

A PROVA SOB O PONTO DE VISTA FILOSÓFICO

*Daniel Moura Nogueira**

SUMÁRIO

1.0. Introdução 2.0. Noções Gerais Sobre a Questão “Prova 3.0. Classes de Verdades 3.1. Primeira Classe: Verdades que não necessitam ser provadas 3.1.1. Verdades da Razão Pura 3.1.2. Verdades Manifestas da Intuição dos Sentidos 3.2. Segunda Classe: Verdades que exigem Provas 3.2.1. Verdades de Demonstração 4.0. Como chegar ao Conhecimento de certas Verdades 5.0. Origem da Prova 6.0. Prova Nn Direito Brasileiro 6.1. Conceito de Prova 7.0. Objeto da Prova e Fato Notório 8.0. Conclusão 9.0. Bibliografia.

1.0 INTRODUÇÃO

Uma vez a proibição da tutela privada, (como nos primórdios em que vigorava o velho adágio “*olho-por-olho, dente-por-dente*”), o Estado avocou para si o comando, a direção da solução dos conflitos que surgiam (e surgem) entre os membros de uma comunidade organizada.

Doravante, passa a ser um terceiro ente responsável em dizer quem e qual pólo antagonístico está a merecer a pretensão ou a outorga do direito invocado.

Destarte, impossível tal ofício sem conhecer com percuciência o conflito – a divergência dos dois pólos.

Conhecimento este, que levou obrigatoriamente o ente estatal a organizar sua tarefa para não pender nem para um nem para outro lado dos dois pontos conflitantes, o que levou, também, a determinar atitudes no sentido de averiguar, investigar a verdade das afirmações das partes em conflito, já que o que se prova é a existência da verdade sobre o fato alegado, como será vista no decorrer deste trabalho.

Ante tal circunstância, caminhos terão que ser seguidos a fim de se chegar a uma solução lógica, justa e real com o desiderato último de pacificar a relação conflitante e, a isso se dá o nome de instrução processual.

* Graduado em Direito pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha de Marília-SP. Pós graduado - Especialização - em Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá – UNIC. Especializando em Direito Civil - Direitos Individuais Homogêneos, Difusos e Coletivos, pela Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso - Cuiabá, em parceria com a PUC-SP. Advogado em Sinop - Mato Grosso – Brasil. E-mail: advdanog@vsp.com.br

E, justamente dentre esses caminhos, temos e podemos dizer o mais importante, é o de averiguar as afirmações, as alegações das partes, perante o ente estatal, sendo que esta averiguação consiste na instrução da demanda, onde abre oportunidades para as partes apresentarem suas argumentações com o objetivo de convencer o destinatário, da verdade daquilo postulado, uma vez que o terceiro ente não tem a capacidade onisciente nem onipresente para conhecer do conflito, até pelo fator de ser este terceiro representado por um ser igual aos entes conflitantes, e não um ente mecânico.

Em suma, duas razões há para que justifique a exigência da norma a uma persuasão profunda acerca dos conflitos, ou seja, a) o surgimento da controvérsia sobre um interesse disputado por dois pólos; e b) a obrigatoriedade do ente estatal (responsável e investido de poder para solucionar os conflitos) na busca aprofundada sobre a verdade das afirmações.

No presente trabalho cumpriu-nos um breve comentário acerca da prova, porem, num âmbito mais periférico, ou seja, não adentrando nas situações propriamente da prova, ou dos meios e formas da prova no direito.

Dessa forma, preferimo-nos ater, mesmo que a título superficial, no âmbito da filosofia, ou melhor dizendo, dos porquês da prova, o que se prova, diante do destinatário interessado em saber de situações, eventos, fatos etc, de um conflito entre pessoas.

Por que no âmbito filosófico? Primeiramente vemos que para tudo o que se busca, tudo o que se questiona na natureza e em seus ramos, há em primeiro passo uma indagação, um questionamento, o que se busca?... O que se prova? Para todo e qualquer pleito, há sempre uma pergunta. Segundo, em face de que a filosofia é o estudo da sabedoria, é a busca das coisas por suas últimas causas.

“É precípua da filosofia a missão de perscrutar ‘a natureza profunda das coisas, suas causas supremas e seus fins derradeiros’”.¹

2.0 NOÇÕES GERAIS SOBRE A QUESTÃO “PROVA”

¹ Cfr. R. Jolivet, “Curso de Filosofia”, *apud* Benedito Motta, “*Filosofia e Historia do Direito*”, Coleção Jurídica JB, 1976, p.15.

Quando se fala em prova de fator oriundo de discórdia, desavenças entre pessoas, de imediato vem à mente humana algo relacionado à confirmação de determinada alegação, daquilo que se afirma contra alguém.

Há doutrinadores que ensinam, quanto ao âmbito da prova jurídica, que se refere à existência de fatos. Outros que, o que se busca é a prova do próprio fato.

Aqui para um breve enfoque geral sobre o tema *prova*, e não apenas no âmbito jurídico processual, mas como um instituto universal à disposição da sociedade que, apenas pelo fato de viver em grupo, a disparidade, os desacertos fazem parte da natureza desse convívio, temos que quando se fala em prova, automaticamente, o faz em face de algo passado, de situação, evento, fato já ocorrido.

Olhando por esta óptica, temos que o destinatário da prova, i. e. o ente a quem pretendemos afirmar algo a nosso favor, não terá a onisciência, nem a onipresença de estar junto ao fato ou evento, ou de voltar ao passado e ver como e o que ocorrera, (missão que não enquadra na natureza humana).

Porquanto, necessário se faz ao interessado usar de meios, manobras lícitas com o objetivo de persuadir o destinatário das informações sobre o ocorrido.

Destarte, uma vez o destinatário das informações prestadas pelo interessado não tendo as qualidades ou os poderes supra, nem mesmo participara do evento, (e mesmo se tivesse participado ou presenciado estaria em posição de impedimento ou suspeição de ser o destinatário da informação), necessitará saber se as afirmações trazidas são ou não verdades.

Ora, mesmo que afirmo algo a alguém com o escopo de obter determinada vantagem, posso estar desvirtuando a informação do conteúdo principal, *a verdade*.

Diante disso, nenhuma conclusão há chegarmos senão de que o que prova é verdade daquilo que se afirma; ou a verdade da existência de um fato, de um evento, uma situação, enfim.

Não podemos ficar naquela visão pequena e sem qualquer extensão da natureza da prova, ou como alguns doutrinadores onde defendem, (*data vênia*) que, o que se prova são os fatos ², outros o que se prova é a existência dos fatos ³.

O próprio código do processo civil admite tal assertiva no artigo 332, quando reza na parte final a oração "... provar a verdade dos fatos...". Porém, se equivoca quando se refere sobre provar fatos no artigo 334, deixando-o claro que a prova, ali, se refere a fatos.

Tal idéia é asserto até mesmo no direito estrangeiro, como vemos do artigo 2.697 do Código Civil italiano, onde dispõe, *verbis*: "chi vuol far valere un diritto in giudizio *deve provare i fatti* che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto *deve provare i fatti* su cui l'eccezione si fonda".⁴

Devemos diante dessa visão fechada das diversas culturas jurídica, aprofundar mais na busca da realidade da natureza da prova sobre aquilo que se afirma, podemos concluir, então, como retro, que o que se prova é a verdade de tudo que se pretende expor em juízo.

Dos fatos, o destinatário soube ou fora informado que existiram. Porém, não se sabe se é objeto de verdade ou falsidade.

Portanto, provando a existência, a ocorrência ou o que fora dito etc, conclui-se que se trata de verdade, logo procedente o pleito almejado. Caso negativo, serão falsas/inverídicas as alegações. Tidas, assim, como não provadas.

Podemos citar um exemplo para melhor elucidar: o autor demonstra em sua petição inicial que o requerido não detendo ante a placa *pare* de uma preferencial, abalroou seu veículo, resultando prejuízos de alta monta, sendo objeto de pedido de condenação em reparação de danos.

² Cfr. Humberto Theodoro Júnior, onde assevera que "... o processo de conhecimento tem como objeto *as provas dos fatos* alegados pelos litigantes". "*Curso de Direito Processual Civil*", vol.1, Forense/1996, p. 413, (itálico nosso). Ainda, Moacyr Amaral Santos, Comentários ao CPC, Vol 4, Forense, 1982, p.32.

³ Cfr. Ovídio Batista, para quem "no domínio do processo civil, onde o sentido da palavra prova não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para *demonstrar a existência dos fatos* formadores de seus direitos. Diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador *da existência do fato* que se pretende provar...". "*Curso de Processo Civil*", vol. 1, RT/1998, nº14, p. 337, (itálico nosso).

⁴ Cfr. Codice Civile D'Italia, org. Franchi Feroci e Ferrari, Milano, Hoepli, 2004, (nossa tradução livre: quem quer fazer valer um direito em juízo deve provar os fatos que constituem a base disto. Quem contesta a ineficácia de tais fatos ou contesta que o direito é modificado ou extinto deve provar os fatos nos quais a exceção se funda) (itálicos do texto são nosso).

Ora, no exemplo citado, se concluído pelo juízo do magistrado que as afirmações de o réu não ter respeitado o sinal *pare, são verdades*, através dos meios de provas admitidas, não de ser procedentes os pleitos do autor.

Nesse caso, o magistrado não irá perquirir se o acidente houve ou não, irá, sim, perscrutar se as assertivas do autor de que se encontrava na preferencial e que o demandado não a obedeceu, ocasionando o dano, são verdadeiras ou falsas, (pois, ninguém por mais ingênuo que seja pleiteará algo ou afirmará situação inexistente por completo). Quiçá, for o inverso!

Já ensinava Finney, que as investigações procedidas pelo homem seguem em direção da pressuposição “da existência e validade de nossas faculdades e da credibilidade do testemunho inequívoco delas”.⁵

Uma vez demonstrado que o cerne da prova se trava em ser verdade ou falsidade do alegado, vemos importante tecer pequeno circunlóquio a respeito desse tema *verdade*, a fim de melhor entendermos a função da prova em nossas afirmações no dia-a-dia.

3.0 CLASSES DE VERDADES. ⁶

Como o visto retro, temos por prova a instrução, a forma, a maneira pela qual se chega a conhecer as verdades ou apenas acreditar em sua existência. Por isso, temos que entender que esse instituto se ramifica em suas variadas classes, levando-se em consideração que existem verdades que necessitam ser provadas, ao passo que, ante a natureza humana, há verdades que não necessitam de prova.

Assim, temos a) verdades que não precisam ser provadas; e b) as verdades que exigem provas.

Aristóteles já ensinava que os meios de prova eram divididos em “*independentes da arte* – ‘as que não foram fornecidas por nós, mas que já preexistiam, por exemplo, os testemunhos, as confissões escritas e outras de igual espécie – ou *dependentes da arte*.”

⁵ Charles Finney, “*Finney’s Systematic Theology*”, traduzida ao português com o título “Teologia Sistemática”, 1ª edição, Rio de Janeiro/2001, CPAD Editora. p. 27.

⁶ Explanção extraída com base na obra de CHARLES FINNEY, “*Finney’s Systematic Theology*”, traduzida ao português com o título “Teologia Sistemática”, 1ª edição, Rio de Janeiro/2001, CPAD Editora.

‘Quanto às primeiras, basta que nos utilizemos delas; quanto às outras, precisamos de as encontrar’”.⁷

Vemos com isso, que esta última classe pertence às verdades que exigem provas, como ensina Finney, onde Aristóteles asseverava que dependem da arte e, essa arte é justamente a argumentação para provarmos a verdade daquilo que afirmamos.

3.1. Primeira Classe: Verdades que não necessitam ser provadas

“A mente humana é constituída de tal forma que, por meio de leis próprias, percebe, reconhece ou conhece algumas verdades sem testemunho externo. Ela toma conhecimento direto dessas verdades, e só pode ser assim”.⁸

Essa classe de verdades se subdivide em a) verdades da razão pura, onde são intuições dessa faculdade, e b) verdades da sensação, sendo intuições dos sentidos do ser humano.

3.1.1. Verdades da Razão Pura

As verdades *manifestas das intuições* da razão são verdades percebidas, deduzidas e confirmadas diretamente da razão.

São evidências da razão do ser humano, apenas as evidências contidas na razão. Por exemplo, juízo matemático.

Conclui-se com isso que essa verdade não se aplica às questões da relação do ser humano na justiça, bem como, que não é alcançada por intermédio de argumentação, pois, “a mente só as conhece em virtude de leis próprias, pressupondo-as e intuindo-as diretamente, sempre que apresentadas”.⁹

Conforme o já exposto, vemos que esta verdade é pressuposto necessário e universal, esteja ou não no pensamento diretamente, seja ou não objeto de atenção específica da mente, de qualquer forma é pressuposto, é necessária no âmbito universal.

⁷ Aristóteles, “*Arte e retórica e arte e poética*”, *apud*, Maria Francisca Carneiro e outros, “*Teoria e Prática da Argumentação Jurídica – Lógica e Retórica*”, Juruá/1999, p. 123.

⁸ Finney, *op. cit.*, p. 27.

⁹ Finney, *idem*, p.29.

O grande teólogo a que baseamos este item nos traz um exemplo, a propósito, *verbis*: “suponham que a proposição em palavras jamais viesse à mente: ‘todo efeito deve ter uma causa’. Ainda assim, a *verdade* está ali em forma de um *conhecimento absoluto*, uma pressuposição necessária, uma afirmação *a priori*, e a mente defende isso com tamanha força, que é totalmente incapaz de dispensar, esquecer ou nega-la na prática”. Ainda: “agimos a cada momento, julgamos, raciocinamos e cremos na pressuposição de que cada efeito precisa ter uma causa, mesmo assim, não temos consciência de pensar nessa verdade nem pressupô-la, até que algo nos chame a atenção para ela”.¹⁰

São verdades *a priori*, vem ao subconsciente bem antes de pensarmos sobre o assunto, em razão da necessidade interna do espírito do ser humano, por isso não há ser provada e nenhuma argumentação consegue convencer de tal verdade.

Conclui-se com isso, que as verdades que não exigem provas, oriundas da razão com *priori*, cravam tão profundas na mente do ser humano que talvez nem apareçam diretamente no pensamento consciente, mas mesmo assim, a razão humana já as conhecem de forma tão absoluta, certa, que nunca e jamais consegue esquecer ou negar na prática, da mesma forma que não consegue ou negar a existência da própria mente que está a discutir a questão.

Por isso, não há argumentar com alguém que questione as verdades *a priori* da razão e exija prova delas.

Saindo um pouco da filosofia do instituto *prova e verdade*, mais ainda no âmbito das verdades da razão pura, e, olhando à realidade fática de casos concretos, temos que nosso Código de Processo Civil prevê as situações supra, especificamente no art. 334, onde transcrevo, *verbis*: Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Vemos ser um absurdo tentar provar as verdades *primeiras da razão*, pois, na qualidade de ser humano já as conhecem absolutamente e se não as conhecer, não há meio possível de colocá-lo em posse dela, é, então um ser humano desprovido da firmeza da mente, ou seja, uma pessoa incapaz por desvios mentais oriundos de qualquer patologia,

¹⁰ Idem, p.30, (itálicos no original).

sendo tratado pelo direito como incapaz, sujeitando aos institutos da tutela ou curatela, conforme o caso.¹¹

Se em determinado momento da instrução processual surgir uma luz direcionada para classe das verdades *primeiras da razão*, há reputar que a natureza da verdade seja a preclusão, i.e. sendo verdade a existência da afirmação em juízo, essa verdade é a interdição de toda controvérsia.

Por fim, não podemos negar em hipótese alguma essa verdade *a priori da razão*, pena de negarmos a validade de nossas faculdades.

Entendo como recomendável diante dessa teoria e, enfrentando a instrução probatória da controvérsia, perquirir se a questão não é o caso dessa classe de verdade.

Conclui-se assim, que as afirmações de verdades dessa classe “ficam no âmbito de nossa experiência, ou seja, todos os nossos exercícios e estados mentais são verdades manifestas para nós. Não precisamos prová-las”.¹²

3.1.2. Verdades Manifestas da Intuição dos Sentidos

Vemos que o sentido percebe sensações internas no ser humano e uma vez presente encaminha-as à esfera da consciência,¹³ logo, são expedientes internos do ser humano para seu próprio sentir.

As verdades manifestas da sensação ou da intuição dos sentidos para nosso trabalho não têm qualquer interesse, pois, se trata da pessoa para com sua própria consciência.

Outrossim, por aqui se tratar de prova relativamente à eventos ocorridos entre os membros de uma sociedade, com o desiderato de solucionar a controvérsia existente pelas alegações do autor e resistência do réu, ambos asseverando ser detentor da razão, onde só e apenas com a prova da verdade é que o julgador chegará a quem pertence a procedência.

Aliás, não descartamos a hipótese da presença dessa manifestação da intuição dos sentidos ou de suas sensações, dentro do processo lógico de averiguação de verdades, diante de uma controvérsia, porém, não no momento da própria investigação em si, mas após sua conclusão (após a oitiva de testemunhas, perícias, documentos etc), quando o

¹¹ Cfr. Finney, op. cit. p.28 e 31.

¹² Finney, op. cit. p. 33.

¹³ Idem, p. 37.

magistrado terá a livre apreciação das provas, procedendo a um juízo de valor (*axioma*) e conferindo o valor que entender merecer cada caso, conforme arts. 131, parte “a” e 436, do CPC.

3.2. Segunda Classe: Verdades que exigem provas

A afirmação de eventos pelos quais a mente humana, como dito retro, não consegue, por sua própria natureza, crer sem que haja qualquer argumentação, mecanismos eficazes de se chegar ao que chamamos persuasão, refere-se à verdade que exige prova.

Ocorrem eventos, fatos na vida humana que a trajetória da marcha natural é interrompida, colocando o indivíduo em posição negativa da vida como, v.g, um fato danoso que causou prejuízo de alta monta, uma acusação que entende ser falsa, em fim...

Tais situações têm sua existência, e tal existência encontra-se provada pelo próprio fato de existir.

Porém, para que o sujeito prejudicado na relação recorra a alguém capaz de dirimir a celeuma, necessário se faz a *demonstração da verdade das afirmações apresentadas*, pelas quais entende ter razão.

Por isso, vemos que essa verdade necessita, exige ser provada a fim de conseguir algo que pleiteia junto ao destinatário das informações acerca do evento danoso.

Temos como ensina o Teólogo Finney, que essa classe de verdades se subdividem em a) *verdades de demonstração* e b) *verdades prováveis e possíveis*.

Porém, tentaremos expor apenas sobre as verdades de demonstração, uma vez que são as que a sistemática do instituto da prova usa, ou se enquadra na solução dos conflitos entre os cidadãos de uma sociedade, em busca de elucidação daquilo que as partes antagônicas buscam no processo, sendo cada qual em um pólo, e ambos argumentam estarem com a razão.

3.2.1. Verdades de demonstração

São tão precisas que possuem a mesma potencialidade das verdades da razão, onde a própria inteligência conclui-se que jamais não serão verdades. Porém com um diferencial,

consistindo em que a mente humana não chega a qualquer conclusão por si só, necessitando de argumentação.

Diferem das verdades que não necessitam de provas, oriundas da razão, pelo ponto em que lá nenhuma argumentação consegue alcançá-la. Aqui necessário se faz argumentar para chegar à verdade, mediante processo lógico.

Vemos que essa argumentação a que se refere, trazendo ao sistema processual, é justamente a instrução processual no âmbito da previsão legal, para os meios admitidos.

Nessa classe de verdades (que exigem provas) o juízo do julgador não deve descansar enquanto não demonstrada eficazmente para, assim, poder emitir um juízo de valor acerca daquilo apresentado para julgamento, pena de não poder apreciar o mérito, ou se apreciar haverá de julgar por improcedente o pleito almejado pelo autor, ou as argumentações de defesa por parte do demandado.

Em outras palavras, não estando robustamente provada a verdade das alegações do autor ou do réu, o juiz não poderá se dar por satisfeito quanto à procedência do pleito (tanto do autor quanto do réu).

Como ensinava Finney, nesse âmbito de verdades “a mente, por leis próprias, não descansará a menos que sejam demonstradas”.¹⁴

Exsurge desse entendimento que à essa classe de verdades pertence sistema de solução dos conflitos existentes na sociedade, para solução das lides postas em juízo nos moldes de demandas de cognição, uma vez que os interessados tentam convencer o destinatário da prova (Estado/juiz) da verdade através da argumentação, usando, em casos concretos os meios admitidos pela norma de cada Estado/Nação.

Diante dos casos de verdades não manifestas (as que exigem provas), a parte interessada apenas anunciar (alegar) e não provar, olhando pelo prisma filosófico do tema, não apenas sofrerá o ônus, como também atentará contra a dignidade da própria justiça.

4.0 COMO CHEGAR AO CONHECIMENTO DE CERTAS VERDADES

¹⁴ Finney, op.cit. p. 33.

Uma vez verificado que o que se prova é a verdade das alegações, temos que para se chegar a essa verdade, necessária a atuação dos entes envolvidos a promover a justiça.

Com isso conclui-se que às partes incumbe o ônus de trazer ao juízo a prova da verdade; já ao magistrado a tarefa da valoração das alegações dos interessados com efeito de provar a verdade.

Portanto, vemos que a busca da verdade relativamente a elementos apresentados por interessados em fazer justiça consiste em um circuito de atividades por entes designados pela Lei.

Moacyr Amaral Santos em seus ensinios sobre prova, deixa claro o pensamento supra, ou seja, no sentido de que a verdade que se busca consiste na atuação das partes trazendo os elementos probatórios, no exame desses elementos e na “estimação e ponderação (avaliação) desses elementos”, e esses dois últimos, são ofícios do magistrado.¹⁵

Isso leva o insigne jurista a definir a avaliação como “processo intelectual destinado a estabelecer a verdade produzida pelas provas”.¹⁶

Sem prejuízo das atividades das partes, vemos que uma das funções do Estado/juiz consiste também na busca da verdade dentro do processo, para isso, abre dilação a fim de as partes interessadas produzirem suas provas com o escopo de evidenciar como verdadeiras suas alegações, afirmações etc.

Assim, em falando de provar a verdade das afirmações sobre fatos, eventos etc, já após o exercício do ofício das partes, levando-se em consideração as funções e as atividades intelectuais do julgador, conforme supra, vemos que necessário se faz trazer à tona a existência da distinção entre a mente (de quem estamos convencendo da verdade) ter conhecimento de uma verdade, e ter conhecimento de que a conhece (a própria mente)¹⁷.

Será que o julgador conhece a própria mente ou o próprio juízo para uma axiologia quanto à explanação, a demonstração ou ao trabalho intelectual de uma verdade?

Para que o julgador possa dar o valor que entender merecer a prova (CPC, art. 131), necessário se faz à presença da autoconsciência, e auto consciência nada mais é que o reconhecimento que a mente faz de si mesma.¹⁸

¹⁵ Comentários ao Código de Processo Civil, vol.VI, Forense/1982, p 11, (observação nossa).

¹⁶ Moacyr A.Santos, op.cit. p 11.

¹⁷ Cfr.Finney, op. cit.

¹⁸ Finney, op. cit. p.36.

Vemos com isso que ao juiz cabe, na investigação das provas da verdade, bem como, no juízo de valoração com o objetivo de promover a justiça entre as partes conflitantes, “perceber ou conhecer a si próprio: sua existência, atributos e estados, com os atributos de liberdade ou necessidade que caracterizam tais atos e estados”¹⁹, com o fim de poder atender e preencher os requisitos do princípio do livre convencimento motivado.

O magistrado na função espiritual de valoração das provas das verdades deve estar intrinsecamente bem consigo mesmo, ou com o próprio espírito, a fim de chegar ao conhecimento da verdade a que as partes argumentam.

Com tudo isso, queremos dizer que o julgador é, como assevera Amaral Santos, “soberanamente livre quanto à indagação de verdade e apreciação das provas”²⁰, porém, não o deva ser (soberano) com vista à se sentir, em seu espírito, seu ego, tão suficiente a ponto de desprezar, como dizia o processualista Alemão, Goldschmidt, “as máximas da experiência, quer dizer os julgamentos empíricos da vida, do comércio, da indústria, da arte, que servem como proposição maior na apreciação dos fatos, seja para comprova-los, seja para caracterizar sua submissão à norma jurídica”.²¹

Conclui-se com isso que o magistrado deva encurvar-se ante a fragilidade do ser humano enquanto matéria, e admitir o emprego das experiências da vida, na seara da apreciação que envolva seu espírito, com o desiderato de conhecer a verdade sobre aquilo que as partes argumentam e esforçam convencer o juízo, bem como, com o escopo maior e soberano, o de fazer justiça, que constitui uma missão árdua ante as teses e antíteses apresentadas pelas partes conflitantes, as quais fundamentadas.

E, acima de tudo isso, com relação ao estado espiritual do magistrado em apreciar e valorar as provas deva ter em mente um temor para com o ser supremo que a tudo vê e conhece, Deus.

Como dizia J.J. Rousseau, “Toda justiça vem de Deus, só Ele é a sua fonte; mas, se soubéssemos recebe-la de tão alto, não teríamos necessidade de governo e de leis...; mas, para ser admitida entre nós esta justiça, deve ser recíproca”.²²

¹⁹ Idem, p.36.

²⁰ Moacyr A. Santos, Comentário citado, p. 13.

²¹ James Goldschmidt, “*Direito Processual Civil*”, Tomo I, traduzido ao português, Bookseller/2003, p. 300.

²² Jean-Jacques Rousseau, “*Do Contrato Social*”, tradução Vicente Sabino Jr., Ed.CD.2001, p.59.

Da mesma forma dizia Chiovenda, quando delineou os princípios relativos ao processo de conhecimento na Itália, com base no direito germânico, que *“Il germânico serba il carattere del processo primitivo, sorto nella storia como mezzo di pacificazione sociale, inteso più che a decidere, a dirimere le controversie, facendo dipender la soluzione non dalla coninzione del giudice, ma per lo più dal risultato di solenni esperimenti in cui il popolo ravvisa la manifestazione di un ente superiore e imparziale, la divinità”*.²³

Chiovenda queria dizer com isso, (olhando ao direito germânico), que o direito deva conservar o caráter do processo primitivo, através da história como meio de pacificação social, entendendo mais que decidir, resolver as controvérsias, não servindo para a solução, do convencimento do juiz, mas, para um resultado maior com experiências solenes nas quais as pessoas reconhecem a demonstração de um ser superior e imparcial, a divindade, DEUS.

5.0 ORIGEM DA PROVA

Olhando para uma realidade social e da natureza do ser humano, vemos que a partir do momento que existe ajuntamento, aglomeração de gentes em torno e formando uma sociedade, mesmo que não organizada, mas simplesmente pelo fator grupo, já há falar no instituto *prova*.

O ser humano, por sua índole, e até mesmo por ser algo ínsito em sua própria natureza, impregnado em seu espírito, não admite estar errado, ou que cometera algo que não deveria.

Isso leva a crer que diante de qualquer acusação ou afirmação contrária à sua vontade, o primeiro comando que surge do intelecto é uma autodefesa, sendo que nessa autodefesa o primeiro expediente é o de provar o contrário daquilo que lhe prejudica.

Digo isso, para chegar à conclusão que tal expediente – comportamento, existe desde que surgiu o homem na face da terra com consciência, a fim de se esquivar dos seus erros e provar inocência.

²³ Giuseppe Chiovenda, *“Principii di Diritto Processuale Civile”*, Nápoli, Jovene Editore, 1965, p. 1.

A primeira tentativa de se esquivar do erro e de isentar-se de culpa, utilizando o expediente *prova*, vemos a figura de Adão no Jardim do Éden, quando apresentou argumentos a Deus para repassar a responsabilidade e culpa à mulher, conforme Gênesis Capítulo 3, versículo 12.

No âmbito da legalidade (direito positivo), ensina a Juíza Luciane Cardoso, “A evolução das provas judiciais acompanham a história do direito”, o que leva a concluir que a prova “é reputada antiqüíssima, podendo-se afirmar que, provavelmente, exista desde que o homem deixou de fazer justiça por si só”.²⁴

O Jurista italiano, Alessandro Giuliani, fazendo uma retrospectiva histórica, assevera que a prova utilizada entre os povos a título de argumentar algo é desde o período clássico, onde as primeiras anotações às questões que necessitavam da prova, foram estudadas entre os séculos V e I a. C., na Grécia.²⁵

Naqueles moldes grego, relata a história, o instituto da prova apresenta-se na lógica da argumentação atuando sobre a questão dúvida, acerca de probabilidade, e não em face de algo óbvio – evidente.²⁶

Usavam a retórica, como uma ramificação da dialética e, esta por sua vez, ligada à logicidade do provável e do verossímil, onde aquilo que é provável ou quase verdade (verossimilhança), é aceito como suficiente pela massa universal, logo aceito como provada a questão pelo destinatário da prova.²⁷

Como estamos esboçando sobre a origem da prova, pareceu-nos interessante reportarmos aos estudos de Aristóteles, filósofo que se dava por satisfeito, no âmbito da prova, apenas com a demonstração necessária.

Esse famigerado filósofo, em suas escritas da *Arte e Retórica e Arte Poética*, deixa evidente a prova como uma espécie de demonstração, para quem “a nossa confiança é tanto mais firme quanto mais convencidos estivermos de ter obtido uma demonstração”, ainda afirma que “o que se passou, devido à obscuridade que o envolve, requer particular investigação da causa e da demonstração”.²⁸

²⁴ Luciane Cardoso, “*Prova Testemunhal – Uma Abordagem Hermenêutica*”, LTR/2001, p. 23.

²⁵ Alessandro Giuliani, “*Il Concetto di Prova – Contributo Alla Lógica Giuridica*”, *apud*, Luciane Cardoso, *Prova Testemunhal*, op. cit. p. 24.

²⁶ Luciane Cardoso, op. cit., p. 24.

²⁷ Luciane Cardoso, op. cit., p. 24.

²⁸ Aristóteles, “*Arte e retórica e arte e poética*” cit. p. 124,

Enfim, falando de origem da prova, temos que nos primórdios não havia, até por óbvio, critérios, técnicas para verificação de verdades, a fim de solucionar os conflitos, como nos informam os historiadores, os métodos seriam rudes e com base na experiência (empiricritismo).

Influenciados pela religião, os operadores do direito na solução de um conflito onde necessitava da apuração da verdade da controvérsia utilizavam (e cremos que seria o único disposto) o método de invocação Divina, como os juízos de Deus (as ordálias), o juramento e o duelo.

Nesses *Juízos de Deus*, que eram as famosas Ordálias, vemos que as atividades consistiam em medias dilaceradoras, como “prova pelo fogo”, a “prova de bebidas amargas”, a “prova das serpentes” a “prova da água fria” etc. ²⁹

Após esse período cruel das formas de se chegar à verdade vemos, baseado na história, um marco interessante consistindo na abolição desses juízos baseados em imaginações, em falsas crenças, e na falsa idéia de que o juízo partia de Deus, o qual se dera no século XIV, onde a mente humana se despertou para algo com mais sentido, descobriram, então, o uso da prova por meio de testemunhos.

Doravante, a partir do século XVI até nossos dias, surgiu no intelecto dos operadores do direito a experiência com outros métodos, que, juntamente com a prova testemunhal, nasce a prova pericial, documental, a confissão e o interrogatório.

Para o mundo atual, quero dizer, pós-modernismo, a questão prova, como também outros institutos processuais, criaram corpo e forma como ciência jurídica a título de direito processual, depois de algum tempo, como assevera Cândido Rangel Dinamarco, colocando como termo inicial os escritos de Von Bülow, na Alemanha, no ano de 1868. ³⁰

Dinamarco escreve que antes dessa obra “as normas do processo eram feitas segundo ditames exclusivamente práticos e estudadas pelo critério meramente exegético, à moda dos velhos praxistas, não havendo uma construção segura dos institutos processuais e muito menos uma coordenação harmoniosa entre eles, os quais eram geralmente tratados por romanistas e civilistas ... não havia maturidade

²⁹ Cfr. João Batista Lopes, “A Prova no Direito Processual Civil”, RT/2002, p. 20/21.

³⁰ Dinamarco, “Fundamentos do Processo Civil Moderno”, Tomo I, MLheiros/2000, p. 40.

suficiente dos estudos, para compreender que não são de direito material institutos como o da prova...”.³¹

No direito italiano, do qual o nosso espelha (tendo em vista origem de boa parte de nosso sistema processual), vemos que a matéria probatória, dentro do sistema processual, teve marco inicial, aproximadamente no ano de 1830, onde inicia a codificação processual civil através da “*Lei de Ajuizamento em Negócios e Causas de Comércio*”, onde teve sua gênese inspiradora na doutrina francesa, o que, como esclarece a história, na área do direito probatório, cita em especial a doutrina dos escritores sobre o tema *prova*, Mittermaier e Bonnier.³²

Vemos que o antigo direito processual – e aí encontra-se embutido o direito probatório – italiano, (como um panorama de origem da prova dentro do sistema processual como um todo) fora marcado onde houve sua evolução por várias fases: a) período da escolha exegética. Oriunda do doutrina francesa, consistindo em comentários e questionamentos com objetivos a interpretar os comando ínsitos no código; b) período das teorias particulares. Período de passagem de etapas do direito processual, do seu nascimento para o código de 1865, onde os institutos de direito processual são estudados de *per se*, ou seja, a busca dos princípios referentes a cada instituição em particular; c) período da teoria geral do processo de conhecimento. Aí o espírito de interpretação torna-se propenso, predisposto peremptoriamente para forma dogmática dos institutos, operando a influência da doutrina alemã em substituição da francesa.³³

Esse período (*da teoria geral do processo de conhecimento*), houve graças ao estudioso Chiovenda, como seu criador, tendo origem em suas obras, “*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*”, Nápoli, Editore Jovene, 1923; e *Principii di Diritto Processuale Civile*”, Nápoli, Editore Jovene, 1933 a 1935. Nessas obras vemos a presença clara da teoria do processo de conhecimento e os princípios do processo civil, que vai do momento constitutivo da demanda à coisa julgada.

³¹ Idem, Ibidem, p.40.

³² Cfr. Francesco Carnelutti, “*Sistema de Direito Processual Civil*”, v. I, tradução Hiltomar Martins Oliveira, Edt. Classic Book, 2000, pp. 45 a 47.

³³ Idem, op. cit., p. 46.

Destas obras destacamos um pequeno trecho com referência ao tema da teoria geral do processo de conhecimento na tendência romana e alemã onde, sobre o título de “*Formazione del processo civile moderno*”, relata que “*Il processo civile moderno, così d’Italia, come più parte delle nazioni d’Europa, è il risultato della fusione dei vari elementi, e più specialmente del romano e del germânico*”.³⁴

Já na obra *Instituições*, vemos que Chiovenda deixa clara sua teoria com os ensinamentos sobre “*processo civile e il rapporto giuridico processuale*”, para quem “*il processo civile è il complesso degli atti coordinati allo scopo dell’attuazione della volontà concreta della legge (rispetto a n bene Che si pretende da questa garantito), per parte degli organi della giurisdizione ordinaria*”.³⁵

Ainda, a quarta fase, período da teoria geral do processo. Fase de evolução do direito italiano em que alça posição além do estudo do processo de conhecimento, o estudo do processo de execução. Os princípios do processo civil vão além de princípios do processo de conhecimento, mas outros ramos, onde os estudos para criação e análise de princípios de direito processual relativamente a outros ramos, como o processo de execução etc, atribui-se primeiramente aos escritos de Carnelutti, intitulada *Lições de direito processual civil*.³⁶

Pois bem, uma vez visto os estudos sobre o marco inicial da ciência do direito processual italiano, temos que em fase posterior entrara em vigor a codificação propriamente com o código de processo Civil de 1865, e o novo Código de 1940, instituído pelo Régio Decreto nº 1443, até os dias atuais.

Atualmente o tema e seus corolários encontram-se previstos nos artigos do CPC italiano, nos artigos 115 ao 118, 188, 189, 191, 202 ao 220, 698 e 699.³⁷

Por fim, com relação à origem da prova no direito pátrio, encontra-se esboçado no item a seguir, *prova no direito brasileiro*.

6.0 PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

³⁴ Giuseppe Chiovenda, *Principii...* cit. p. 1.

³⁵ Chiovenda, “*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*”, Nápoli, Jovene Editore, 1960, p. 30/31.

³⁶ Cfr. Francesco Carnelutti, *Sistema cit.*, p. 47.

³⁷ Cfr. “*Il Codice di Procedura Civile Anotado Con La Giurisprudenza*”, organização de Francesco Bartolini e Outro, Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2004.

Como o instituto da *prova* não se enquadra apenas como elemento de direito processual, mas, sim, ínsito em qualquer ramo do direito, logo, previsto em diversas leis. Vemos assim, que no Brasil desde que surgiu norma jurídica, e havendo necessidade de tratar do tema probatório, houve a previsão legal acerca da questão probatória, seja no direito civil a prova dos negócios jurídicos, dos atos e fatos jurídicos etc; seja no processo civil a prova utilizada no sentido de sua consecução para dirimir questões de direito material, oriundas de divergências entre os cidadãos.

Assim sendo, vemos que os comandos legais no Brasil, em primeira mão, foram às ordenações do reino, como historia Silvio Rodrigues, nosso País viveu como colônia portuguesa por 322 anos, porquanto, as tradições jurídicas são lusitanas.³⁸

Dessa forma, vigoraram no Brasil, em ordem sucessiva, as ordenações Filipinas, Afonsinas e Manoelinas.

Posteriormente, tais ordenações inspiraram o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que passou a ser usada como norma procedimental, vigorando até a entrada em vigor do Código de Processo Civil, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, onde este código, o regulamento supra e outras tentativas de reforma tiveram sua base na glosa e no direito canônico, principalmente na novela 45 do Imperador Leão, do século IX, e no cânon de Inocêncio III, de 1216.³⁹

Sem prejuízo de que, anterior a essa época, já havia o comando de um sistema processual diversificado, onde cada Estado da federação portava seu código de processo.

No direito anterior (CPC de 1939) o tema prova de uma forma geral, era tratado nos artigos 208 ao 262.

Por último, nosso código de processo onde trata do tema prova com sua abrangência, sistemas, meios e formas, em seus artigos 332 ao 443.

De um paradigma entre os dois códigos, no que tange à matéria probatória, não vemos nenhuma evolução que causasse tanta diferença na realidade prática quanto à descoberta da verdade diante de uma controvérsia, uma desavença entre os cidadãos, a não

³⁸ Silvio Rodrigues, “*Direito Civil*”, v. 1, parte geral, Saraiva/1993, p 9.

³⁹ Constante do texto da Exposição de Motivos do CPC de 1939, organização de Fernando H. Mendes de Almeida, Saraiva/1956.

ser no sentido mais literário, ou seja, organização dentro do sistema, para uma maior praticidade ao operador do direito.

Vemos uma diferença entre um e outro código, que aparentemente houve perdas e ganhos recíprocos (com respeito a quem não entenda como tal), pois na ordem de 1939 havia a previsão no elenco dos meios de prova, às *presunções e os indícios* (arts. 229 a 234), e *os usos e costumes* (art. 259 a 262), institutos não recepcionados pelo atual *Codex*; ao passo que na nova codificação inovou-se, como meio de prova, a *inspeção judicial* (arts. 440 a 443), uma vantagem no sistema de averiguação da verdade, sendo um meio de prova mais real para o magistrado, uma vez que de forma presente inspeciona pessoas e coisas.

Com relação às *presunções* e aos *indícios* (institutos não previstos no atual CPC – 1973), a doutrina tenta recuperar seus usos na realização prática da convicção e prova da verdade daquilo que argumenta e almeja.⁴⁰

A respeito, defende João Batista Lopes, ser uma modalidade de prova indireta, asseverando acerca dos *indícios* que “constituem sinais, vestígios ou circunstâncias que, isoladamente, são insuficientes para demonstrar a verdade de uma alegação”, podendo resultar na prova almejada. Em sede das *presunções*, os “raciocínios, deduções e não propriamente meio de prova”.⁴¹

Por seu turno, Marinoni defende sob o mote *prova indiciária*, o que a propósito transcrevo parte de seu discurso: “Com efeito, é preciso frisar a distinção entre *presunção* – que muitos pensam ser uma modalidade de prova -, *indício* e *prova indiciária*. A *presunção* é um processo mental, uma forma de raciocinar, por meio da qual o juiz parte da prova de um *fato indiciário*, isto é, da *prova indiciária*, para, por dedução, chegar a uma conclusão sobre o fato principal. A *presunção*, portanto, não pode ser confundida com o *fato indiciário*, que somente poderia ser comparado com o *fato principal*. É que o *indício* é, como o *fato principal*, um mero *fato*. O *indício* não é *prova*; a *prova indiciária*, como qualquer tipo de *prova*, recai sobre uma afirmação de *fato*. A particularidade da *prova indiciária* está nela recair em um *fato* que é *indiciário*, isto é, em um *indício*”.⁴²

⁴⁰ Quanto à *presunção*, mesmo não prevista como meio de prova, há referência no artigo 334, IV, CPC.

⁴¹ João batista Lopes, “A Prova no Direito Processual Civil”, RT/2002, p.66.

⁴² Luiz Guilherme Marinoni, “Simulação e Prova”. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 458, 8 out. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5718>. Acesso em: 13 dez. 2004, (itálicos nossos).

Por fim, para arrematar a pujança do renomado jurista acerca do uso desses meios técnicos como prova, assevera que “não admitir a prova indiciária é simplesmente negar o direito constitucional de acesso à justiça àqueles que não podem demonstrar os seus direitos através da prova direta”.⁴³

6.1. Conceito de Prova

Na vida em sociedade e em face da disputa de interesses pela índole do homem, ocorrem situações que os próprios contendores não chegam a um consenso, tendo em vista ambos entenderem ter razão. Dessa forma, os fatos ocorridos e os atos praticados, afetando a esfera jurídica e, em havendo discordância, dá azo à provocação do Estado para solução do conflito, (pois, não havendo discordância poderá ser caso de mera homologação pelo juiz).

Eduardo J. Couture afirma que “os fatos e os atos jurídicos, quando dão motivos a um processo, são objeto de afirmação por parte daqueles a quem afetam”.⁴⁴

E, justamente no deslinde dessa liça, é que leva o ente estatal a dizer o direito e quem tem a razão. Situação que exige do julgador o conhecimento, com percuciência, da verdade das alegações e argumentações das partes, consistindo tal expediente em levar ao julgador elementos que justifiquem as afirmações, ao qual se denominam *provas*.

Em sentido comum, do próprio termo *prova* podemos concluir que consiste em confirmar algo genericamente falando, ou seja, tudo o que existe na natureza é sujeito ou objeto de prova, de verificação da realidade de forma concreta e, muitas das vezes, até palpável.

Especificamente na seara jurídica, ensina o Dicionário Aurélio, que são “cada um dos meios empregados para formar a convicção do julgador”.⁴⁵

Na doutrina estrangeira temos a definição de Santiago Sentis Melendo, para quem “a prova é verificação de afirmações, formuladas pelas partes, relativas, em geral, a fatos, e, excepcionalmente, a normas jurídicas, que se realizam utilizando fontes, as quais

⁴³ Idem, ibidem.

⁴⁴ Eduardo J. Couture, “*Fundamentos do Direito Processual Civil*”, tradução de Benedicto Giocobini, Red Livros/1999, p.136.

⁴⁵ Novo Dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Nova Fronteira/1986.

chegam ao processo por determinados meios, trazidas aquelas pelos litigantes, e, dispostos estes pelo juiz, com as garantias jurídicas estabelecidas, ajustando-se ao procedimento legal, adquiridas para o processo e valoradas de acordo com normas de sã crítica, para levar o juiz a uma convicção livre.”⁴⁶

Ainda para o jurista italiano, saudoso Liebman, “si chiamo prove i mezzi che servono a dare la conoscenza di un fatto e perciò a fornire la dimostrazione e a formare la convinzione della *verità* del fatto medesimo”.⁴⁷

Enfim, o conceito de prova é assaz diversificado, cada operador do direito tem sua posição e definição.

Porém, o que importa é que o escopo precípua do instituto *prova* é o convencimento de quem encontra-se investido de poderes (competência e capacidade), de que o que se afirma, (ou aquilo que é resistido na impugnação) é *verdade*. Sendo o fim precípua a realização da justiça na solução de um conflito entre alguém que almeja proteção jurisdicional, e quem contesta a pretensão deduzida.

E, para consecução dessa finalidade e objetividade, temos como destinatário da *prova e verdade* jurídica a pessoa do julgador, a quem incumbe à análise para expor sua convicção motivada. Mas, como a natureza da relação jurídico-processual exige a presente da tríade subjetiva (autor, juiz e réu), aos litigantes incumbem parte importantíssima no processo probatório, até como algo inevitável, como manifestou Carnelutti, onde “das provas tem normalmente necessidade o juiz, porém podem ter necessidade também as partes”⁴⁸.

7.0 OBJETO DA PROVA E FATO NOTÓRIO

Em sentido geral e filosófico tudo o que existe na natureza possui um objeto. Exsurge disso que, objeto é o que está ligado à natureza de coisas materiais e imateriais. É o conteúdo de uma existência, seja material – palpável, ou espiritual – imaginável.

⁴⁶ Santi ago Santís Melendo, “*La prueba – los grandes temas de derecho probatorio*”, *apud*, Luciane Cardoso, op. cit. p.3.

⁴⁷ Enrico Tullio Liebman, “*Manuale di Diritto Processuale Civile*” - II, Giuffrè Editore, Milano/1984, p.70, (nossa tradução livre: “Chamam-se provas os meios que servem a dar o conhecimento de um fato e por isso a fornecer a demonstração e formar a convicção da verdade do mesmo fato”), (itálico nosso).

⁴⁸ Francesco Carnelutti, “*A Prova Civil*”, tradução Lisa Pary Scarpa, Bookseller/2002, p. 250.

Na filosofia da verdade, i. e., no âmbito do exercício da busca da verdade, vemos que o instituto da prova, destarte, possui seu objeto sendo aquilo sobre o qual recai a verdade da argumentação. Ou melhor, exemplificando: se o autor pleiteia indenização por ter o réu invadido a preferência causando danos, o objeto da demonstração da verdade aí será a invasão da via de preferência, a extensão dos danos e sua valoração. Vê-se que é o foco da argumentação fática por quem pleiteia algo.

A própria verdade é o “objeto central da reflexão filosófica”, pela definição do dicionário Aurélio.⁴⁹

Leva-nos a confrontar *objeto da prova* com *fatos notórios* (no sentido dessa notoriedade alicerçar a de cisão da demanda), uma vez que estes são elementos existentes na realidade da convivência de um povo, uma sociedade, não se busca (aí *busca* como objeto da filosofia), não investiga, ou seja, é algo que de todos é sabido e que podem, mas nem sempre tem relação com o litígio. Ao passo que aquele (objeto da prova) é o elemento da própria desavença entre dois pólos, e de conhecimento de ambos ou de poucos, sendo estranho ao juiz, logo, necessitando de convencer o julgador, da verdade. Destarte, surge uma indagação, se os fatos notórios são suficientes para embasar uma decisão judicial, ou esta obrigatoriamente há ser alicerçada com as provas elencadas do rol constante do CPC?

Que os fatos notórios não necessitam de provas é sabido, determinação do artigo 334, I, do CPC. Porém, necessário investigar se são suficientes para alicerçar o julgamento de uma controvérsia.

Assevera Ernane Fidélis dos Santos, que os “fatos notórios não são os de exclusivo conhecimento do julgador, mas os que caem no domínio público, de forma tal que o juiz se torne deles também sabedor, como qualquer pessoa do povo”.⁵⁰

Não há dúvidas de que, além da determinação processual quanto à isenção de provas dos fatos notórios, há previsão em nosso ordenamento civil quanto à notoriedade sobre certa situação (art. 159 do Código Civil). Porém, essa notoriedade não tem nada a ver com o assunto aqui tratado (fato notório no processo civil), uma vez que, mesmo constante da norma material onde determinada situação sendo notória sujeitar-se-á às conseqüências

⁴⁹ Novo Dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Nova Fronteira/1986.

⁵⁰ “Manual de Direito Processual Civil”, Vol 1, Saraiva/1998, p. 417.

legais, o que necessário se faz a prova no processo para uma decisão procedente, com o fim de aplicar tais conseqüências.

O fato notório de que se trata a norma processual, simplesmente por ser notório não há ser objeto de prova, nem ser negado em juízo. Porém, daí a ser alicerce de uma decisão favorável ou não, é questão complexa que exige do próprio magistrado, como dito alhures neste trabalho, a autoconsciência – o reconhecimento que faz a mente de si mesma, a fim de evitar situações em que ensejará suspeição em face da maneira com a qual o fato para si tornou notório.

Diante da seara do tema instrução processual, no concernente aos fatos notórios, vemos que sua aplicabilidade não é absoluta, como será exposto adiante, mas de antemão temos que de acordo com a tradição do direito romano vigora a máxima pela qual *secundum allegata et probata partium debet iudex judicare, non secundum sua conscientiam* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado, não segundo a sua consciência). Daí exsurge o princípio dispositivo, onde o juiz no processo não pode ser um investigador – instaurar o procedimento probatório de ofício. Deva julgar segundo as provas trazidas pelas partes. São estas quem devem praticar atos probatórios a fim de alicerçar a decisão.

O julgador não há usar seus próprios conhecimentos objetivos em face das alegações das partes, pois na explanação excelente de Calamandrei “se fosse permesso al giudice di utilizzare nel processo le sue informazioni stragiudiziali e di attingere liberamente alle torbide riserve della memori per trar fuori dai residui delle osservazioni occasionali tutto quello che per avventura si riferisce ai fatti della causa, egli, sotto veste di giudice, compirebbe in realtà funzione di testimone”.⁵¹

Nelson Palaia, comentando a doutrina de Calamandrei, quanto à posição do magistrado frente à situação do fato notório, na decisão de uma controvérsia, indaga “como poderia, portanto, cumular-se em uma só pessoa, nesta importantíssima fase de valoração das provas, a função daquele que julga e a daquele que é julgado?”.⁵²

⁵¹ Piero Calamandrei, “*Rivista de diritto Processuale Civile*”, V. II, parte I, La Litotipo/1925, p. 284. (nossa tradução livre: “se fosse permitido ao juiz utilizar no processo suas informações extrajudiciais e atingir livremente as obscuras reservas da memória, para trazer dos resíduos das observações ocasionais tudo aquilo que porventura se refere aos fatos da causa, ele, sob as vestes de juiz, cumpriria, na realidade, função de testemunha”).

⁵² Nelson Palaia, op. cit. p.77.

Vemos, destarte que o juiz, na instrução processual, diante do fato notório encontra-se em posição que requer cuidado extremado, a fim de usando desse instituto, não incorrer em julgador e ao mesmo tempo veículo de prova a servir de plinto para sua própria convicção motivada.

A jurisprudência tem posicionado no sentido desse cuidado, quando define de forma severa o instituto do fato notório. Vejamos a propósito acórdão antigo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro onde consta do bojo do aresto comentário de que “até hoje, a despeito dos estudos feitos, ainda não se pode conceituar e definir o notório, cuja imprecisão tem motivado erros abomináveis. À sombra do notório prosperam com excessiva freqüência o interesse ocasional e a manobra dolosa contra o direito, a justiça e a própria verdade. A palavra notório em matéria judicial é meramente suspeita: um pretexto que se esgrime amiudamente, quando inexistem provas, ou é difícil encontrá-las”.⁵³

No direito estrangeiro, temos como exemplo histórico a posição que prevalecia no direito italiano, anterior a 1942, onde como relata Nelson Palaia que “as sentenças daquela época podiam ser catalogadas da seguinte forma: o notório não está entre as provas legais e seu conteúdo não tem entrada, por conseguinte, no processo; o notório não pode ser elevado, por si, à categoria dos meios normais de prova; e o que quer a lei em matéria de prova não é o notório e sim a verdade”.⁵⁴

Contudo, com a égide do CPC de 1940 passou a admitir como alicerce da decisão, especificamente no artigo 115 parte “b”, *verbis*: “artigo 115 (Disponibilità delle prove) ... Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”.⁵⁵

Ainda na doutrina italiana temos a posição de Liebman, para quem “sono da considerarsi notori quei fatti che sono noti allá generalità delle persone di media cultura nel tempo e nel luogo della decisione, in tal guisa che non possa aversi alcun dubbio sulla loro esistenza o sul loro modo di essere”.⁵⁶

⁵³ TJ.RJ. Apelação nº 12.533, em 24.06.1961, *apud* Nelson Palaia, *idem*, *ibidem*, p.18.

⁵⁴ Nelson Palaia *idem*, p.4.

⁵⁵ Art. 115 “... Todavia, pode, se necessário de prova, por o fundamento da decisão as noções que entram de fato na experiência comum”.

⁵⁶ Enrico Tullio Liebman, “*Manuale di diritto Processuale Civile*”, v.2, Giuffré Editore/1984, p. 82/83 (nossa tradução livre: “Somos a considerar notório aqueles fatos que são conhecidos de uma generalidade de pessoas de média cultura no tempo e no lugar da decisão, de tal maneira que não possa ter alguma dúvida na existência do modo de ser”).

Para Couture, o princípio *notoria non agent probatione* (o notório não há ser provado pelo agente), que vigorava no direito antigo, há ser admitido em nossos dias, porém, adverte da exigência de escólios com o objetivo de verificar com assaz percuciência do julgador sobre a inclusão ou exclusão de fatos no âmbito da notoriedade.⁵⁷

Não poderá usar do fato notório para alicerçar sua decisão, o magistrado, quando este pela ciência de tal fato e pela natureza da situação que envolve a notoriedade, se encontrar na posição de testemunha do fato e não mero sabedor com um conhecimento comum como qualquer pessoa da comunidade, pois como dizia Chiovenda, “notorio non è ciò Che effettivamente è noto, ma ciò Che può esser noto per via scienza pubblica e comune.”⁵⁸

Nesse mesmo diapasão temos dois exemplos (nos quais entendo encaixar nas duas situações: possível de alicerçar o julgamento da decisão com justiça; e impossível, pena de injustiça) citados por Calamandrei quando do projeto de reforma do CPC italiano, em excelente matéria publicada na *Rivista de diritto Processuale Civile*, sob o título “*Per la definizione del fatto notorio*”⁵⁹, o que a propósito transcrevo, *verbis*: “*primeiro exemplo*: Tizio para provar o fundamento de seu pedido junta aos autos um documento firmado por Caio no qual este promete restituir a soma recebida em empréstimo ‘quando tiver cessado a guerra entre a Itália e a Áustria’. É sabido que quem faz valer em juízo um direito inicialmente sujeito a condição ou a termo assume o ônus de provar que seu direito é aperfeiçoado por certificar-se da condição ou pela decorrência do termo e é sabido, por outro lado, que no nosso sistema processual, a revelia do réu não exonera o autor de provar os fatos constitutivos de seu direito. Ora, no nosso caso deverá o juiz, em razão da revelia de Caio, rejeitar o pedido de Tizio por este não ter cuidado de provar que a guerra entre a Itália e a Áustria havia terminado e que, portanto, seu direito não é mais sujeito a termo? Ou poderá acolhe-lo, considerando que o fato de ter terminado a guerra ítalo-austríaca é tão consideravelmente conhecido a ponto de não ser necessário sua prova?”.

“*Segundo exemplo*: em um pequeno País, sede de comarca, realiza-se uma cerimônia pública, à qual assiste, reunida na praça principal, grande parte da população.

⁵⁷ E. J. Couture, op. cit., p. 153.

⁵⁸ Giuseppe Chiovenda, *Principii...* cit. pp. 733/734, n. 4. (“notório não é aquilo que efetivamente é conhecido, mas o que pode ser conhecido por meio de ciência pública e comum”).

⁵⁹ Piero Calamandrei, “*Rivista de diritto Processuale Civile*”, cit. pp. 286/288.

Diante daquele auditório, do qual fazem parte todas as autoridades conterrâneas, incluindo o juiz, o orador Caio, ao proferir o discurso oficial, deixa escapar, de modo a ser perfeitamente percebidos por todos os presentes, uma frase injuriosa a Tisio. Tisio, entendendo injuriado, apresenta ao juiz da comarca pedido de citação de Caio, na forma permitida pelo art. 354 do Código de Processo Penal. Ordenada a citação, Caio não comparece à audiência estabelecida ou comparecendo nega ter pronunciado a frase injuriosa da qual Tisio se ofendeu. Poderá o juiz, sem ouvir testemunha, condenar Caio pela injúria, julgando que o fato não tem necessidade de ser provado porque na cidade todos deles tiveram conhecimento?”⁶⁰

Analisando as questões propostas e buscando uma solução jurídica, teremos como conclusão das premissas de cada caso, uma resposta inversa: quanto ao fato da cessação da guerra, vemos que sua verdade em juízo não necessita de prova. Já quanto à acusação de crime contra a honra, não obstante ser pronunciada em público, necessitará de forma cogente da instrução processual para averiguar a verdade da afirmação, caso contrário o julgador não poderá apreciar o mérito e proceder a uma condenação. “Perceberá de fato, que neste segundo caso a decisão sem prova apresenta perigo de parcialidade e de erro que o primeiro caso absolutamente não oferece”.⁶¹

Portanto, a notoriedade de um fato mesmo que possa ser argumento que alicerce uma decisão, (e assim sendo utilizado), não há ser reputado como meio de prova, mas sim como uma motivação do magistrado para sua livre convicção quanto ao julgamento da demanda, já que é de conhecimento universal, dentro de uma realidade social de um grupo, povo.

O que há concluir é que o julgador deva tomar os cuidados necessários quanto ao uso da notoriedade de um fato para não tornar objeto de conhecimento seu e envolver na decisão com quebra do *princípio do juiz natural*, ou como ensina Goldschmidt, que “o conhecimento privado do juiz não só não basta para a notoriedade, senão que até prejudica; pois neste caso o juiz, quanto ao objeto de seu conhecimento, deveria intervir na condição de testemunha, e então ficaria excluído de sua função judicial”.⁶²

⁶⁰ Tradução ao português encontrada em Palia, “*O Fato Notório*”, op.cit. pp.34/35.

⁶¹ cfr. Palia, op. cit. p. 35.

⁶² James Goldschmidt, op. cit. p. 303.

8.0 CONCLUSÃO

Como demonstrado durante esse trabalho e visto que a prova há ser da verdade das alegações, deve-se, destarte, perscrutar a que classe pertence a verdade das alegações – daquilo que pleiteia junto ao Estado/juiz.

Se as afirmações pertencem à classe “*próprias da razão*”, há aplicar o artigo 334 do CPC, não devendo o magistrado proceder à instrução com relação à essa verdade, havendo, assim, julgar no estado em que se encontra o processo, art. 330-I, do CPC.

Não olvidamos de que se pertencente à classe de verdade que não exige prova, como o artigo 334 do CPC, há que o magistrado ter as cautelas quanto aos fatos notórios, como explanamos em item supra.

Se pertencer àquelas verdades que exigem provas a fim de o magistrado alicerçar seu convencimento acerca do proposto em juízo, deve-se, então, proceder à toda dilação probatória a fim de que quem alega possa provar, pelos meios lícitos, a verdade do que afirma sua pretensão *deducta in judicium*. Circunstância que ao magistrado incumbe as providências e expedientes do art. 331, do CPC.

Por fim, sempre ter em mente que como a prova é a busca infinita da verdade daquilo que se alega, argumenta para obter algo: a filosofia é a busca das coisas por suas última causas.

Ambas se colidem no início quanto ao expediente da busca, e ao fim na conclusão dos porquês que envolvem o ser humano, com o fim último (como dito alhures) de fazer justiça e dar aquilo a quem pede e merece.

9.0 BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. Código de Processo Civil de 1939. São Paulo: Editora Saraiva, 1956.

- BARTOLINI, Francesco e Outro. *Il Codice di Procedura Civile Anotado Con La Giurisprudenza*. 1ª edição. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2004.
- CALAMANDREI, Piero. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. V. II, parte I, Padova: La Litotipo Editrice, 1925.
- CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. 2ª edição. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002.
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*. Vol. I, 1ª edição. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Editora Classic Book, 2000.
- CARNEIRO, Maria Francisca, e outros. *Teoria e Prática da Argumentação Jurídica – Lógica e Retórica*. 1ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 1999.
- CARDOSO, Luciane. *Prova Testemunhal – Uma Abordagem Hermenêutica*. 1ª edição. Curitiba: Editora LTR, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Nápoli: Jovene Editore, 1965.
- _____. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Nápoli: Jovene Editore, 1960.
- COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. 1ª edição. Tradução de Benedicto Giocobini. Campinas: Editora Red Livros, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I, 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERRARI, Santo, e outros. *Código e Leggi D'Italia*. Milano: Hoepli Editore, 2004.
- FINNEY, Charles. *Teologia Sistemática*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora CPAD – Cassa Publicadora das Assembléias de Deus, 2001.
- GOLDSCHIMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Tomo I, 1ª edição. Traduzido ao português por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2003.
- HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª Edição, revista e aumentada. 17ª impressão. São Paulo: Editora Nova Franteira, 1986.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. II. Milano: Giuffré Editore, 1984.
- LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora RT, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Simulação e Prova*. *Jus Navigandi*, Teresina: a. 8, n. 458, 8 out. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5718>.
- MOTTA, Benedito. *Filosofia e Historia do Direito*. 1ª edição. São Paulo: Coleção Jurídica JB, 1976.
- PALAIÁ, Nelson. *O Fato Notório*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Vicente Sabino Jr. 1ª edição. São Paulo: Editora CD, 2001.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. I, 23ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV, 3ª edição, atualizada. São Paulo: Editora Forense, 1982.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.1, 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense/1996.