

Aliás, a necessidade de fundamentação da decisão do magistrado sobre a prova põe em relevo o componente deveras subjetivo que envolve sua análise. Não são raros os casos em que uma prova parece exauriente ao juízo de primeiro grau e é considerada insuficiente pelo tribunal, e viceversa⁶⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A prova serve à demonstração dos fatos alegados em juízo, servindo sua distribuição como justificadora da decisão desfavorável à parte que não comprova o que alega. Além de servir como regra de julgamento, a disciplina do ônus da prova serve ao andamento do processo, já que é possível sua inversão em audiência preliminar.

2. A atividade probatória do juiz, embora reconhecida e até encorajada, não pode subtrair o direito das partes de se manifestarem sobre o material

⁶³ apud RANGEL Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**, p. 32.

⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego, p. 262.

⁶⁵ GENTILE, Francesco Silvio. **La prova civile**, p. 8.

colacionado aos autos, sob pena de violação do contraditório. Tal regra, reconhecida por ordenamentos europeus, consta no projeto do novo CPC.

3. Para alguns, a prova deve ser produzida por quem tenha melhores condições, como meio de se chegar à verdade objetiva e a um processo mais justo. Há, por outro lado, os críticos, que lembram a garantia de não se produzir prova contra si mesmo.

4. A distribuição do ônus da prova sob o argumento de cooperação processual merece alguma reserva, tendo em vista a origem anglossaxônica do princípio e dos cuidados que seu transplante requer ao sistema processual romano-germânico.

5. Diversos fatores, como o exacerbado número de causas, os avanços das provas científicas e os limites das provas emprestadas, tornam mais complexo o fenômeno probatório, requerendo uma habilidade cada vez maior do juiz para gerenciar o acervo de evidências.

6. A concepção clássica atrela prova à descoberta da verdade. Isto é questionado pela grande carga retórica que carregam, pois servem, antes de tudo, à fundamentação da versão das partes.

7. Contribuem ao hiato entre verdade e prova as presunções, a revelia, os fatos sobre os quais se dispensa prova e aqueles cujas provas são inadmissíveis por violar outros direitos constitucionais.

8. Não obstante, a conexão entre prova e verdade serve à legitimação da decisão judicial e do próprio processo.

9. Ainda, forçoso admitir que o sistema processual empresta pouca força às decisões baseadas na verossimilhança, tidas como provisórias, quando comparadas à virtual imutabilidade da sentença, dentro de um binômio conhecimento-execução que se encontra em franca via de superação.

10. De todo modo, a correlação entre verdade e prova permite o controle da atividade jurisdicional pelas partes e interessados, diante da exigência de motivação das decisões judiciais de acordo com o conteúdo dos autos. Eis aqui a função primordial da prova, que é a motivação do julgamento.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: **Instituciones de derecho procesal civil**: estudios sobre el proceso civil. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro [s.d.]. v. 2.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report). In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. **Fundamental guarantees of the parties in civil litigation**. Milano: Giuffrè, 1973.

DAMASKA, Mirjan. R. **The faces of justice and State authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986.

GENTILE, Francesco Silvio. **La prova civile**: commento agli artt. 2697 a 2739 del codice civile. Roma: Jandi Sapi, 1960.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della 'terza via'. **Rivista di Diritto Processuale**, anno 65, n. 4, p. 826-848, luglio-agosto 2010.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). **Arte jurídica**: biblioteca científica de direito civil e processo civil. Curitiba: Juruá, 2006. v. 3. p. 181-193.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MORELLO, Augusto M. **Dificultades de la prueba en procesos complejos**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 4.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2000.

TARUFFO, Michele; MICHELI, Gian Antonio. A prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 155-168, out./dez. 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4.

CAPELOTTI, João Paulo. Prova no processo civil: entre a verdade e a probabilidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SILVA, Cesar Antonio da. **Ônus e qualidade da prova cível** (*inclusive no Código do Consumidor*). Rio de Janeiro: Aide, 1991.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1991. v. 1.

_____. **Jurisdição e execução na tradição na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1996.