**#PROVAS – TEORIA GERAL#**

**1 – CONCEITO DE PROVA**

A etimologia vem do latim “probatio” que significa verificação.

No processo, contudo, a palavra “prova” é plurissignificante (diversos significados). Pode aludir a:

1. Ato de provar 🡪 ***atividade probatória*** (**ex.** ônus da prova).

1. ***Meio de prova*** 🡪 técnicas desenvolvidas para extrair a prova (**ex.** prova pericial, prova testemunhal).
2. ***Resultado dos atos no convencimento judicial***.

DIDIER 🡪 Os dos primeiros (atividade e meio) são concepções no ***sentido objetivo***. A ultima se diz uma ***concepção subjetiva***, porque relacionam-se ao íntimo, ao convencimento do julgador.

**2 – OBJETO DA PROVA**

Objeto da prova é aquilo que se pretende trazer a conhecimento do juiz para que possa solucionar o mérito da causa. Ou seja, é aquilo sobre o que recairá a atividade probatória.

Diante da máxima de que o juiz conhece o direito, em regra, o objeto da prova é a **alegação de fato** (obs. não se prova o fato, pois este existe ou não, aconteceu ou não, sendo insuscetível de adjetivações).

É possível a produção de prova tanto de fatos passados e presentes como de fatos futuros (**ex.** lucros cessantes em indenização civil – responsabilidade extracontratual).

Para que seja objeto de prova o a alegação de fato deve ostentar:

1. Controvérsia (art. 374, inc. II e III), salvo exceções do art. 341, quando a incontrovérsia seria irrelevante.

1. Relevância (art. 370, pu).
2. Determinação 🡪 para que efetivamente possa influenciar e ser útil, deve-se ter determinação sobre o que se pretende provar.

**Independem de prova os fatos trazidos no art. 374 do CPC.**

\_ \_ \_ \_

**FATO NEGATIVO (Paulo Osternak Amaral) 🡺** é possível a comprovação do fato negativo pela demonstração de um fato positivo contrário.

Contudo há que se distinguir: **(a) fato negativo definido** – são individualizados, pontuais (**ex.** locatário não desocupou o móvel mesmo após notificado); **(b) fato negativo indefinido** – são genéricos, amplos (**ex.** o réu nunca esteve numa exposição de quadros).

Assim, percebe-se que somente é possível demonstrar um fato positivo contrário quando o fato negat

ivo for definido. Donde se extrai a conclusão de que os fatos negativos positivos não são passiveis de prova.

\_ \_ \_ \_

**FATOS QUE INDEPENDEM DE PROVA (art. 374):**

1. *Fatos Notórios* 🡪 aqueles que são de conhecimento de uma multiplicidade de pessoas de cultura média e por elas admitido em determinado tempo e local.

**Obs.** pode haver controvérsia quanto a notoriedade em si, quando então se admitirá que esta seja objeto de prova.

**Obs2.** Notoriedade não se confunde com **rumor** ou com **fama pública** (OSTERNACK)**.**

- Fama pública é opinião generalizada, atributiva de qualidade a pessoas ou coisas. Ela será objeto de prova, porque ostenta o atributo da notoriedade.

- Rumor, por sua vez, tem caráter mais vago, não podendo ter sua veracidade confirmada nem por quem o noticia. Assim, não deve ser objeto de prova.

1. *Confessados pela parte contrária* 🡪 a confissão é considera um meio de prova. AMORIM assim entende que o fato confessado não excluído do objeto de prova, mas sim é um fato já provado.

1. *Incontroversos* 🡪 prova serve para convencer o juiz sobre questões de fato. Questão conceitualmente é ponto controvertido. Não sendo incontroversos não formam questão, sendo excluídas da fase probatória (AMORIM).
2. *Presunção legal de existência ou veracidade* 🡪 lembrando que presunções podem ser relativas (que admitem fato contrário) e absolutas ou de pleno direito.

- Quanto às primeiras temos o exemplo da Sumula 301 do STJ – recusa de exame de DNA e presunção relativa, pois cotejada com os demais elementos.

- AMORIM: a presunção absoluta retira de objeto de prova apenas um elemento constitutivo do ato no plano objetivo, o que não impede de maneira absoluta que seja objeto de prova quanto as demais elementos.

***Obs.*** os fatos impertinentes e inúteis (art. 370, par. único) não são propriamente fatos que independem de prova. São na verdade fatos que serão desconsiderados. Diferente do rol do art. 374, que traz fatos que serão considerados, mas o serão independentemente de produção de prova sobre eles.

\_ \_ \_ \_

**PROVA DO DIREITO (art. 376)** 🡪 excepcionalmente se poderá exigir a prova do direito. Essa prova pode ser feita por quaisquer meios idôneos que atestem a existência e vigência da norma – Exemplo: (i) quanto ao direito positivo a publicação em diários oficiais, parecer de jurista se a lei for antiga, etc.; (ii) quanto ao direito consuetudinário, doutrinas e julgados atualizados

Lembra-se, contudo, que o juiz é obrigado a conhecer o direito do local onde exerce jurisdição (estadual e municipal).

**3 – FONTE DE PROVA x MEIO DE PROVA**

FONTES DE PROVA 🡪 são elementos externos ao processo de onde jorra a informação sobre o fato que se pretende provar. São pessoas, coisas e fenômenos naturais ou artificiais a partir dos quais o julgador adquire conhecimento acerca dos fatos relevantes para o processo. É de onde advém a informação (OSTERNACK citando Barbosa Moreira).

MEIOS DE PROVA 🡪 meios extraídos para se extrair a prova da fonte. São os instrumentos utilizados para se alcançar o conhecimento a respeito dos elementos externos (fontes). São operações ligadas à atividade probatória destinadas a proporcionar a percepção ao julgador do que as fontes estão a lhe informar – percepção por qualquer dos sentidos (OSTERNACK).

Os meios de prova precisam ser juridicamente idôneos, de acordo com o art. 369 do CPC.

**4 – DIREITO FUNDAMETAL À PROVA**

Previsões normativas: **(i)** CADH, art. 8º; **(ii)** PIDCP, art. 14.1, alínea “e”.

\_ \_

Relação com os seguintes direitos: **(a)** contraditório [dimensão subjetiva]; **(b)** direito de ação e acesso à justiça.

***Obs***. dimensões do contraditório: formal – participação; substancial – poder da influencia da decisão.

**Obs2.** Seria inútil o direito de acesso à justiça se não se pudesse provar a demanda por todos os meios legais.

\_ \_

CONTEÚDO COMPLEXO, composto por **diversas situações jurídicas:**

1. ***Direito à adequada oportunidade de requerer as provas***.

1. ***Direito de produzir as provas*** 🡪 caráter instrumental – máxima potencialidade ao instrumento probatório. Assegura-se o emprego de todos os meios de prova imprescindíveis à elucidação dos fatos (atipicidade se extrai daqui também).

***Obs.*** trata-se de um direito autônomo, como veremos na ação de produção antecipada.

1. **Direito de participar da produção** 🡪 garantia básica inerente ao contraditório. Não se admite prova secreta ou sem participação (**ex.** art. 474, e art. 473, pu).
2. ***Direito de manifestação sobre as provas*** 🡪 (**ex.** indicação de assistente técnico – art. 477, §1º; razões finas – art. 364).
3. ***Direto de exame pelo órgão judicial das provas produzidas*** 🡪 corolário do direito à produção das provas e do contraditório substancial, portanto. Se a prova foi produzida é porque o juiz a considerou relevante e pertinente, deve, pois, analisá-la. Do contrário restara inútil o direito à produção da prova.

As partes então têm o direito tanto de produzir quanto de contradizer as provas produzidas. E o juiz deve admitir todas as provas idôneas ao seu convencimento (ainda que atípicas).

**5 – CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS**

**5.1 – Quanto Ao Objeto**

DIRETAS 🡪 se referem ao fato probando (**ex.** testemunha narra o fato).

INDIRETAS 🡪 não se referem ao fato probando, mas a outro fato, para que num trabalho de raciocínio lógico se chegue ao primeiro (**ex.** perito descreve a posição dos carros após um acidente, permitindo inferir como o mesmo ocorreu - DIDIER).

***Obs.*** prova indiciária é prova indireta.

**5.2 – Quanto à Fonte**

PESSOAL 🡪 aquela que se extrai de afirmação pessoa consciente.

REAL 🡪 dedutível do exame de coisas. Feita por uma coisa ou fenômeno.

**5.3 – Quanto à Forma**

ORAL 🡪 afirmação pessoal oral (testemunha, depoimento, confissão).

DOCUMENTAL 🡪 afirmações escritas ou gravadas (fotos, escrituras, plantas).

MATERIAL 🡪 materialidade que constate a prova (**ex.** corpo de delito, exames periciais).

**6 – NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS SOBRE PROVAS**

DIDIER aponta que há, basicamente, duas correntes a respeito do tema: **(a)** processualista; **(b)** materialista.

**Processualista (majoritária) 🡪** normas sobre provas são normas processuais, pois destinam-se fundamentalmente à formação da convicção do juiz. Ainda que possam ser usadas fora do processo, somente assumem relevância dentro dele.

Essa corrente só considera material norma sobre prova que trate da forma do ato jurídico, isto é, dos requistos formais à sua validade (**ex.** regra de que determinado ato deve ser provado por escritura pública).

**Essa corrente é a adotada pelo CPC/73 e CPC/15.**

\_ \_

**Materialista 🡪** as normas sobre provas são substanciais, pois disciplinam a relação material subjacente.

Tem como pedra de toque também a formação da convicção do juiz, mas adotam enfoque/premissa diversos. Por se destinar à convicção do juiz as normas sobre provas são por ele aplicadas como critério de julgamento, tal qual as normas que regem as relações de direito material aplicadas em juízo.

Direta ou indiretamente a prova é tema que se coloca como decisão do juízo. Isso ficaria claro nas regras sobre ônus da prova.

Assim, por duas razoes as regras sobre provas teriam natureza material: **(i) “**oferecem informações sobre a base fática que justifica a certeza de um direito, que compõe o objeto da decisão”; **(ii) “**é o próprio mérito da ação de antecipação de prova (ação probatória autônoma)”.

Ademais, a prova nem sempre se refere a um processo, e nem sempre é feita visando interferir no convencimento do juiz.

Para essa corrente, as únicas normas processuais sobre prova seriam aquelas que dizem respeito ao procedimento de produção da prova e ao poder judicial de distribuição dinâmica do ônus da prova (regra de procedimento).

**7 – DIRETRIZES FUNDAMENTAIS**

**7.1 – Finalidade e Destinatário das Provas**

Não se busca estabelecer a verdade objetiva, e o conhecimento que temos sobre os é algo subjetivo – verdade absoluta é inalcançável.

Tampouco se busca uma verdade artificial, formalmente pré-fixada, na qual cada prova tenha um valor preestabelecido – melhor verdade possível dentro do processo.

\_ \_

Assim, o que se busca é a reunião de elementos com suporte suficiente para que se possa formar a convicção do juiz acerca dos fatos discutidos no processo.

Dessa constatação, se afirma que o **juiz é o destinatário das provas.**

Mas, **para além do juiz, as partes também são destinarias das provas. Estas, aliás, servem também para a formação do consentimento daquelas** 🡪 como se verá, as regras sobre provas também são regras de conduta ou determinadoras de conduta para as partes (ingressas com ação, buscar solução consensual, recorrer, etc.).

***Tanto o juiz quanto as partes realizam, portanto, atividade de valoração da prova***.

**7.2 – Comunhão das Provas (Aquisição Processual da Prova) – art. 371 do CPC**

A prova trazida aos autos destina-se ao processo e se presta, precipuamente, á convicção do juiz.

 Assim, não há que se falar que uma prova trazida por uma das partes não possa ser usada em conclusão final que a ela seja desfavorável.

Tampouco, a partir de tal regra, é possível que a parte que trouxe a prova aos autos pretenda posteriormente renunciar a ela – se a prova é adquirida pelo processo não é “sua”, e não se pode renunciar àquilo que não é seu.

Ou seja, uma vez produzida a prova ela se presta ao processo – à sua solução nos trilhos dos escopos da jurisdição – e não ao interesse da parte que pediu sua produção ou que a trouxe ao processo.

Outra conclusão dessa regra é que não se sabe de antemão a quem a prova aproveitará – não há essa tarifação.

**7.3 – (Livre) Convencimento Motivado**

Sistemas de valoração:

* *Ordálias e Juízos de Deus* 🡪 verdade das provas fundadas em desafios físicos e em consultas a deuses (**ex.** atravessar braseiro descalço sem queimar a sola dos pés).

* *Sistema da prova legal (tarifação)* 🡪 definição prévia pelo legislador da hierarquia e peso de cada meio de prova. Não há liberdade de valoração pelo julgador, que fica adstrito aos termos legais.

***Obs.*** atualmente é considerado inadequado, embora ainda haja resquícios desse sistema.

**Incidências do Sistema de Prova Legal (tarifamento) –** emancipação extrajudicial (art. 5º, p.ú, inc. Ido CC); cláusula de não valer se instrumento público (art. 109 do CC), promessa de compra e venda (art. 1417 do CC), doação de móvel (art. 541 do CC).

***Obs2.*** Esses resquícios não impedem a valoração do cotejo probatório como um todo pelo juiz, mas há um direcionamento – as provas tarifadas/legais podem ser tidas como uma forma abstratamente tida pelo legislador de evitar arbitrariedade na valoração de provas.

* *Livre convencimento ou convicção íntima* 🡪 ampla liberdade de valoração, sem necessidade de motivação. Permite, assim, tanto um caminho lógico quanto um emocional ou místico, já que não exige fundamentação.

- no processo penal o plenário do júri ainda segue esse sistema, no que toca à decisão dos jurados quanto à condenação ou absolvição.

* *Convencimento motivado ou persuasão racional* 🡪 juiz aprecia a prova de acordo com sua persuasão racional, motivando e demonstrando o caminho lógico percorrido para que chegasse à sua conclusão.

**Obs.** Para DIDIER não se fala em “livre” convencimento por conta de diversos limites a essa valoração.

Esse vocábulo foi, inclusive, retirado do NCPC – **(i)** evidencia os limites; **(ii)** tenta impedir a má interpretação, pois “livre” é a valoração da prova, e não o conteúdo da decisão ou o modo de julgar, assim não se confunde com a permissão para o juiz aplicar o direito de acordo com o que ele acha, isto é, de acordo com seus próprios valores (morais, jurídicos, éticos, etc.).

**- Limites à valoração da prova:**

O primeiro limite é a prova constar dos autos do processo (art. 370) 0 corolário do contraditório (participação, manifestação).

O segundo limite é a motivação racional (art. 371 do CPC) – juiz deve chegar a conclusão a partir de construções lógicas e racionais (não se admite critérios de fé, místicos, etc.). Ademais, não pode motivar com base em discurso superficial, retórico ou genérico.

Possibilidade de controle da decisão é apontado como um terceiro limite. Isso seria possível na medida em que os motivos da decisão sejam claros e públicos (salvo, no último caso, as exceções do art. 145, §1º do CPC).

O quarto limite é que o juiz também não pode aplicar seu conhecimento privado (***obs.*** não se confunde com regras de experiência) na sua motivação – impressões subjetivas ou conhecimento técnico. Mesmo que tenha conhecimento técnico (**ex.** juiz seja engenheiro também) deverá submeter tais questões a perícia.

Um quinto limite são as provas legais, que têm balizas pré-determinadas.

\_ \_ \_ \_

- **Regras de Experiência (art. 375):** surgem pela observação daquilo que comumente ocorre em situações similares. São juízos hipotéticos e dedutivos (geral para o individual).

Podem ser técnicas, sobre questões científicas, mas que não exijam conhecimento aprofundado (**ex.** vodka não congela - AMORIM), dispensando perícia.

Nesses casos o juiz pode dispensar a produção de provas.

**7.4 – Poderes Instrutórios do Juiz**

O juiz tem o poder sobre a admissibilidade das provas, bem como sobre a determinação de provas de ofício (art. 370). Esses poderes conferem ao juiz uma atuação ativa e compartilhada com as partes na atividade probatória.

O poder de determinar a produção da prova de ofício não tem caráter supletivo ou suplementar, tampouco assistencial de uma das partes – contém amparo legal e sua legitimidade se subsume à diretriz da motivação (OSTERNACK). Relaciona-se mais aos escopos da jurisdição e a um juiz que atua atento a eles – extrapola o interesse das partes.

Tal produção de ofício não ofende, assim, o princípio dispositivo – a rigor a amplitude dos poderes do juiz é matéria processual, e prevalece a concepção publicista do processo (pode se extrair essa orientação do próprio art. 370).

***Obs****.* talvez só não possa determinar de ofício a produção de prova expressamente rechaçada pelas partes em NJ Processual Probatório - DIDIER. Mas no silêncio das partes quanto a um meio de prova, pode determinar.

***Obs2****.* Mesmo a produção de ofício se submete aos mesmos limites legais de direitos fundamentais.

**Obs3.** A produção de oficio deve respeitar o direito ao contraditório, e antes da decisão deve ser dada oportunidade às partes se manifestarem (art. 10).

**7.5 – Atipicidade – art. 369 do CPC**

Expressão do art. 369, caput: **“ainda que não especificados neste Código”**. O CPC adotou expressamente o critério da **ampla liberdade probatória.**

As enumerações existentes passam a ser, assim, meramente exemplificativas, donde se extrai que no Brasil temos um **sistema misto** no que toca à tipicidade dos meios de prova: há meios típicos, mas admite-se meios atípicos, ***desde idôneos, legais e moralmente legítimos*** (respectivamente limites de eficiência, legalidade e eticiade).

Prova legal e sinônimo de prova de presunção de legitimidade pela lei.

TÍPICO (Osternack) 🡪 significa aquilo que por critérios de semelhança quanto as notas essenciais estiver em conformidade com um modelo (ou esquema) pré-constituído.

Não há, portanto, uma rigidez absoluta no modelo para a consideração do que seja típico, bastando que se enquadre nessas semelhanças do esquema pré-constituído.

Portanto ATÍPICO será (para o mesmo autor) um objeto “quanto estiverem ausentes todas as notas características essenciais do tipo”, isto é, do modelo.

Disso decorre que a mera previsão de algo nominado na lei não lhe traz tipicidade, e o inverso é verdadeiro também, apesar de corriqueiramente o típico aparecer nominado e positivado.

***Obs.*** tipo também não se confunde com conceito, que é uma estrutura rígida, que pressupõe subsunção total ou exclusão total, sem margem de maleabilidade no preenchimento de seus elementos (OSTERNACK).

\_ \_ \_

Certo que a é que tipicidade dos meios de prova geram segurança e previsibilidade na produção da prova, definindo, inclusive, limites expressos a tal atividade.

Mas não se encontra qualquer óbice, por esse motivo, a utilização dos meios atípicos de prova. ***Pode-se dizer, alias, que são decorrência da própria atipicidade das ações e da inafastabilidade da jurisdição*** 🡪 do que adiantaria se valer de qualquer tipo de ação para a tutela de qualquer tipo de direito, de forma inafástavel, se a prova que se pode produzir é limitada em tipos taxativos pela lei? Essa situação poderia levar a uma ineficácia atroz da jurisdição.

Por obvio, as provas atípicas, não obstante não sejam reguladas, encontram os mesmos limites e ponderações quando em confronto com outros direitos fundamentais.

**8 – PROVA EMPRESTADA (art. 372 do CPC)**

**Conceito 🡪** TALAMINI (citado por DIDIER): “a prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentam”.

\_ \_ \_

O CPC/15 trata expressamente desse instituto, novidade em relação ao CPC/73 (embora já se admitisse em sua vigência).

Instituto relacionado à ***eficiência*** e à ***economia processual***.

\_ \_ \_

Qualquer meio de prova pode ser tomado por empréstimo (confissão, depoimento, perícia). ***obs.*** DIDER, entretanto, observa que não há sentido no empréstimo de uma prova documental, para a qual basta extrair cópia.

\_ \_ \_

A prova emprestada pode ser determinada de ofício pelo juiz, em razão do seu poder instrutório (art. 370 do CPC)

\_ \_ \_

Respeito ao Contraditório 🡪 exigência da parte final do art. 372 do CPC.

O que se costuma dizer é que o contraditório deve ter sido observado no processo em que se produziu a prova, e que, igualmente, deverá ser observado no processo para o qual se empresta a prova.

***Quanto às partes***:

1. ***Somente é possível o empréstimo contra quem tenha participado no processo em que foi produzida.*** A prova não pode ser usada por quem não participou da sua produção.

1. A parte que requere a prova emprestada não precisa ter participado da sua produção no processo originário.

Conclui-se que ***não é necessária total identidade de partes para que a prova seja emprestada***(embora haja, minoritariamente, posições contrárias, exigindo a identidade).

\_ \_ \_

**Qualquer espécie de processo?**

DIDEIR defende a possibilidade do empréstimo de prova produzida em qualquer processo, inclusive administrativo.

OSTERNACK entende a natureza jurisdicional da atividade de produção da prova, e não meramente administrativa. Isso porque nessa atuação o juiz atua o direito objetivo, resolvendo questões de fato e de direito – atividade substitutiva da vontade das partes, portanto. Isso traz a exigência de que essa atividade seja presidida por um sujeito imparcial e equidistante.

\_ \_ \_

A prova emprestada ingressa no outro processo sob a forma documental 🡪 ***PROVA DOCUMENTADA.***

Isso significa que na forma será uma prova documental, mas a natureza de seu conteúdo não se desvirtua. Assim, um testemunho documentado e emprestado continua a ter natureza de prova testemunhal, bem como um depoimento pessoal ou uma perícia.

Por essa razão, a prova que se pretende emprestar deverá respeitar as regras atinentes à prova documental (art. 437, §1º)

**Obs.** Nada impede o empréstimo de prova atípica produzida em outro processo.

\_ \_ \_ \_

***Critérios de valoração da prova emprestada***: **(i)** manutenção da natureza do conteúdo da prova – testemunho, confissão, etc.; **(ii)** Possibilidade de reprodução da prova – “razão inversa” dessa possibilidade (Dinamarco).

Ressalte-se que caberá ao juiz do processo no qual a prova é emprestada a valorar da maneira que entender que ela mereça. Não há vinculação à valoração do processo anterior.

\_ \_ \_ \_

**Casuística:**

* *Segredo de Justiça* 🡪 não é possível esse transporte, tanto por terceiros quanto pelas por alguma das partes (afronta ao contraditório).

- seria possível num processo com as mesmas partes e sem litisconsortes.

* *Prova produzida por juízo incompetente* **🡪** é possível o empréstimo. Os únicos atos de juiz incompetente que “podem” (não necessariamente o serão) ser invalidados são os atos decisórios.

* *Interceptação Telefônica* 🡪 o STF (informativo 464) já admitiu o empréstimo no âmbito estritamente administrativo-disciplinar. Assim também o STJ (3º Seção – MS 14405-DF, 2010).

- No processo civil não pode ser admitida – a CF evidencia sua utilização com fins de investigação criminal, não se podendo ignorar tanto essa opção constitucional quanto as diferenças entre processo civil e processo penal.

***Obs.*** Há quem entenda pela possibilidade, pois em primeiro a CF limitaria apenas a “obtenção”, em segundo a prova teria sido licitamente obtida na esfera criminal.

- Há, ainda, quem admita a utilização com base na proporcionalidade, sendo fundamental a motivação.

* *Prova produzida em processo anulado ou extinto sem resolução de mérito* 🡪 somente não será possível se o motivo da nulidade for antecedente lógico à produção da prova ou incidir sobre a atividade probatória. Se os atos probatórios não foram atingidos pelo vício, não há impedimento.
* *Prova produzida em processo no exterior* 🡪 de regra é possível, exigindo-se sua tradução (art. 192) e que tenha sido colhida de forma regular no processo de origem.

- Ressalte-se, apenas, o exame da licitude que deverá ser feito quanto aos meios: não poderá ser admitido meio ilícito no Brasil, ainda que no exterior o meio seja considerado lícito.

**9 – ÔNUS DA PROVA**

**9.1 - Conceito de Ônus**

“E*ncargo de realizar determinado ao do processo, sob pena de não poder obter os efeitos favoráveis pretendidos ou de suportar certos efeitos desfavoráveis não desejados. Os ônus são imperativos do próprio interesse e não do interesse alheio”.*

É uma tarefa atribuída a uma parte, que lhe poderá trazer vantagem. Sua não desimcumbência só gera consequências à parte que o detinha.

**9.2 – Classificação**

**- Perfeito:** Necessariamente acarretará consequências negativas ao onerado (**ex.** ônus de recorrer da sentença desfavorável, caso queira a reversão do julgado).

**- Imperfeito:** apenas probabilidade de consequências negativas ao onerado pela não desincumbência (**ex:** ônus da prova – é possível que todo o conjunto probatório leve o juiz a uma decisão favorável a ele, a despeito de não se desincumbir do seu ônus)

**9.3 – Perspectivas**

Diz-se **subjetiva** a perspectiva que atribui às partes os encargos para obtenção no êxito da demanda – regra de conduta 🡺 distribuição do ônus como fatos de segurança jurídica e corolário do contraditório (Yarshell) - - 🡪 princípio da autorresponsabilidade.

Já a perspectiva **objetiva** é direcionada ao juiz no julgamento, a considerar se a matéria está suficientemente provada por que deveria a provar ou não.

Vedado o “non liquet”, o juiz deverá aplicar as regras de julgamento quanto à distribuição do ônus da prova.

**9.4 – Métodos de Distribuição do Ônus da Prova no CPC**

**9.4.1 – Distribuição Estática (art. 373, caput, do CPC)**

 É a regra. O caput traz uma distribuição legal – a lei que estabelecia – trata-se de uma distribuição estática (feita pelo legislador num juízo abstrato): autor – quanto ao fato constitutivo do seu direito; réu – quanto aos fatos extintivos, modificativos ou restritivos do direito do autor.

**9.4.2 – Distribuição Dinâmica**

A teoria da dinamização do ônus implica atribuir os ônus casuisticamente, o que leva a uma imposição do ônus a quem não o detinha abstratamente.

No CPC/73 não havia essa possibilidade expressamente, embora alguns julgados a considerassem possível quando a parte contrária ostentasse melhores condições de se desincumbir de tal ônus, mas sem requisitos legais.

***Obs.*** O CDC tem algumas previsões de atribuição diversa do CPC/15, que são consideradas por AMORIM como “inversões legais” (art. 12, 14 e 38) – pois o próprio legislador atribuiu anteriormente e de maneira estática um ônus de forma diferente para casos específicos. Judicial e dinâmica seria apenas a previsão do art. 6º do CDC, que traz requisitos.

O CPC/15 no art. 373 traz regras expressas sobre dinamização/inversão, tanto legal (§1º), quanto judicial (§1º), quanto consensual ou negocial (§3º).

**9.4.2.1 – Dinamização Judicial**

Inversão pelo juiz para garantir o princípio da igualdade processual: impossibilidade ou dificuldade da parte exercer o encargo probatório, ou para oportunizar uma maior facilidade de produção da prova por fato contrário.

Na inversão da prova feita pelo juiz, o NCPC estabelece critérios e requisitos para tanto:

1. Exigindo fundamentação escorreita e específica pelo juiz (na fase de saneamento);

1. Conferir à parte atribuída o encargo probatório a oportunidade de conferir o contraditório para se desincumbir do ônus da prova.
2. A decisão não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (§2º).

A regra do §2º trata-se de mais um pressuposto para a inversão da prova pelo juiz, qual seja: não é possível redistribuir o ônus da prova se isso implicar a prova diabólica para a outra parte, pois a finalidade do instituto é que não haja **prova impossível e diabólica** para nenhuma das partes.

**ATENÇÃO 🡪** A fundamentação casuística (não genérica) é sempre um controle de toda e qualquer decisão judicial.

***Obs.*** Da decisão do juiz que redistribui o ônus da prova cabe agravo de instrumento, é uma exceção, pois o sistema recursal de agravo de instrumento para questões probatórias é extremamente exíguo.

***Obs2.*** O momento apropriado para a inversão do ônus da prova é o Saneamento (§1º do art. 373 + art. 357 do CPC) 🡪 como vimos a prova se destina também às partes, e as regras sobre ônus da prova são também regras de comportamento delas – as regras sobre ônus da prova são regras também de procedimento e comportamento, não apenas de julgamento. Esse já era o entendimento do STJ. É vedada a decisão surpresa (art. 10). Entretanto, é possível que o juiz só perceba a necessidade de inversão após a conclusão da instrução – nessa situação, o juiz deverá converter o julgamento em diligência e reabrir a instrução – velando pelo contraditório.

**9.4.2.2 – Distribuição Convencional - §3º e §4º**

Corolário da possibilidade de NJ processual. Já vinha no CPC/73 (art. 333, par. único) e está com a redação aperfeiçoada no CPC/15,

Encontra além dos limites dos incisos I e II do §3º do art. 373, os limites genéricos de validade e eficácia de todo NJ (objeto lícito e idôneo, partes capazes, etc.)

Quanto ao momento, pode ser dar antes ou durante o processo (§4º).

**10 – FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL – art. 139, VI do CPC**

É um dos poderes do juiz, com aparo constitucional no dever à prova.

Relaciona-se intimamente com o princípio da adequação procedimental (instrumentalidade do processo) e eficiência do processo 🡪 o Estado está comprometido com a adequada solução dos conflitos e o processo e o procedimento servem instrumentalmente a esse escopo.

Novamente, o limite genérico é a motivação lastreada em razão que justifique a alteração procedimental. Além dele: contraditório, isonomia, razoável duração do processo, DPL.

O §3º do art. 357 (saneamento) permite momento para essa alteração de modo cooperativo – saneamento compartilhado do processo – no qual se poderá definir o procedimento a ser adotado.

**11 – PROVAS ILÍCITAS – Art. 5º, LVI da CF**

Trata-se de um direito fundamental do jurisdicionado. Trata-se de uma regra (não de um princípio).

Conceitua-se prova ilícita aquela que contraria qualquer norma do ordenamento jurídico. O art. 157 do CPP traz conceito legal de prova ilícita (“obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”).

***Obs.*** Assim, pouco importa a natureza da norma violada. ***Por isso parece perder utilidade a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas***.

As ilícitas seriam as provas obtidas com violação ao direito material, enquanto as ilegítimas seriam as obtidas com violação a normas processuais.

Quem as distingue entende que há efeitos diversos – a ilegítima nulifica o processo, enquanto a ilícita é desentranhada (Guilherme Madeira).

**Obs2. *Prova moralmente ilegítima (art. 369, caput)***: é aquela que contraria a boa fé. “Sendo a boa-fé norma jurídica (princípio), prova que não a observe estará violando norma, tornando-se ilícita” - DIDIER

\_ \_ \_

**PROVA ILÍCITA NEGOCIAL (DIDIER) 🡪** sendo possível às partes celebraram negócios processuais atípicos, é possível que as partes negociem a impossibilidade de utilização de determinado meio ou fonte de prova, ou que determinada alegação só poderá ser provada por um meio eleito (o que, exclui os demais). Assim, a utilização do meio proibido violará norma negocial, sendo ilícita a prova obtida a partir daí.

Atenta, Didier, que não se trata de hipótese nova, pois o art. 190 do CC já previa algo assim.

\_ \_ \_

**ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA** 🡪 direito fundamental à produção da prova x direto de não ter contra si prova ilicitamente produzida.

**PROPORCIONALIDADE COMO EXCEÇÃO À VEDAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS** Nenhum direito é absoluto. Assim, há defesa no sentido de que diante do conflito entre direitos fundamentais, ***casuisticamente valorado***, seria aplicada a proporcionalidade para possivelmente se utilizar da prova ilicitamente obtida/produzida.

DIDIER aponta, portanto, **alguns critérios** que devem ser levados em consideração para a admissibilidade da prova ilícita: **(i) imprescindibilidade** – não há outro meio de provar; **(ii) proporcionalidade**; **(iii) punibilidade** – juiz eventualmente punir a conduta ilícita que se valeu a parte para a obtenção da prova (administrativa, civil, etc.); **(iv) utilização apenas em favor do réu** – aqui restrita à esfera penal.

\_ \_ \_ \_

**Obs.** Interceptação telefônica 🡪 CF e Lei 9.269/96 apenas se referem à investigação criminal. A doutrina majoritária não admite interceptação telefônica para processos civis.

**11.1 – Prova Ilícita Por Derivação**

A CF é omissa nesse tema, que é tratado de forma positivada no art. 157 do CPP (redação de 2008).

Provas ilícitas por derivação são aquelas que em si são lícitas, mas foram produzidas/obtidas a partir de outra ilicitamente obtida 🡪 há um nexo causal de uma prova lícita com um ilícita, que contamina a segunda com ilicitude 🡪 ***TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.***

As provas derivadas das ilícitas são assim consideradas como ilícitas por derivação. Portanto, inadmissíveis no processo.

Há exceções em que se considera ***admissível a prova lícita derivada***:

1. ***Descoberta Inevitável*** 🡪Quando se verifica pelos métodos típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução processual penal, que a prova seria descoberta de qualquer forma (inevitável a descoberta da prova), então pode ser usada a prova derivada.
2. ***Fonte Independente*** 🡪 Quando há duas fontes concretas de prova, sendo uma ilícita e outra lícita, afasta-se a ilícita para se usar somente a lícita.

**12 – DIREITO À NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO (art. 379, caput)**

O direito a não produzir provas contra si mesmo está presente na CF (art. 5º LXIII) e no CPP (art. 186 [redação de 1994], 289-A, §4º e art. 478, inc. II). Contudo essas previsões sempre disseram respeito à esfera criminal – não autoincriminação.

No âmbito internacional encontra previsão no PIDCP (art. 14.3, letra g), na CADH (art. 8.2, letra g) e no Estatuto de Roma (art. 55.1, letra a).

A origem desse direito vem do brocardo latino “Nemo tenetur se detegere” (ninguém é obrigado a se descobrir). E o que se identifica de comum em todas as previsões normativas acima citadas é sua inserção no contexto da acusação diante de um fato de natureza penal/criminal.

\_ \_ \_

No âmbito processual civil a previsão do art. 379 do CPC é novidade e gera dúvidas quanto à sua aplicação 🡪 **principalmente quanto (1) à própria sistemática das provas no CPC e (2) ao confronto com outras (antinomias).**

**Assim, indaga-se se há efetivamente a garantia genérica a não se produzir provas contra si mesmo no âmbito processual cível.**

***1-) quanto à sistemática***: há um fundamento ético no CPC, traçado pelo princípio da boa-fé e pelo modelo cooperativo de processo – assim, o comportamento exigido das partes no processo vai além dos seus próprios interesses – trata-se de um norte teleológico do processo civil.

Nesse campo, a consideração da verdade é uma diretriz comportamental dos sujeitos do processo. A evolução dos ordenamentos desde o CPC/39, passando pelo CPC/73, até o CPC/15 se preocupou em prevenir a mentira e o comportamento desleal – **exemplos**: deveres das partes (dizer a verdade), penas por litigância de má-fé e por ato atentatório à dignidade da justiça, penas de confesso.

O dever de dizer a verdade já vinha expressamente apontado no CPC/73 (art. 14, inc. e art. 339) com sanções (litigância de má-fé art. 17, inc. II). Há o dever de colaboração também, do art. 378 do NCPC c.c art. 6º do NCPC (norma fundamental do processo).

***Obs.*** Essas previsões, inclusive, passaram por evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

Já se entendeu que o juiz não poderia punir de ofício o litigante de má-fé – art. 18, do CPC/73 na sua redação originária não previa essa possibilidade.

A própria determinação de provas de ofício (art. 130 do CPC/73) era alvo de discussões por muito tempo, a despeito do expresso texto legal.

O CPC/15 segue a mesma esteira teleológica 🡪 art. 77, inc. I estipula dever de dizer a verdade, e o art. 80 estipula sanções.

É da própria efetividade da prestação jurisdicional – que visa a uma decisão que solucione conflitos (sobrepondo ao interesse apenas individual das partes) – que se empregue com o máximo de esforços possíveis os meios legais para obtenção mais próxima possível dos fatos ocorridos de interesse do processo. ***Permitir que a parte minta ou se cale é meio dificultador desse escopo (pacificação social) e, em certa medida, antagônico a ele – atentando contra a própria confiabilidade da atuação do Poder Judiciário***.

No âmbito constitucional, como dito supra, não se encontra qualquer menção expressa à garantia fora do âmbito de repercussão na esfera criminal.

Há, sem dúvida, uma incompatibilidade sistêmica no processo civil.

***2-) Quanto à antinomia*:** além do dever genérico de cooperação e de boa-fé (art. 6º e 7º) e de compromisso com a verdade (art. 375 do CPC), há regras específicas em determinados meios de prova quando da não colaboração da parte que pode ser eventualmente prejudicada pela produção da prova.

A garantia do art. 379 diz respeito ao aspecto subjetivo da parte (não há como fazer um controle íntimo se a parte está dizendo a verdade), ponto em que é inútil, ou é capaz de autorizar a parte a não fornecer informações contrárias ao seu interesse?

 **Depoimento pessoal:** O art. 384 do CPC/15 traz rol dos fatos a respeito dos quais a parte na é obrigada a depor. O art. 232 do CC/02 regula a situação da inércia ou do silêncio, reputando supridas as provas nessas hipóteses.

- Quanto as regras de litigância de má-fé, a parte não é obrigada a dizer a verdade, mas se a omitir ou mentir poderá ser punida? Pode a parte simplesmente se recusar a responder sem incidir nas penas de confesso (art. 385, §1º)? Essas sanções perdem a eficácia?

**Exibição de documento ou coisa:** a nova hipótese do inciso VI do art. 404 do CPC/15, combinada com o art. 379, exclui o regramento relativo às partes no que toca à obrigatoriedade de exibição de documento ou coisa em seu poder (principalmente art. 399 e 400)?

Há evidente antinomia nesses pontos.

CELSO HIROSHI IOCOHAMA identifica que os critérios clássicos de solução de antinomia não resolvem o problema aqui: **(a) *hierárquico*** – porque todas são normas do CPC, onde não há relação de hierarquia; **(b) *cronológico*** – ambos entraram em vigor conjuntamente; **(c) *especialidade*** – não se pode afirmar que o art. 379 é norma geral e as normas sobre depoimento e confissão são especais, até porque se assim o for não resta aplicação para o art. 379 (além de se considerar que a norma do art. 378 e do art. 77, que trazem dever de veracidade e colaboração são também gerais).

\_ \_ \_

🡺 Assim, conclui IOCOHAMA que para que não se relegue ao art. 379 do CPC/15 ao campo da inaplicabilidade (uma vez que há sua previsão na lei) ou à interpretação literal de não poder ser coagida a agir, sem que se excluam as sanções processuais (isto é, levada à condição de norma sem eficácia prática), a solução seria interpretar a norma apenas para o campo da incidência na esfera criminal.

Essa interpretação não excluiria a eficácia do art. 379, nem levaria a sua inaplicabilidade. Por fim, ainda que repita preceitos constitucionais (podendo ser tida por desnecessária), não é de todo inúltil – ao menos do ponto de vista hermenêutico –, servindo como reforço da força normativa da CF e da constitucionalização do processo como parâmetros orientadores da prática processual civil (tal qual o art. 1º, por exemplo).

**Obs.** outros autores compartilham da visão de que o art. 379 tem repercussão apenas no âmbito da não incriminação, esfera penal, portanto, dada a incompatibilidade sistêmica e evolutiva do processo civil.

**13 – PRECLUSÃO PARA O JUIZ EM MATÉRIA PROBATÓRIA**

A regra é que na decisão de saneamento e organização do processo o juiz delimite as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória (art. 357, inc. II).

Mas essa regra ***não gera preclusão temporal*** para o juiz. Os prazos para o juiz são Impróprios. Essa ausência de preclusão temporal também é corroborado pela ausência recursal das decisões sobre prova (exceto a que redistribui o ônus da prova), de modo que a recorribilidade delas se dá na apelação (e a consequente possibilidade de preclusão dessa matéria).

Ademais, a própria previsão do art. 370 da produção de provas de ofício tem sua aplicabilidade dependente da não preclusão temporal para o juiz em matéria de provas. Essa atividade probatória de ofício não é, alias, supletiva ou suplementar, tampouco assistencalista, encontrando limites na fundamentação, como dito acima.

\_ \_

Por outro lado, pode-se dizer que ***há preclusão consumativa para o juiz***. Isso porque uma vez deferida a prova, o juiz não pode retroceder de tal decisão, pois já se atribuiu à parte um direto à produção probatória. Isso vale tanto para a prova requerida quanto para a prova determinada de ofício. (***obs.*** o que pode ocorrer é fato superveniente que torne desnecessária a produção da prova, como, por exemplo, a confissão).

Já em relação à decisão de indeferimento não haveria que se falar em preclusão consumativa. O juiz pode reconsiderar e admitir sua produção se verificar sua necessidade. A prova presta ao processo, e não se pode ventilar um direito da parte contrária à não produção da prova (AMORIM, citado por DIDIER).