



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

AMANDA DA SILVA GARAVELO

**TEORIA GERAL DA PROVA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A
DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.**

**Assis/SP
2020**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

AMANDA DA SILVA GARAVELO

**TEORIA GERAL DA PROVA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A
DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Amanda da Silva Garavelo
Orientador(a): Gisele Spera Máximo**

**Assis/SP
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA

G212t GARAVELO, Amanda da Silva.

Teoria geral da prova à Luz do Novo Código de Processo Civil e a distribuição dinâmica do Ônus da Prova / Amanda da Silva Garavelo. - Assis, 2020.

136p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis- FEMA

Orientadora: Me. Gisele Spera Máximo

1. Prova. 2. Ônus - Prova. 3. Processo- prova

CDD: 341.434

TEORIA GERAL DA PROVA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

AMANDA DA SILVA GARAVELO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____ Me. Gisele Spera Máximo

Examinador: _____ Me. Luiz Antônio Ramalho Zanoti

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, aos meus pais, Irineu e Maria, às minhas irmãs, Ana Paula e Marcela (*in memoriam*), e ao meu sobrinho, Rafael. Sem dúvidas, eles foram os meus alicerces nessa caminhada e me incentivaram a chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, pois nessa caminhada Ele me sustentou e me deu forças nos momentos mais difíceis.

Aos meus pais, em especial à minha mãe Maria, pessoa que me inspira diariamente e que sempre esteve presente em todos os momentos da minha vida, incentivando-me a ser uma pessoa melhor e jamais desistir dos meus sonhos.

À minha irmã Ana Paula, que, durante a elaboração deste trabalho, impulsionou-me a superar limites e me fez entender o quanto eu era capaz de vencer os desafios deste curso apaixonante, que é o Direito!

Ao meu sobrinho Rafael, que apesar da tenra idade, ajudou-me nos momentos mais exaustivos, apenas com seu sorriso angelical e seu amor inocente. Sem dúvidas, uns dos gestos mais importantes para o meu fortalecimento.

Aos professores desta Instituição, por todo conhecimento compartilhado e pela dedicação ao longo desses últimos anos, tão importantes para mim!

À minha orientadora Gisele, por todo incentivo e dedicação prestados durante a elaboração deste trabalho. Sem dúvidas, o seu carisma e sabedoria foram os responsáveis em despertar a minha “paixão” pela disciplina de Processo Civil.

Enfim, a todos que estiveram comigo nessa longa jornada, meu muito obrigada!

*“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça,
qualificada e manifesta.”*

RUI BARBOSA

(1849-1923)

RESUMO

O presente trabalho abordará o estudo das provas no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), inclusive o conceito de provas e os diversos tipos, bem como, a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova nos casos em que haja dificuldade excessiva, impossibilidade de sua produção ou maior facilidade na obtenção da prova do fato contrário (art. 373, §1º).

Com efeito, o ônus da prova incide sobre aquele que fez a alegação a ser provada. (Art. 373) Todavia, a nova legislação processual conferiu a possibilidade de redistribuição do ônus probatório pelo juiz, desde que assegurado o tratamento isonômico entre as partes, isto é, garantindo o contraditório e ampla defesa em qualquer fase, a fim de evitar decisões surpresas (art. 10, do NCPC).

Assim, através do método dedutivo, este estudo pautará como diretrizes a doutrina e os entendimentos jurisprudenciais acerca do tema, o qual é importante para a busca da satisfação da pretensão deduzida em Juízo. Ou seja, o convencimento do juiz, alcançado pela produção de provas.

Palavras-chave: Provas; Meios de Prova no Processo; Ônus da Prova; Inversão do Ônus Probatório; Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The current essay with describes the study evidence of the New Code of Civil Procedure (Lei nº 13.105/15), including the concept of evidence and their several types, along with the possibility of dynamic distribution of the burden of proof in cases of excessive difficulties, impossibilities of production or easier way to obtain proof of the contrary fact (art. 373, §1º).

The burden of proof focuses on the one who made the claim to be proved. (Art. 373). However, the new procedural legislation conferred the possibility of redistribution of the evidential burden by the judge, ensuring that isonomic treatment between the parties was provided, meaning that is ensured the contradictory and broad defense at any stage, avoiding surprise decisions (art. 10, the NCPC).

Therefore, through the deductive method, this study will be conducted as guidelines the doctrine and jurisprudential understandings on the subject, which is important for the search for the satisfaction of the claim deduced in judgment. In other words, the conviction of the judge, achieved by the production of evidence.

Keywords: Procedures; Evidence in the Process; Burden of Proof; Reversal of the Evidential Burden; New Code of Civil Procedure.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Diferenças entre o perito e assistente técnico.	119
--	-----

LISTA DE SIGLAS

CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
NCPC	Novo Código de Processo Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. A TEORIA GERAL DAS PROVAS.....	17
1.1 DO SURGIMENTO DAS PROVAS	17
1.2 EVOLUÇÃO MUNDO CLÁSSICO: GRÉCIA.....	18
1.3 PROCESSO CIVIL ROMANO.....	18
1.4 SURGIMENTO DO DIREITO COMUM.....	20
1.5 PROCESSO MODERNO	21
1.6 DO CONCEITO DE PROVA	22
1.7 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA.....	23
1.8 DA IMPORTÂNCIA DAS PROVAS.....	23
1.9 DA FINALIDADE DA PROVA.....	24
1.10 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS	25
1.11 DO DESTINATÁRIO DA PROVA.....	26
1.12 DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	28
1.13 DA VALORAÇÃO DA PROVA	29
1.14 DO OBJETO DA PROVA.....	32
1. 14.1 Principais característica do objeto da prova.....	32
1.14.2 Fatos que independem de prova.....	33
1.14.2.1 Direito Municipal, Estadual, Estrangeiro e Consuetudinário.....	35
2. PRINCÍPIOS INERENTES À PROVA.....	39
2.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	39
2.2 PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DAS PROVAS.....	39
2.3 PRINCÍPIO INQUISITIVO	39
2.4 PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL OU DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	40
2.5 PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA.....	40
2.6 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA.....	40
3. ÔNUS DA PROVA	46
3. 1 SISTEMA LEGAL (ESTÁTICA) DO ÔNUS DA PROVA	48
3.2 SISTEMA CONVENCIONAL DO ÔNUS DA PROVA	49

3.3 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA	50
3.3.1 A distribuição dinâmica no Código de Processo Civil de 2015.....	52
3.3.2 Momento de inversão do ônus da prova	54
3.3.3 Requisitos para a inversão do ônus probatório	54
3.3.4 Justificativa da redistribuição dinâmica do ônus da prova	55
3.3.5 Forma da redistribuição dinâmica	56
3.3.6 Possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica	56
3.3.7 Recurso contra a redistribuição dinâmica do ônus da prova.....	57
3.3.8 A possibilidade de impetração do Mandado de Segurança	58
4. DOS MEIOS DE PROVAS	59
4.1 PROVAS ATÍPICAS	59
4.2 PROVA EMPRESTADA	60
5. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.....	64
5.1 NATUREZA JURÍDICA	64
5.2 POSSIBILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVAS	65
5.3 PROCEDIMENTO E PETIÇÃO INICIAL	67
5.4 PAPEL DO MAGISTRADO	69
5.5 COMPETÊNCIA	70
6. DAS PROVAS DOCUMENTAIS.....	71
6.1 DA ATA NOTARIAL	71
6.1.1 Cabimento	72
6.1.2 Procedimento.....	73
6.2 DA EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA	73
6.2.1 Da adequação do pedido	75
6.2.2 Da obrigatoriedade da exibição do documento ou coisa	76
6.2.3 Da exibição de documento ou coisa em poder de terceiros.....	78
6.2.4 Consequências da não exibição do documento ou coisa.	80
6.2.5 Da dispensa da exibição de documento ou coisa	80
6.3 DA PROVA DOCUMENTAL.....	81
6.3.1. Documento e prova documental	82
6.3.2 Diferenças entre prova documental e prova documentada	83
6.3.3 Classificação dos documentos	83
6.3.3.1. Documento público e sua força probante.....	83
6.3.3.1.1 Documento público elaborado por oficial incompetente	85

6.3.3.2. Documento particular e sua força probante	85
6.3.3.2.1. <i>Do Momento de formação do documento particular</i>	87
6.3.4. Da falsidade documental	88
6.3.5 Da produção da prova documental	91
6.3.6. Documentos eletrônicos	93
7. DAS PROVAS ORAIS	96
7.1 DEPOIMENTO PESSOAL	96
7.1.1 Das formas de intimação do depoente	98
7.2 DA CONFISSÃO	101
7.2.1 Elementos da confissão	101
7.2.2 Distinção entre confissão e reconhecimento de pedido	102
7.2.3 Espécies de confissão	103
7.2.4 Dos efeitos da confissão	104
7.3 PROVA TESTEMUNHAL	105
7.3.1 Admissibilidade da prova testemunhal	106
7.3.2 Sujeitos que podem testemunhar	107
7.3.3 A produção da prova testemunhal	109
8. DAS PROVAS MATERIAIS	116
8.1 PROVA PERICIAL	116
8.1.1 Admissibilidade da perícia	117
8.1.2 Perito e assistente técnico	118
8.1.2.1. Substituição do perito	119
8.1.3. Procedimento da prova pericial	120
8.1.4 Laudo pericial	123
8.1.5 Prova técnica simplificada	125
8.1.6 Da prova pericial complexa	126
8.1.7 Da perícia consensual	126
8.1.8. Dispensa da perícia	127
8.2 INSPEÇÃO JUDICIAL	127
8.2.1 Do procedimento	128
CONSIDERAÇÕES FINAIS	130
REFERÊNCIAS	132

INTRODUÇÃO

Ao longo do processo, as partes vão apresentando alegações sobre fatos, com o objetivo de convencer o juiz acerca da veracidade das alegações.

Com o saneamento e organização do processo (art. 357, do NCPC), inicia-se a fase instrutória, que é o objeto de estudo deste trabalho.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em vigor desde 18.03.2016, consagrou no Capítulo XII, do Título I, do Livro I, da Parte Especial, o direito probatório, com previsão dos artigos 369 a 484.

Embora o mencionado Capítulo venha dividido em 11 (onze) seções, o Novo Códex trouxe, especialmente, a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §1º).

A inovação inserida no artigo 373, § 1º, permite ao juiz, na análise do caso concreto, verificar a possibilidade de inversão da regra prevista no caput, qual seja: o autor tem o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito; o réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante.

Tal previsão, fundamentada nos poderes instrutórios do juiz, permite que nos casos previstos em lei ou na excessiva dificuldade de cumprir o encargo previsto no art. 373, caput, haja a inversão da regra supracitada. Tudo isso, visando à efetividade do processo e a facilidade da obtenção da prova para a busca da verdade real, desde que, respeitado o contraditório. Isto é, garantindo à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Aliás, cabe anotar a possibilidade de convenção entre as partes para a inversão do ônus da prova, quando a demanda versar sobre direito disponível e desde que não torne excessivamente difícil o exercício do direito afetado.

Também, a análise do conceito de prova, desde sua origem etimológica e seu aspecto histórico ao longo da evolução do direito, bem como, a sua importância na formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações atinentes aos fatos da demanda.

Discorrer-se-á, ainda, sobre os princípios inerentes à prova e os desdobramentos das provas emprestada (art. 372) e ilícita. Ou seja, a sua admissibilidade no processo.

No mais, o estudo da produção antecipada de provas (art. 381), que substituiu a “cautelar de produção antecipada de provas” e o procedimento de “justificação”, os quais eram tidos como cautelares no Código de Processo Civil de 1973.

Além disso, serão apontadas as espécies de prova, seus conceitos e a inserção da ata notarial (art. 384, do CPC) e da inspeção judicial (art.481, CPC) no texto legal, inexistentes na legislação anterior.

Como se notará, de fundamental importância o estudo das provas, porque existem demandas que implicam na realização de atos processuais preponderantemente probatórios, como é o caso de realização de perícias e audiência de instrução e julgamento, tendo a fase probatória grande importância para a prolação da sentença.

Neste ponto, em busca da celeridade e da eficácia, o Novo Código trouxe a previsão de que o depoimento pessoal e oitiva de testemunhas poderão ser realizadas por videoconferência, quando a parte residir em foro diverso (art. 385, §3º, e 453, §1º, CPC).

Portanto, de grande valia o estudo do direito probatório, porque, através da prova produzida pela parte, haverá influência na formação da decisão proferida pelo magistrado. O resultado da demanda, seja favorável ou não, será decorrente da produção de provas feitas pelas partes no decorrer do processo.

1. A TEORIA GERAL DAS PROVAS

1.1 DO SURGIMENTO DAS PROVAS

O direito, nos primeiros tempos da humanidade, era transmitido de forma oral pelos sacerdotes, pois inexistia códigos ou leis escritas.

Segundo Gusmão (2018), as regras jurídicas e o conhecimento do direito eram secretos e guardados pelos sacerdotes, juízes da época e os responsáveis pelas primeiras decisões judiciais.

A repetição de decisões, legitimada pela autoridade do chefe que as prolataram, tornaram-nas precedentes, obrigatórias, surgindo assim o costume. À medida que as relações jurídicas se multiplicaram, tornando-se complexas, e que as sociedades se pluralizaram, tornaram-se incertos os costumes, sendo então compilados por sacerdotes ou por determinação real. Tal é a origem dos antigos códigos, como, por exemplo, o de Hamurabi. (GUSMÃO, 2018, p.286)

Na época, vale ressaltar que o direito era respeitado religiosamente, porque os povos acreditavam que, além das sanções desumanas, a ira dos deuses se manifestava por epidemias e fenômenos naturais, tais como a seca, as chuvas, entre outros.

Aliás, para eles, o Código de Hamurabi, assim como outros da época, eram transmitidos pela divindade pertencente a cidade do rei-legislador.

Neste momento de evolução do direito, os sacerdotes ou reis invocavam as divindades para saber qual das partes estava com a verdade. O meio de prova utilizado por eles era conhecido como “ordálias”, também chamada de “juízo dos deuses”.

Esse tipo de prova, baseada em elementos naturais, tinha como principal objetivo determinar a culpabilidade ou a inocência do acusado. O resultado do julgamento era reconhecido à parte “protegida” pelos deuses.

Se alguém fizer uma acusação a outrem, e o acusado for ao rio e pular neste rio, se ele afundar, seu acusador deverá tomar posse da casa do culpado, e se ele escapar sem ferimentos, o acusado não será culpado, e então aquele fez a acusação deverá ser condenado a morte, enquanto que aquele que pulou no rio deve tomar posse da casa que pertencia ao seu acusador (CARDOSO, 2017, p.389 e 390)

Logo, as sanções eram aplicadas, ainda que a pessoa não tivesse culpa do ato praticado, o que caracterizava meio de prova desumano, porque a decisão do julgamento dependia da interferência de uma divindade superior.

1.2 EVOLUÇÃO MUNDO CLÁSSICO: GRÉCIA

Nos ensinamentos de Theodoro Junior (2020, p. 10), “foi somente a partir do mundo clássico greco-romano que o direito processual civil passou a ganhar foros científicos”. Ou seja, a se desvincular de preceitos religiosos e superstições até então adotados.

No entanto, muito pouco se sabe a respeito do processo grego. Na Retórica de Aristóteles, em matéria de prova, predominavam os princípios elevados, que faziam classificar os meios de convicção diferentes aos preceitos religiosos até então utilizados. (THEODORO JUNIOR, 2020)

Nessa época, o processo ainda observava o padrão da oralidade, contudo, em matéria de prova, o ônus já pertencia exclusivamente às partes e o juiz apreciava livremente as provas, sem se ater aos valores pré-estabelecidos em lei.

Aliás, já se utilizavam os meios de provas documentais e testemunhais, essas de grande valia. Porém havia restrições nos testemunhos de mulheres e crianças. No tocante às provas documentais, o destaque era para aqueles que apresentassem conteúdo mercantil. (THEODORO JUNIOR, 2020)

1.3 PROCESSO CIVIL ROMANO

O Processo Romano foi muito influenciado pelo Grego, principalmente no tocante à livre apreciação das provas. Diferente da Grécia, sua evolução processual fora dividida em três fases distintas.

A primeira fase ficou conhecida como período primitivo (*legis actiones*), e permeou até 149 a.C. Aqui, o procedimento era muito solene, porque as partes só podiam manipular as ações descritas em lei. Aliás, o processo acontecia de forma oral, divididos em duas etapas: a primeira, diante do magistrado, o responsável em conceder a ação descrita em lei e objeto pertencente ao litígio; a segunda etapa ocorria perante os árbitros, que eram os cidadãos escolhidos para a coleta das provas e pronunciamento da sentença.

Já na segunda fase, conhecida como “período formulário”, ocorrera nos três primeiros séculos do Império. Nessa fase, as ações de lei foram revogadas e o juiz passou a outorgar todas as fórmulas de ações que podiam compor os litígios. O procedimento era praticamente o mesmo da primeira fase, no entanto, começou a ser permitida a intervenção do advogado no processo, bem como, a valoração dos princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório das partes. (THEODORO JUNIOR, 2020)

A terceira fase, ficou conhecida como cognitivo extraordinária e vigorou entre os anos 200 a 565 de nossa era. Aqui, o procedimento deixou de ser oral, tomando a forma escrita. A função jurisdicional passou a ser exclusiva do Estado-juiz, e não mais do juiz e do árbitro como ocorria nas fases anteriores.

Registre-se que foi nessa época em que se compreendeu o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução da causa, a prolação e a execução de sentença e o acolhimento dos recursos. (THEODORO JUNIOR, 2020)

1.4 SURGIMENTO DO DIREITO COMUM

O direito comum teve origem com a junção das normas e institutos do direito romano, do direito germânico e do direito canônico.

Nas lições de Theodoro Junior (2020), após a queda do Império Romano, os germânicos (bárbaros), povos que habitavam a região das fronteiras de Roma, invadiram e dominaram politicamente todo o território, impondo os seus costumes e regras de direitos à população.

Como os germânicos possuíam noções jurídicas muito rudimentares, o direito processual sofreu um grande retrocesso, retornando ao fanatismo religioso e, conseqüentemente a participação da divindade e a aplicação das “ordálias” (“juízos dos deuses”) nos julgamentos.

O processo passou a ser extremamente rígido e os meios e os valores de cada prova, com as suas devidas conseqüências para o processo, determinados expressamente pelo direito positivo. Aliás, a prova passou a ser vista como um meio rígido de fixação da sentença, e não mais como meio de convencimento do juiz. (THEODORO JUNIOR, 2020)

Ademais, o processo germânico era acusatório e o ônus da prova cabia ao ofendido. Na realidade, nesse tipo de processo a busca não era pela verdade material ou real, mas sim, pela verdade artificial, baseada na intervenção divina nos julgamentos.

Apesar disso, a sistemática aplicada pelos bárbaros perdurou por vários séculos, até a fase bem adiantada da Idade Média.

Cumprе ressaltar que, paralelamente ao processo civil germânico, a Igreja Católica preservava as instituições do direito romano, passando a adaptar as mesmas às leis aplicadas pela igreja (direito canônico).

Logo, a partir da adaptação feita pela igreja católica e da união das normas do direito romano, do direito germânico e do direito canônico, iniciou-se o direito comum. A partir daí, o processo deixa de lado sua rigidez e passa a apresentar as seguintes características:

[...] era escrito, lento e excessivamente complicado [...]

A prova e a sentença voltaram a inspirar-se no sistema romano, mas admitia-se a eficácia *erga omnes* da coisa julgada, por influência do direito germânico. De inspiração canônica foi a adoção do processo sumário, com que se procurava eliminar alguns formalismos. (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 14)

Convém mencionar que nessa época o sistema de valoração das provas era o “tarifado”, onde o valor de cada prova era definido em lei. No mais, em que pese as “ordálias” terem sido extintas, até o século XIX ainda se admitia a tortura como meio de obtenção da verdade.

1. 5 PROCESSO MODERNO

Para Theodoro Junior (2020), a fase moderna inicia-se a partir do momento em que o juiz passa a apreciar as provas do processo, ou seja, a ter poderes para produzir de ofício as provas necessárias ao alcance de decisão justa.

Na fase moderna, o processo civil deixa de valorar as provas pelo sistema tarifado, retomando a sua apreciação pelo livre convencimento do juiz.

Também é nessa fase que ocorre a reaproximação do Processo Civil e do Processo Penal, além do retorno do princípio da oralidade e o reconhecimento de princípios e características importantes para o processo, tal como o caráter público.

Com isso, o Processo Civil passa a ser visto como instrumento de pacificação social e de efetividade sugerida pela lei e, apenas secundariamente, como remédio na tutela dos interesses particulares. Aliás, há maior concentração de poderes nas mãos do juiz, principalmente a produção e valoração das provas, proporcionando maior celeridade e dinamismo nos atos processuais. Esse entendimento prevaleceu quase que unanime nos Códigos de Processo Civil Brasileiro, de 1973 e 2015 (THEODORO JUNIOR, 2020)

1.6 DO CONCEITO DE PROVA

Sobre o aspecto etimológico, o termo “prova” deriva do latim *probatio* e significa “*ensaio, verificação, inspeção, exame, argumentação, razão, provação, confirmação*”.

O verbo “provar”, por sua vez, deriva do latim *probare*, e quer dizer “*provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, demonstrar, persuadir e estar satisfeito de alguma coisa*”.

No campo processual, segundo Neves (2020), a semântica do termo pode ser empregado sobre diferentes aspectos: (A) Pode representar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se, nesse caso, com o próprio procedimento probatório; (B) O meio pelo qual a prova será produzida, por exemplo, prova pericial; (C) A coisa ou a pessoa pelo qual se retira informações, ou seja, capaz de comprovar a verdade de um alegação; (D) O resultado de convencimento do juiz.

Nessa vertente, Theodoro Junior (2020, p. 843 e 844) explica que a prova no processo, pode ser conceituada sobre dois sentidos:

(a) um objetivo, isto é, como instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia e etc.)

b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção de instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Assim, provar algo abrange um conjunto de procedimentos, meios e atividades de verificação e de demonstração com a intenção de investigar a veracidade das alegações dos fatos relevantes para o julgamento do caso.

1.7 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

O direito de produzir provas é conteúdo do direito fundamental ao contraditório, incorporado no direito brasileiro (5º, § 2º)¹ pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

O direito à prova constitui uma garantia constitucional do devido processo legal, do acesso à justiça, da ampla defesa e, conseqüentemente, da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Em outras palavras, a garantia do direito à prova possui um conteúdo complexo e compõe os seguintes direitos jurídicos: (i) a oportunidade de requerer a prova; (ii) o direito de produzir a prova; (iii) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e (iii) o direito ao exame da prova produzida, pelo órgão julgador. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017)

O direito à participação na produção de prova é garantia básica e específica do contraditório, pois no direito processual brasileiro é inadmissível o uso de prova produzida secretamente e, principalmente, que esta seja empregada contra quem não participou de sua produção.

Entretanto, como se verá no decorrer deste trabalho, o direito à prova poderá ser limitado, quando a aceitação da prova violar outros valores e garantias processuais ou quando as partes não agirem com lealdade e boa-fé processual.

1.8 DA IMPORTÂNCIA DAS PROVAS

A prova constitui um dos temas mais relevantes do direito processual, “pois remete ao elemento introdutório de fatos no processo para a realização da cognição judicial.” (RODRIGUES; MONTEIRO NETO, 2016, p.502)

¹ Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

Melhor elucidando, a fim de que o julgador tome a decisão correta no caso concreto, ou seja, fique mais próximo da verdade real, é preciso que haja por parte dele o conhecimento sobre os fatos controvertidos na demanda e, conseqüentemente, a verificação de sua veracidade.

Todavia, isso só será possível se houver a correta compreensão do instituto da prova e seus respectivos aspectos, tal como o ônus probatório. Do contrário, a decisão prolatada pelo juiz pode não ser a mais justa solução para o caso concreto.

1.9 DA FINALIDADE DA PROVA

Como sabido, o processo tem por finalidade a solução dos conflitos pelo Estado.

Dessa forma, diante da impossibilidade de fazer justiça pelas próprias mãos, as partes almejam a formação da convicção do juiz, a fim de que se reconheça o direito que se postula.

Assim, quando se pensa em prova, o seu objetivo é a demonstração da veracidade do fato probando, o qual será objeto de aplicação da lei, e o juiz deve buscar a solução mais justa para o caso.

Isto é, a prova tem por objetivo convencer “o juiz acerca das alegações sobre as quais se desenvolvem a atividade probatória.” E, em segundo plano, permitir as próprias partes a formação de seu convencimento a respeito dos fatos da causa. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 62)

E, nessa perspectiva, Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p. 61) compartilham do seguinte ensinamento:

Antes mesmo de convencer o júízo, as próprias partes precisam estar convencidas da tese que estão sustentando ou que vão sustentar em júízo. E aí entra a importância da prova como meio para alcançar o convencimento das partes e como forma de determinação da conduta processual ou extraprocessual desses sujeitos parciais.

Como se nota, é importante a análise dos elementos de prova utilizados na defesa dos direitos pleiteados/debatidos em Juízo, com fundamental importância de contrapor as alegações do adversário.

1.10 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

A doutrina classifica as provas sobre diversos critérios.

a) **Quanto aos fatos**: as provas podem ser diretas e indiretas.

Prova direta é aquela que está relacionada diretamente com o fato que se pretende provar como verdadeiro, como por exemplo, a prova testemunhal. Já a indireta, também conhecida como indícios, é aquela que não tem relação direta com o fato, mas que são utilizadas no propósito de demonstrar fatos secundários ou circunstâncias, extraído deste modo, a convicção do fato principal.

Sobre a prova indireta Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p.53) explanam o seguinte pensamento:

Prova indireta: não se referem ao fato probando, mas a outro, do qual por trabalho do raciocínio se chega àquele, como por exemplo quando o perito descreve a posição em que se encontrou os veículos após o acidente, fazendo presumir como este poderia ter ocorrido.

b) **Quanto ao sujeito**: as provas podem ser pessoais e reais.

Provas pessoais são as provas retiradas através da declaração pessoal.

As provas reais, por sua vez, “são obtidas por meio de objeto ou coisas, que representam fatos sem na verdade declararem conscientemente sua veracidade”. (NEVES, 2020, p.708).

c) **Quanto à forma**: as provas podem ser orais, documentais e materiais. Cuida-se da maneira como é apresentada em Juízo.

Prova oral é aquela obtida através de declaração pessoal, tais como a oitiva de testemunhas, o depoimento pessoal, o interrogatório e o depoimento do perito.

Já a prova documental é afirmação de um fato escrito ou gravado, consubstanciada, por exemplo, em fotos, contratos, cartas, entre outros.

Por fim, a prova material consiste “em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando, como corpo de delito, exames periciais, instrumento do crime, etc.” (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p.54)

d) Quanto à preparação: as provas podem ser causais e ou pré-constituídas.

As provas causais são aquelas preparadas dentro do próprio processo (pericial).

As provas pré-constituídas são aquelas produzidas fora do processo e “que estão consistentes em instrumentos públicos ou particulares representativos de atos jurídicos.” (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 54)

1.11 DO DESTINATÁRIO DA PROVA

Como já mencionado, as provas têm por objetivo formar o convencimento do juiz a respeito dos fatos alegados na demanda. E, nas lições de Theodoro Júnior (2020), a prova é o meio pelo qual o juiz chegará na veracidade dos fatos e na melhor solução ao litígio, sendo aquele o principal destinatário das provas.

No entanto, parte da doutrina entende que as provas ainda são destinadas as partes e aos interessados no processo.

É o caso de Câmara. Confira-se:

O juiz, é certo, se apresenta como destinatário direto da prova por ter esta por finalidade trazer alguma contribuição para a formação de seu convencimento. É, então, para isto que se produz prova [...] e é ao juiz, evidentemente que incumbe apreciar a prova produzida [...]

A prova, porém, também é produzida para as partes e os outros interessados, seus destinatários indiretos. É que também as partes (e terceiros interessados) têm de se convencer, pela prova produzida, de que uma determinada decisão que tenha sido proferida deva ser considerada correta. A avaliação que as partes fazem da prova é evidentemente levada em consideração quando se verifica se vale ou não a pena recorrer contra alguma decisão. [...] (CÂMARA, 2016, p. 246 e 247)

Já Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p.63) explanam o seguinte pensamento:

Daí a necessidade de concluir que também elas, partes, são destinatárias das provas- e, tal como o juiz, destinatárias diretas, visto que o resultado da atividade probatória pode determinar, independentemente da atuação judicial, o rumo de um processo já instaurado –pense na hipótese de autocomposição após a realização de perícia em que os fatos que sustentam a demanda ficaram devidamente demonstrados- ou mesmo evitar a judicialização de um conflito. (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 63)

Como se nota, diversamente de Câmara que classifica as partes como destinatários indiretos da prova, Didier Junior, Braga e Oliveira acreditam que tanto as partes como o juiz da causa são destinatários diretos das provas, já que a atividade probatória determinará a atuação das partes no processo e não somente a verificação de uma decisão proferida em juízo.

Ademais, após a vigência do Novo Código de Processo Civil, mais precisamente em maio de 2015, o Fórum Permanente de Processualista Civis (FPPC) aprovou o Enunciado nº 50, alusivo ao destinatário das provas.

Enunciado 50 do FPPC: (art. 369; art. 370, caput) Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz. -Grupo: Direito Probatório (VITÓRIA, 2015) ²

Em suma, com a vigência do Novo Código de Processo Civil houve uma tendência em reconhecer que as provas se destinam a todos aqueles que participam do processo e não apenas ao juiz, o que prestigia o atual modelo de processo cooperativo, no qual o juiz deixa de ser o único protagonista.

² Disponível em: <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%c3%b3ria.pdf>

1.12 DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

De acordo com o artigo 370 do Novo Código de Processo Civil “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.” (BRASIL, 2015)

Nesse sentido, é possível verificar que no processo moderno o magistrado deixa de ser um simples árbitro, distante e desinteressado no resultado do processo, assumindo uma posição mais ativa na atividade probatória.

Ademais, a condução do processo deixa de ser determinada exclusivamente pela vontade das partes ou do juiz, e passa a ser conduzido pelo modelo cooperativo, no qual todos os sujeitos processuais contribuem para a pesquisa da verdade real.

Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p. 104) apontam a seguinte questão:

[...] A atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade complementar- uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la.

Nessa toada, o poder instrutório atribuído ao juiz não afasta o dever das partes em produzir provas, nos moldes do artigo 373, I e II, do CPC.

Em outras palavras, quando as provas produzidas pelas partes forem insuficientes para o resultado do processo, o juiz determinará de ofício a produção de provas pertinentes para o caso. Aliás, esse é o papel que se espera do julgador, uma vez que não se mostra interessante a figura do juiz inerte.

Anote-se, entretanto, que essa postura ativa do juiz deve ser exercida de forma equilibrada, para que não comprometa a sua imparcialidade.

Neste ponto, vale ressaltar que o artigo 370 do CPC traz algumas polêmicas em relação a atividade instrutória do juiz, sendo alvo de crítica por doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade, pois ele estaria “exercendo” o papel das partes e sua imparcialidade seria comprometida. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA ,2017)

Entretanto, a maior parte da doutrina, entende que o poder instrutório do juiz em nada altera a sua imparcialidade, uma vez que o magistrado não tem condições de saber de antemão o resultado da prova. Desta forma, é incorreto afirmar que a prova determinada de ofício pelo juiz beneficiaria uma parte e não a outra.

No mais, a ideia de que o juiz não pode agir sem provocação da parte se aplica apenas aos pedidos formulados na inicial (princípio dispositivo) e não para atividade probatória, pois esta é conduzida pelo princípio inquisitório.

Por fim, cumpre ressaltar que os poderes instrutórios do juiz potencializam os princípios da igualdade e da cooperação, permitindo que o julgador reequilibre as desigualdades relacionadas à defesa técnica e econômica entre as partes.

1.13 DA VALORAÇÃO DA PROVA

A prova tem por finalidade a busca mais próxima da veracidade e a convicção do julgador a respeito dos fatos litigiosos.

E, ao manusear os meios de provas para a formação do convencimento, o juiz não pode agir arbitrariamente. Ao contrário. Deve adotar um método ou um sistema descrito pelo legislador. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.853)

Na história do direito processual são três os sistemas conhecidos: (i) O critério legal, (ii) O da livre convicção e o (iii) da persuasão racional.

Segundo o ensinamento de Theodoro Junior (2020, p.853), no critério legal o “juiz é quase um autônomo, apenas afere as provas seguindo uma hierarquia legal e o resultado surge automaticamente”.

Nessa vertente, Neves (2020, p.729) ainda completa dizendo:

[...] O juiz um simples matemático, que somava as provas produzidas para verificar a ocorrência dos fatos alegados. Nesse sistema, valendo a prova testemunhal 1 ponto, a documental, 2 pontos e a confissão, 3 pontos, basta o juiz somar a prova produzida e declarar vitorioso aquele que somar um maior número de pontos. Obviamente que tal sistema não é adequado, privilegiando a quantidade da prova e não sua qualidade. (NEVES, 2020, p.729)

Como se nota, nesse sistema, o valor das provas já é predefinido em lei, não importando a individualização do caso concreto. Aliás, por esse motivo, esse critério de valoração das provas está totalmente superado no direito processual civil.

O segundo sistema é o da livre convicção, que diferente do anterior, prevalece a íntima convicção do juiz. Nesse sistema o julgador tem plena liberdade, inclusive, não é obrigado a fundamentar sobre as razões de seu convencimento.

O sistema diametralmente oposto, chamado de livre convencimento ou persuasão íntima, no qual a liberdade do juiz é plena também peca pelo excesso. Nesse sistema vale tão somente o convencimento íntimo do juiz, que não se vê obrigado a justificar suas escolhas, podendo até mesmo julgar contra a prova produzida caso assim lhe pareça correto. (NEVES, 2020, p.729)

Ao comparar os dois sistemas é possível perceber, que em ambos há um vício de valoração das provas, pois não ocorre um equilíbrio e sim um extremo entre eles. No critério legal há o extremo de nenhuma liberdade e no outra há uma liberdade plena de julgamento.

Por sua vez, o sistema da persuasão racional, também conhecido como o do livre convencimento motivado, é fruto da operação lógica decorrentes dos elementos de convicção existente no processo, em que o juiz é livre para formar seu convencimento, e dar às provas o peso que entender cabível para cada processo. Nesse sistema, não há uma hierarquia entre os meios de provas.

Theodoro Junior (2020, p. 853) traz o seguinte raciocínio a respeito da persuasão racional:

[...] o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos. Além disso, o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, tampouco as regras da lógica e da experiência. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.853)

O sistema da persuasão racional foi adotado pelos doutrinadores no Código de Processo Civil de 1973, todavia, houve uma discussão a respeito do termo livre convencimento, trazido na redação do artigo 131.

Art.131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (BRASIL, 1973)

Segundo Theodoro Junior (2020), apesar do juiz não ter a liberdade de decidir fora dos fatos alegados, ele tinha liberdade e discricionariedade para atribuir as provas o valor que bem entendesse, bastando indicar na sentença os motivos que formaram seu convencimento.

Ocorre que a liberdade para apreciar os elementos probatórios poderia ensejar a possibilidade de o juiz isolar certa prova, para dar-lhe forças suficientes em seu convencimento e, conseqüentemente, não aproveitar todo material probatório para a melhor solução do caso concreto.

Entretanto, com o advento do Novo Código de Processo Civil (2015), houve uma mudança em relação ao sistema de valoração das provas, com adoção do “princípio democrático de participação efetiva das partes na preparação e formação do provimento que haverá de ser editado pelo juiz para chegar a justa composição do litígio.” (THEODORO JUNIOR, 2020, p.855)

Em outras palavras, o mencionado princípio garantiu a participação das partes no processo, abolindo o legislador a expressão “livre convencimento” existente no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973.

Assim, com a adoção do Novo Código, o juiz deve apreciar todo o conjunto probatório existente nos autos, não podendo mais considerar somente aquela de sua preferência para seu convencimento.

Acresça-se que o artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015 agora traz a seguinte redação: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. (BRASIL, 2015)

Desta forma, o Código de Processo Civil de 2015 afastou a possibilidade de o juiz de não responder a todos os argumentos da parte e de não analisar exaustivamente todas as provas constantes no processo.

1.14 DO OBJETO DA PROVA

Para alguns doutrinadores, os fatos da causa compõem o objeto da prova. No entanto, a doutrina mais atual considera essa afirmação como incorreta, pois “provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e, portanto, condizente com a verdade”. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 63)

Logo, o que interessa como objeto da prova é o fato probando, isto é, se as alegações de fato ocorreram ou não, bem como, se há ou não veracidade nas alegações.

1. 14.1 Principais característica do objeto da prova

Para ser considerado objeto da prova, o fato probando precisa ser: controvertido, relevante, pertinente e determinado.

Nesse sentido, será controvertido o fato alegado por uma parte e impugnado ou não admitido como verdadeiro pela outra. Já os fatos relevantes e pertinentes são aqueles que possuem relação ou conexão com a causa e que influenciarão diretamente na decisão do juiz.

Segundo Neves (2020), os fatos que não têm relação com a causa ou ainda que não influenciam no convencimento do juiz devem ser evitados no processo, em prol do princípio da economia processual, já que em nada modificam a decisão judicial.

Enfim, o fato será determinado quando for apresentado com características suficientes que o diferenciam de outros que se assemelham. Aliás, para que ocorra essa diferenciação, o fato apresentado deve ser identificado no tempo e no espaço. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017)

1.14.2 Fatos que independem de prova

Há certos fatos, que apesar de relevantes para o processo, não exigem provas para serem tidos como demonstrados. São elencados pelo artigo 374 do Novo Código de Processo Civil e considerados como: os fatos notórios; os fatos afirmados por uma parte e confessado pela outra; os fatos admitidos como incontroversos e cujo fato milita a existência legal ou a sua veracidade. Vejamos.

Art. 374. 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.
(BRASIL, 2015)

Em síntese, são considerados fatos notórios aqueles de conhecimento geral, cuja veracidade é manifesta e indiscutível, motivo pelo qual nesse caso a prova é dispensada.

Segundo Neves (2020), os fatos notórios possuem algumas características como: (i) não precisam ser de conhecimento do juiz; (ii) não precisam ser testemunhados; (iii) o ônus de alegação deve ser da parte, não podendo o juiz conhecer de ofício; (iv) a notoriedade pode ser objeto de prova, quando existir dúvida a respeito das características do fato.

Nesse sentido, Didier Junior, Braga e Oliveira (2017) aludem como exemplo o atentado terrorista no World Trade Center, fato ocorrido em setembro de 2011, nos Estados Unidos.

O inciso II, do artigo 374 do CPC também prescreve que não dependem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte adversa, pois prová-los seria inutilidade e pura perda de tempo, inclusive feriria a celeridade processual, que é tão almejada no processo moderno.

Segundo Didier, Braga e Oliveira (2017), há um equívoco por parte do legislador ao dizer que um fato afirmado por uma parte e confessado pela outra independe de provas, já que esse ato representa confissão.

Na mesma linha, Neves ensina que: “[...] não é adequado afirmar que o fato confessado é excluído do objeto de provas porque na realidade ele já foi objeto da prova.” (NEVES, 2020, p.715)

Os fatos incontroversos, citados no inciso III, também não necessitam de provas, eis que não foram discutidos pelas partes no processo. E assim, seria perda de tempo prová-los.

Nessa perspectiva, o caput do artigo 341 do Código de Processo Civil traz a seguinte redação: “Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas”. (BRASIL, 2015)

Anote-se que, ao trazer a redação supracitada, o legislador quis reforçar a importância da impugnação dos fatos, já que aqueles não refutados pelo réu no processo serão considerados verdadeiros, e, conseqüentemente desautoriza a produção de provas.

Além disso, são inteiramente desnecessárias e inúteis as provas sobre fatos em que milita a presunção legal de existência ou de veracidade, uma vez que seu valor probatório já fora definido pela legislação.

Em relação à presunção, Neves (2020, p. 716) explana o seguinte pensamento:

A presunção representa o resultado de um processo mental que, partindo de um fato demonstrado como ocorrido, permite a conclusão de que outro fato, ainda que não provado, seja também considerado como existente ou ocorrido. Há uma relação entre fato indiciário(provado) e fato presumido (não provado), decorrente da constatação lógica de que, se o primeiro ocorreu, muito provavelmente o segundo também terá ocorrido.

Portanto, a presunção não se confunde a prova, uma vez que a primeira é correspondente ao conhecimento do juiz e, a segunda permite ao juiz conhecer de algum fato.

Também, cumpre acrescentar que a presunção mencionada no artigo 374, inciso IV, do CPC, se subdivide em: presunção legal absoluta e presunção legal relativa.

Segundo Neves (2020), a presunção legal é aquela expressamente admitida em lei, cabendo ao legislador nesse caso, indicar a relação entre o fato judiciário e o fato presumido. Todavia, o caso concreto é quem determinará se a presunção será absoluta ou relativa.

Frise-se que a presunção absoluta é aquela em que o fato presumido é aceito pelo magistrado, dispensada qualquer prova em sentido contrário. Um exemplo clássico de presunção absoluta está previsto no artigo 46 da lei 8.245/ 1991:

Art. 46. Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

§ 1º Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir - se - á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato.

§ 2º Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação. (BRASIL, 1991)

A presunção relativa, por sua vez, é aquela em que o juiz admite a prova contrária, desde que a parte interessada prove que o fato presumido não ocorreu. Portanto, a questão fática não é efetivamente excluída do objeto da prova. Exemplo: Súmula 301 do STJ.³

1.14.2.1 Direito Municipal, Estadual, Estrangeiro e Consuetudinário

Em regra, não se exige a prova do direito, já que não é obrigação da parte a comprovação de normas jurídicas. Mas, o novo Código de Processo Civil traz a exceção descrita no artigo 376, que traz a possibilidade de se exigir daquele que alegar o direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário, a comprovação de seu teor e vigência.

³ “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”. (STJ, 2004) – Disponível em :< <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1285.html>>. Acesso em 30 de Julho de 2020.

O artigo 376 do Código do Novo Código de Processo Civil traz a redação: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.” (BRASIL, 2015)

Nessa premissa, a parte deve provar que o direito alegado está descrito no conteúdo da norma e que produz efeitos, ou seja, em plena vigência e não revogado por outra legislação.

Segundo Bonizzi (2017), o dispositivo mencionado é de pouca utilidade, porque evidentemente o juiz conhece o direito (*iura novit curia*) e a única prova que se pode fazer a respeito do teor e da vigência dessas normas – estadual ou municipal – é a publicação no Diário Oficial. (BONIZZI, 2017, p. 71)

Em contrapartida, Ferreira (2017) explana a lição:

Embora normalmente normas estaduais e municipais possam ser consultadas pelo juiz, podem demandar um trabalho grande, por vezes com busca até arquivos legislativos; se isto ocorre pode ser determinado que a parte comprove o teor e a vigência das normas suscitadas, com isto se facilitando e agilizando a atuação jurisdicional. (FERREIRA, 2015, p. 1.019)

Assim, se o juiz exigir que a parte prove o direito municipal ou estadual, basta a comprovação do teor e vigência da norma, por meio de certidões dos órgãos públicos competentes, cópia do Diário Oficial ou de repertório legislativos, dentre outros meios idôneos. Atualmente, aceita-se a consulta de sites da internet, especialmente aqueles ligados ao Poder Público.

O Tribunal de Justiça de Tocantins proferiu a seguinte decisão a respeito do direito municipal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PROPOSITURA POR SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL DO MUNICÍPIO DE RECURSOLÂNDIA. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA. 1. Não há que se falar em condenação do Município de Recursolândia à implementação e ao pagamento de adicional por tempo de serviço (anuênio) se a servidora pública municipal autora/apelante não logrou comprovar a existência e a vigência de lei municipal que preveja o direito subjetivo pleiteado na ação de cobrança originária. 2. Incumbe à parte autora comprovar a vigência dos direitos municipal, estadual, estrangeiro e/ou consuetudinário que alega. Inteligência do art. 376 do CPC. 3. Por

força do princípio constitucional da legalidade estrita (art. 37, caput, CRFB), a Administração Pública somente pode fazer aquilo que está previsto em lei. Assim, diante da não comprovação, pela parte autora/apelante, da existência e da vigência de norma municipal que preveja o direito subjetivo de percepção de adicional por tempo de serviço, não há que se falar em condenação do Município réu/apelado ao pagamento de tal benefício. 4. Caso concreto em que a servidora pública municipal autora/apelante instruiu a petição inicial da ação de cobrança originária com um mero projeto de lei, não havendo qualquer prova no sentido de que o mesmo foi aprovado, sancionado, promulgado e publicado. 5. Apelação cível conhecida e improvida (TJ, 2019).

Neste ponto, vale anotar que se não for incumbido à parte o ônus de provar direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário, o juiz não poderá deixar de julgar o processo, ainda que ausentes as provas nos autos.

Nessa vertente, o Tribunal de Justiça de Rondônia proferiu decisão:

Apelação. Embargos à execução fiscal. Legislação municipal. Aplicação de ofício. Princípio *iura novit curia*. Comprovação do teor. Desnecessidade, salvo determinação pelo magistrado. Anulação da sentença. Recurso provido. A regra esposada no art. 376 do CPC, segundo a qual a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar, decorre do princípio geral, segundo o qual o magistrado conhece o direito (*iura novit curia*). Tratando-se de norma legal editada pela municipalidade, não pode o juízo local deixar de decidir questão arguida sob o fundamento de que não fora juntado aos autos o texto da referida norma, se prova da vigência e do teor da lei não foi previamente exigida da parte. (Apelação, Processo nº 0007826-25.2013.822.0005, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator (a) do Acórdão: Des. Roosevelt Queiroz Costa, Data de julgamento: 26/04/2017) (TJ, 2017)

Portanto, o ônus de provar o direito municipal será da parte que alegar, devendo o juiz oportunizar a demonstração, de acordo com o artigo 376 CPC. Destaca-se, que, no caso citado, a parte alegou o direito municipal e não fora incumbida de prová-lo, com prolação de sentença desfavorável fundamentada na ausência de provas do texto de lei, cuja decisão fora devidamente anulada pelo Tribunal.

Por outro lado, no que diz respeito ao direito estrangeiro não se exige que o juiz tenha pleno conhecimento das normas que se pretenda aplicar. Assim, caberá à parte o ônus de provar o teor e a vigência desse direito.

Nesse caso, a comprovação poderá ser feita através de órgãos diplomáticos e pareceres de juristas estrangeiros ou ainda por meio de: (i) documento expedido pelo consulado atestando teor e vigência da regra;(ii) citação de obra jurídica recente e reconhecida no meio jurídico;(iii) cópia e citação de *site* oficial do País cuja norma se refere; (iv) decisão recente utilizando a norma cujo teor e vigência se quer comprovar.

Agora, suscitado o direito estrangeiro e o réu não o impugnar, esse direito não dependerá de prova robusta de seu teor e vigência, “salvo se o juiz, no uso de poder instrutório, assim determinar”. (BONIZZI, 2017, p.72)

No entanto, quando se tratar de direito consuetudinário(costumes), o ônus da prova deve incidir com intensidade, porquanto esse costume é antes de tudo um fato a ser provado e que se forma pela repetição de atitudes humana, no qual o meio social fez regras jurídicas.

A demonstração desse direito pode ocorrer por todos os meios de provas admitidos no Código de Processo Civil, ainda que estes meios não estejam tipificados. Porém, é importante destacar que o ônus previsto no artigo 376 do CPC é do tipo subjetivo e não uma regra de julgamento, pois, nesses casos, o ônus só será conferido à parte, se o juiz determinar.

No mais, se o juiz impor o ônus, deve dar oportunidade à parte de se desincumbir dele nos mesmos moldes do § 1º do art. 373⁴. Caso contrário, além da ofensa desse dispositivo, o juiz também ofenderá o contraditório e ampla defesa (BONIZZI, 2017, p.72).

⁴ Art. 373, § 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, 2015)

2. PRINCÍPIOS INERENTES À PROVA

A atividade probatória é composta por diversos princípios que norteiam o melhor funcionamento do processo, auxiliando o magistrado e as partes. Confira-se.

2.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório é uma garantia constitucional, prevista no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.⁵ Garante as partes aos litigantes a oportunidade de defesa contra as alegações impostas em juízo.

Em outras palavras, é de direito das partes acompanhar todos os atos processuais, evitando decisões contra uma parte sem que a outra seja ouvida.

2.2 PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DAS PROVAS

Com previsão no artigo 369 do Novo Código de Processo Civil, esse princípio garante às partes o emprego de todos os meios de provas legais e moralmente legítimos, com o fim de provar a verdade dos fatos e influir na convicção do juiz, ainda que ausente a previsão legal.⁶

2.3 PRINCÍPIO INQUISITIVO

O princípio inquisitivo confere ao juiz poderes para a descoberta da verdade, tal como a iniciativa de determinar de ofício a produção de provas, isto é, necessárias ao esclarecimento dos fatos.

⁵ Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988)

⁶ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 2015)

2.4 PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL OU DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Esse princípio permite “ao juiz uma boa margem de análise das provas produzidas, podendo atribuir-lhes o valor probante que entender adequado, desde que faça motivadamente.” (BONIZZI, 2017, p.30)

2.5 PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA

O princípio da comunhão das provas traz a ideia de que a prova pertence ao processo e não à parte que a produziu. Melhor elucidando, após a produção da prova, a parte não pode retirá-la do processo.

Conseqüentemente, o juiz poderá valorar a prova em favor de qualquer das partes, independentemente de quem a produziu, nos termos do artigo 371 do Novo Código de Processo Civil.⁷

2.6 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

A proibição de provas ilícitas constitui garantia constitucional, descrita no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, assegurando ao jurisdicionado a não produção de provas ilícitas contra si.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL, 1988)

⁷ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL, 2015)

Na legislação infralegal, o artigo 369 do CPC alude que serão considerados meios de provas todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados na legislação.

Aliás, oportuno estabelecer a diferença entre provas ilícitas e provas ilegítimas.

Ilícitas são aquelas provas obtidas com violação de direito material e ilegítimas aquelas introduzidas no processo violando as normas procedimentais.

Segundo Didier Junior; Braga e Oliveira (2017), a ilicitude da prova não se classifica apenas na violação das regras de direito material, mas também nas regras jurídicas estabelecidas na norma geral como na norma constitucional.

Existem vários critérios para a aferição da ilicitude da prova, e, segundo Didier Junior, Braga e Oliveira, esses critérios podem recair sobre: (i) o objeto da prova, quando, por exemplo, o fato não é controvertido; (ii) os meios pelos quais as provas são inseridas no processo, tal como o uso de testemunha quando a alegação do fato exigir conhecimento técnico; (iii) os procedimentos pertinentes em que são coletados os materiais probatórios, por exemplo, a produção de prova pericial sem a devida participação das partes; (iv) em alguns casos, sobre o valor da prova produzida, por exemplo, quando a testemunha é convidada a depor, mas não presenciou os fatos litigiosos. (DIDIER JUNIOR; BRAGA E OLIVEIRA, 2017, p.111)

Além disso, temos a chamada teoria dos frutos podres da árvore envenenada (*fruits of the poisonus tree*), também conhecida como provas ilícitas por derivação. Essa teoria está ligada a garantia ao devido processo legal e proíbe o uso de provas que foram produzidas a partir de uma outra prova ilícita.

Isso significa que a prova produzida ilicitamente contamina todas as demais provas derivadas, e, portanto, deve ser desconsiderada do processo. A título de exemplo, pode-se citar o testemunho de um sujeito que tenha sido mencionado em fita gravada clandestinamente. (NEVES, 2020, p. 736)

Todavia, se comprovado que entres as provas não há nenhuma relação de dependência, ou seja, que a originalidade da prova lícita não se derivou da ilícita, é possível a utilização da prova com fundamento na Teoria da Fonte Independente - An Independent Source. (NEVES, 2020, p. 737)

Acresça-se que essa teoria é bastante utilizada na esfera penal, inclusive aproveitada nas ações em que há relação entre as esferas civil e penal.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul assim se manifestou:

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROVA ILÍCITA – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE THEORY) – POSSIBILIDADE DE DISSOCIAÇÃO DA PROVA CONSIDERADA ILÍCITA DAS DEMAIS PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS – TEORIA DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (AN INDEPENDENT SOURCE) – DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS CONSIDERADAS ILÍCITAS – MANUTENÇÃO DAS DEMAIS PROVAS NÃO CONTAMINADAS – POSSIBILIDADE. 1. Controvérsia centrada na discussão acerca de eventual contaminação de todo o acervo probatório que subsidiou a propositura de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, ante o reconhecimento da ilicitude de interceptações telefônicas realizadas no procedimento criminal que deu início à apuração dos fatos, os quais são também ora apurados na seara cível-administrativa. 2. Nos termos do art. 5º, inc. LVI, da CF/88, são "inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". 3. Da teoria da prova ilícita, emana a "fruits of the poisonous tree theory", ou seja, a "teoria dos frutos da árvore envenenada", metáfora legal que, em síntese, pressupõe a compreensão de que toda prova, ainda que produzida legalmente, mas que tenha relação direta de subordinação com as provas produzidas ilicitamente, também padecem, por atração, do vício de ilegalidade, sucumbindo, em conjunto com a prova ilícita que lhe deu origem, ao terreno da ilicitude. 4. À essa regra, entretanto, permite-se construir um contexto de exceção, por meio da chamada "fonte autônoma de prova" ("an independent source"), de modo que, "se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária" (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 de 31/07/2008; RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 de 17/05/2007). 5. Assim, se eventuais provas, ainda que produzidas posteriormente à prova ilícita, revelarem-se autônomas e dissociadas desta, permite-se o seu aproveitamento, em razão da não contaminação oriunda da ilicitude originária; considerando-se, portanto, fonte independente de prova, aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução probatória, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. 6. Na espécie, embora o agravante se esforce para demonstrar que todo o acervo probatório que lastreou a propositura da presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa está contaminado pela prova ilícita; em verdade, não se verifica a alegada contaminação, pois existem outras provas, autônomas, e independentes, que permitem perfeita e cabalmente a aferição de supostas práticas de atos de improbidade administrativa pelo réu-agravante, sem que se utilize, sequer indiretamente, o conteúdo probatório relativo às interceptações telefônicas declaradas nulas por vício de ilegalidade. 7. Assim, não tem razão o réu-agravante quanto à pretendida ilegalidade de todo conteúdo probatório, pois, na espécie, se

constata, às escâncaras, ser perfeitamente possível a dissociação dos elementos de prova não contaminados pela nulidade que acometeu as interceptações telefônicas; fato que, entretanto, não veda o atendimento do pedido subsidiário do agravante, no sentido de se proceder o desentranhamento das provas produzidas no Pedido de Providências nº 002.07.105083-5, no bojo do qual foram produzidas as interceptações consideradas nulas. 8. Agravo de Instrumento conhecido e provido em parte. (TJ, 2018)

A jurisprudência mencionada trata de ação de improbidade administrativa, cuja natureza é de âmbito civil. O recurso apresentado fora provido parcialmente, pois, como mencionado pela Teoria da Fonte Independente, as provas que apresentaram autonomia e não mostraram nenhuma relação de subordinação com as provas ilícitas poderão ser aproveitadas no processo, não havendo necessidade de se descartar todo material probatório.

Aliás, há doutrinadores que sustentam a possibilidade do uso de provas ilícitas para o convencimento do juiz, a depender do caso concreto. Essa posição é defendida pela corrente doutrinária intermediária, ao argumento de que o princípio da prova ilícita não é absoluto.

A respeito do assunto, Neves (2020, p.737) explana o pensamento:

Negando ser o princípio constitucional da prova ilícita absoluto- como no mais nenhum princípio jamais será-, essa corrente doutrinária defende que, dependendo das circunstâncias, em aplicação ao princípio da proporcionalidade, é possível a utilização da prova ilícita, o que não impedirá a geração de efeitos civis, penais e administrativos em razão da ilicitude do ato. Trata-se de corrente majoritária na doutrina brasileira. (NEVES, 2020, p.737)

Para o estudioso, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a prova ilícita, se conjugados, poderão ser utilizadas para o convencimento do juiz, com algumas condições:

- a) gravidade do caso;
- b) espécie da relação jurídica controvertida;
- c) dificuldade de demonstrar a veracidade de forma lícita;
- d) prevalência do direito protegido com a utilização da prova ilícita comparado com o direito violado;

e) imprescindibilidade da prova na formação do convencimento judicial. (NEVES, 2020, p.738 e 739)

O Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão:

HABEAS CORPUS. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. PROCESSO CIVIL. INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE CRIME. SUBTRAÇÃO DE CRIANÇA. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL POR FUNCIONÁRIO DE COMPANHIA TELEFÔNICA, APOIADO EM ALEGAÇÕES REFERENTES AO DIREITO DA PARTE NO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DE RESTRIÇÃO IMINENTE AO DIREITO DE IR E VIR. NÃO CONHECIMENTO. 1. - A possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. No entanto, o ato impugnado, embora praticado em processo cível, retrata hipótese excepcional, em que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. - Não toca ao paciente, embora inspirado por razões nobres, discutir a ordem judicial alegando direito fundamental que não é eu, mas da parte processual. Possibilitar que o destinatário da ordem judicial exponha razões para não cumpri-la é inviabilizar a própria atividade jurisdicional, com prejuízo para o Estado Democrático de Direito. 3. - Do contexto destes autos não se pode inferir a iminência da prisão do paciente. Nem mesmo há informação sobre o início do processo ou sobre ordem de prisão cautelar. Ausentes razões que fundamentariam o justo receio de restrição iminente à liberdade de ir e vir, não é cabível o pedido de habeas corpus. 4. - Habeas Corpus não conhecido. (STJ, 2011)

Na jurisprudência mencionada, o STJ admitiu a interceptação telefônica determinada por juízo cível. A fundamentação apresentada foi que, apesar de tal ato ter sido expedido no âmbito cível, a medida seria importante para a verificação de possível crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 237)⁸, “já que os interesses do menor envolvido poderiam superar o direito ao sigilo.” (NEVES, 2020, p.738)

Da mesma forma, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

⁸ Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto. (BRASIL, 1990)

Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Decisão agravada que indefere o pedido de exibição dos e-mails trocados pelo sócio da Agravada e prepostos da empresa concorrente da Agravante. Manutenção. Nos termos do art. 5º, XII da Constituição Federal, é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Na esfera cível, a quebra do sigilo, por ordem judicial, somente é admitida em situações excepcionais, o que não ocorre no presente caso, em que se discutem questões meramente patrimoniais. Desprovimento do recurso. (TJ, 2019)

Analisando o julgado supracitado, verifica-se que o recorrente pleiteou a quebra do sigilo de e-mails, na intenção de usá-los como prova no processo. Contudo, seu pedido foi negado, uma vez que, no Processo Civil, a quebra de sigilo só é admitida em casos excepcionais.

Assim, conclui-se que as provas ilícitas no Processo Civil só serão admitidas em casos excepcionais, notadamente se o interesse/direito tutelado estiver em risco.

3. ÔNUS DA PROVA

Com efeito, o ônus da prova tem grande relevância para o julgamento da causa, pois se refere à atividade de comprovação dos fatos trazidos pelas partes.

Isto é, o encargo de provar os fatos é uma decorrência da própria norma de direito material, que acarreta a demonstração de um suporte fático necessário à sua incidência para que se obtenha sucesso na demanda.

Theodoro Junior (2020, p.867) leciona a respeito do assunto:

O ônus da prova refere-se à atividade processual de pesquisa da verdade acerca de fatos que servirão de base ao julgamento da causa. Aquele a quem a lei atribui o encargo de provar certo fato, se não exercitar a atividade que lhe foi atribuída, sofrerá o prejuízo de sua alegação não ser acolhida na decisão judicial. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.867)

Todavia, cabe anotar que não há um dever de provar e sim uma faculdade. Entretanto, é de interesse do litigante comprovar suas alegações, a fim de alcançar o interesse pleiteado em Juízo.

Em suma, o ônus, caso venha a ser descumprido, acarretará consequências processuais negativas (encargos), o que, certamente, não é o desejo de nenhuma das partes.

Didier Junior, Braga, e Oliveira (2017, p. 123) mencionam que o ônus é:

O encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 123)

E, neste ponto, por se tratar de um encargo, o ônus de provar pode ser atribuído: (i) pelo legislador; (ii) pelo juiz; (iii) por convenção das partes.

Segundo Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p. 123), a atribuição feita pelo legislador é invariável, de acordo com as peculiaridades da causa, ou seja, é considerada uma atribuição prévia e estática. Entretanto, a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada dinâmica, porque é feita à luz de uma situação concreta.

Aponta-se, ainda, que o ônus da prova pode ser dividido sob dois aspectos: ônus subjetivo e ônus objetivo.

No ônus subjetivo, analisar-se-á a quem recairá a responsabilidade pelo ônus probatório – autor ou réu.

Para Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p.123), ônus subjetivos são:

Regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em ônus subjetivo ou função subjetiva das regras do ônus da prova, que permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 123)

Por sua vez, o ônus objetivo é regra de julgamento em que cabe ao juiz, nos casos em que as provas forem insuficientes, indicar as partes que suportarão os riscos pela ausência da produção de provas.

Nessa vertente, Neves (2020, p. 719) traz a lição:

O ônus da prova, em seus aspectos objetivos, é uma regra de julgamento, aplicando-se somente no final da demanda, quando o juiz estiver pronto para proferir sentença. É regra que se aplica apenas no caso de inexistência ou insuficiência de provas. [...] Deve indicar qual das partes tinha o ônus de provar e colocá-la numa situação de desvantagem processual. (NEVES, 2020, p.719)

Melhor elucidando, o magistrado não pode se abster de julgar o caso por não encontrar uma resposta jurídica. No direito brasileiro é vedado o *non liquet*, cuja expressão é originária do latim e tem o significado de “não está claro”.

Conseqüentemente, o aspecto objetivo, fundamentado no ônus da prova, é de suma importância, orientando o magistrado na prolação da sentença nos casos de insuficiências de provas.

Nesse sentido, em homenagem ao princípio da comunhão de provas, o artigo 371 do Código de Processo Civil: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” (BRASIL, 2015)

3. 1 SISTEMA LEGAL (ESTÁTICA) DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Processo Civil estabelece, em regra, a forma legal de distribuição do ônus da prova.

Convém mencionar o artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, que distribui o ônus da prova entre as partes:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (BRASIL, 2015).

Da leitura do dispositivo legal, conclui-se que, em relação ao autor, o fato constitutivo do direito é comprovação da alegação que origina a lide, ou seja, a demonstração dos fatos por meio de provas, encartadas com a exordial ou produzidas no curso da demanda, sob pena de improcedência dos pedidos.

Ao réu, no entanto, cabe contestar o pedido autoral, apontando a existência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos dos supostos direitos do demandante.

Acresça-se que são fatos impeditivos aqueles que impedem o reconhecimento do direito alegado pelo autor; os modificativos são aqueles que comprovam a ausência de veracidade, isto é, decorreram de maneira diversa; os extintivos que, de algum modo, colocam fim aos pedidos iniciais.

Vale registrar a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ÔNUS DA PROVA. 1. Nos termos do art. 373, I e II, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante. 2. No caso concreto, tendo a autora trazido aos autos prova suficiente do direito alegado, e não tendo a demandada contraposto provas hábeis a afastá-la, o pedido formulado pela ECT comporta acolhida. (TRF, 2019)

3.2 SISTEMA CONVENCIONAL DO ÔNUS DA PROVA

Pela distribuição convencional do ônus da prova, as partes, em comum acordo, definem a forma de “distribuição”, diversa daquela estabelecida em lei (art. 373, do CPC).

Segundo Theodoro Junior (2020, p. 889), trata-se de negócio jurídico, devendo ser pactuado dentre as disposições previstas no artigo 104 do Código Civil, tais como: “agente capaz e legítimo, objeto lícito e forma admitida ou não defesa em lei”.

Anote-se que esse acordo poderá ocorrer antes ou durante o processo, conforme preceitua o artigo 373, §4º, do CPC. Aliás, só será admitido se envolver direitos disponíveis ou não resultar na produção de provas diabólicas, isto é, provas impossíveis ou impraticáveis pela parte. Confira-se.

Art. 373. § 3.º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, Neves (2020, p. 722) exemplifica sobre a distribuição convencional:

Marina alega que não estava em determinado bar, num determinado dia e horário, sendo fácil produzir prova neste sentido; basta provar que estava em outro lugar naquele dia e horário. A alegação, entretanto, de que nunca esteve naquele bar é impossível de ser provada, ainda que a parte contrária possa provar que a alegação é falsa, bastando comprovar que ao menos uma vez Marina esteve no bar. É prova diabólica que Marina não conseguirá

produzir o fato negativo indeterminado, não se admitindo a inversão convencional nesse caso.

Ainda, admitida a inversão convencional do ônus da prova, o juiz não terá o poder de redistribuí-lo. Por se tratar de um negócio, a autonomia da vontade dos contratantes predominará, se respeitadas as regras estabelecidas pelo § 3º, do artigo 373 do CPC. (THEODORO JUNIOR, 2020)

3.3 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA

Para alguns autores, a distribuição dinâmica da prova, teve origem com o “Tratado das Provas Judiciais”, obra produzida pelo inglês Jeremy Bentham, que defendia, como regra geral, a atribuição do ônus da prova à parte que pudesse produzi-la sem maiores dificuldades. (YOSHIKAWA, 2017, p. 569)

Mas, a sistematização da distribuição dinâmica probatória só ocorreu na Argentina, no século XX, em especial na década de 80, com o estudo do jurista Jorge Walter Peyrano. Lá, chamada de “Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas”, conferiu-se a possibilidade de inverter a produção da prova, quando impossível ou muito difícil a produção pela parte que detinha o ônus legal.

Aliás, diferente do Inglês Jeremy Bentham que trazia a tese de que a atribuição do ônus era a regra geral, o argentino defendia a inversão do ônus nos casos excepcionais, ou seja, quando a parte incumbida de provar não conseguia satisfazer a sua produção.

Neste viés, vale acrescentar que, no Brasil, a introdução das cargas probatórias dinâmicas foi fortemente influenciada pela teoria argentina, precursora no sentido de conceder ao juiz o poder de flexibilizar a teoria estática do ônus da prova mesmo na ausência de permissivo legal.

A aplicação exclusiva da Teoria Estática, também foi diminuída com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe diversos direitos fundamentais, materiais e processuais, além de princípios constitucionais, com o fim de garantir a formação de um processo mais justo e equilibrado.

De mais a mais, no Brasil, a primeira autorização expressa de inversão do ônus da prova ocorreu em 1990, com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, trazendo no artigo 6º, VIII, a seguinte redação:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (BRASIL, 1990)

Neste viés, a previsão da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, a depender do caso versado, facilitou a defesa do consumidor em Juízo e do próprio juiz na formação do processo, que passou a ter maiores poderes para dinamizar o ônus probatório. Ou seja, quando uma das partes apresentassem hipossuficiência técnica ou jurídica em relação a outra ou que alegações fossem verossímeis.

Aliás, o Código de Defesa do Consumidor entrou em vigência na época do Código de Processo Civil de 1973, o qual trazia expressamente a regra de distribuição estática do ônus da prova e, eventualmente, a possibilidade de distribuição convencional entre as partes, caso o direito material discutido fosse disponível ou essa redistribuição não causasse onerosidade a um dos litigantes. Veja-se:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (BRASIL, 1973).

Atente-se que, apesar do CPC de 1973 não ter trazido expressamente a possibilidade de distribuição dinâmica nas relações processualistas civis, essa teoria já era aplicada pela Jurisprudência.

[...]vale lembrar que, mesmo antes da entrada em vigor do CPC/2015, já era consolidado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça quanto à

possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova de acordo com quem melhor apresenta condições de produzi-la. [...] (TJ-DF,2019, AGRAVO DE INSTRUMENTO 0700856-87.2019.8.07.0000)

Nessa vertente, o Tribunal Regional Federal em 1999 proferiu decisão:

PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO - INDEFERIMENTO DA INICIAL E EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO A TEOR DO ARTIGO 267, DO CPC - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1 - POR OUTRO LADO, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DE QUALQUER DAS PARTES, CONSTANTE DA PETIÇÃO INICIAL, OU POSTERIORMENTE FORMULADO, PODE O JUIZ DETERMINAR A EXIBIÇÃO, PELA OUTRA PARTE, DE DOCUMENTO OU COISA QUE SE SUPÕE ESTAR EM SEU PODER (ART. 355, DO CPC). 2 - A DOUTRINA MAIS MODERNA E AS LEGISLAÇÕES NOVAS TÊM COMPREENDIDO BEM A PROBLEMÁTICA QUE ENVOLVE A PRODUÇÃO DA PROVA QUE DEVE SER FEITA PELO AUTOR QUE, POR SUA VEZ, NÃO TEM ACESSO A ELEMENTOS E INFORMAÇÕES QUE SÃO DE VITAL IMPORTÂNCIA PARA A DEMONSTRAÇÃO DOS FATOS QUE SUSTENTAM SEU DIREITO. NESSA LINHA DE CONSIDERAÇÕES ESTÁ A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE SE ADMITE, POR EXEMPLO, NO CDC, EM FAVOR DO CONSUMIDOR. 3 - ASSIM, QUANDO O AUTOR FOR ECONÔMICA, JURÍDICA OU SOCIALMENTE HIPOSSUFICIENTE E, AINDA, SE VERIFICADA A VEROSSIMILHANÇA DE SUA ALEGAÇÃO, O JUIZ PODERÁ INVERTER, A SEU FAVOR, O ÔNUS DA PROVA. 4 - POR ESSES FUNDAMENTOS, DOU PROVIMENTO, À APELAÇÃO. (TRF, 1999)

3.3.1 A distribuição dinâmica no Código de Processo Civil de 2015

A distribuição dinâmica, também conhecida como distribuição judicial, foi acolhida pelo novo Código de Processo Civil, e trata da possibilidade de o magistrado inverter o ônus da prova, nos casos em que se tornar excessivamente difícil a produção da prova ou, ainda, quando para a parte contrária for mais fácil a sua produção.

E a previsão é do § 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde

que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (BRASIL, 2015).

Aqui, vale anotar que a distribuição dinâmica não é uma técnica discricionária, mas sim uma excepcionalidade conferida pelo juiz.

Explana Theodoro Junior (2020) que, ao alterar o ônus da prova, o juiz poderá se valer de dois aspectos: objetivo e subjetivo.

O aspecto objetivo é relacionado diretamente com as particularidades da causa; o subjetivo, com o próprio comportamento das partes no processo.

Melhor elucidando, sobre o aspecto objetivo o autor menciona as situações de aplicabilidade:

(a) a parte que ordinariamente tinha o encargo da prova acha-se diante da impossibilidade ou de excessiva dificuldade de cumpri-lo, no caso dos autos [...]

(b) a parte que ordinariamente não tinha o encargo de provar se acha, no caso dos autos, em condições de maior facilidade de obtenção da prova no fato contrário. [...] (THEODORO JUNIOR, 2020, p.877)

Como se nota, no primeiro caso, a impossibilidade ou a dificuldade da produção da prova deve ser de ordem técnica e não de insuficiência de recursos financeiros, pois a carência será suprida pela justiça gratuita e não pela redistribuição do ônus probatório.

Já, no segundo caso, “o fato a ser provado não é o constitutivo do direito do adversário, mas aquele que o excluí, ou impede os seus efeitos”. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.877)

Quanto ao tema de hipossuficiência econômica, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu decisão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. A hipossuficiência econômica não enseja na presença dos requisitos disciplinados pelo art. 373, § 1º, do CPC, devendo, por conseguinte, ser mantida a decisão que mantém a distribuição dinâmica do ônus da prova.

(TJ-MG - AI: 10000170853261001 MG, Relator: Luiz Artur Hilário, Data de Julgamento: 03/04/2018, Data de Publicação: 11/04/2018)

De outro vértice, em relação ao aspecto subjetivo, podemos exemplificar a criação de obstáculos na produção da prova, a fim de impedir a comprovação dos fatos relevantes à defesa da outra.

3.3.2 Momento de inversão do ônus da prova

Embora haja divergência na doutrina e na jurisprudência sobre qual o momento adequado para se aplicar as regras de inversão do ônus da prova, entendemos que a técnica não deve ser aplicada na prolação da sentença (técnica de julgamento).

É preciso garantir a igualdade das partes, oportunizando a produção de provas a quem, inicialmente, não detinha o ônus, seja em audiência preliminar ou decisão saneadora, com fixação dos pontos controvertidos (técnica de instrução).

Acresça-se que nas relações consumeristas, apesar da previsão legal no artigo 6º, VIII, a inversão do ônus da prova não é automática, devendo estar presentes a verossimilhança das alegações do consumidor ou a hipossuficiência deste.

3.3.3 Requisitos para a inversão do ônus probatório

Para que haja a redistribuição do ônus probatório, é preciso o preenchimento dos seguintes requisitos:

(a) A parte que suportar o redirecionamento do ônus probatório deve elucidar os fatos controvertidos, jamais aqueles que constituem o direito do adversário. Aliás, os fatos controvertidos devem estar corroborados nos autos, de modo que a diligência ordenada tanto pode confirmar a tese de uma como da outra. Todavia, se o novo possuidor do ônus não cumprir adequadamente a tarefa de produzir a prova, a “vitória” será daquele que foi “aliviado” pelo juiz de cumprir com o ônus probatório;

(b) A prova redirecionada deve ser possível, isto é, de acordo com § 2º do artigo 373 do CPC, ou seja, permitindo condições efetivas para o esclarecimento dos fatos controvertidos, vedada a produção de prova diabólica. Do contrário, o ônus da prova

será pela regra de distribuição estática, conforme determina os incisos I e II do artigo 373 do CPC.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (BRASIL, 2015)

(c) A redistribuição do ônus probatório não pode representar surpresa para a parte, isto é, o novo encarregado deverá ser intimado sobre a inversão feita pelo juiz (técnica de instrução). Não se admitirá, em hipótese alguma, que o julgador aplique a dinamização de modo surpresa, sem prestigiar o direito ao contraditório e a ampla defesa. Isto é, que possa desincumbir do encargo atribuído.

3.3.4 Justificativa da redistribuição dinâmica do ônus da prova

Na lição de Theodoro Junior (2020), a técnica de redistribuição do ônus da prova é utilizada com o fim de equilibrar as forças dos litigantes e possibilitar a melhor prestação jurisdicional, por meio de um processo cooperativo (art. 6º do CPC),⁹ inclusive potencializando a busca da verdade real.

Nessa perspectiva, a redistribuição do ônus probatório foi criada para escapar da rigidez trazida pelo sistema estático do encargo probatório, que muitas vezes não trazia a solução mais justa.

⁹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (BRASIL, 2015)

O principal objetivo da mudança da carga probatória é priorizar a igualdade entre os litigantes, permitindo uma melhor análise do caso pelo julgador, refutando-se, entretanto, a produção de provas diabólicas.

Por fim, importante destacar que o magistrado deverá fundamentar a aplicabilidade ou a recusa da redistribuição dinâmica do ônus probatório. Afinal, ambas as decisões, ainda que negativa ou positivamente, atingem as partes do processo.

3.3.5 Forma da redistribuição dinâmica

A redistribuição dinâmica do ônus da prova pode ocorrer por requerimento das partes ou de ofício pelo juiz. Se for por requerimento, o pleito deverá anteceder à fase de saneamento do processo, momento ideal para o juiz definir a distribuição do encargo probatório (THEODORO JUNIOR, 2020).

Aliás, como dito, o juiz, em respeito ao princípio do contraditório, ouvirá a parte adversária antes de decidir se aceita ou não a redistribuição dinâmica.

No entanto, se a redistribuição for de ofício, caberá ao juiz consultar previamente as partes, na fase de saneamento do processo, a fim de evitar decisão surpresa, conforme previsão nos artigos 9 e 10 do Código de Processo Civil.

Art. 9º - Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (BRASIL, 2015).

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (BRASIL, 2015).

Por fim, se não houver requerimento das partes ou não for determinado pelo magistrado, a distribuição do ônus da prova ocorrerá nos termos estabelecidos pelo artigo 373 do Código de Processo Civil.

3.3.6 Possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica

Como a distribuição dinâmica do ônus probatório está localizada na parte especial, no Livro I, do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença, não se pode deduzir que seja restrita apenas aos processos de conhecimentos, estendendo-se a sua aplicabilidade aos procedimentos especiais. (THEODORO JUNIOR, 2020)

A justificativa é que, de acordo com o artigo 318 do CPC/2015, “o procedimento comum” (no qual figura a redistribuição dinâmica do encargo probatório) “aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais.” (THEODORO JUNIOR, 2020, p.880)

3.3.7 Recurso contra a redistribuição dinâmica do ônus da prova

Caso o juiz redistribua o ônus probatório, sem consultar previamente as partes como determina os artigos 9º e 10º do CPC, o litigante que possuir o novo encargo *probandi* e se sentir prejudicado, deverá pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes no prazo de 5 dias (art. 357, § 1º do CPC).¹⁰

Ademais, contra as decisões que versarem sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, caberá de acordo com o no inciso XI, do artigo 1015 do CPC, o recurso de agravo de instrumento.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Amazonas proferiu decisão:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. EXCEÇÃO DO ART. 373, § 1.º DO CPC/15. POSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, PROVIDO. - O parágrafo primeiro do artigo 373 se trata de exceção à regra geral da distribuição estática do ônus da prova, na qual se permite a consagração, no âmbito legislativo e judicial, da Teoria da Dinâmica do Ônus Probatório, quando presentes certas circunstâncias, entre as quais está a hipótese de uma das partes estiver em melhores condições de produzir a prova que a outra - É o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça de que é permitido ao Magistrado aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova, é dizer, o ônus poder recair sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias do caso concreto - É sabido que a responsabilidade do Estado, nesse caso, é objetiva, de forma que para afastá-la é preciso demonstrar a culpa exclusiva da vítima, de terceiro, ou que seu agente não concorreu de qualquer modo para o resultado

¹⁰ Art. 357, § 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável. (BRASIL, 2015)

(Teoria do Risco Administrativo) - Agravo de instrumento conhecido e, no mérito, provido. Decisão reformada. (TJ, 2020)

Nessa mesma vertente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – Distribuição dinâmica do ônus da prova, com a respectiva inversão, nos termos do artigo 373, § 1.º, do Código de Processo Civil – Parece que os autores adquiriram, por negócio particular, os direitos sobre a posse de imóvel – Por outro lado, na contestação, o Município de Guarulhos admite que, em virtude de programa de revitalização do bairro, tem feito uma série de intervenções, com a finalidade de recuperar região carente e degradada – Em sede de inspeção judicial, constatou-se a demolição de parte do imóvel dos autores – Dessa forma, razão assiste ao juízo a quo ao pretender identificar a que título pretende o Município destruir o imóvel e remover os autores – Para as duas finalidades, é mesmo necessária a informação relativa à efetiva propriedade da área, se pública ou particular – De fato, o réu detém mais condições de produzir provas nos autos do que os autores – Vislumbra-se a presença de elementos que justificam a inversão do ônus da prova – Confirmação da decisão agravada – Recurso não provido. (TJ, 2020)

3.3.8 A possibilidade de impetração do Mandado de Segurança

Com efeito, será permitida a impetração do mandado de segurança, em casos excepcionais e não amparados por “habeas data” ou “habeas corpus”, se a distribuição dinâmica do ônus da prova acarretar a uma das partes danos irreparáveis ou de difícil reparação, como, por exemplo, a produção de uma perícia excessivamente onerosa. Além disso, cabível o *mandamus* se inadmitido o agravo de instrumento contra a decisão que redistribuiu o ônus *probandi*.

Entretanto, acresça-se que, nos termos da Lei nº 12.016/09, não se admite a produção de provas no mandado de segurança, as quais devem ser encartadas de imediato para demonstração de plano do direito líquido e certo alegado em Juízo. (BRASIL, 2009)

4. DOS MEIOS DE PROVAS

Meio de prova é todo instrumento ou técnica utilizado no processo para demonstração da verdade afirmada.

Nessa vertente, os procedimentos contidos no capítulo “das provas em espécie” (artigos 384 a 484 CPC) disciplinam os meios de provas admitidos no processo e que são classificados em: a) Ata Notarial; (b) Depoimento Pessoal; (c) Confissão; (c) Exibição De Documento ou Coisa; (e) Prova Documental; (f) Prova Testemunhal; (g) Prova Pericial; (h) Inspeção Judicial; (i) Prova Emprestada.

No mais, cumpre ressaltar que o Novo Código de Processo Civil, no artigo 369, admite a utilização de todos os meios de prova com o fim de demonstrar a veracidade dos fatos, inclusive aqueles não previstos expressamente na legislação processual (atípicos), mas que são considerados legais e moralmente legítimos.

4.1 PROVAS ATÍPICAS

Provas atípicas são aquelas sem previsão normativa ou que a lei faz breve menção, mas não deixa clara a sua sistematização (BONIZZI, 2017)

No Código de Processo Civil Brasileiro é autorizado o uso de qualquer meio de prova, mesmo aqueles não previstos em lei ou não contrariem a sua legalidade. Tal previsão está descrita no artigo 369 do Novo Código de Processo Civil e traz a seguinte redação:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (BRASIL, 2015).

Segundo Neves (2020), as provas atípicas que respeitam a legalidade da norma são aceitas, vez que os meios de provas previstos no direito processual são meramente exemplificativos e não restritivos.

No Código de Processo Civil de 1973 as provas atípicas admitidas eram: a prova emprestada e a ata notarial. Mas, com o advento do Novo Código de Processo Civil, essas provas passaram a ter previsão legal, sendo consideradas, agora, como provas típicas.

Já no Novo Código de Processo Civil de 2015, a título exemplificativo, passaram a ser empregadas como provas atípicas a(s): (i) constatações realizadas pelo Oficial de Justiça, (ii) declaração escrita de terceiros, (iii) inquirição de testemunhas técnicas (expert witness), dentre outras (NEVES, 2020, p.738).

Por oportuno, merece destaque as lições de Bonizzi (2017, p.78) sobre a constatação feita por Oficial de Justiça:

Após o início de um processo de despejo, pode ocorrer que o oficial de justiça encontre o imóvel mencionado na inicial completamente abandonado, hipótese em que o locador poderá imitir-se na posse do imóvel.

Nesse caso, a certidão do oficial de justiça servirá de prova eficaz de que o réu não pretende se opor à entrega do imóvel, embora não tenha tomado a iniciativa de devolver as chaves ao locador. (BONIZZI, 2017, p.78)

Como se vê, no caso supracitado, a certidão emitida pelo Oficial de Justiça poderá implicar no resultado da ação de despejo, isto é, a procedência do pedido.

Aliás, acresça-se que o uso das provas atípicas também deve respeitar o direito ao contraditório, mormente porque a parte adversária tem o direito de se defender sobre as provas que lhe forem desfavoráveis.

4.2 PROVA EMPRESTADA

Sob o enfoque da economia processual, a prova emprestada é aquela produzida em outro processo (documentos, testemunhas, confissões, perícias, ou depoimento pessoal), trasladada para o feito atual na forma de documento.

Além disso, a prova emprestada é útil para os casos em que não estejam mais disponíveis as fontes de provas, tais como o falecimento de testemunha, destruição de um bem, objeto de prova pericial etc. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.898)

Aqui, vale anotar que o Código de Processo Civil de 1973 não tratava expressamente da prova emprestada, contudo, era admitida sua utilização sob a égide da Constituição Federal e das provas atípicas descritas no artigo 332 do CPC 73. (TEIXEIRA, 2017, p.461)

Todavia, para que fosse possível o uso da prova emprestada era necessário o preenchimento de alguns requisitos: (i) identidade de partes; (ii) identidade ou semelhança do objeto da prova; (iii) a prova emprestada deveria ter sido produzida na presença de um juiz natural.

Theodoro Junior (2020, p.899) leciona detalhadamente sobre o assunto:

(i) Identidade das partes: para que o contraditório fosse observado, era essencial que as partes do processo em que fora produzida a prova fossem as mesmas da ação que aproveitaria ou, pelo menos, que a parte contra a qual a prova iria atuar tivesse participado da sua produção [...]

(ii) Identidade ou semelhança do objeto da prova: deveria haver coerência entre o fato objeto da prova produzida originariamente e os fatos a serem provados no outro processo [...]

(iii) A prova emprestada deveria ter sido produzida na presença de um juiz natural: o juiz não precisava ser o mesmo nos dois processos, mas o magistrado condutor da realização da prova deveria ter sido o competente para atuar naquela ação. (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 899)

Assim, para que a prova emprestada fosse aceita era preciso o preenchimento de todos os requisitos supracitados. Do contrário, seu uso seria inadmissível porque o vício deveria ser corrigido no processo de origem e não no novo processo.

No tocante à identidade das partes, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu a prova emprestada mesmo nos casos em que as partes dos processos não fossem idênticas. Confira-se:

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA. 1. Ação discriminatória distribuída em 3.02.1958, do qual foram extraídos os presentes embargos de divergência em recurso especial, conclusos ao Gabinete em 29.11.2011. 2. Cuida-se de ação discriminatória de terras devolutas relativas a parcelas da antiga Fazenda Pirapó-Santo Anastácio, na região do Pontal do Paranapanema.

3. Cinge-se a controvérsia em definir: i) a Seção do STJ competente para julgar ações discriminatórias de terras devolutas; ii) a quem compete o ônus da prova quanto ao caráter devoluto das terras; iii) se a ausência de registro imobiliário acarreta presunção de que a terra é devoluta; iv) se a prova emprestada pode ser obtida de processo no qual não figuraram as mesmas partes; e v) em que caráter deve ser recebida a prova pericial emprestada. 4. Compete à 1ª Seção o julgamento de ações discriminatórias de terras devolutas, porquanto se trata de matéria eminentemente de direito público, concernente à delimitação do patrimônio estatal. 5. Nos termos do conceito de terras devolutas constante da Lei 601/1850, a natureza devoluta das terras é definida pelo critério de exclusão, de modo que ausente justo título de domínio, posse legítima ou utilização pública, fica caracterizada a área como devoluta, pertencente ao Estado-membro em que se localize, salvo as hipóteses excepcionais de domínio da União previstas na Constituição Federal. 6. Pode-se inferir que a sistemática da discriminação de terras no Brasil, seja no âmbito administrativo, seja em sede judicial, deve obedecer ao previsto no art. 4º da Lei 6.383/76, de maneira que os ocupantes interessados devem trazer ao processo a prova de sua posse. 7. Diante da origem do instituto das terras devolutas e da sistemática estabelecida para a discriminação das terras, conclui-se que cabe ao Estado o ônus de comprovar a ausência de domínio particular, de modo que a prova da posse, seja por se tratar de prova negativa, de difícil ou impossível produção pelo Poder Público, seja por obediência aos preceitos da Lei 6.383/76. 8. De acordo com as conclusões do acórdão embargado e das instâncias ordinárias, o registro paroquial das terras foi feito em nome de José Antônio de Gouveia, em 14 de maio de 1856, sob a assinatura do Frei Pacífico de Monte Falco, cuja falsidade foi atestada em perícia, comprovando-se tratar-se de "grilagem" de terras. Assim, considerou-se suficientemente provada, desde a petição inicial, pelo Estado de São Paulo, a falsidade do "registro da posse", pelo que todos os títulos de domínio atuais dos particulares são nulos em face do vício na origem da cadeia, demonstrando-se a natureza devoluta das terras. 9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo. 11. Embargos de divergência interpostos por WILSON RONDÓ JÚNIOR E OUTROS E PONTE BRANCA AGROPECUÁRIA S/A E OUTRO não providos. Julgados prejudicados os embargos de divergência interpostos por DESTILARIA ALCÍDIA S/A. (STJ, 2014)

Embora o entendimento mencionado tenha ocorrido no ano de 2014, época do antigo Código de Processo Civil, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça corresponde à orientação do Código de Processo Civil de 2015, que adotou um regime mais liberal, não inserindo em sua redação as exigências até então cobradas pela doutrina. “Essas, contudo, serão levadas em conta para aferir-se o maior ou menor valor de convencimento da prova tomada de empréstimo diante da instrução do novo processo” (THEODORO JUNIOR, 2020, p.899)

Segundo Theodoro Junior (2020), se todos os requisitos exigidos tradicionalmente pela doutrina forem reunidos, a força probante no processo será maior. Entretanto, na falta de algum deles, aplicar-se a regra nova, no qual caberá ao juiz atribuir o valor adequado para a prova emprestada. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.899)

Além do mais, parte da doutrina entende que a prova emprestada tem a mesma eficácia probatória do processo de origem, ou seja, apesar da prova emprestada ser inserida no novo processo na forma de documento, essa não perderá a natureza que obteve no processo de origem.

Amaral exemplifica sobre a matéria:

[...] um laudo pericial transportado para outro processo não perderá a sua natureza de prova pericial. Tampouco a circunstância de o laudo ingressar no segundo processo sob a forma de documento transforma a prova pericial produzida em prova documental ou atípica [...] (AMARAL, 2017, p.476 e 477)

Frise-se que o uso da prova emprestada está diretamente ligado ao modo pelo qual o juiz teve acesso à fonte da prova, bem como a preservação de sua natureza.

Melhor elucidando, em um processo que se obteve a prova testemunhal, de forma emprestada, nada impede que o magistrado promova a valorização da prova, até porque ele não participou da produção, tampouco teve contato com a testemunha ou oportunidade de inquiri-la no processo. Entretanto, essa situação não anula a natureza de prova testemunhal.

Ademais, diferentemente do código anterior, o Novo Código de Processo Civil traz expressamente a possibilidade de o juiz utilizar “prova emprestada” para julgar a lide.

É a redação do artigo 372 do Código de Processo Civil: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.” (BRASIL, 2015)

Registre-se, por fim, que o contraditório exigido no artigo acima corresponde ao processo atual, no qual a prova fora transportada, e não naquele em que a prova fora produzida.

5. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

A produção de prova ocorre no curso do processo em que é destinada. Todavia, há situações em que a parte não tenha condições de aguardar o momento processual adequado (perícia, audiência de instrução etc.), isto é, permitir em tempo a coleta dos elementos de convicção necessários à instrução da causa.

Assim, o ordenamento jurídico permite que o interessado produza as provas necessárias para resguardar direitos, desde que justificada a necessidade. Ou seja, o interessado requeira a produção antecipada das provas.

Nas lições de Didier Junior, Braga e Oliveira (2017), a produção antecipada de prova é a demanda pela qual se garante o direito a uma determinada prova e que essa seja produzida antes da fase de instrução do processo em que ela serviria. “É, pois ação que se busca o reconhecimento do direito autônomo à prova. Direito esse que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária.” DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 155)

Diferente do Código de 1973, em que a antecipação de provas era vista apenas como uma medida cautelar, para o Novo Código de Processo Civil cuida-se de ação probatória autônoma, em que o litigante exerce a pretensão à segurança da prova, sem, contudo, antecipar o julgamento da pretensão de direito substancial.

No mais, o Novo Código de Processo Civil não restringe as modalidades de antecipação da prova, como fazia o Código anterior, em que era permitida apenas a prova oral e pericial. O Novo Código permite a antecipação de qualquer prova, ressalvada a documental, cuja antecipação se dá por meio de ação de exibição. (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p.156)

5.1 NATUREZA JURÍDICA

Cuida-se de processo autônomo de jurisdição voluntária, dada a existência de uma litigiosidade potencial, não havendo necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova.

5.2 POSSIBILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVAS

Da análise do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que a produção antecipada da prova tem cabimento nas demandas de natureza contenciosa ou de jurisdição voluntária, as quais podem ser movidas por quem pretenda agir, por quem queira se defender ou até mesmo para quem queira apenas certificar a ocorrência de determinado fato, documentando-a judicialmente. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.900)

O artigo 381 do CPC traz as hipóteses em que são permitidas a produção antecipada da prova, desde que demonstrada a necessidade de antecipação, não se exigindo, entretanto, situação de urgência como era no Código anterior.

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§ 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.

§ 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde está deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.

§ 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

§ 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção (BRASIL, 2015).

Vale anotar que o “fundado receio”, descrito no inciso I, “corresponde à probabilidade de não ter a parte condições, no momento processual adequado, de produzir a prova, seja porque o fato é passageiro”, ou mesmo pelo risco de perecimento ou desaparecimento da coisa ou da pessoa. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.904)

Theodoro Junior (2020, p.905) complementa dizendo:

Nas hipóteses do inciso I, do art. 381, tem-se uma medida que desempenha tutela cautelar, justificada pelo risco de ficar a parte impedida de contar com a prova, caso tenha de aguardar o desenvolvimento normal do processo principal para produzi-la. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.905)

Diferentemente do anterior, em que há necessidade de demonstração da urgência, os incisos II e III, trazidos como novidades no Novo Código de Processo Civil, não exigem tal comprovação para a concessão da prova antecipada.

Além disso, o inciso II possibilita a produção antecipada da prova com o objetivo de viabilizar a solução do conflito pela autocomposição ou por outro meio adequado. Neste caso, “a única preocupação do autor é a de produzir prova que possa provocar alguma influência na solução de um litígio já existente.” (BONIZZI, 2017, p. 95)

Segundo Bonizzi, “o autor precisa delimitar qual é o litígio que ele entende que pode ser solucionado através da autocomposição ou por outro meio adequado, como a mediação e arbitragem.” (BONIZZI, 2017, p.96).

Ademais, de acordo com o inciso III, a produção antecipada da prova pode ocorrer ainda que não haja perigo na sua colheita e na conservação. No entanto, o prévio conhecimento dos fatos pode justificar ou evitar o ingresso de ação no Poder Judiciário.

Sobre os casos em que se admite antecipação da prova, o Tribunal Regional Federal proferiu a seguinte decisão:

PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PRECEDENTES. ARTIGOS 381 E SEQUINTE DO NOVO CPC. NECESSIDADE E UTILIDADE DA MEDIDA. PRECEDENTES. A jurisprudência dominante tem deliberado ser cabível a apreciação da necessidade/utilidade da medida postulada, na medida em que o art. 381 do CPC arrola as hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas, e o artigo 382 do CPC impõe ao requerente apresentar as razões que justificam a necessidade da prova postulada. Neste contexto, a prova pericial requerida antecipadamente para a apuração de eventual capitalização de juros em contrato de financiamento imobiliário não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo 381 do CPC, eis que inexistente risco da inviabilidade de tal prova no curso de uma ação revisional, tampouco eventual conciliação depende da antecipação de tal medida, nem sendo esta imprescindível para justificar ou evitar o ajuizamento de ação. (TRF, 2020)

Dessa forma, com supedâneo na jurisprudência mencionada, o pedido de antecipação das provas deve vir acompanhado de fundadas razões para se antecipar a produção.

Por fim, atente-se que o pedido de justificação encontra previsão no artigo 381, § 5º, do CPC/2015, dispondo: “Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção” (BRASIL, 2015).

Segundo Didier Jr, Braga e Oliveira (2017), a justificação é a coleta e o registro de prova que serve para justificar um fato ou uma relação jurídica identificada na petição inicial, sem caráter contencioso.

5.3 PROCEDIMENTO E PETIÇÃO INICIAL

O *caput* do artigo 382 do Código de Processo Civil de 2015 preconiza que o autor deve apresentar na petição inicial as razões que fundamentam a necessidade da antecipação da prova (artigo 381 CPC/2015), bem como indicar com precisão os fatos sobre os quais as elas recairão. Além disso, a exordial deve conter os requisitos exigidos no artigo 319.

Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. (BRASIL, 2015)

Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. (BRASIL, 2015)

Segundo Didier Junior, Braga e Oliveira (2017), embora o Código de Processo Civil não faça menção, o autor deve apresentar na petição inicial o rol de testemunhas, se for essa a prova de seu interesse, ou indicar o assistente técnico, incluindo os quesitos periciais formulados, caso requeira a produção de prova pericial. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p.157 e 158)

Vale ressaltar que o pedido de antecipação de provas não se restringe àqueles elencados na inicial, podendo, se necessário à comprovação dos fatos, a produção de qualquer outra prova, desde que não acarrete excessiva demora.

Art. 382, § 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora. (BRASIL, 2015)

Assim, o juiz ao receber a inicial, observando o caráter contencioso da prova, determinará como ordena 382 §1, a citação dos interessados na produção de provas ou no fato a ser provado. Destaca-se, que se na petição inicial o autor não indicar a citação do terceiro interessado, o juiz poderá determinar a citação de ofício.

Art. 382, § 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso. (BRASIL, 2015)

Consequentemente, após a convocação dos interessados, passa-se à colheita antecipada da prova, obviamente, observando o procedimento adequado para a tomada da prova no regime comum, segundo o meio ao qual se refere.

Concluído o citado momento, o juiz proferirá sentença meramente extintiva, não emitindo juízo valorativo a respeito da prova colhida. Isto é, o magistrado não se pronunciará sobre a efetiva demonstração da existência ou não do fato que se queria provar ou sobre eventuais consequências jurídicas decorrentes.

Publicada a sentença, os autos do processo ficarão em cartório, pelo prazo de 1 (um) mês, à disponibilidade dos interessados para cópias ou certidões relevantes.

Por conseguinte, findo o prazo, os autos serão entregues ao requerente inicial da medida.

Art. 383. Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados.

Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida. (BRASIL, 2015)

Por fim, cabe acrescentar que o procedimento da antecipação da prova não admite defesa e nem recurso, salvo nos casos em que a decisão indeferir totalmente a produção antecipada da prova.

Art. 382, § 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário. (BRASIL, 2015)

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. LIMITAÇÃO RECURSAL DO ARTIGO 382, § 4º, DO CPC/15. Nos termos do artigo 382, § 4º, do CPC/15, não se admitirá recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário, do que evidentemente não se trata o caso dos autos. RECURSO NÃO CONHECIDO. (Agravado de Instrumento, Nº 70082135302, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Marlei de Souza, Julgado em: 16-07-2019) (TJ, 2019)

5.4 PAPEL DO MAGISTRADO

É papel do magistrado a análise da pertinência da prova cuja colheita preside. Entretanto, a lei processual proíbe que o julgador, na medida de antecipação de prova, formule qualquer juízo a respeito da prova obtida. Vejamos:

Art. 382, § 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas (BRASIL, 2015).

5.5 COMPETÊNCIA

Com a intenção de sanar as principais dúvidas do CPC/ 1973, o Novo Código de Processo Civil prevê a competência para processar a ação probatória autônoma.

Nesse sentido, os §§ 2º, 3º e 4º do artigo 381 trazem as respectivas “soluções”, nos ensinamentos de Didier Junior, Braga e Oliveira:

O §2º cria as hipóteses de foros concorrentes para a produção antecipada da prova: do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do juízo do foro de domicílio do réu. (...) Prevê a possibilidade do *fórum shopping*, então. Por ser regra de competência territorial, e não haver qualquer ressalva legal, o caso é de competência relativa.

O §3º resolve antiga controvérsia sobre se a produção antecipada de prova gera ou não prevenção do juízo para a ação que venha a ser proposta. (...) O CPC dispõe que a produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta. A ação posterior seguirá as regras gerais sobre competência.

O §4º atribui ao juízo estadual a competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, entidade autárquica ou empresa pública federal se, na localidade, não houver Vara Federal. (DIDIER JUNIOR, BRAGA E OLIVEIRA, 2017, P.161)

Da análise do parágrafo 2º, a competência para antecipação da prova é do foro onde a prova deva ser produzida ou, excepcionalmente, do domicílio do réu.

Além disso, o parágrafo 3º traz um novo entendimento. A produção antecipada da prova não torna mais o juiz prevento como no Código anterior, ou seja, a produção antecipada da prova pode ser produzida em um juízo e a ação principal ser ajuizada em outro.

Por último, é de competência do juízo estadual a produção antecipada de prova requerida em face da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, se inexistente Vara Federal na localidade. Entretanto, dadas as exceções mencionadas, “haverá de ser respeitada a competência absoluta *ratione materiae* e *ratione personae*, derivada da partilha constitucional das justiças às quais a jurisdição foi confiada” (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 909).

6. DAS PROVAS DOCUMENTAIS

Como visto anteriormente, são consideradas provas documentais típicas: (i) ata notarial; (ii) exibição de documento ou coisa; (iii) prova documental propriamente dita.

Dessa forma, neste capítulo analisar-se-á as peculiaridades de cada uma delas. Vejamos.

6.1 DA ATA NOTARIAL

De acordo com o artigo 1º da lei 8.935/1994¹¹, entende-se por Serviço Notarial e de Registro aqueles de organização técnica e administrativa, destinados a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos. (BRASIL, 1994)

O serviço notarial e de registro é atribuído ao Tabelião ou Notário, profissional do Direito, no qual através de concurso público, passa a ser atribuída a fé pública, atuando como delegatário do Poder Público.¹²

Ensina Teodoro Júnior (2020), que a lei não define o que é a ata notarial, todavia, a doutrina a conceitua como “o testemunho oficial de fatos narrados pelo notário no exercício de sua competência em razão de seu ofício”, ou como o “documento em que foram narrados os fatos presenciados pelo tabelião”. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.915)

Acresça-se que o notário não dá autenticidade aos fatos, apenas relata com autenticidade. Portanto, a ata notarial não se confunde com a escritura pública, isto porque, esse meio de prova apenas descreve os fatos presenciados pelo Tabelião,

¹¹ Art. 1º da Lei 8.935/ 1994: Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. (BRASIL, 1994)

¹² Art. 3º da Lei 8.935/1994: Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. (BRASIL, 1994)

não fazendo prova dos negócios jurídicos e nem das declarações de vontade, como faz a escritura pública. (THEODORO JUNIOR, 2020)

Sendo assim, pode-se dizer que a ata notarial é o meio de prova em que o Tabelião atesta ou documenta a existência ou modo de algum fato, sem emitir seu juízo de valor.

Ademais, a ata notarial vem sendo utilizada, por exemplo, nos processos em que se faz necessária a comprovação de atos praticados na internet, de alienação parental, ou mesmo, quando o autor necessita do pedido de tutela provisória, mas não possui em seu poder prova documental. (NEVES, 2020)

6.1.1 Cabimento

A ata notarial terá cabimento quando for possível ao tabelião atestar ou documentar, independentemente da natureza jurídica do direito material, a existência ou modo de existir de algum fato.

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial. (BRASIL, 2015)

Aliás, “a capacidade de atestar a existência ou modo de ser do fato deve considerar todos os sentidos humanos, e não somente a visão”. Isto porque, a descrição do fato poderá se referir a eventual barulho ou som, a odores ou cheiros, ou ainda ao gosto, textura ou formato de alguma coisa. (NEVES, 2020, p. 747)

Por fim, poderá constar na ata notarial dados representados por sons e imagens gravados em arquivos eletrônicos.

6.1.2 Procedimento

Consoante o artigo 384, do CPC, a parte interessada deverá requerer ao Tabelião a lavratura da ata notarial, não se admitindo a prática desse ato de ofício. Aliás, cumpre ressaltar, que essa espécie de prova é formada antes da propositura da ação judicial.

Em suma, apesar da ata notarial gozar de presunção de veracidade, a parte contrária não estará impedida de questionar seu conteúdo, inclusive poderá comprovar a sua falsidade ideológica ou material.¹³ Por conseguinte, se isso ocorrer, a fé da ata notarial será cessada. (THEODORO JUNIOR, 2020)

6.2 DA EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA

Segundo Neves (2020), a exibição de documento ou coisa é o meio de prova empregado com o objetivo de possibilitar às partes a demonstração do direito alegado através de coisa ou documento que não estejam sobre sua posse.

Nessa vertente, conforme previsão dos artigos 378 e 380 do Novo Código de Processo Civil, incumbe às partes e aos terceiros cooperarem com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade e, conseqüentemente, para elucidação da lide.

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (BRASIL, 2015).

Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias (BRASIL, 2015).

¹³ Art. 427, § :A falsidade consiste em: I - formar documento não verdadeiro e II - alterar documento verdadeiro. (BRASIL, 2015)

Com supedâneo no direito constitucional à prova, o litigante não pode ser tolhido de se valer de uma determinada prova somente porque ela está em poder da outra parte ou de um terceiro particular.

De mais a mais, pode o magistrado determinar a exibição de documento ou coisa que se ache na posse de uma das partes ou de um terceiro, sempre que for útil ou necessário para a instrução do processo.¹⁴ E, a parte que estiver na posse do documento ou da coisa deve apresentá-la em Juízo, visando harmonizar a relação processual e agilizar o procedimento.

Portanto, a exibição de documento ou coisa pode ser considerada um meio de obtenção de elementos de prova documental, sendo um ônus para a parte e um dever para o terceiro.

Anote-se, por oportuno, a exibição de documento ou coisa no curso do processo pode acontecer de dois modos: como incidente da fase probatória (art.396 a 404 CPC/2015) ou antes do ajuizamento da causa, como tutela cautelar em caráter antecedente.¹⁵

Se o documento estiver em poder de um dos litigantes, tem-se um incidente processual; se na posse de um terceiro particular, um processo incidente. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p.259)

O incidente processual ocorre quando a parte adversária está na posse do documento ou da coisa. Neste caso, “o pedido de exibição poderá ser feito por

¹⁴ Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder (BRASIL, 2015).

¹⁵ . 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (BRASIL, 2015).

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir (BRASIL, 2015).

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito (BRASIL, 2015).

Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição (BRASIL, 2015).

qualquer das partes ou ainda, pelo terceiro interveniente, na medida em que, ingressando no processo, passa a ser sujeito parcial". (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p.259)

6.2.1 Da adequação do pedido

O pedido poderá ser formulado na inicial (autor), na contestação(réu), na peça que servir de ingresso ao terceiro interveniente, ou ainda em petição posterior, nos casos em que a necessidade de utilização dos documentos surgir no curso do processo, entretanto, estes procedimentos ocorrerão dentro dos próprios autos.

O pedido de exibição do documento ou da coisa deverá preencher os requisitos elencados no artigo 397 do Novo Código de Processo civil, que são:

- I - a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;
- II - a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa;
- III - as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária (BRASIL, 2015).

Caso seja atendido o pedido exhibitório, a parte que estiver na posse do documento ou coisa, será intimada na pessoa de seu advogado, com prazo de 05 (cinco) dias para responder a intimação.

Porém, se dentro do prazo de cinco dias, o requerido apresentar defesa de que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde com a verdade.

Art.398. Parágrafo único. Se o requerido afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade (BRASIL, 2015).

De outra banda, se a parte alegar que não tem obrigação legal de exhibir o documento ou a coisa, o juiz examinará a procedência ou não dos argumentos e se

julgá-los injustos, admitirá como verdadeiros os fatos a qual a prova se destinava o documento ou a coisa. (THEODORO JUNIOR, 2020)

Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;

II - a recusa for havida por ilegítima.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido (BRASIL, 2015)

Além do mais, se necessário, o juiz poderá adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

Segundo Theodoro Junior (2020), esta previsão trazida pelo novo Código de Processo Civil afasta o entendimento da Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça, que diz que “na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”. (STJ, 2009).

Contudo, a penalidade aplicada pelo Novo Código de Processo Civil não exclui a presunção de veracidade descrita no caput do artigo 400 do CPC/2015.

Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do 398;

II - a recusa for havida por ilegítima (BRASIL, 2015).

6.2.2 Da obrigatoriedade da exibição do documento ou coisa

Cumprido destacar que o artigo 399 do Novo Código de Processo Civil prevê ainda algumas hipóteses em que o juiz, obrigatoriamente, não deve aceitar a recusa do promovido.

Art. 399. O juiz não admitirá a recusa se:

I - o requerido tiver obrigação legal de exhibir;

II - o requerido tiver aludido ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova;

III - o documento, por seu conteúdo, for comum às partes (BRASIL, 2015).

O inciso I ocorre nos casos em que o requerido tem o encargo de exhibir o documento ou a coisa, porque o texto da lei institui expressamente este dever. O Código Civil, por exemplo, traz nos artigos 1.190 e 1191, alguns casos de exibição de livros mercantis.¹⁶

Quando o requerido fizer menção ao documento ou à coisa, com o objetivo de constituir prova, deverá exhibi-lo, pois esta alegação é sinal de que a prova é comum às partes (Inciso II).

Por fim, no inciso III, o que interessa é a declaração que guarda relação com ambas as partes e não a propriedade do documento. Por exemplo, “o recibo ou a cópia do contrato pertencem apenas a um dos contraentes, mas seu conteúdo é comum a ambos os participantes do negócio jurídico documentado.” (THEODORO JUNIOR, 2020, p.932)

Acresça-se que “o julgamento do incidente de exibição contra parte, seja de procedência ou improcedência, é sempre conteúdo de decisão interlocutória, que, contudo, não poderá ser objeto de agravo de instrumento”, por ausência de previsão legal. Mas, de acordo como o §1º, do artigo 1.009 do Código de Processo Civil, tal decisão pode ser atacada em preliminar de apelação. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.933)

¹⁶ Art. 1.190. Ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei (BRASIL, 2002).

Art. 1.191. O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência.

§ 1o O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão.

§ 2o Achando-se os livros em outra jurisdição, nela se fará o exame, perante o respectivo juiz (BRASIL, 2002).

Todavia, nos casos em que a decisão for abusiva e violar direito líquido e certo e o futuro recurso de apelação não for capaz de impedir a lesão imediata decorrente do ato jurídico, será cabível a impetração de mandado de segurança.

6.2.3 Da exibição de documento ou coisa em poder de terceiros

Nas hipóteses em que o documento ou a coisa estiver na posse de terceiro, aquele estranho à relação processual, o pedido de exibição provocará a instauração de um novo processo, de caráter incidental, em que serão partes o pretendente à exibição e o possuidor da coisa ou do documento. (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 934 e 935)

Esclareça-se que a parte interessada ingressará com uma petição inicial, autuada em apenso aos autos principais, formando uma relação processual paralela, com partes e lides diferentes da ação principal, por meio de decisão interlocutória, evitando-se, assim, tumulto no andamento da ação principal.

Aliás, o pedido de exibição contra terceiros também deverá preencher os requisitos elencados no artigo 397 do Código de Processo Civil.

Art. 397. O pedido formulado pela parte conterà:

- I - a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;
- II - a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa;
- III - as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária (BRASIL, 2015).

Segundo Neves (2020), o terceiro, que se tornar réu na ação incidental de exibição, será citado e terá 15 dias para responder o pedido.¹⁷

Após a citação, o terceiro, assim como a parte, poderá assumir três atitudes diferentes: (i) exhibir o documento; (ii) silenciar-se; (iii) contestar o pedido.

¹⁷ Art. 401. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz ordenará sua citação para responder no prazo de 15 (quinze) dias (BRASIL, 2015).

Neste ponto, cumpre anotar que a exibição do documento ou da coisa põe fim ao processo e exaure a *actio ad exhibendum* (ação de exibição). Mas, ocorrendo à revelia, tal situação implicará na confissão presumida da veracidade dos fatos alegados pelo promovente (art. 344 CPC), com o julgamento antecipado do mérito, (art. 355, II do CPC) bem como, o depósito, em juízo ou em outro lugar, da coisa ou do documento requerido pela parte no prazo de 5 dias (art.403).

Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor (BRASIL, 2015)

Art. 355 CPC, II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do 349 (BRASIL, 2015)

Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver (BRASIL, 2015).

De mais a mais, transcorrido esse prazo e o terceiro não cumprir a ordem, “o juiz expedirá mandado de busca e apreensão, requisitando, se necessário, força policial, para efetivar, compulsoriamente, o depósito do objeto ou da coisa.” (THEODORO JUNIOR, 2020, p.935)

Art. 403. Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão (BRASIL, 2015).

Contudo, se houver contestação e o terceiro negar a exibição ou a posse do documento ou da coisa, será designada a audiência de instrução e julgamento. Vejamos:

Art. 402. Se o terceiro negar a obrigação de exhibir ou a posse do documento ou da coisa, o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, o de testemunhas, e em seguida proferirá decisão (BRASIL, 2015).

6.2.4 Consequências da não exibição do documento ou coisa.

Com efeito, são várias as consequências da não exibição do documento ou da coisa em Juízo.

Nos ensinamentos de Theodoro Junior (2020), para a parte, a ação tem efeito cominatório e a recusa da ordem judicial importa declaração de veracidade dos fatos, cuja prova se destinava a exibição do documento ou a coisa. (Art.400 CPC)

Para o terceiro, o resultado é a execução coativa por meio da apreensão judicial do referido objeto, podendo, ainda, haver a responsabilidade por crime de desobediência, bem como, o pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para garantir a efetivação da decisão (art. 403, parágrafo único, do CPC).

Enfim, caso o promovido destrua a coisa ou documento que deveria exhibir, ficará, além das consequências mencionadas acima, responsável civilmente pelas perdas e danos que causar ao promovente, demandadas em ação ordinária de indenização. (THEODORO JUNIOR, 2020)

6.2.5 Da dispensa da exibição de documento ou coisa

Há casos em que a escusa da parte ou do terceiro em exhibir o documento ou a coisa serão considerados serão levados em consideração pelo magistrado. Todavia, a parte ou terceiro deve comprovar que:

Art. 404. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa se:

I - concernente a negócios da própria vida da família;

II - sua apresentação puder violar dever de honra;

III - sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal;

IV - sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;

V - subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição;

VI - houver disposição legal que justifique a recusa da exibição (BRASIL, 2015).

Explana Theodoro Junior(2020) que o sigilo profissional não é absoluto à investigação judicial, pois, se houver interesse público, o juiz poderá ordenar a quebra do sigilo, com a exibição do conteúdo de seus assentos.

Anote-se, ainda, caso os motivos enumerados no artigo 404 do CPC disserem a respeito apenas de uma parte do documento, o restante poderá ser exibido em cartório pela parte ou pelo terceiro, para que deste possa ser extraído uma cópia reprográfica, lavrando-se no auto circunstanciado todos os atos praticados.¹⁸

6.3 DA PROVA DOCUMENTAL

Em um conceito mais amplo, documento é qualquer coisa capaz de representar, fixar ou retratar um fato, não se exigindo que a coisa ou a informação esteja concretizada em papel ou em forma escrita.

Desse modo, qualquer escrito que represente um fato, ainda que feito em plástico, metal, madeira ou qualquer coisa que transmita diretamente um registro físico (fotografia, tabela, gráfico, filme cinematográfico ou gravação sonora) será considerado documento.

Todavia, em sentido estrito, documento é aquele em que o fato vem “registrado de maneira escrita, em papel ou outro material adequado”. (THEODORO JUNIOR,2020, p.938)

Registre-se que, no direito brasileiro, adota-se o conceito amplo de documento, inclusive, as representações obtidas por meio eletrônico tais como: aqueles inseridos na memória do computador ou transmitido via eletrônica. (NEVES, 2020)

¹⁸ Art.404. Parágrafo único. Se os motivos de que tratam os incisos I a VI do caput disserem respeito a apenas uma parcela do documento, a parte ou o terceiro exhibirá a outra em cartório, para dela ser extraída cópia reprográfica, de tudo sendo lavrado auto circunstanciado. (BRASIL, 2015)

6.3.1. Documento e prova documental

Segundo Didier Junior; Braga e Oliveira (2017), o documento é a fonte da prova, onde se retira informações a respeito dos fatos. Por sua vez, a prova documental é o veículo por meio do qual o documento será transportado ao processo.

Em síntese, a prova documental é a ponte entre o fato e a mente do juiz.

Nesse sentido, destaca-se que nem todo o documento será colocado no processo por prova documental, pois o fato que ele representa poderá chegar ao juiz através de outro meio de prova, que não a documental.

Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p.206) traz o seguinte exemplo:

[...]O quadro que é pintado para retratar uma determinada realidade: isso é um documento, na medida em que é coisa que, em decorrência de uma atividade humana, representa materialmente um fato; mas essa coisa pode ser considerada pelo magistrado sem que precise ingressar no processo sob a forma de prova documental – pode ser objeto de análise, por exemplo, numa inspeção judicial ou numa prova pericial. (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p.259)

Além do mais, pode o documento servir de fonte indireta de informação, quando por exemplo, ingressar nos autos em função da utilização de um outro meio de prova.

O § 3º do artigo 473 do Código de Processo Civil traz um exemplo nos casos em que o perito pode solicitar documentos à parte ou a terceiro:

Art.473. § 3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia. (BRASIL, 2015)

Logo, nos casos mencionados, apesar de haver coisas representativas de fatos, essas não chegarão ao processo através da prova documental.

Portanto, é de suma importância a distinção entre o modo de produção e os meios de provas previstos no Código de Processo Civil.

6.3.2 Diferenças entre prova documental e prova documentada

Nem todo o documento constante nos autos do processo importará necessariamente em prova documental, já que o formalismo impõe que todos os atos ocorridos durante o processo sejam documentados. Assim, por exemplo, a demanda do autor é documentada na inicial; a defesa do réu, na contestação; a colheita do depoimento pessoal das partes e ou interrogatório das testemunhas no Termo de Audiência; a decisão na sentença.

Assim, a noção de prova documentada não coincide e nem se confunde com a prova documental, pois a primeira representará todos os atos praticados no processo, enquanto a prova documental o fato a ser reconstituído e, conseqüentemente, o meio de prova utilizado no processo.

6.3.3 Classificação dos documentos

Quanto à formação, os documentos podem ser classificados em: (a) públicos, quando o autor material é uma autoridade pública no desempenho de sua função, ou seja, de ato emanado do Poder Público; (b) particulares, quando elaborados por pessoa que não é autoridade pública no desempenho de sua função.

6.3.3.1. Documento público e sua força probante

Da análise do artigo 405 do Novo Código de Processo Civil verifica-se que o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe da secretária, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.¹⁹

Isso porque, devido à fé pública existentes nos atos estatais, haverá presunção legal de autenticidade quanto à formação dos documentos e aos fatos ocorridos na

¹⁹ Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença (BRASIL, 2015).

presença do oficial público. Porém, essa presunção só atingirá os fatos que, verdadeiramente, ocorrerem na presença deles e não àqueles trazidos ao seu conhecimento pelas partes.

Além do mais, esses documentos abrangem afirmações que se referem às circunstâncias de formação do ato, como data, local, nome e qualificação das partes e a declaração de vontade do oficial.

Cumprido destacar que, se a lei exigir instrumento público como substância do ato, nenhuma outra prova poderá suprir a ausência de tal documento, porque, nesses casos, o que interessa não é a questão probatória e sim o requisito necessário para a validade do ato no plano do direito material.²⁰

De mais a mais, quando impossível a exibição desses documentos públicos originais, o artigo 425 do CPC dispõe aqueles que farão a mesma prova:

- I – as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências ou de outro livro a cargo do escrivão ou do chefe de secretaria, se extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas;
- II – os traslados e as certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados em suas notas;
- III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório com os respectivos originais;
- IV – as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade;
- V – os extratos digitais de bancos de dados públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem;
- VI – as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração (BRASIL, 2015).

²⁰ Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta (BRASIL, 2015).

Assim, se os documentos públicos originais estiverem encartados em processo diverso ou em arquivos de repartições, esses serão juntados no feito de interesse das partes, por meio de cópias ou certidões. (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 941)

Aliás, a força probante dos documentos públicos não é absoluta, podendo sua “veracidade” ser questionada judicialmente, por meio de declaração de falsidade, nos termos do artigo 427 CPC.

6.3.3.1.1 Documento público elaborado por oficial incompetente

Com efeito, o documento público lavrado por oficial incompetente ou sem a observância das formalidades legais terá a mesma eficácia probatória do documento particular, desde que subscrito pelas partes.²¹

6.3.3.2. Documento particular e sua força probante

O documento particular é elaborado sem a influência de um oficial público e que pode assumir o formato de declaração: (i) escrita e assinada pelas partes; (ii) escrita por outrem e assinada pelo declarante; (iii) escrita pela parte, mas não assinada; (iv) nem escrita e nem assinada pela parte.

Frise-se que, nesses documentos, não importa se a redação do texto fora manuscrita, datilografada ou impressa, já que a autenticidade e a força probante irão variar conforme o tipo de documento particular.

No tocante ao documento particular, confira-se o teor do artigo 410 do Código de Processo Civil:

²¹ Art. 407. O documento feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular (BRASIL, 2015).

Art. 410. Considera-se autor do documento particular:

I - aquele que o fez e o assinou;

II - aquele por conta de quem ele foi feito, estando assinado;

III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos (BRASIL, 2015).

Ademais, as declarações constantes no documento particular, escrito e assinado, ou apenas assinado, presumem-se como verdadeiras em relação ao signatário.

Contudo, quando essas declarações forem de ciência de determinado fato, o documento particular provará ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado. A justificativa é que os documentos particulares, diferentemente dos públicos, não fazem provas por presunção. É o teor do artigo 408 do CPC:

Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade (BRASIL, 2015).

Neves (2020, p.767) traz exemplo a respeito da matéria: “se uma pessoa declara que viu o marido agredir a mulher e registra essa declaração num documento, a eficácia probatória se limita ao fato de o sujeito ter feito a declaração, e não de ter ocorrido a agressão”.

Além disso, para que o haja o reconhecimento da autenticidade do documento particular é preciso que ocorra uma das hipóteses do artigo 411 do Código de Processo Civil:

Art. 411. Considera-se autêntico o documento quando:

I – o tabelião reconhecer a firma do signatário;

II – a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei;

III – não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento (BRASIL, 2015).

Ainda sobre a autenticidade, o artigo 412 do Código de Processo Civil 2015, traz a seguinte redação:

Art. 412. O documento particular de cuja autenticidade não se dúvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída.

Parágrafo único. O documento particular admitido expressa ou tacitamente é indivisível, sendo vedado à parte que pretende utilizar-se dele aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes não ocorreram (BRASIL, 2015).

Como se vê, não é permitido à parte aceitar apenas o conteúdo daquilo que lhe convém.

6.3.3.2.1. Do Momento de formação do documento particular

Quando o documento particular apresentar expressamente a data, essa será considerada o momento de sua formação. Todavia, quando surgir dúvidas a respeito de sua veracidade, seja pelo juiz ou pela parte adversária, a alegação poderá ser provada por qualquer meio de prova admitido em direito.²²

No tocante a terceiros, considera-se datado o documento:

- I - no dia em que foi registrado;
- II - desde a morte de algum dos signatários;
- III - a partir da impossibilidade física que sobreveio a qualquer dos signatários;
- IV - da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;
- V - do ato ou do fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento. (BRASIL, 2015)

²² Art. 409. A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito (BRASIL, 2015).

Ressalte-se, por fim, que perante terceiros, a data lançada no documento não produz efeito em alguns casos, isso porque, para aqueles que não participaram do negócio jurídico documentado, a eficácia do documento particular só se inicia a partir de seu registro público.²³ (THEODORO JUNIOR, 2020)

6.3.4. Da falsidade documental

A falsidade consiste em formar documento não verdadeiro ou em alterar aquele que é verdadeiro. Caso isso ocorra, tanto o documento público, quanto o particular, perderão a sua veracidade e, conseqüentemente, a sua força probante.

Art. 427. Cessa a fé do documento público ou particular sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade.

Parágrafo único. A falsidade consiste em:

I - formar documento não verdadeiro;

II - alterar documento verdadeiro (BRASIL, 2015).

Além disso, o artigo 428 do Código de Processo Civil preconiza que a simples impugnação do documento particular cessa sua fé, impedindo a utilização pelo juiz enquanto não demonstrada a sua veracidade.

A simples impugnação também poderá ocorrer nos casos em que o signatário assinar documento em branco e o portador fizer preenchimento abusivo, com intuito de formar ou completar o documento com texto até então não inserido.

O parágrafo único do artigo 428 do CPC ensina que, caso isso ocorra, o portador praticará abuso de preenchimento e o documento perderá seu valor probante.

²³ Art. 221 do C.C. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal (BRASIL, 2002).

Art. 428. Cessa a fé do documento particular quando:

I – for impugnada sua autenticidade e enquanto não se comprovar sua veracidade;

II – assinado em branco, for impugnado seu conteúdo, por preenchimento abusivo.

Parágrafo único. Dar-se-á abuso quando aquele que recebeu documento assinado com texto não escrito no todo ou em parte formá-lo ou completá-lo por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário (BRASIL, 2015).

Anote-se que a falsidade documental deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 dias, contados a partir da data de intimação da juntada do documento. Isso porque, uma vez arguida, essa será resolvida como questão incidente, salvo quando a parte solicitar que o juiz a decida como questão principal (ação declaratória incidental), nos termos do inciso II do art. 19 CPC/2015 (questão principal).²⁴

Art. 430. A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos.

Parágrafo único. Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19 (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, Theodoro Junior (2020, p. 954 e 955) explana o seguinte pensamento:

Decidir como questão incidente quer dizer apreciar a falsidade no plano dos motivos da sentença, e não como questão de mérito. Logo, não fará coisa julgada material o reconhecimento ou a rejeição da arguição. [...] A circunstância de tratar a arguição de falsidade como questão incidental não implica que deva ser julgada separadamente da sentença. [...] Significa simplesmente que a questão se transformará apenas num problema da instrução probatória, e como tal será resolvida na valoração das provas para a formação do convencimento do juiz ao tempo da sentença. Requerida a apreciação da falsidade como questão principal, ter-se-á ampliado o objeto litigioso, passando a integrar o mérito da causa. A sentença, por conseguinte, não trará dela apenas na motivação, mas incluirá no dispositivo, dando-lhe

²⁴ Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

II - da autenticidade ou da falsidade de documento (BRASIL, 2015).

resposta qualificada como julgamento de mérito, apto a conferir autoridade de coisa julgada material à declaração de falsidade.

Acresça-se que, diferente do Código anterior em que a instauração do incidente era possível em qualquer grau de jurisdição, o Novo Código admite somente a instauração no primeiro grau, descartando assim, a possibilidade de arguir a falsidade em instâncias recursais.

Prosseguindo, o ônus de provar incube a parte que arguir a falsidade documental, devendo expor os motivos que funda a sua pretensão e os meios com que pretende provar o alegado²⁵.

Recebida a arguição, o juiz intimará a parte contrária para que essa se manifeste em 15 dias. Se a parte não responder ou se afirmar a improcedência da arguição, o juiz mandará realizar prova pericial, ou, se necessário, outro meio de prova que contribua para o seu convencimento.

Art. 432. Depois de ouvida a outra parte no prazo de 15 (quinze) dias, será realizado o exame pericial.

Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo (BRASIL, 2015).

Entretanto, se a parte que apresentou o documento em Juízo concordar em retirá-lo do processo, a prova pericial indicada no artigo 432 do Novo Código de Processo Civil será dispensada, porque não ocorrerá os efeitos pretendidos pela parte que a produziu.

Por fim, nos termos do artigo 433 do Código de Processo Civil, “a declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal, constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada.” Assim, tanto a arguição de falsidade feita por questão incidente, como aquela suscita em questão principal, encerrar-se-ão com a sentença. (BRASIL, 2015)

²⁵ Art. 431. A parte arguirá a falsidade expondo os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado (BRASIL, 2015).

6.3.5 Da produção da prova documental

Produzir prova documental é fazer com que o documento adentre “nos autos do processo e passe integrá-lo como peça de instrução.” Essa produção pode ser feita pelo autor na petição inicial e na contestação pelo réu. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.956)

Caso o documento consista em reprodução cinematográfica ou fonográfica, a parte deverá trazer na petição inicial ou na contestação. Entretanto, sua exposição será em audiência, com intimação prévia dos litigantes.

Art.434. Parágrafo único. Quando o documento consistir em reprodução cinematográfica ou fonográfica, a parte deverá trazê-lo nos termos do caput, mas sua exposição será realizada em audiência, intimando-se previamente as partes (BRASIL, 2015).

Além disso, “como a produção de prova documental se faz possível durante todo o procedimento, em princípio, até o encerramento da fase instrutória”, é admitida a juntada de novos documentos após a prática dos atos postulatórios (petição inicial e contestação) ou, ainda, aqueles que se tonam conhecidos, acessíveis ou disponíveis após a prática daqueles atos. (TUCCI, 2015, p.1.112)

Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º (BRASIL, 2015).

Assim, uma vez produzida a prova documental, a parte contrária será intimada para se manifestar no prazo de 15 dias. Aliás, caso haja complexidade no volume ou

na quantidade dos documentos, a parte poderá requerer ao juiz a dilatação do prazo para a sua manifestação.²⁶

Conseqüentemente, a parte intimada poderá (art. 436 CPC):

- I - impugnar a admissibilidade da prova documental;
- II - impugnar sua autenticidade;
- III - suscitar sua falsidade, com ou sem deflagração do incidente de arguição de falsidade;
- IV - manifestar-se sobre seu conteúdo (BRASIL, 2015)

Resumindo, se a parte impugnar autenticidade ou suscitar a falsidade documental deverá basear-se em argumentação específica, e não em alegação genérica de falsidade, isto é, a parte que impugnar essas hipóteses terá que apontar de forma clara e objetiva os argumentos que representam a falta de autenticidade e a causa da falsidade documental. (BRASIL, 2015)

Ademais, se necessário, o juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, eventuais certidões indispensáveis à prova das alegações das partes, bem como, em procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados os entes federativos ou entidades da administração indireta.

Art. 438. O juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição:

- I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes;
- II - os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta (BRASIL, 2015).

Por fim, frise-se que essa requisição tem efeito temporário, pois, após receber os autos, o juiz mandará retirar, no prazo máximo e improrrogável de 01 (um) mês, certidões ou reproduções fotográficas das peças que julgar essenciais, e, em seguida, devolverá os autos à repartição de origem.

²⁶ Art. 437, § 2º Poderá o juiz, a requerimento da parte, dilatar o prazo para manifestação sobre a prova documental produzida, levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação (BRASIL, 2015).

Art. 438, § 1º. Recebidos os autos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de 1 (um) mês, certidões ou reproduções fotográficas das peças que indicar e das que forem indicadas pelas partes, e, em seguida, devolverá os autos à repartição de origem (BRASIL, 2015).

6.3.6. Documentos eletrônicos

Segundo Theodoro Junior (2020, p.962), “o documento eletrônico é aquele que resulta do armazenamento de dado em arquivo digital”, cuja representação do fato se dá por meio de um suporte eletrônico. Isto é, aquele documento produzido, autenticado, armazenado e transmitido em sua forma originária por sistema computacional.

Nessa toada, quando o documento eletrônico for utilizado em processo convencional, ou seja, em autos físicos, o documento eletrônico deverá ser convertido em forma impressa e autenticado, conforme menciona a lei.

Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei (BRASIL, 2015).

Em relação à autenticidade, o Novo Código de Processo Civil não trouxe previsão legal. No entanto, a Medida Provisória nº 2.200-2/2001 instituiu o ICP-Brasil como órgão responsável pela autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos.

Art. 1º Fica instituída a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras (BRASIL, 2001).

Desta forma, para ICP- Brasil, os documentos eletrônicos deverão acompanhar certificados digitais para a garantia de sua autenticidade e validade. Aliás, as declarações constantes nesses documentos se presumem verdadeiras com relação ao signatário, correspondendo assim, a mesma autenticidade do documento particular. (THEODORO JUNIOR, 2020)

Art. 10. § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários (BRASIL, 2001).

Mas, a mesma medida provisória, não impede o uso de outros meios capazes de comprovar a autoria e a integridade dos documentos eletrônicos, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Art. 10. § 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento (BRASIL, 2001).

Segundo Didier Junior, Braga e Oliveira (2017), diversas técnicas têm sido desenvolvidas para garantir a segurança, a confiabilidade, a autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos, entre elas: (i) a assinatura digitalizada, que é uma imagem de assinatura ortográfica lançada no documento para identificar a autoria; (ii) as firmas biométricas, no qual se admite o reconhecimento da autoria de uma declaração por meio das características físicas de seu emitente (timbre de voz); (iii) as senhas pessoais, como PIN, Password (palavra de aprovação) e Passphare (frase de passagem ou aprovação); (iv) criptografia, no qual a mensagem é cifrada e transformada em um código e seu acesso se dará por meio de uma chave.

Ademais, quando o documento eletrônico não vier acompanhado do certificado digital (ICP- Brasil), este não perderá por completo a sua eficácia probatória. Caberá ao juiz, conforme o caso concreto, verificar a autenticidade do documento e atribuir o valor que merecer. Para tanto, poderá utilizar-se de outras provas capazes de esclarecer a procedência e a veracidade desses documentos. (THEODORO JUNIOR, 2020)

Ainda, de acordo com o § único do artigo 384 do CPC, a autenticidade dos documentos eletrônicos também poderá ser feita através da ata pública notarial.²⁷

²⁷ Art. 384, Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial (BRASIL, 2015).

Enfim, caso o documento eletrônico seja utilizado em processo convencional, sem a sua conversão à forma impressa, o juiz apreciará o valor probante do documento não convertido, assegurado, porém, às partes o acesso ao respectivo teor²⁸.

²⁸ Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor (BRASIL, 2015).

7. DAS PROVAS ORAIS

Com efeito, são consideradas provas orais típicas: (i) depoimento pessoal; (ii) confissão; e (iii) prova testemunhal.

Dessa forma, neste capítulo analisar-se-á as peculiaridades de cada uma delas. Vejamos.

7.1 DEPOIMENTO PESSOAL

Depoimento Pessoal ou depoimento da parte “é o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo”, aplicando-se tanto ao autor, como ao réu, durante a realização de audiência de instrução e julgamento. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.919)

Nesse sentido, Neves (2020, p.748) anota o seguinte pensamento sobre o depoimento pessoal:

É espécie de prova oral, sendo conceituado como testemunho das partes em juízo sempre que requerido expressamente pela parte contrária ou pelo juiz. É importante colocar as partes diretamente diante do juiz, sem o filtro criado pelos advogados quando elaboram suas razões. Muitas vezes, inclusive o depoimento pessoal pode mostrar que as coisas não se deram exatamente como narrado pelo advogado na petição inicial ou contestação. (NEVES, 2020, p. 748)

Nesse seguimento, a iniciativa da diligência processual deve ser feita pela parte contrária ou de ofício pelo juiz, mas nunca pela própria parte.

É o que diz o *caput* do artigo 385 do Código de Processo Civil de 2015: “Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.” (BRASIL, 2015)

Ademais, o depoimento pessoal é o meio de prova que tem por fonte as partes litigantes, cuja principal intenção é obter a confissão da parte depoente e esclarecer as proposições fáticas discutidas na causa.

Cumprе destacar, que apesar do depoimento pessoal constituir-se em testemunho da parte, esse não se confunde com a prova testemunhal. Os sujeitos que prestam depoimento pessoal são aqueles que formam a relação jurídica processual; na prova testemunhal, são terceiros não interessados na demanda. (NEVES, 2020, p.748)

Também não se confunde o depoimento pessoal com o interrogatório livre, descrito no artigo 139, inciso VIII, do Novo Código de Processo Civil. O interrogatório livre é utilizado pelo juiz para melhor esclarecer a matéria fática, inteirando-se com os fatos do litígio. Já o depoimento pessoal é utilizado especificamente como fim probatório.

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício (BRASIL, 2015).

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso (BRASIL, 2015).

Ressalte-se que a parte deverá ser “intimada pessoalmente do ato processual a ser praticado, não bastando a mera intimação de seu patrono que, afinal, não será o responsável pelo depoimento pessoal”. Além disto, a intimação deve ser realizada com antecedência mínima, a fim de não surpreender a parte depoente. (NEVES, 2020, p.750 e 751)

Além disso, no mandado de intimação deverá constar a advertência da pena de confissão (artigo 385, § 1º, do CPC/2015), no caso de não comparecimento ou recusa injustificável em depor. (NEVES, 2020, p. 751)

Registre-se que a pena de confissão está descrita nos artigos 385, § 1º, e 386 do Novo Código de Processo Civil, e consiste na presunção relativa de veracidade

passível de sucumbir frente aos demais elementos de prova existentes nos autos. (STJ, RESP 856.699/MS). Vejamos:

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

§ 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena (BRASIL, 2015).

Art. 386. Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe foi perguntado ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e os elementos de prova, declarará, na sentença, se houver recusa a depor" (BRASIL, 2015).

Como se nota, cabe a parte responder com clareza e lealdade todas as perguntas formuladas pelo juiz. Contudo, se a parte, sem motivo justificado, deixar de respondê-las ou empregar evasivas, o magistrado, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, deverá constar na sentença que eventual recusa de depor.

Nessa perspectiva, Neves (2020, p.751) leciona a respeito da pena de confissão, aplicada pelo § 1º do artigo 385 do CPC:

Triste notar que o art. 385, § 1º, do Novo CPC, a exemplo do que fazia o art. 343, § 2º, do CPC/1973, mantém a confissão tácita gerada pela postura de ausência ou silêncio do depoente à ideia de pena, como se um meio de prova pudesse ter natureza de sanção processual [...] (NEVES, 2020, p. 751)

Dessa forma, vale frisar que a pena de confesso só será aplicada, caso o depoente tenha sido intimado com a devida advertência, prevista no § 1º art. 385, do CPC.

7.1.1 Das formas de intimação do depoente

Como já mencionado, a intimação e o depoimento da parte devem ser feitos de maneira pessoal, contudo, se o depoente residir fora da comarca onde tramita o processo, a parte poderá ser ouvida por meio de carta precatória ou rogatória.

Aliás, nesses casos, o Novo Código de Processo Civil traz como novidade a possibilidade da realização de videoconferência na colheita do depoimento ou, ainda, outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, inclusive durante a realização de audiência de instrução.

Essa novidade está descrita no § 3º do artigo 385 do CPC/2015:

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

§ 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento (BRASIL, 2015).

Avançando, a forma de interrogação das partes no depoimento pessoal é a mesma prevista para a inquirição de testemunhas, razão pela qual prescreve o §2º, do artigo 385, do CPC/2015, que “é vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte”, cabendo à outra parte, na hipótese de se sentir prejudicada, caso esta regra seja desrespeitada, arguir o vício, sob pena de preclusão (BRASIL, 2015).

Nessa vertente, quando ambas as partes forem intimadas para depor pessoalmente e comparecerem a audiência, o autor será ouvido primeiro, ausentando-se o réu da sala de audiência para que não tenha conhecimento da declaração dos fatos. Na sequência, será realizado o depoimento do réu, não havendo neste caso, necessidade do autor se retirar, pois este foi o primeiro a depor.

Porém, essa regra será invertida “quando o réu advogar em causa própria, caso em que será ouvido primeiro que o autor.” Agora, se ambas as partes estiverem advogando em causa própria, o juiz nomeará um advogado dativo para o réu, com a função exclusiva de acompanhar o depoimento do autor. (NEVES, 2020, p.753)

No tocante ao objeto do depoimento, estabelece o artigo 387, do CPC/2015, que a parte deve prestar o depoimento de forma oral, não podendo servir-se de escritos propositadamente preparados. Entretanto, nos casos em que a parte não possua todos os sentidos, como os mudos ou surdos-mudos, será permitido o

depoimento por escrito ou por qualquer outro meio idôneo para se manifestar acerca do conhecimento dos fatos.

Artigo 387. A parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos anteriormente preparados, permitindo-lhe o juiz, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos (BRASIL, 2015).

De outro vértice, em que pese a previsão do artigo 379, I, do Novo Código de Processo Civil, é dever da parte “comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado”, excluído pelo legislador o dever de depor nos casos em que for excessivamente oneroso ao depoente (BRASIL, 2015).

O artigo 388 do Novo Código de Processo Civil estabelece que a parte não será obrigada a depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados ou cujo respeito, por estado ou profissão deva guardar sigilo. Ainda, sobre fatos que causem desonra própria, de seu cônjuge, companheiro ou de parente em grau sucessível ou que coloquem em perigo a sua vida ou das pessoas referidas anteriormente. Vejamos:

Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:

I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;

III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;

IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família (BRASIL, 2015).

Como se nota, nas hipóteses previstas pelo artigo 388 do CPC/2015, a parte estará livre de depor e sua recusa será feita com motivo justificável, o que não se aplicará à pena de confesso descrita no § 1º do artigo 385.

7.2 DA CONFISSÃO

O artigo 389 do Código de Processo Civil diz que “há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”. Ou seja, trata-se de uma declaração unilateral e voluntária de ciência de fato (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, a confissão é ato exclusivo da parte, no qual somente por essa ou por intermédio de seu representante poderá confessar.

A confissão exige-se que o confitente admita um fato contrário ao seu interesse, mas que, ao mesmo tempo, seja favorável a parte contrária.

Além disso, para que a confissão seja considerada eficaz é preciso o preenchimento de alguns requisitos como: (i) capacidade plena; (ii) inexigibilidade de forma especial para o ato jurídico; (iii) disponibilidade do direito relacionado com o fato confessado. (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 925)

Neves (2020, p.755) ensina a respeito desses requisitos:

O confitente deve ter capacidade plena (art. 213, caput, do C.C), não podendo confessar os incapazes (art.392, § 1º, do CPC) ou seus representantes legais. [...]

Inexigibilidade de forma especial para a validade do ato jurídico como, por exemplo, ocorre no casamento ou falecimento, que exigem para a sua demonstração as respectivas certidões.

Disponibilidade do direito relacionado ao fato confessado, não se admitindo a confissão de fatos que fundamentam direitos indisponíveis. (Art.392, caput, do CPC)

7.2.1 Elementos da confissão

Em regra, “a confissão deve conter: (a) o reconhecimento de um fato alegado pela outra parte; (b) a voluntariedade desse reconhecimento; (c) um prejuízo para o confitente em decorrência de seu reconhecimento” (THEODORO JUNIOR, 2020, p.924)

Nessa vertente, para Theodoro Junior (2020), a confissão é composta por dois elementos: o elemento subjetivo, relacionado com o ânimo de confessar, ou seja, a intenção de se reconhecer voluntariamente o fato alegado pela parte adversária; o elemento objetivo quando o confitente reconhece o próprio fato litigioso.

Todavia, Didier, Braga e Oliveira (2017) consideram três os elementos da confissão: (i) elemento subjetivo; (ii) elemento objetivo; (iii) elemento intencional.

Anote-se que o elemento subjetivo é relacionado com a própria parte, pois somente essa pode confessar; o elemento objetivo com o fato desfavorável ao confitente; e o elemento intencional com a vontade de declarar, de confessar o fato.

Nesse sentido, Didier, Braga e Oliveira (2017, pg. 186) lecionam:

Não é qualquer fato que pode ser objeto de confissão. Para que a confissão exista, é preciso que trate de fato desfavorável ao confitente e favorável ao adversário, além disso, é pressuposto da confissão que o fato seja próprio e pessoal do confitente e não de terceiro, quando então haveria testemunho e não confissão.

7.2.2 Distinção entre confissão e reconhecimento de pedido

De fato, não há que se confundir confissão e reconhecimento do pedido, já que são duas figuras completamente distintas.

A confissão recai sobre um fato contrário ao interesse do confitente e pode ser feita tanto pelo autor quanto pelo réu, além de ser um meio de prova do Processo Civil.

Já o reconhecimento do pedido somente pode emanar do réu e deve ser expresso. Além disso, incidirá sobre todos os fatos que fundamentam o pedido do autor, não se opondo ao direito alegado. No mais, diferente da confissão, o reconhecimento do pedido é apenas uma renúncia à resistência oferecida e à pretensão, mas não meio de prova em si.

7.2.3 Espécies de confissão

A confissão, de acordo com o artigo 389 do Novo Código de Processo Civil, pode ser classificada como judicial e extrajudicial (BRASIL, 2015).

Confissão judicial é aquela feita dentro do processo, através da contestação, réplica e depoimento pessoal.

Na confissão extrajudicial, o confitente fora do processo, faz a confissão de forma escrita ou oral para a parte contrária, terceiros ou testamento.

Segundo Neves (2020), a confissão judicial ainda se subdivide em espontânea e provocada.

A confissão espontânea é realizada fora do depoimento pessoal, e pode ocorrer de forma escrita ou oral. Na forma oral, o juiz, por elaboração de termo, documenta a confissão nos autos. Contudo, a forma escrita é a mais frequente na praxe forense.

A confissão provocada, por sua vez, ocorre durante o depoimento de uma das partes, e pode ser classificada como real ou ficta. Na real, a parte responde às perguntas que lhe são dirigidas, confessando “automaticamente” o fato. Na ficta, a confissão resulta do não comparecimento da parte à audiência de instrução e julgamento ou quando há a recusa injustificável para responder as perguntas que lhe são feitas. (NEVES, 2020)

Cumprido destacar, que no tocante à confissão judicial, o Novo Código traz disposição expressa no artigo 391, que “a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes” (BRASIL, 2015).

Nos ensinamentos de Bonizzi (2017, p.125), é evidente que os atos de um litisconsorte não podem prejudicar o outro. Do contrário, “praticamente ninguém se arriscaria em litigar em litisconsórcio voluntário.”

Ainda, o mesmo artigo traz a ressalva de que “nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, a confissão de um cônjuge ou companheiro não valerá sem a do outro, salvo se o regime de casamento for o de separação absoluta de bens”. (BRASIL, 2015)

7.2.4 Dos efeitos da confissão

Didier, Braga e Oliveira (2017) ensinam que a confissão é ato jurídico em sentido estrito, pois, para a sua validade, basta que a parte declare ciência dos fatos de maneira livre e consciente, sendo irrelevantes, para tanto, os motivos que levaram a parte a confessá-los.

Cumprido destacar que a confissão, uma vez celebrada, é irrevogável, entretanto, se for proveniente de erro de fato ou de coação, será anulada. É o que reza o artigo 393 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 393. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.

Parágrafo único. A legitimidade para a ação prevista no caput é exclusiva do confitente e pode ser transferida a seus herdeiros se ele falecer após a propositura (BRASIL, 2015).

Todavia, se a confissão decorreu de erro ou coação, mas essa não foi o único fundamento da sentença, não haverá interesse processual do confitente em requerer a sua invalidação.

Destaca-se que, caso ocorra uma das hipóteses do artigo 393 do Código de Processo Civil, a legitimidade para pedir a anulação da confissão será do próprio confitente. Porém, se a parte falecer após a propositura da ação, a legitimidade será dos seus herdeiros.

Ainda, “a confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável” (BRASIL, 2015).

Art. 395. A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, porém cindir-se-á quando o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção (BRASIL, 2015).

No entanto, convém memorar que a indivisibilidade da confissão não pode ser examinada sem se atentar às regras do ônus da prova. De tal modo, que “o réu, ao confessar, tem o ônus de provar fato extintivo ou modificativo do direito do autor, e sua confissão pode perfeitamente ser cindida.” (THEODORO JUNIOR, 2020, p.927)

Isso porque, o réu, ao proferir defesa indireta, admite a veracidade dos fatos constitutivos do direito do autor e, conseqüentemente, assume o ônus de provar o outro fato impeditivo, extintivo ou modificativo. (THEODORO JUNIOR, 2020)

Resumindo, a regra da indivisibilidade da confissão só será absoluta quando não houver outros meios de prova que amparam a fundamentação da sentença.

7.3 PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal é meio de prova consubstanciado na declaração de um terceiro, que tenha presenciado os fatos discutidos na demanda ou tomado conhecimento dos fatos por conversas com outras pessoas.

Testemunha é uma pessoa natural, distinta de um dos sujeitos do processo, que é chamada em juízo para dizer o que sabe sobre o fato probando. [...] O testemunho contém o relato daquilo que foi percebido pela testemunha por meio de qualquer um dos sentidos: visão, olfato, paladar, tato e audição. [...] (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p.269)

Aliás, cabe ressaltar que a testemunha não pode ter interesse na causa e deve preencher os requisitos legais de capacidade.

De acordo com Didier Jr, Braga e Oliveira (2017), a testemunha pode ser: presencial, de referência e referidas.

Testemunhas presenciais são aquelas que presenciaram pessoalmente os fatos discutidos na demanda; as de referências, que souberam do fato por meio de terceiros; as referidas, aquelas em que sua existência fora apurada por outra testemunha.

Além disso, as testemunhas podem ser classificadas como: (i) Judiciárias, aquelas que relatam em juízo o seu conhecimento sobre os fatos discutidos na

demanda; (ii) instrumentárias, “as que presenciaram a assinatura do instrumento do ato jurídico e, juntamente com as partes, o firmaram” (THEODORO JUNIOR, 2020, p.967)

Como se nota, a prova testemunhal deve ser colhida em audiência, na presença do juiz e das partes, com as mesmas garantias que norteiam o depoimento oral, bem como, sob o compromisso legal de sujeição à contradita e reperguntas daquele contra quem o meio de convencimento foi produzido.

7.3.1 Admissibilidade da prova testemunhal

A prova testemunhal, em regra, é admitida em diversas situações, nos termos do artigo 442 do CPC²⁹. No entanto, a lei pode dispor em sentido contrário, não a reconhecendo em certos casos.

Melhor elucidando, o juiz rejeitará a inquirição de testemunhas sobre os fatos já provados por documento, confissão da parte, aqueles que só podem ser provados por meio de documentos (casamento ou óbito) ou exame pericial, já que a testemunha não supre a fé do instrumento público, nem o conhecimento técnico específico.

Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

I - já provados por documento ou confissão da parte;

II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados (BRASIL, 2015).

Todavia, ressalte-se que, nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, admite-se a prova testemunhal quando houver começo de prova escrita, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova.³⁰

Godinho (2015, p.1132) explana sobre o assunto:

²⁹ Art. 442. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso (BRASIL, 2015).

³⁰ Art. 444. Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova (BRASIL, 2015).

Esse começo de prova escrita deve ser apto para emprestar uma credibilidade suficiente para possibilitar uma complementação pela prova testemunhal. Isso significa que, partindo de uma desconfiança da prova testemunha, o Código prevê que haja um mínimo de lastro probatório para sua admissibilidade. É evidente, portanto, que não se pode equiparar o começo de prova escrita com o documento em sentido técnico, sob pena de se estabelecer um agravamento discriminatório de fontes de prova, em que tanto os documentos quanto as testemunhas não teriam aptidão para a comprovação isolada de fatos relevantes (GODINHO, 2015, p. 1132).

Excepcionalmente, admite-se a prova testemunhal nos casos previstos no artigo 445 do CPC:

Art. 445. Também se admite a prova testemunhal quando o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, de depósito necessário ou de hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação (BRASIL, 2015).

Nessa mesma linha de reflexão, o artigo 446 do Novo Código de Processo Civil confere à parte provar com testemunhas: (i) a divergência entre a vontade real e a vontade declarada, nos contratos simulados; (ii) os vícios de consentimento, nos contratos em geral.

Registre-se, por oportuno, que a prova escrita da obrigação só poderá ser substituída pela prova testemunhal quando a lei não exigir que o ato jurídico seja comprovado por instrumento público.

Menciona-se que, diferentemente do Código anterior em que a prova exclusivamente testemunhal era limitada aos contratos cujo o valor não excedia o décuplo do maior salário vigente no país, o Novo Código de Processo Civil admitiu o uso da prova exclusivamente testemunhal, independentemente do valor do contrato, desde que claro, que a lei não exija a prova escrita. (THEODORO JUNIOR, 2020)

7.3.2 Sujeitos que podem testemunhar

De acordo com o artigo 447 do Novo Código de Processo Civil qualquer pessoa pode testemunhar, exceto as incapazes, as impedidas e as suspeitas.

São considerados incapazes (§ 1º)

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam (BRASIL, 2015).

São impedidos (§ 2º):

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes (BRASIL, 2015).

Os suspeitos são: o inimigo da parte ou seu amigo íntimo e o que tiver interesse no litígio, como por exemplo, “o agente policial apontado como autor de espancamento na ação de indenização movida contra o Estado”. (THEODORO JUNIOR, 2020, p.971)

Acresça-se que, em casos excepcionais, o juiz poderá ouvir o depoimento de testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. Contudo, as declarações dessas pessoas serão tidas como meras informantes, não prestando compromisso de dizer a verdade, e o juiz atribuirá à prova o valor que merecer, sem torná-la o principal fundamento da decisão.³¹

Consoante o artigo 448 do Novo Código de Processo Civil, a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:

³¹ Art. 447. § 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (BRASIL, 2015).

No tocante à profissão, consideram-se sigilosos os fatos que foram confiados à testemunha em sua atividade profissional, não abarcando, entretanto, aqueles que por outros meios chegaram ao conhecimento do profissional.

Como dito, a testemunha será ouvida em Juízo. No entanto, quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer, mas não de depor, o juiz designará, conforme o caso, dia, hora e lugar para ouvi-la.³²

7.3.3 A produção da prova testemunhal

A prova testemunhal deve ser requerida pelo autor na petição inicial e pelo réu na contestação, ou ainda, na fase de especificação de provas durante as providências preliminares.

Na decisão de saneamento do processo, o juiz aceitará ou não a prova testemunhal. Entretanto, entende-se que esse meio de prova estará implicitamente deferido quando o juiz designar audiência de instrução e julgamento. (THEODORO JUNIOR, 2020)

Além disso, a parte que pretender a produção da prova testemunhal deverá, no prazo fixado pelo juiz, depositar em cartório o respectivo rol de testemunhas, com as suas respectivas qualificações: nome, profissão, estado civil, registro de identidade, cadastro de pessoa física e endereço completo da residência e local de trabalho.³³

³² Art. 449. Salvo disposição especial em contrário, as testemunhas devem ser ouvidas na sede do juízo.

Parágrafo único. Quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la (BRASIL, 2015).

³³ Art. 450. O rol de testemunhas conterá, sempre que possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, o número de registro de identidade e o endereço completo da residência e do local de trabalho (BRASIL, 2015).

Art.357. §4oCaso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas (BRASIL, 2015).

Art.357. §3oSe a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (BRASIL, 2015).

No entanto, se houver complexidade na matéria de fato ou de direito, as partes levarão o respectivo rol de testemunhas na audiência designada pelo juiz e não em cartório.

Nas lições de Theodoro Junior (2020), cada parte poderá arrolar, no máximo, dez testemunhas, sendo três, para cada fato. Mas, ultrapassado esse limite, o juiz poderá dispensar na audiência os excedentes.

De mais a mais, apresentado o rol de testemunhas, a parte só poderá substituir nos casos de: (i) falecimento; (ii) enfermidade ou na falta de condições de depor; (iii) mudança de residência ou local de trabalho, e a testemunha não for encontrada.³⁴

O artigo 453 do Novo Código de Processo Civil reza que a produção da prova testemunhal, em regra, ocorrerá na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa, exceto as testemunhas que prestam depoimento antecipado ou são inquiridas por carta (BRASIL, 2015).

Além disso, a testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa da localidade onde tramita o processo, poderá ser ouvida, inclusive durante a audiência de instrução e julgamento, por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens.³⁵

³⁴ Art. 451. Depois de apresentado o rol de que tratam os 357, a parte só pode substituir a testemunha:

I - que falecer;

II - que, por enfermidade, não estiver em condições de depor;

III - que, tendo mudado de residência ou de local de trabalho, não for encontrada (BRASIL, 2015).

³⁵ Art. 453. As testemunhas depõem, na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa, exceto:

I - as que prestam depoimento antecipadamente;

II - as que são inquiridas por carta (BRASIL, 2015).

§ 1º A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento.

Do mesmo modo, não serão ouvidas em juízo as testemunhas que, em decorrência de seu cargo ou função, possuem prerrogativas de local, dia e hora para depor. É que essas autoridades serão inquiridas em sua própria residência ou no local onde exercem a sua função/cargo.

Possuem essa prerrogativa as seguintes autoridades (Art. 454 CPC):

- I - o presidente e o vice-presidente da República;
- II - os ministros de Estado;
- III - os ministros do Supremo Tribunal Federal, os conselheiros do Conselho Nacional de Justiça e os ministros do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União;
- IV - o procurador-geral da República e os conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público;
- V - o advogado-geral da União, o procurador-geral do Estado, o procurador-geral do Município, o defensor público-geral federal e o defensor público-geral do Estado;
- VI - os senadores e os deputados federais;
- VII - os governadores dos Estados e do Distrito Federal;
- VIII - o prefeito;
- IX - os deputados estaduais e distritais;
- X - os desembargadores dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;
- XI - o procurador-geral de justiça;
- XII - o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa a agente diplomático do Brasil. (BRASIL, 2015)

Nesses casos, o juiz solicitará à autoridade que indique dia, hora e local para inquirição, remetendo-lhe cópia da inicial ou da defesa oferecida pela parte que a arrolou como testemunha. Caso a autoridade, não se manifeste no prazo de um mês, o juiz designará dia, hora e local, para que ocorra a oitiva e desta vez, com preferência na sede do juízo.

§ 2º Os juízos deverão manter equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens a que se refere o § 1º. (BRASIL, 2015)

Prosseguindo, em relação a intimação da testemunha, o Novo Código de Processo Civil trouxe importante inovação.

É que, agora, cumpre ao advogado informar ou intimar a testemunha arrolada, comunicando-lhe a respeito do local, do dia e do horário da audiência designada. A intimação deverá seguir as regras estabelecidas no artigo 455 do Código de Processo Civil.

Art. 455. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.

§ 1º A intimação deverá ser realizada por carta com aviso de recebimento, cumprindo ao advogado juntar aos autos, com antecedência de pelo menos 3 (três) dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento.

§ 2º A parte pode comprometer-se a levar a testemunha à audiência, independentemente da intimação de que trata o § 1º, presumindo-se, caso a testemunha não compareça, que a parte desistiu de sua inquirição.

§ 3º A inércia na realização da intimação a que se refere o § 1º importa desistência da inquirição da testemunha (BRASIL, 2015).

Já a intimação judicial poderá ser realizada nos casos em que: (i) for frustrada a intimação feita pelo advogado nos moldes no § 1º do artigo 455 do Código Processo Civil; (ii) sua necessidade for devidamente demonstrada pela parte ao juiz; (iii) quando a testemunha for servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir; (iv) quando a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública; (v) quando o rol de testemunha for uma daquelas autoridades com prerrogativas de depoimento descritas pelo artigo 454 do Código de Processo Civil.

Registre-se, ainda, caso a testemunha for intimada e deixa de comparecer, de forma injustificada, será forçosamente conduzida e responderá pelas despesas do adiamento. Aliás, a regra serve tanto para a testemunha intimada através do advogado, quanto àquelas intimadas via judicial.

Por outro lado, comparecendo as testemunhas, o juiz ouvirá primeiro as do autor e depois as do réu. É que a inquirição separada resguarda a originalidade, a veracidade dos depoimentos e evita o constrangimento das testemunhas. Porém, se

houver acordo entre as partes, o juiz poderá inverter a ordem de inquirição das testemunhas, desde que não resulte prejuízo aos litigantes.

Art. 456. O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará para que uma não ouça o depoimento das outras.

Parágrafo único. O juiz poderá alterar a ordem estabelecida no caput se as partes concordarem (BRASIL, 2015).

Ademais, antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando ou confirmando seus dados (nome inteiro, profissão, residência e estado civil), bem como, se possui relação de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.

§ 2º Sendo provados ou confessados os fatos a que se refere o § 1º, o juiz dispensará a testemunha ou lhe tomará o depoimento como informante.

§ 3º A testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos previstos neste Código, decidindo o juiz de plano após ouvidas as partes (BRASIL, 2015).

Também, nesse momento, é lícito à parte contrária contraditar a testemunha, arguindo-lhe incapacidade, impedimento ou suspeição, inclusive a própria testemunha solicitar ao juiz que a dispense de depor, alegando motivo justificável.

Ao contrário do Código anterior, em que o interrogatório era ato exclusivo do juiz, o Novo Código de Processo Civil inovou a redação, permitindo que as perguntas sejam formuladas diretamente pelas partes.

Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato

objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

§ 1º O juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois da inquirição feita pelas partes.

§ 2º As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

§ 3º As perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requer (BRASIL, 2015).

Contudo, o juiz não admitirá as seguintes indagações: (i) que puderem induzir a resposta; (ii) que não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória; (iii) aquelas que importarem a repetição de outras já respondidas.

Por fim, o juiz poderá ordenar de ofício ou a requerimento da parte, outras diligências previstas no artigo 461 do Novo Código de Processo Civil: (i) a acareação e a ouvida de testemunhas referidas.

Art. 461. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas;

II - a acareação de 2 (duas) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

§ 1º Os acareados serão reperguntados para que expliquem os pontos de divergência, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

§ 2º A acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. (BRASIL, 2015)

A acareação ocorre quando duas ou mais testemunhas prestam depoimentos contraditórios sobre o mesmo fato, e, oportunamente, são colocadas numa só audiência, em confronto pessoal.

A testemunha referida era, até então, pessoa estranha ao processo, mas mencionada no depoimento de uma das testemunhas arroladas.

Anote-se, ainda, que o depoimento obtido durante a prova testemunhal poderá ser documentado por gravação. Se for digitado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores.

Por fim, se houver recurso em processo não eletrônico, o depoimento somente será digitado quando for impossível o envio de sua documentação eletrônica.

8. DAS PROVAS MATERIAIS

Com efeito, são consideradas provas materiais: (i) perícia e (ii) inspeção judicial.

Dessa forma, neste capítulo analisar-se-á as peculiaridades de cada uma delas. Vejamos.

8.1 PROVA PERICIAL

A prova pericial é meio de prova em que o esclarecimento do fato se dá pelo auxílio de um perito, ou seja, especialista em determinado campo do saber.

A justificativa para a utilização de perícia é que não se pode exigir do juiz o conhecimento pleno de todas as ciências humanas, exatas ou biológicas.

Em outras palavras, “sempre que o esclarecimento dos fatos exigir tal espécie de conhecimento”, o juiz se valerá por exemplo do auxílio de médico, engenheiro, dentista, contador, dentre outros e assim formar sua convicção para julgar o caso. (NEVES, 2020, p.785)

Nessa perspectiva é a previsão do artigo 464 do Novo Código de Processo Civil, “a perícia consiste em exame, vistoria ou avaliação”.³⁶

³⁶ Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III - a verificação for impraticável.

§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

§ 4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa (BRASIL, 2015).

O exame é a inspeção sobre bens móveis, pessoas, coisas e semovente; a vistoria é realizada em bem imóveis; a avaliação tem o objetivo de apurar o valor, em dinheiro, de bens, direito ou obrigação.

8.1.1 Admissibilidade da perícia

A prova pericial é o meio de prova mais onerosa, complexa e demorada, razão pela qual os artigos 156 e 375 do Novo Código de Processo Civil ³⁷salientam que só será admitida quando o esclarecimento dos fatos implicarem em exames técnicos e científicos.

Dessa forma, toda a vez que a verdade dos fatos puder ser verificada de forma simples e menos custosa, a perícia será dispensada, sobretudo nos casos em que: (i) a prova do fato não depender de conhecimento técnico e científico; (ii) a perícia for desnecessária em vista de outras provas produzidas e (iii) a verificação for impraticável. (§ 1º do ar. 464 do CPC)

No mais, o juiz poderá indeferir a perícia com base em outros critérios, quando a sua realização não for imprescindível para a elucidação dos fatos.

³⁷ Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

§ 2º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

§ 3º Os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados.

§ 4º Para verificação de eventual impedimento ou motivo de suspeição, nos termos dos arts. 148 e 467, o órgão técnico ou científico nomeado para realização da perícia informará ao juiz os nomes e os dados de qualificação dos profissionais que participarão da atividade.

§ 5º Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia (BRASIL, 2015).

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial (BRASIL, 2015).

8.1.2 Perito e assistente técnico

A nomeação de perito deve buscar profissional especialista na área técnica ou científica em que há discussão no processo, o qual será considerado auxiliar do juízo, incumbindo respeitar a imparcialidade durante a execução de sua atividade.

O instrumento utilizado pelo perito para o registro de suas impressões técnicas e científicas é conhecido como laudo pericial. Este instrumento é apresentado pelo perito na forma escrita, contendo as respostas aos quesitos formulados e a conclusão do caso.

Ainda, durante a elaboração desse laudo pericial, o perito poderá emitir juízo de valor sobre as questões técnicas / científicas discutidas, mas nunca sobre as questões jurídicas.

Ao perito não cabe intrometer-se na tarefa hermenêutica, opinando sobre questões jurídicas, interpretando a lei ou citando jurisprudência ou doutrina jurídica. Sua atuação é eminentemente técnica e recai, tão somente sobre fatos. Só deverá emitir juízos, baseados em sua especialidade profissionais, sobre questões de fato. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 302)

Já o assistente técnico é um auxiliar contratado pela parte interessada e sua função principal é registrar seu conhecimento técnico ou científico a respeito do laudo pericial confeccionado pelo perito.

A seguir, o quadro comparativo dos profissionais: ³⁸

³⁸ Disponível em: http://qbb.adv.br/wp-content/uploads/2017/03/ScreenShot_20170317142142.png

PERITO	ASSISTENTE TÉCNICO
1. Nomeado pelo Juiz	1. Indicado pela parte
2. Profissional habilitado	2. Profissional habilitado
3. Laudo pericial	3. Parecer técnico
4. Recebe seus honorários mediante alvará determinado pela Justiça	4. Recebe seus honorários diretamente da parte que o indicou
5. Profissional de confiança do juiz	5. Profissional de confiança da parte
6. Sujeita-se às regras de impedimento e suspeição	6. Não está sujeito às regras de impedimento e suspeição
7. Substituído por decisão do juiz	7. Substituído pela parte que o contratou
8. Compromisso com a causa, não se importando a quem assiste a razão	8. Compromisso com a causa, mas se reporta diretamente à parte que o contratou

Tabela 1: Diferenças entre o perito e assistente técnico (ELALI, 2017, ONLINE)

Cumprе salientar que o assistente técnico só irá subscrever o laudo do perito se estiver de acordo com suas conclusões. Do contrário, não será obrigado, pois diferente do perito, o encargo do assistente consiste na apresentação de pareceres, a favor de quem o contratou ou contra a perícia realizada.

8.1.2.1. Substituição do perito

Nos termos do artigo 468 do Novo Código de Processo Civil, o perito poderá ser substituído quando: (i) houver ausência de conhecimento técnico e científico, impedindo assim, a realização do trabalho pericial; (ii) quando, sem motivo justificado, deixar de entregar o laudo pericial no prazo determinado.³⁹

³⁹ Art. 468. O perito pode ser substituído quando:

I - faltar-lhe conhecimento técnico ou científico;

II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.

§ 1º No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo.

§ 2º O perito substituído restituirá, no prazo de 15 (quinze) dias, os valores recebidos pelo trabalho não realizado, sob pena de ficar impedido de atuar como perito judicial pelo prazo de 5 (cinco) anos.

§ 3º Não ocorrendo a restituição voluntária de que trata o § 2º, a parte que tiver realizado o adiantamento dos honorários poderá promover execução contra o perito, na forma dos Código, com fundamento na decisão que determinar a devolução do numerário (BRASIL, 2015).

Aliás, quando a substituição do perito ocorrer pelo descumprimento da entrega do laudo pericial, “o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva”, podendo, ainda, impor multa, que será fixada de acordo com o valor da causa e com o prejuízo sofrido com o atraso do processo. (§ 1º e § 2º do art. 468 CPC; BRASIL, 2015)

Além disso, os valores recebidos pelo “trabalho não realizado” deverão ser restituídos pelo perito, no prazo de 15 dias, sob pena de ficar vedada a sua atuação como auxiliar da justiça pelo prazo de 5 anos e, ainda, o ajuizamento de ação de execução pela parte que realizou adiantamento dos pagamentos numerários. (BRASIL, 2015)

8.1.3. Procedimento da prova pericial

A prova pericial poderá ser determinada de ofício pelo juiz ou mediante requerimento das partes, formulado na petição inicial ou na contestação. Inclusive, é na fase de saneamento do processo que o julgador definirá as questões de fatos sobre os quais recairão a atividade probatória e a necessidade de perícia será definida ou não.

Anote-se que, nos casos em que a produção de prova pericial for necessária, na própria decisão de saneamento o juiz determinará: a nomeação do perito, a instauração de incidente para fixação de seus honorários, prazo para entrega do laudo pericial e intimação das partes para a apresentação de quesitos e assistentes técnicos. Confira-se:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização (BRASIL, 2015).

Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo (BRASIL, 2015).

Também, o perito deve ser regularmente cientificado de sua nomeação e deverá apresentar manifestação, em 05 (cinco) dias, sobre: (i) a proposta de

honorários, considerando a complexidade e o objeto da perícia; (ii) currículo, com comprovação de especialização; (iii) contato profissional, em especial o endereço eletrônico, para onde serão dirigidas as intimações pessoais.

Art.465, § 2º Ciente da nomeação, o perito apresentará em 5 (cinco) dias:

I - proposta de honorários;

II - currículo, com comprovação de especialização;

III - contatos profissionais, em especial o endereço eletrônico, para onde serão dirigidas as intimações pessoais (BRASIL, 2015).

Ademais, “as partes serão intimadas da proposta de honorários para, querendo, manifestar-se no prazo comum de 5 (cinco) dias, após o que o juiz arbitrar o valor, intimando-se as partes para os fins do art. 95.”⁴⁰ Neste ato, o juiz poderá, ainda, autorizar o pagamento de até 50% dos honorários arbitrados no início dos trabalhos e o restante do valor, após a entrega do laudo pericial (BRASIL, 2015)

Ainda, no prazo de 15 dias contados da mesma intimação, as partes deverão apresentar as seguintes manifestações: (i) arguir o impedimento ou a suspeição do perito, se for o caso (art. 144 e 148 do CPC); (ii) indicar assistente técnico; (iii) apresentar quesitos.

Art. 465, § 1º Incumbe às partes, dentro de 15 (quinze) dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito:

I - arguir o impedimento ou a suspeição do perito, se for o caso;

II - indicar assistente técnico;

III - apresentar quesitos (BRASIL, 2015).

Registre-se que a suspeição ou impedimento podem ser alegados tanto pelas partes, como pelo próprio perito, com a justificativa da escusa da nomeação, no prazo de 15 dias contados da intimação ou do impedimento. Caso contrário, considera-se como desistência por parte do perito o direito de escusa.

⁴⁰ Art. 465, § 3º As partes serão intimadas da proposta de honorários para, querendo, manifestar-se no prazo comum de 5 (cinco) dias, após o que o juiz arbitrar o valor, intimando-se as partes para os fins do 95 (BRASIL, 2015).

Art. 157. O perito tem o dever de cumprir o ofício no prazo que lhe designar o juiz, empregando toda sua diligência, podendo escusar-se do encargo alegando motivo legítimo.

§ 1º A escusa será apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação, da suspeição ou do impedimento supervenientes, sob pena de renúncia ao direito a alegá-la (BRASIL, 2015).

Art. 467. O perito pode escusar-se ou ser recusado por impedimento ou suspeição.

Parágrafo único. O juiz, ao aceitar a escusa ou ao julgar procedente a impugnação, nomeará novo perito (BRASIL, 2015).

Note-se, também, que o assistente técnico escolhido pelas partes deve ter as mesmas qualificações profissionais exigidas ao perito nomeado. Os quesitos formulados pelas partes devem ser pertinentes e relevantes aos fatos a serem provados, sob pena de indeferimento, podendo, inclusive, o juiz formular as perguntas diretamente ao auxiliar da justiça, quando achar necessário para elucidação dos fatos.

Art. 470. Incumbe ao juiz:

I - indeferir quesitos impertinentes;

II - formular os quesitos que entender necessários ao esclarecimento da causa (BRASIL, 2015).

Até mesmo, poderão ser formuladas perguntas aos assistentes técnicos, desde que tenham referências com seus respectivos laudos.

Em relação ao prazo determinado pelo §1º do artigo 465 do CPC, que não é preclusivo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. PROVA PERICIAL. INDICAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. EXTEMPORANEIDADE. ART. 421, § 1º, CPC. PRAZO NÃO-PRECLUSIVO. PERMISSÃO DE JUNTADA DE PARECER. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. 1. Recurso Especial com o escopo de manter parecer técnico emitido por assistente não indicado e anexado após o início da realização da perícia. 2. Acórdão a quo que anulou o decisum calcado dentre outros elementos, na referida peça técnica, determinando o rejuízo da causa. 3. É cediço na Corte que: "A corrente dominante nos tribunais firmou-se no sentido de que é possível a indicação de assistente técnico e formulação de quesitos, para a realização da perícia, além do quinquídio do artigo 421, pará. 1º, do Código de Processo Civil, desde que não haja principiado a diligência nem prestado compromisso o louvado do juízo." (REsp 19.282-0/SP, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJ 18.05.1992); "Não é peremptório o prazo de que trata o § 1º do art. 421 do CPC, permitida a sua ampliação desde que o processo continue na mesma fase (...)" 4. In casu, o parecer do técnico

do INCRA, não indicado anteriormente nos autos, foi apresentado posteriormente ao início da produção da prova pericial, em confronto com a jurisprudência do Tribunal. 5. Precedentes: RESP 229.201/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 11.02.2000; REsp 148.204/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 09.12.1997; EREsp 39.749/SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ 29.10.1996. 6. Recurso Especial desprovido.

(STJ - REsp: 639257 MT 2004/0014534-3, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/12/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/02/2006 p. 667) (STJ, 2005)

Como dito, o entendimento do STJ é no sentido de que o prazo para as partes apresentarem assistentes técnicos e formular quesitos não é preclusivo.

Segundo Theodoro Junior (2020), esse posicionamento está correto, uma vez que o artigo 469 do Novo Código de Processo Civil permite a apresentação de quesitos suplementares pelas partes, mesmo durante a diligência pericial, desde que o ato ocorra antes do laudo ser apresentado em juízo.

Art. 469. As partes poderão apresentar quesitos suplementares durante a diligência, que poderão ser respondidos pelo perito previamente ou na audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. O escrivão dará à parte contrária ciência da juntada dos quesitos aos autos (BRASIL, 2015).

Todavia, para Didier Junior, Braga e Oliveira (2017), os quesitos suplementares podem ser formulados em casos excepcionais, isto é, quando os quesitos não puderem ser imaginados e nem formulados inicialmente.

8.1.4 Laudo pericial

Como mencionado, o laudo pericial é o instrumento usado pelo perito para o registro de suas impressões técnicas e científicas, referentes aos quesitos formulados e a conclusão dos fatos.

Nos termos do artigo 473 do Novo Código de Processo Civil, o laudo pericial deverá conter:

- I - a exposição do objeto da perícia;
- II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;
- III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;
- IV - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público (BRASIL, 2015).

Com efeito, o perito deverá fundamentar o laudo com linguagem simples e de forma coerente, indicando as devidas conclusões, notadamente fundamentadas. Ainda, “vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia”.⁴¹ (BRASIL, 2015)

Para o desempenho da função, tanto o perito, quanto o assistente técnico, poderá valer-se de todos os meios necessários para o esclarecimento do objeto da perícia, bem como, ouvir testemunhas, obter informações, solicitar documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, além de poder instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários para atividade pericial.⁴²(BRASIL, 2015)

De mais a mais, o laudo pericial deverá ser entregue e protocolado em juízo, no prazo fixado pelo juiz, com pelo menos 20 dias de antecedência da audiência de instrução e julgamento.

Entretanto, quando o perito por motivo justificado não poder apresentar o laudo dentro do prazo fixado, o juiz poderá, por uma única vez, prorrogá-lo a metade do prazo fixado inicialmente⁴³. (BRASIL, 2015)

⁴¹ Art. 473, § 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões.

§ 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia (BRASIL, 2015).

⁴² Art. 473, § 3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia (BRASIL, 2015).

⁴³ Art. 476. Se o perito, por motivo justificado, não puder apresentar o laudo dentro do prazo, o juiz poderá conceder-lhe, por uma vez, prorrogação pela metade do prazo originalmente fixado (BRASIL, 2015).

8.1.5 Prova técnica simplificada

Quando o fato a ser provado for de menor complexidade, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a produção de prova técnica simplificada.

Nas lições de Didier Junior, Braga e Oliveira (2017, p.325), a perícia poderá ocorrer em duas hipóteses:

Cabe [...] a perícia simplificada [...] em duas hipóteses: (i) o especialista presenciou fato, cuja percepção técnica e demonstração são simples, (ii) o especialista não presenciou o fato, mas seu depoimento é o bastante para explicá-lo e interpretá-lo em termos técnicos. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 325)

Dessa forma, a prova técnica simplificada consistirá na inquirição de especialista, sobre o ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico, na própria audiência de instrução e julgamento. Exclui-se, entretanto, a produção de laudos complexos e perícias mais elaboradas.⁴⁴

No mais, o especialista arguido poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.

Destaca-se que, apesar do Novo Código ter sido omissivo, nesse tipo de perícia também ser prestigiado o contraditório, oportunidade para que as partes compareçam à audiência, acompanhadas de seus assistentes técnicos e formulem quesitos.

Por fim, acresça-se que a prova técnica simplificada também é regra prevista na Lei dos Juizados Especiais.

Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.

Parágrafo único. No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado (BRASIL, 2015).

⁴⁴ Art. 464. § 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico (BRASIL, 2015).

8.1.6 Da prova pericial complexa

Preconiza o artigo 475 do Novo Código de Processo Civil que, quando a perícia for complexa e abranger mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e os litigantes mais de um assistente técnico.⁴⁵

Em respeito aos princípios da economia e da celeridade processual, o juiz só deverá utilizar desse método quando for impossível concentrar em um único perito todo o trabalho pericial.

8.1.7 Da perícia consensual

O artigo 471 do Novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de as partes celebrarem acordo procedimental para a escolha do perito. Desta forma, se o autor e réu entrarem em consenso a respeito da designação do perito, o magistrado deverá designá-lo como perito do processo (BRASIL, 2015).

No entanto, esse acordo só será aceito se as partes forem plenamente capazes e se a causa puder ser resolvida por autocomposição.

Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

I - sejam plenamente capazes;

II - a causa possa ser resolvida por autocomposição (BRASIL, 2015).

Também, na escolha do perito, as partes deverão indicar, no requerimento, os respectivos assistentes técnicos que acompanharão a perícia na data e no local designados.⁴⁶

⁴⁵ Art. 475. Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito, e a parte, indicar mais de um assistente técnico (BRASIL, 2015).

⁴⁶ Art.471, § 1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados (BRASIL, 2015).

Aliás, tanto o perito como o assistente técnico deverão, no dia designado pelo juiz, entregar o laudo pericial com os respectivos pareceres a respeito da causa⁴⁷.

Enfim, se a perícia consensual for acolhida, essa substituirá para todos os efeitos a perícia realizada pelo perito nomeado pelo próprio juiz.⁴⁸

8.1.8. Dispensa da perícia

O Novo Código de Processo Civil trouxe como novidade a dispensa da realização de perícia judicial, quando as partes, na inicial ou na contestação, apresentarem pareceres técnicos ou documentos elucidativos sobre as questões de fato.⁴⁹

8.2 INSPEÇÃO JUDICIAL

A inspeção judicial, também conhecida como inspeção ocular, exame judicial ou reconhecimento judicial é o meio de prova produzido diretamente pelo juiz, bem como, na ausência de qualquer intermediário entre ele e a fonte de prova.

O meio de prova citado tem como objetivo esclarecer os fatos controvertidos da causa, não se admitindo aqueles que visam “satisfazer curiosidades pessoais ou instintos de perseguição em torno dos envolvidos do processo”. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 337)

Segundo Theodoro Junior (2020, p.995), pode ser objeto de inspeção:

⁴⁷ Art. 471, § 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz (BRASIL, 2015).

⁴⁸ Art. 471, § 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz (BRASIL, 2015).

⁴⁹ Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes (BRASIL, 2015).

- (a) pessoas: podem ser partes ou não do processo, desde que haja necessidade de verificar seu estado de saúde, suas condições de vida etc.;
- (b) coisas: móveis ou imóveis e mesmo documentos de arquivos, de onde não possam ser retirados;
- (c) lugares: quando, por exemplo, houver conveniência de se conhecer detalhes de uma via pública onde se deu um acidente ou outro acontecimento relevante para a solução da causa

Ressalte-se que o objeto da inspeção deve ser definido, não se admitindo aqueles objetos genéricos ou indeterminados, sob pena de violar o princípio do contraditório.

8.2.1 Do procedimento

A inspeção judicial pode ser determinada de ofício ou a requerimento das partes, podendo ocorrer em qualquer fase do processo, inclusive na recursal. Ressalte-se, contudo, que a parte não tem o direito de exigir sua realização, pois cabe apenas ao juiz deliberar a conveniência, ou não, de sua realização.⁵⁰

De mais a mais, o exame dos objetos é feito em juízo, mais especificadamente na audiência e com prévia ciência das partes. Porém, o juiz poderá se deslocar, realizando a inspeção no próprio local onde se encontre a pessoa ou a coisa.

Segundo o artigo 483 do Novo Código de Processo Civil, o juiz irá até o local quando:

- I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;
- II - a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;
- III - determinar a reconstituição dos fatos (BRASIL, 2015).

⁵⁰ Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa (BRASIL, 2015).

Além disso, as partes têm o direito de assistir à inspeção judicial, prestando esclarecimentos e indicando observações que considerem de interesse para a causa.⁵¹(BRASIL, 2015)

A parte tem o direito de participar da produção de toda prova, que possa ser utilizada com fundamento de uma decisão que lhe seja desfavorável. Trata-se de corolário do direito fundamental ao contraditório, examinado em uma perspectiva substancial [...]. Fere a garantia do contraditório a inspeção judicial secreta. (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 341)

Portanto, independentemente do local onde se encontra a pessoa ou a coisa, as partes deverão ser intimadas a tomar ciência da inspeção, proporcionando o efetivo contraditório.

Se o juiz carecer de conhecimentos técnicos a respeito do objeto a ser examinado, poderá se valer do auxílio de um ou mais peritos, ressaltando, contudo, que não há oferecimento de quesitos e nem apresentação do laudo pericial.⁵²

Nos ensinamentos de Didier Junior, Braga e Oliveira (2017), quando o perito auxiliar o juiz, a inspeção judicial será indireta; somente pelo juiz, a inspeção será direta. Concluída a diligência, o magistrado mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando tudo o que for útil ao julgamento da causa, inclusive instruí-lo com desenhos, gráficos ou fotografias.⁵³ (BRASIL, 2015)

Acresça-se, ainda, que o auto circunstanciado será lavrado nos casos em que a inspeção for realizada fora da sede do juízo. Do contrário, o juiz mandará lavrar a inspeção na própria ata ou termo de audiência.

⁵¹ Art. 483. Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa (BRASIL, 2015).

⁵² Art. 482. Ao realizar a inspeção, o juiz poderá ser assistido por um ou mais peritos (BRASIL, 2015).

⁵³ Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa. Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia (BRASIL, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, é através das provas que o juiz poderá reconstruir os fatos da demanda e, conseqüentemente, produzir uma decisão correta para o caso deduzido em Juízo. Cada uma das partes conta a sua versão sobre o que aconteceu e, como decorrência lógica do seu próprio objeto, as provas têm por escopo a convicção do julgador, com vistas a um julgamento favorável.

Na verdade, pode-se dizer que a prova é a “alma” do processo de conhecimento, já que seu objeto é demonstrar a veracidade das alegações sobre fatos controvertidos e relevantes para a solução do mérito, delimitado pelas afirmações da existência de direito trazidas pelas partes (petição inicial/defesa).

De mais a mais, em que pese a divergência doutrinária, o destinatário das provas não é só o juiz. As provas pertencem ao processo e não à parte que a produziu, cabendo ao magistrado indeferir aquelas que forem inúteis ou protelatórias (art. 370, § único, do CPC).

Aliás, mesmo que a apreciação das provas seja feita pelo magistrado (art. 371, do CPC), as decisões proferidas devem ser fundamentadas e evitar “surpresas” no decorrer do processo (art. 10), oportunizando em qualquer fase o contraditório e a ampla defesa de todos os sujeitos processuais.

Vale lembrar que a nova legislação processual suprimiu a palavra “livre”, antes prevista no artigo 131 do CPC/1973. Isto é, o julgador deve indicar na “decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Como elucidado, o direito à prova é também um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório. O Novo Código tem como desafio a busca pelo justo processo, garantindo o contraditório sem surpresas e o comportamento processual com os ditames da boa-fé.

Frise-se que essas premissas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil tiveram a finalidade de harmonizar a norma jurídica infraconstitucional com a Constituição Federal, para o fim de manter a igualdade entre as partes, desburocratizar o procedimento e acelerar a prestação jurisdicional.

E, por oportuno, o ônus da prova está intimamente ligado à atividade processual de pesquisa da verdade acerca dos fatos, que servirão de base ao julgamento da causa.

Como mencionado, não restou dúvidas de que o artigo 373 do NCPC preconiza que a parte autora deve provar “o fato constitutivo de seu direito” e a parte ré “a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Aliás, a regra é a distribuição estática do ônus da prova, mas a nova legislação possibilitou também as formas dinâmica e convencionada (art. 373, §§ 1º e 3º).

Em outras palavras, primando por um processo cooperativo (art. 6º), isso significa que nem sempre o autor deverá demonstrar as proposições fáticas constitutivas do seu direito, e o réu, por sua vez, as proposições fáticas extintivas, modificativas ou impeditivas. Ou seja, o ônus caberá à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, podendo ser autor ou réu.

No entanto, acresça-se que para a alteração do ônus da prova, devem existir nos autos elementos que tornem verossímil a versão afirmada por um dos litigantes, e o juiz, na fase de saneamento e organização do processo, definirá o responsável pela produção (art. 357, III, do CPC). Anote-se que a redistribuição do ônus da prova não pode se dar na sentença, sob pena de ofender a garantia do contraditório, diante de decisão “surpresa”.

Pode-se concluir que a redistribuição do *onus probandi* tem como objetivo evitar o “engessamento” da letra lei, ou seja, da distribuição estática do ônus da prova, potencializando a busca pela verdade real e equilibrando as forças das partes, possibilitando, conseqüentemente, a cooperação entre todos os sujeitos do processo na formação da prestação jurisdicional justa.

Como ressaltado, é através da atividade de produção e valoração da prova, portanto, que o processo de conhecimento poderá adequadamente produzir os resultados que dele são esperados.

Enfim, num processo em que se busca o modelo cooperativo (art. 6º), todos os sujeitos processuais devem atuar juntos para a produção de um resultado constitucionalmente legítimo, dando-se ao caso concreto a solução correta.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. Prova Emprestada no Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Provas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

ARENHART, Sergio Cruz. Da prova documental. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONIZZI, Marcelo Jose Magalhães. **Fundamentos da prova civil** . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 .

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 de maio de 2020.

BRASIL. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**- Carta de Vitória. DIDIER JR, Fredie (coord), 2015. Disponível em : <<https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%c3%b3ria.pdf>>. Acesso em 01 de Agosto de 2020.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> . Acesso em 05 de Julho de 2020.

BRASIL. **Lei 8.935, de 18 de Novembro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em 15 de Julho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 30 de Julho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de Agosto de 2009**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em 01 de Agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 de Julho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm> . Acesso em 30 de Maio de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 15 de Julho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de Outubro de 1991**. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm> . Acesso em 30 de Maio de 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de Agosto de 2001**. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm >. Acesso em 30 de Julho de 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARDOSO, Oscar Valente. A valoração Judicial das Provas no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Provas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, F.; BRAGA, P. S.; e OLIVEIRA, R. A. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed.Salvador: JusPodivm, 2017.

ELALI, Bárbara Nóbrega. O perito judicial de engenharia no Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://qbb.adv.br/artigos/artigo-o-perito-judicial-de-engenharia-no-novo-codigo-de-processo-civil/> . Acesso em 30 de Julho de 2020.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. Breves Reflexões sobre a produção antecipada da prova no NCP. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Provas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, William santos. Da ata notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, William santos. Das provas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Provas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

GÓES, Gisele Fernandes. Depoimento pessoal e confissão. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**.49.ed.Rio de Janeiro: Florense, 2018.

MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi. O CPC/ 2015 e a dinamização do ônus da prova: aspectos essenciais para a compreensão das mudanças. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Provas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MANGONE, Kátia Aparecida. Da exibição de documento ou coisa. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil -Volume Único**. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Provas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

RODRIGUES, Daniel Canalgo; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Provas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SCARPINELLA, Cassio Bueno. **Manual de Direito Processual Civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os Poderes Instrutórios do Juiz no Novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Provas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Dayane Barbosa. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil de 2015**. 2018.54p. Monografia- Centro Universitário Curitiba- Faculdade de Direito de Curitiba, Paraná, 2018.

STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL : EREsp 617428 SP 2011/0288293-9.Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ:04/06/2014. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25126672/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-617428-sp-2011-0288293-9-stj>>. Acesso em 30 de Junho de 2020.

STJ. HABEAS CORPUS : HC 203405 MS 2011/0082331-3. Relator: Ministro Sidnei Beneti. DJ:28/06/2011. **JusBrasil**, 2011. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21107387/habeas-corporus-hc-203405-ms-2011-0082331-3-stj>> .Acesso em 10 Jun. 2020.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AGRG NO ARESP 346954 RS 2013/0177118-0. Relator: ministro Raul Araújo, DJ: 14/10/2014.**JusBrasil**, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153371266/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-346954-rs-2013-0177118-0?ref=serp>. Acesso em 30 de maio de 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 639257 MT 2004/0014534-3. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 13/12/2005.**JusBrasil**, 2005. Disponível em : <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177052/recurso-especial-resp-639257-mt-2004-0014534-3>> . Acesso em 05 de Julho de 2020.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **A prova emprestada no CPC/2015**. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). Provas. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil- Volume I**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 1402474-90.2016.8.12.0000 MS 1402474-90.2016.8.12.0000. Relator: Des. Paulo Alberto de Oliveira. DJ: 28/03/2018.

JusBrasil, 2018. Disponível em < : <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/824420308/agravo-de-instrumento-ai-14024749020168120000-ms-1402474-9020168120000?ref=serp>>. Acesso em 20 Jun. 2020.

TJ- DF. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0700856-87.2019.8.07.0000 DF 0700856-87.2019.8.07.0000.relator: Fabio Eduardo Marques.DJ: 05/06/2019. **JusBrasil**, 2019.Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/899444256/7008568720198070000-df-0700856-8720198070000?ref=serp>>. Acesso em 10 de Agosto de 2020.

TJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 2044391-11.2020.8.26.0000 SP 2044391-11.2020.8.26.0000. Relator:Osvaldo de Oliveira. DJ:23/04/2020. **JusBrasil**, 2020.Disponível em< <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/888412535/agravo-de-instrumento-ai-20443911120208260000-sp-2044391-1120208260000>> . Acesso em 05 de Junho de 2020.

TJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 4002635-34.2019.8.04.0000 AM 4002635-34.2019.8.04.0000.Relator:Anselmo Chixaro.DJ: 17/02/2020. **JusBrasil**, 2020. Dispobível em <: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/811875297/agravo-de-instrumento-ai-40026353420198040000-am-4002635-3420198040000?ref=serp>> . Acesso em 04 de Junho de 2020.

TJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 70082135302 RS. Relator: Marlene Marlei De Souza. DJ:16/07/2019.**JusBrasil**,2019.Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/784030479/agravo-de-instrumento-ai-70082135302-rs>> .Acesso em 20 Maio de 2020.

TJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 0025155-39.2019.8.19.0000. Relator: Des. Luciano Saboia Rinaldi De Carvalho. DJ: 27/11/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/786842471/agravo-de-instrumento-ai-251553920198190000>>. Acesso 10 de Jun. 2020.

TJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO-Cv : AI 10000170853261001 MG. Relator: Luiz Artur Hilário.DJ: 03/04/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em< <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/565505217/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000170853261001-mg?ref=serp>>. Acesso em 06 de Julho de 2020.

TJ. APELAÇÃO : APL 0007826-25.2013.822.0005 RO 0007826-25.2013.822.0005. Relator: Desembargador Roosevelt Queiroz Costa. DJ:04/05/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em < <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455807842/apelacao-apl-78262520138220005-ro-0007826-2520138220005?ref=serp>>.Acesso em 26 Jun. 2020.

TJ. APELAÇÃO CÍVEL : AC 0028114-58.2019.8.27.0000. Relator: Etelvina Maria Sampaio Felipe. DJ:01/10/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: < <https://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/786878788/apelacao-civel-ac-281145820198270000?ref=serp>>. Acesso em: 01 Jun. 2020

TRF. APELAÇÃO CÍVEL : AC 48939 SP 1999.03.99.048939-0. Relator. Desembargador Federal Andrade Martins. DJ:04/11/1999. **JusBrasil**, 1999. Disponível : <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17651167/apelacao-civel-ac-48939-sp-19990399048939-0-trf3?ref=serp>. Acesso em 04 de Maio de 2020.

TRF. APELAÇÃO CÍVEL : AC 5001272-35.2019.4.04.7208 SC 5001272-35.2019.4.04.7208. Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJ:18/03/2020. **JusBrasil**, 2020. Disponível em < <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/824146020/apelacao-civel-ac-50012723520194047208-sc-5001272-3520194047208?ref=serp>>. Acesso em 04 de Julho de 2020.

TRF. APELAÇÃO CÍVEL : AC 5016898-73.2018.4.04.7000 PR 5016898-73.2018.4.04.7000. Relator: Marga Inge Barth Tessler. DJ: 17/09/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em < <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759093871/apelacao-civel-ac-50168987320184047000-pr-5016898-7320184047000?ref=serp>> . Acesso em 15 de Jun. 2020.

TRF. APELAÇÃO CÍVEL : AC 5016898-73.2018.4.04.7000 PR 5016898-73.2018.4.04.7000. Relator: Marga Inge Barth Tessler. DJ: 17/09/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em:< <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759093871/apelacao-civel-ac-50168987320184047000-pr-5016898-7320184047000?ref=serp>> . Acesso em 04 de Julho de 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz. Da produção da prova documental. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL, Flavio Luiz. Da produção antecipada das provas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). Provas. Salvador: JusPodivm, 2016.