

MOACYR AMARAL SANTOS

Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor Catedrático de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor Catedrático de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Brasília.

PROVA JUDICIÁRIA
NO
CÍVEL E COMERCIAL

(OBRA LAUREADA PELO INSTITUTO
DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO)

VOLUME I

4.^a Edição

1970
MAX LIMONAD
Editor de Livros de Direito
RUA QUINTINO BOCAIUVA, 191 — 2.º and.
São Paulo — Brasil

DEP.º DE DIREITO 346
PROCESSUAL CIVIL E PENAL

CAPÍTULO I

PROVA: — NOÇÕES PRELIMINARES

SUMÁRIO: 1 — Origem do vocábulo «prova». 2 — Aceções do vocábulo. 3 — Verdade. 4 — Estados de espírito em relação ao conhecimento. 5 — Finalidade da prova. 6 — Necessidade e importância da prova. 7 — Objeto da prova. 8 — Conceito e definição de prova judiciária.

1. O vocábulo — prova — vem do latim — *probatio* — prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e se deriva do verbo — *probare* (*probo, as, are*) — provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.

2. Já pelo significado da palavra — prova — vê-se que ela é usada em mais de um sentido.

No sentido comum — ensaio, verificação, inspeção, exame, confirmação, reconhecimento por experiência, experimentação, revisão, comprovação, confronto — o vocábulo é usado para indicar tudo que nos pode convencer de um fato, das qualidades boas ou más de uma coisa, da exatidão de alguma coisa: prova-se a guerra entre a China e o Japão; a resistência do ferro; a potência de uma alavanca; o grau alcoólico do vinho; a exatidão de uma operação aritmética.¹ Nesse sentido, a prova pode ser entendida como “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”.²

No sentido jurídico, o vocábulo é empregado em várias aceções:³

Significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa aceção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação.

1. A. GUSMÃO, *Proc. Civ. e Com.*, II, p. 16, nota 1.

2. NEVES E CASTRO, *Teoria das provas*, an. por PONTES DE MIRANDA, 2.^a ed., p. 14.

3. PACIFICI-MAZZONI, *Ist. di Dir. Civile Italiano*, 2.^o v., n. 220; A. GUSMÃO, o. e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, *Cód. de Proc. Civil*, 3.^o v., p. 161.

Significa o meio de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção.

Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção.

3. Provar, porém, é bem “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade.

A verdade não existe no espírito sem a sua percepção. Os recursos de que se utiliza a inteligência, para a percepção da verdade, constituem a prova.

Se o que se busca é sempre a verdade, cumpre, desde logo, precisar no que ela consiste, sem o que não pode ser feita a escolha dos meios para encontrá-la.

“A verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade”.⁴ Conceito da verdade relativa, não da verdade absoluta, sempre procurada, nunca alcançada. Se a verdade somente pode ser procurada e se apresentar através dos sentidos e da inteligência, compreende-se logo, precários como são aquêles, insuficiente como é esta, a relatividade que deve presidir à conformidade da noção ideológica com a realidade.

Exatamente por isso, a verdade varia no tempo e no espaço. A verdade — terra plana, de ontem — transformou-se na verdade — terra redonda, de hoje; a verdade — a pena é uma vingança — se traduz na verdade — a pena é um método de regeneração, para os povos civilizados.

Relação de conformidade entre o nosso pensamento e a realidade palpável e inteligível, a verdade, “por mais que busque aproximar-se do nómeno, há de ater-se sempre ao fenómeno, sempre à aparência real das coisas, diante dos sentidos aperfeiçoados, aparelhados e completados, na sua inópia, pela inteligência”.⁵ Por isso mesmo, a verdade, que se busca, quase sempre não se apresenta, ou nunca se apresenta com a brancura da verdade absoluta, mas apenas com as côres da realidade sensível e inteligível. Contudo, é a verdade.

4. Os meios empregados para se chegar à verdade, com referência a determinado fato, podem ser eficientes, insuficientes e mesmo negativos. Daí, relativamente a êsse fato, decorrerem três estados de espírito: certeza, dúvida e ignorância.

Inútil qualquer ponderação sôbre a ignorância. “Estado absolutamente negativo”,⁶ não interessa examinar.

Não assim a dúvida. “Existe dúvida — escreve MALATESTA, a quem se vai acompanhar, em rápida síntese — sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e motivos negativos”. Se os motivos, afirmativos e negativos, se igualam, verifica-se o que se chama *credulidade*. Se os afirmativos prevalecem sôbre os negativos, surge o estado de espírito que se denomina *probabilidade*. Se se dá o inverso, isto é, os negativos prevalecem sôbre os afirmativos, resulta o da *improbabilidade*, que é o mesmo que *probabilidade* em favor dos motivos negativos.⁷ Em suma, na dúvida podem ser gerados dois estados de espírito: — *credulidade*, ou *credibilidade*, e *probabilidade*.

Como estados de espírito, devem ser encarados em função do espírito de quem percebe, *subjetivamente*.

O espírito vacila, diante dos motivos opostos que se apresentam, dando-lhes igual valor. Coisa alguma lhe permite aceitar maiores elementos nos motivos positivos sôbre os motivos negativos, ou vice-versa. Eis aí o espírito em estado de *credibilidade*. “Existe simples *credibilidade* para nós, credibilidade em sentido específico, sempre que a consciência se encontra em face de motivos iguais para a afirmação e para a negação”.⁸

Quando, porém, o espírito, tomando conhecimento dos motivos afirmativos e negativos, *julga-os todos legítimos e dignos mas de valores diversos, existe a probabilidade*. Conquanto opostos, os motivos são igualmente idôneos, no sentido de merecerem ser balanceados, levados em conta. Aquêles são mais fortes que êstes, porém; mas não tão fortes que êstes possam ser rejeitados. Eis a *probabilidade*, que “consiste na percepção dos motivos convergentes e divergentes, *julgados todos dignos*, na proporção do seu diverso valor, de serem levados em conta”. “A probabilidade atende aos motivos convergentes e divergentes, e *julga-os todos dignos de serem tomados em conta*, se bem que mais os primeiros, e menos os segundos”.⁹

Resta um último estado de espírito: — a certeza. Se existem tão-somente motivos de uma espécie, *legitimamente apreciáveis*, mostra-se a *certeza*. Não obsta, no entanto, que ocorra choque de motivos ao surgimento da certeza. Sempre que, na percepção dos motivos convergentes e divergentes, o espírito rejeite a êstes, por *inidôneos ou inconsideráveis*, ainda aparece a *certeza*. “A certeza

6. MALATESTA, o. c., p. 22.

7. MALATESTA, o. c., p. 22.

8. MALATESTA, o. c., p. 82.

9. MALATESTA, o. c., p. 72.

4. MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, trad. de J. ALVES DE SÁ, ed. 1911, v. I, cap. I.

5. PORTO-CARRERO, *Psicologia Judiciária*, p. 77.

acha que os motivos divergentes da afirmação *não merecem racionalmente consideração*, e por isso afirma¹⁰ Afirma, reconhece o fato. O espírito julga-se perfeitamente possuído e crente da conformidade da noção ideológica com a realidade, isto é, possuído e crente da verdade. A crença na percepção da conformidade da noção ideológica com a realidade é a *certeza*.

Note-se: é uma crença, um estado de espírito. Por isso mesmo, a *certeza*, como estado de espírito, pode não corresponder à verdade objetiva. A *certeza* e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a *certeza* do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade, que parece certa a uns, aparece como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros.¹¹ “Quantas e quantas vezes acreditamos estar de posse da verdade e no entanto verificamos mais tarde que fomos vítimas de um erro, ou de uma evidência ilusória?”¹²

Para minorar os males decorrentes da possível e não rara divergência entre a *certeza* e a verdade objetiva, torna-se indispensável dar à *certeza* o assentimento seguro e definitivo da vontade esclarecida pela razão, de forma a ficar-se moral e seguramente convencido da verdade. Para se chegar a esse convencimento seguro, “são novamente avaliados e pesados os motivos que determinaram a *certeza*, para que ela não se desvaneça, mas se confirme”. “Neste assentimento seguro e definitivo da vontade que, esclarecida pela razão, rejeita definitivamente as possibilidades contrárias, faço consistir o *convencimento racional*, que, como é necessário para julgar, chamo também *convencimento judicial*. A *certeza* diz: vejo relação de conformidade entre o meu pensamento e a verdade. O convencimento acrescenta: nesta visão intelectual não há erros, estou certo de que o pensamento é conforme com a verdade. A *certeza* é a afirmação preliminar da verdade, significando que a noção ideológica se apresenta como verdadeira; o convencimento é a afirmação necessária da posse da *certeza*, significando que a *certeza* é legítima, e que o espírito não admite dúvidas sobre aquela verdade. O convencimento racional, em suma, não é senão um juízo sucessivo, determinante e aperfeiçoador do primeiro, que constitui a *certeza*: a *certeza* é a crença da verdade; o convencimento, por sua vez, é a opinião da *certeza*, como legítima. Por um lado, portanto, a *certeza* moral encontra a sua perfeição no convencimento racional, por isso que esse se resolve na consciência da *certeza* consentida e segura; por outro lado, este convencimento é propriamente, em especial, o

10. MALATESTA, o. c., 1.º v., p. 72.

11. MALATESTA, o. c., 1.º v., p. 25.

12. A. GUSMÃO, o. c., p. 19.

ato volitivo e definitivo de assentimento à verdade, como integração da *certeza*: é o assentimento da vontade, o assentar do espírito sobre a *certeza*”. “*Convicto*, além de *certo*, exprime o máximo ponto da persuasão: é a persuasão por uma segura visão intelectual, e não pelo impulso cego do espírito”.¹³

Para chegar a essa convicção, o espírito deve ponderar detidamente todos os motivos mais de uma vez, estabelecendo juízo sucessivo, antes de proferir juízo decisivo. Meio de corrigir juízos precipitados, consequência não só das paixões, como das imperfeições sem conta imanescentes à natureza humana. Feito um juízo, “o homem deve, em seguida, reagir rigorosamente contra tôdas as possíveis causas de erro”. “Longe de fiar-se cegamente num inconsútil sentimento de convicção, que certos fatos possam, às vezes, fazer surgir subitamente no seu espírito, deve submeter à severa revisão da reflexão tôdas aquelas crenças, que o sentimento lhe inspira, ou que os primeiros clarões da razão lhe revelam”.¹⁴

5. A todo direito corresponde uma ação, que o assegura. O titular do direito violado ou ameaçado pode reclamar as garantias sociais de que a lei o cerca usando de uma ação, que se exercita através de um processo, pelo qual o direito se restaura ou se defende.¹⁵

Na ação há, assim, sempre, a afirmação de um direito violado ou ameaçado. Donde haver sempre a alegação de um fato causador da violação ou da ameaça. Daí dizer-se que a ação tem por fundamento um ponto de fato.¹⁶ O ponto de fato deve ser provado, porque é na verdade resultante dessa prova que a sentença, a ser proferida no processo, vai se assentar para restaurar em sua inteireza e plenitude o direito ameaçado ou violado.

A questão de fato se decide pelas provas. Por estas se chega à verdade, à *certeza* dessa verdade, à convicção. Em consequência, a prova visa, como fim último, incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado. “A finalidade da prova não é outra senão convencer o juiz, nesta qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais ela versa”.¹⁷

13. MALATESTA, o. c., 1.º v., ps. 59 e 60.

14. MATTIROLO, *Tratt. di Dir. Giudiziario Civile Italiano*, v. 2.º, n. 281.

15. CLÓVIS BEVILÁQUA, *C. Civil*, I, Preliminares, XI.

16. NEVES E CASTRO, o. c., p. 11.

17. CARVALHO SANTOS, *Cód. de Proc.*, 3.º v., p. 161; MALATESTA, o. c., 1.º, p. 148. Cf. GUASP (Jaime): a prova tem por finalidade conseguir o convencimento psicológico do juiz quanto à existência ou inexistência, a veracidade ou falsidade dos fatos (*Derecho procesal civil*, 1956, p. 345). SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, 1950, § 56; ROSENBERG, *Derecho procesal civil*, trad. de Angela Romera Vera, 1951, 2.º v., § 111.

6. Dada como incontroversa a finalidade da prova, repontam, lógicas e indissolúveis, sua necessidade e importância.

A verdade sobre o fato precisa aparecer para que um direito possa realizar-se ou tornar-se efetivo. Mas verdade em sua máxima expressão, determinada pela prova, sem o que estaria burlada a segurança oferecida pelo Estado aos indivíduos seus componentes. Se a verdade pudesse ser a resultante das impressões pessoais do julgador, sem atenção aos meios que a apresentam no processo, a Justiça seria o arbítrio e o Direito a manifestação despótica da vontade do encarregado pelo Estado de distribuí-lo.

“A Justiça, na sua dupla função de poder reintegrador e tutelar do direito violado, desconhecido, ou ameaçado, e de força repressiva do delito, tendo por objetivo a defesa e manutenção da ordem jurídica, sem a qual nenhuma sociedade humana poderia ter estabilidade, nem viver e progredir, jamais conseguirá atingir esse seu supremo escopo, senão atuando e exercendo-se sobre fatos reais, positivos e plenamente demonstrados, isto é, senão pela exata e fiel aplicação da lei a fatos certos, verdadeiros e perfeitamente averiguados”.¹⁸

O dever do juiz é dizer e investigar a verdade. Para isso se acha munido de poderes extensos, concedidos pelo Estado, e encontra auxiliares nos próprios litigantes, que estão no dever de fornecer-lhe os meios de investigação. Exatamente porque “o dever do juiz é obter tôdas as provas de parte a parte, da melhor forma possível, compará-las e decidir segundo a sua força probante”, nunca deixa de ser acertada a proposição de BENTHAM, que por si só resume a importância do assunto: — “a arte do processo não é senão a arte de administrar as provas”.¹⁹

7. Pela prova, procura-se averiguar a verdade dos fatos alegados pelos litigantes. A decisão assenta-se na prova dos fatos, na apuração dos fatos. Ressalta, desde logo, sem necessidade de maiores esclarecimentos, que o *objeto* da prova são os fatos sobre os quais versa a ação e devem ser verificados.²⁰

Dir-se-á que, às vezes, se torna preciso fazer a prova de uma lei ou mesmo de um costume. Na verdade isso acontece quando se alega direito estadual, municipal ou costumeiro, singular ou estrangeiro, casos em que deverão ser provados o seu teor e vigên-

18. A. GUSMÃO, o. c., p. 14.

19. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, trad. de ÉT. DUMONT, edição de 1823, 1.º v., pág. 3.

20. CARNELUTTI, *Sist. di Diritto Processuale Civile*, 1.º v., p. 876; CHIRONI, o. c., § 91. Vide Capítulo XII.

cia.²¹ Mas nem por isso, nem porque se trata de provar o teor e a vigência de uma lei ou de um costume, o objeto da prova deixa de ser o fato: na hipótese, é o fato da existência — ou sejam o teor e a vigência da lei ou costume.

8. A convicção sobre os fatos alegados em juízo constitui o que se chama prova, na tela judiciária. A natureza dos fenômenos que reclamam a intervenção e a decisão do Estado, pelo seu aparelhamento judiciário, na aplicação do direito, não tolera, nem permite, sob pena de graves lesões à ordem social e ameaça permanente ao seu equilíbrio, se considerarem provados os fatos alegados senão após cabal convicção da sua existência, obtida por meios que a lei admite ou impõe.

Se na crença da certeza dos fatos alegados em juízo está a sua prova no sentido *subjetivo*, nos meios admitidos ou impostos pela lei para chegar-se a essa convicção está a prova no sentido *objetivo*. Tomada naquele aspecto, a prova é a própria convicção da verdade sobre os fatos alegados, “a própria certeza da existência positiva ou negativa do fato probando”, “a certeza da verdade do alegado produzida pela demonstração”, “é a afirmação da existência positiva ou negativa de um fato”. Tomada neste aspecto, é o meio — pessoa, coisa, documento — por que a verdade chega ao espírito de quem a aprecia; são os meios de demonstração da verdade dos fatos sobre os quais versa a ação.²²

Indispensáveis ambos à prova, o caráter objetivo e o subjetivo a integram e a formam.

Não pode o juiz, na apreciação dos fatos controvertidos, guiar-se, para nortear e fazer gerar a sua convicção a respeito deles, apenas pela sua consciência, por suposições, impressões pessoais, ou usar de processos ou medidas que correspondam a atentados a direitos legítimos e merecedores de amparo da própria Justiça.

A livre consciência, do homem mais aperfeiçoado, sempre está à mercê de erros e ilusões. Disposições especiais ou particulares do espírito do juiz, bem como influências externas, qual delas mais perigosa, seu temperamento, força dos seus hábitos, inclinações, prevenções, perturbam-lhe a serenidade e, de conseguinte, conduzem-no, mesmo sinceramente, ao erro mais grosseiro.

21. Código de Processo Civil, art. 212. Vide Capítulo X.

22. A. GUSMÃO, o. c., p. 14; MALATESTA, o. c., 1.º v., ps. 101 e ss.; CÂMARA LEAL, *Cód. de Processo do Estado de S. Paulo*, 2.º v., p. 4; JOÃO MONTEIRO, *Proc. Civ. e Com.*, 2.º v., § 122; CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale*, 4.ª ed., §§ 59 e 60; BERTI, *Diritto Processuale Civile*, ed. 1936, n. 95; CARNELUTTI, *La prova civile*, ns. 11-24; LESSONA, *Teoria delle prove*, 1.º v., ns. 9 e ss., 62 ss., 327 ss.; ROSENBERG, o. c., 2.º v., § 111.

Porque não lhe é dado julgar segundo a própria consciência, igualmente não deve nem pode estimar provado o fato, fundado em suposições. "Não pode o juiz *supor* coisa alguma; se o pudes-se, deveria logicamente julgar segundo a própria consciência ou o conhecimento que pessoalmente tivesse do fato controvertido, o que se lhe contesta, pois que ele somente julga *secundum acta et probata, non secundum privatam scientiam*, como dizia VINNIO".²³

Pela mesma razão, nega-se-lhe o direito de fundar-se em impressões pessoais, ou de apreciar os fatos controvertidos através tão-só da lente da própria experiência, certo, como é, que o homem "não prova por experiência direta e própria senão uma pequena parte dos seus conhecimentos".²⁴

Outrossim, que se diria da prova obtida por meio de processos criminosos, imorais ou inexcusáveis? Provar-se o adultério da mulher, invadindo-se a casa do amante e forçando-o a uma declaração? impor-se ao pai a obrigação de depor contra o próprio filho? insinuar-se ao perito que protele por alguns dias o exame de uma escrita?

"Se ao juiz fôsse concedido decidir do direito só pelas suas impressões pessoais a respeito das contendas e litígios que ante ele se agitam, ou pelas simples alegações, desacompanhadas de prova, daqueles que comparecem à liça das lutas jurídicas; se lhe fôsse facultado julgar e cominar pena ao indigitado autor de um delito de cuja existência ou realidade não haja plena certeza e sôbre cuja autoria paire dúvida; se, numa palavra, ao juiz fôsse lícito agir livremente e desprendido de quaisquer peias jurídicas ou morais, absolvendo ou condenando, sem se preocupar com o descobrimento e verificação da verdade, que deve ser o seu rumo, o seu norte invariável, o arbítrio sentar-se-ia no trono da Justiça, e esta não mais seria a garantia das pessoas honestas e dos fracos, nem a mantenedora do direito e guarda vigilante da paz, da ordem e da harmonia, que devem presidir à vida e à marcha das sociedades regularmente organizadas, mas sim a fôrça imane, despótica e tirânica, sempre pronta e aparelhada para negar, desconhecer e aniquilar o direito desprotegido e imbele".²⁵

Obstando a êsse despotismo e tirania, os meios de prova devem obedecer a determinados princípios, muitos dêles previstos na lei, outros consagrados pela doutrina, quer quanto à sua disponibilidade, quer quanto à sua forma, e até mesmo quanto ao seu valor probante, constituindo o que se pode legitimamente chamar "direito

23. JOÃO MONTEIRO, o. c., 2.º v., § 122, nota 2, p. 94.

24. NEVES E CASTRO, o. c., p. 13.

25. A. GUSMÃO, o. c., p. 15.

probatório". Muito embora tenha o juiz liberdade de dirigir a prova,²⁶ "não fica êle autorizado a julgar com inobservância das regras estabelecidas pela lei civil quanto à fôrça e à prova dos atos jurídicos. Se assim não fôsse, estariam burladas as razões de economia e de amor à segurança que inspiraram ao legislador as raras exceções feitas ao princípio de que os atos independem de forma especial".²⁷

Se, de um lado, os meios de prova, a prova no *caráter objetivo*, devem apresentar-se, no processo, sob forma que, por si só e pelo seu resultado, possam ser aquilatados por qualquer indivíduo razoável, de outro lado, a convicção que geram no espírito do juiz, a respeito da existência ou inexistência dos fatos provados, a prova no *caráter subjetivo*, deve surgir como conclusão dos motivos brotados daqueles meios, por via de longa e paciente análise dos mesmos e apuração de uma afirmação dos motivos convergentes com exclusão, por inexistentes, ou inaceitáveis, dos motivos divergentes ou infirmatórios. Para que esta análise e a correlata conclusão por uma afirmação não se percam pelo critério exclusivista do julgador, mas sejam, ou possam ser, apreciadas pela crítica de todos os demais julgadores, denominem-se êstes sociedade ou seus magistrados, a doutrina e a lei estabelecem princípios pelos quais se guia o processo destinado a formar o convencimento.

Entre êses princípios cumpre apontar os seguintes, básicos na formação do convencimento:²⁸

1) A certeza é uma e não pode deixar de ser uma só. "Em matéria de certeza, não existe meio-térmo; tem-se a certeza ou não se tem". Por isso mesmo *a convicção não tem gradações*. Não é lícito ao juiz dizer que está mais convicto a acreditar do que a não aceitar na existência, ou na inexistência, do fato probando.

2) A convicção deve ser formada no *exame direto das provas*, as quais, quanto possível, devem apresentar-se diretamente aos sentidos do juiz. Respeitando e obrigando a aplicação desse princípio, o Cód. de Proc. Civil dispõe, entre outras medidas, no art. 246, que o depoimento da testemunha será tomado pelo juiz, como o será, art. 229, § 1.º, o depoimento da parte; no art. 120, que o juiz da instrução será o juiz do julgamento.

3) A convicção deve resultar de provas para as quais não haja limitação preestabelecida de valor quanto ao objeto provado. É o princípio da *liberdade objetiva das provas*, que admite exce-

26. Cód. de Processo Civil, arts. 112, 118, 210, 260, n. II, 294 n. IV.

27. Cód. de Processo Civil, *Exposição de Motivos*, n. 5.

28. MALATESTA, o. c., 1.º v., 2.ª parte, cap. I.

ções para os atos que dependem de forma especial. Consagrando-o, preceitua o Cód. de Proc. Civil, art. 118: "Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento".

4) Também a prova deve ser *subjetivamente livre*, no sentido de que o sujeito da prova, a pessoa que depõe, não esteja submetido a condições físicas ou psíquicas capazes de desnaturar a verdade. Por isso mesmo, o Cód. de Proc. Civil manda que o próprio juiz inquiria as testemunhas ou a parte (arts. 246, 229, § 1.º), podendo esta requerer as perguntas necessárias (art. 246). É o princípio da *liberdade subjetiva das provas*.

5) Como cautela contra o arbítrio do juiz, contra as convicções que não convencem, a experiência formulou o *princípio da publicidade das provas*. É necessário que as provas se apresentem à apreciação do juiz de forma que torne possível a apreciação contemporânea do público. O Cód. de Proc. Civil assegura a aplicação da regra, mandando que sejam produzidas em audiências públicas, durante o dia, a não ser por exceção na sede do juízo (arts. 263, 267, 268); que a sentença seja publicada em audiência (art. 286), constando dela os fundamentos de fato e de direito que levaram o juiz à decisão (arts. 280 e 118 parágraf. único).

6) A convicção deve ser obtida pela *produção da melhor prova*, no sentido subjetivo, objetivo ou formal. São provas subjetivamente melhores — a testemunha de ciência própria com referência à que sabe por ouvir dizer; o documento original com referência à sua cópia. É objetivamente melhor — a testemunha que pode exprimir-se de viva voz sobre a que pode exprimir-se apenas por sinais. É prova formalmente melhor aquela que é produzida diretamente na presença do juiz sobre aquela que é trazida ao juízo por interposta pessoa. O princípio da produção da melhor prova encontra agasalho no Cód. de Proc. Civil nos seguintes dispositivos, entre outros: o juiz poderá ordenar as diligências necessárias à instrução do processo (art. 117); poderá ouvir terceiro, a quem as partes ou testemunhas hajam feito referência como sabedor de fatos ou circunstâncias que influam na decisão da causa, ou ordenar que exhiba documento que a ela interesse (arts. 210, 220, 221); poderá requisitar a repartições públicas ou estabelecimentos de caráter público as certidões necessárias

(art. 224); poderá acarear testemunhas e determinar o comparecimento das referidas; poderá determinar nova perícia (art. 254); etc.

Compreendida, assim, a prova, como um todo, reunindo os seus dois caracteres, objetivo e subjetivo, que se completam e não podem ser tomados separadamente; compreendida a prova como um inteiro, uno e indivisível, apreciada objetiva e subjetivamente, como fato e como indução lógica, como "meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando e como a própria certeza dessa existência",²⁹ justo é que a sua definição abranja os dois elementos que a constituem e a integram.

JOÃO MONTEIRO, fundado na necessidade de conceituar-se a prova apontando os seus dois caracteres, adota a definição divulgada por MITERMAIER — "*prova é a soma dos meios produtores da certeza*". Excelente definição, que é assim explicada por aquele processualista: "A soma dos meios, isto é, a série ou o conjunto dos fatos probatórios, *produtores da certeza*, isto é, capazes de afirmar o fato probando, e portanto criadores da evidência".³⁰

Sem dúvida, excelente a definição. Parece, porém, que os termos em que se vasa admitem considerar-se prova apenas a soma, isto é, a série ou o conjunto dos meios probatórios, sem indagar do modo e da forma pelos quais êstes se apresentam, bem como, onde e como são apreciados. Quando dados fatos são propostos pelas partes, cabe a estas e ao juiz trazê-los ao processo, segundo a forma determinada na lei. Por isso, o que existe, realmente, é a demonstração, a exibição, a investigação dos fatos, respeitadas as regras processuais. *Será bem a apuração dos fatos no processo*. Daí poder-se formular uma definição — *prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo*.

29. JOÃO MONTEIRO, o. c., 2.º v., § 122, nota 2.

30. JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cit.