

Processo Civil I
Unidade 5 – Teoria geral das provas

Primeira parte: exposição do conteúdo (em sala de aula)

LEGISLAÇÃO: ARTIGOS 369 a 383, CPC
DOCTRINA: MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES

1. Teoria geral da prova:

- Importância das provas (Didier nos lembra que qualquer decisão humana é sempre fruto de um convencimento produzido a partir de elementos de prova. Assim, a prova é tema relevante no processo civil. É bem verdade que há uma série de processos que apenas discutem questões de direito, não se fazendo necessária, portanto, a produção de provas. Mas, é certo que o mais comum é que, para julgar, o magistrado precise examinar a veracidade dos fatos que ao longo do processo se tornaram controvertidos. Para tanto, indispensável a apreciação das provas, de modo que se verifique a verdade dos fatos alegados pelas partes. A prova, segundo Didier, é verdadeiro direito fundamental, decorrente do devido processo legal. Mas não se trata de direito absoluto, vez que diante de conflito entre direitos fundamentais, aplicado o princípio da proporcionalidade, pode não prevalecer. Ex.: o direito/dever de sigilo profissional do médico X direito à prova testemunhal. A prova pode ser examinada sob o aspecto objetivo – é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto dos meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo – e sob o aspecto subjetivo – trata-se da própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo. Didier fala na existência de três acepções da palavra prova: o ato de provar, o meio de prova e o convencimento do magistrado. Em suma, as provas são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo. Grande dúvida existe a respeito da natureza jurídica das normas que tratam da prova. Contrapõem-se, tradicionalmente, correntes que lhe atribuem natureza material e processual. Atualmente, em nosso ordenamento jurídico, quase toda a disciplina da prova é feita no CPC, o que faz perceber o acolhimento da teoria mais moderna, qual seja, aquela que entende serem tais normas de natureza processual. Note-se, porém, que as formas solenes, ou seja, aquelas que são indispensáveis para o próprio aperfeiçoamento do negócio jurídico e sem as quais ele não pode ser demonstrado, refogem ao tema da prova e estão associadas ao da própria formação do negócio jurídico. Então, quando o instrumento for da substância do ato, por força do que determina a lei civil, sua apresentação é indispensável, já que sem ela o negócio não se aperfeiçoa. Sua exigência se faz não como prova, mas como elemento, substância do próprio ato – artigo 406, CPC. Didier ressalta que o CC traz a essência da prova, sua admissibilidade, seus efeitos e as pessoas encarregadas de ministrá-las. Já o CPC traz as regras relativas ao modo, tempo e cautela de sua constituição e produção. Ainda, lembre-se da existência de três sistemas de provas, historicamente considerados: a prova legal ou tarifada, o julgamento segundo a consciência, típico do Júri, e o livre convencimento motivado, atualmente em voga).

2. Classificação da prova:

- Classificação (a prova é classificada de acordo com o seu objeto, seu sujeito e a forma pela qual é produzida. Quanto ao objeto, pode ser direta ou indireta. Direta é aquela que mantém com o fato probando uma relação imediata. Ex.: recibo de quitação é prova direta do pagamento, e o instrumento é a prova direta da celebração de um contrato. Indireta é aquela prova que se refere a fato distinto daquele que se pretende provar, mas que

“Maria nos mantenha todos firmes e nos guie pelo caminho do céu” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Soderro Toledo

permite, através de raciocínios e induções, levar à convicção acerca do fato probando. Ex.: prova de danos nas plantações, de modo a se demonstrar que houve prática de turbação no imóvel. No que respeita ao **sujeito**, pode a prova ser **pessoal** ou **real**. Pessoal é aquela consistente em declaração ou afirmação prestada por alguém acerca da veracidade de um fato. Ex.: depoimento pessoal e prova testemunhal. Prova real é aquela que se obtém do exame de uma coisa ou pessoa, como acontece na perícia. Por fim, quanto à **forma**, pode a prova ser **oral** – depoimentos –, ou **escrita** – laudos periciais e prova documental).

3. Objeto da prova:

- **Conceito** (nem tudo o que é discutido no processo precisa ser provado. Exclusivamente os fatos são objetos de prova. O direito não se prova, já que deve ser de conhecimento do juiz. Quando muito, é possível exigir que a parte prove a vigência do direito municipal, estadual, estrangeiro ou costumeiro – artigo 376, CPC, o que é exceção à regra *jura novit curia*, que se justifica porque não é dado ao juiz conhecer normas jurídicas do mundo inteiro, de todos os Estados e Municípios, além das regras consuetudinárias. Na verdade, o que se prova nesses casos não é propriamente o direito, mas sua vigência, o que pode ser feito através de certidões, ou, em se tratando de direito estrangeiro, por pareceres de juristas de outro país ou juristas locais, que tenham conhecimento notório da legislação estrangeira. Mas é certo dizer que são os fatos o objeto essencial da prova. Apesar disso, também é sabido que **nem todos precisam ser provados**. Antes de mais nada, devem eles ser relevantes para o julgamento do processo. Não serão deferidas provas que não tenham qualquer repercussão no julgamento da causa; são irrelevantes os fatos sem nenhuma importância, que não influenciam o julgamento do pedido ou que não guardam pertinência com a questão litigiosa. Assim, sistematiza Didier: fatos probandos são aqueles **controvertidos, relevantes**, desde que não sejam impossíveis – ex.: fazer prova de que um homem está grávido – e determinados, assim entendidos aqueles identificados no tempo e no espaço. Mas, inclusive entre os fatos relevantes, há aqueles que dispensam a prova, quais sejam – artigo 374, CPC: a) fatos notórios: aqueles que são de conhecimento geral na região em que tramita o processo. Não há necessidade de que o fato seja de conhecimento global, bastando que seja conhecido pelas pessoas da região, no tempo em que tramitava o processo. Ex.: é fato notório, para quem vive na Grande São Paulo, que a região tem problemas sérios de violência urbana e criminalidade, e que o trânsito não flui com rapidez. Em uma cidade do interior, pode ser notório o fato de o rio que corta a cidade provocar frequentes inundações nas casas situadas às suas margens; b) os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária: não é preciso fazer prova de fatos incontroversos. A confissão a que se refere o dispositivo sob comento pode ser expressa pela parte, ou ficta, quando advém da revelia ou do ônus da impugnação especificada, quando eles produzirem efeitos – artigo 341, CPC; c) os admitidos, no processo, como incontroversos: na verdade, essa hipótese se superpõe à anterior, já que os fatos confessados, de modo expresso ou ficto, são fatos incontroversos. Mas existem fatos incontroversos que dependem da produção de prova. São os enumerados nos artigos 341 e 345, CPC, situações em que a revelia não produz efeitos. Nesses casos, mesmo não sendo apresentada contestação ou impugnação especificada dos fatos, o juiz determinará a produção de provas, donde se conclui que nem sempre a incontrovérsia a dispensará; d) aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade: são situações em que o legislador faz presumir, de modo absoluto ou relativo, a veracidade de certos fatos. A **presunção relativa**, *juris tantum*, admite prova em contrário – ex.: presunção de que os filhos nascidos na constância do casamento são do marido da mãe, presunção de morte simultânea, em se tratando de comoriência; **já a absoluta**, *juris et de jure*, não – ex.: presunção de parcialidade do juiz, quando ele é impedido. A

“Maria nos mantenha todos firmes e nos guie pelo caminho do céu” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Soderro Toledo

alegação a respeito da qual subsiste uma presunção de veracidade não precisa ser provada. Se essa presunção for relativa, a parte que a apresentou não necessitará produzir provas, mas a parte adversa poderá fazê-lo, de modo a demonstrar sua inveracidade; entretanto, se absoluta for a presunção, não se admite a produção de provas em contrário. Ex.: a **revelia** gera presunção relativa de veracidade, já que pode ceder diante da existência de elementos contrários que ajudem na formação da convicção do juiz. Sabe-se que as presunções podem ser estabelecidas pelo próprio legislador, tais como aquelas decorrentes da revelia ou da culpa do patrão por ato do empregado. São as chamadas presunções legais. Mas, também podem decorrer da observação do que comumente acontece, como ocorre com a presunção de culpa daquele que, em acidente de trânsito, bate na traseira do veículo que segue à frente. É a chamada presunção simples ou *hominis*. Da presunção simples, ensina Didier, decorrem as chamadas máximas de experiência: juízo formado na observação do que comumente acontece. Ex.: gravidez humana é de 9 meses – artigo 375, CPC. As presunções não podem ser confundidas com os indícios, que são sinais indicativos da existência ou veracidade de um fato, mas que, por si só, não seriam suficientes para prová-lo. A soma de vários indícios, ou a sua análise em conjunto com as outras circunstâncias, pode levar à prova do fato).

4. Prova de fato negativo:

- Conceito (regra jurídica clássica, contida no Digesto XXII, 3, 2, estatuída por Paulo, dá conta de que a prova incumbe a quem afirma, e não a quem nega a existência de um fato. Só seria possível, assim, demonstrar a existência ou a ocorrência de um fato, e não o contrário. Daí o entendimento de que os fatos negativos não precisam ser provados. Mas, a doutrina assevera que essa regra não é totalmente verdadeira, já que só não podem ser provadas as negativas absolutas, não as relativas. Ex.: não posso provar que jamais estive em Piripipi – PI, mas posso provar que não estive lá no dia 31.12.95, à meia-noite, já que, nesse dia e horário, participava da comemoração de fim de ano em São Paulo).

5. O juiz e a produção da prova:

- Verdade real (é clara a redação do artigo 370, CPC, no sentido de que ao juiz não cabe mais o papel passivo, de simples espectador, que se limita a procurar a verdade formal dos fatos, da forma como ela era trazida pelas partes. A solução mais justa do processo exige do magistrado que ele deixe sua posição passiva e passe a interferir diretamente na produção da prova. Então, a busca deve ser sempre a da verdade real, mesmo que o processo gire em torno de interesse disponível. Ainda nesses casos, há sempre interesse indisponível de que o juiz não deve abrir mão: que a solução do processo seja a mais justa possível. Somente quando seja impossível a apuração da verdade real, porque esgotadas as provas que poderiam conduzir ao seu esclarecimento, é que é dada ao juiz a oportunidade de julgar com base nas regras do ônus da prova. Se ainda existirem meios que lhe permitam elucidar a verdade dos fatos, ele não pode ser intimidado pela inércia das partes, devendo determinar de ofício a sua produção. Inclusive, não há risco de que, agindo dessa forma, tenda à parcialidade. Ao contrário, ao apurar a verdade real, proferirá decisão que não compromete o direito das partes. Então, o tradicional princípio dispositivo resta mitigado, como se vê. Como a jurisdição é atividade pública, se o juiz tem mecanismos para buscar a verdade real, não pode se contentar com a verdade formal, em franco prejuízo à função estatal solucionadora de conflitos. Igualmente, a possibilidade de interferência do magistrado na produção da prova pode ser utilizada para se assegurar a igualdade real entre as partes, exigida pela CF e pelo CPC, artigo 139, I. Ex.: percebendo o juiz que uma das partes está em situação de inferioridade em relação à outra, por falta de recursos econômicos que a impedem de contratar bom profissional da advocacia, que de fato defenda seus interesses, pode, de ofício, determinar a produção

“Maria nos mantenha todos firmes e nos guie pelo caminho do céu” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Soderro Toledo

de provas necessárias que não tenham sido requeridas pela parte mais fraca, ou por desconhecimento ou mesmo por desleixo de seu patrono. A omissão do juiz, em casos como esse, é que leva à crença de que seu julgamento foi proferido com parcialidade, e não o contrário).

6. O ônus da prova:

- **Definição** (as partes não têm o dever de produzir a prova, mas o ônus de fazer isso. Lembre-se que ônus são atividades que a parte realiza no processo em seu próprio benefício. Elas não são obrigadas por lei a produzir prova, mas, se o fizerem, obterão a vantagem de demonstrar suas alegações; ao contrário, se se omitirem, sofrerão as consequências desse ato. Antes, porém, do ônus de provar, as partes têm o **ônus de alegar**. O autor, na petição inicial, deve mencionar os fatos que são constitutivos do seu direito; o réu, na contestação, deve invocar eventuais fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Isso é extremamente importante, já que o juiz, no momento em que profere o julgamento, está adstrito aos fatos alegados pelas partes, não podendo levar em consideração fatos que não tenham sido mencionados por elas. Tal ônus vem antes do de provar, já que o objeto da prova está relacionado aos fatos alegados. Não podem ser objeto de instrução os fatos que não tenham sido trazidos aos autos pelas partes. A regra é de que aquele que formula uma alegação tem o ônus de prová-la. A prova de um fato, a princípio, compete a quem alegou. Como o autor está incumbido de alegar os fatos constitutivos de seu direito, é seu o ônus de prová-los. E é lógico dizer que é do réu o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. O ônus da prova pode ser visto sob o aspecto subjetivo e objetivo. Do ponto de vista subjetivo, ele é uma distribuição de encargos entre as partes – tal distribuição é, em regra, estática, mas Didier salienta a importância da chamada **distribuição dinâmica do ônus da prova**, aquela em que o juiz determina que cada parte produza as provas que ele julgar compatíveis: “prova quem pode” - cabendo a cada uma delas provar as alegações que formulou, de modo a tentar convencer o juiz de sua veracidade. Sob esse ponto de vista, as regras do ônus da prova são dirigidas às partes. A lei indica a cada uma delas de quem é o ônus de produzir determinada prova. A parte a quem ele compete já sabe, então, que se desse ônus não se desincumbir a contento, sofrerá as consequências negativas do descumprimento do ônus. Sob o prisma objetivo, por fim, importa considerar que as regras do ônus da prova são dirigidas ao magistrado, para orientar seu julgamento. Ele não pode se eximir de sentenciar, alegando que não foi possível formar sua convicção a respeito dos fatos que fundamentam o pedido e a defesa. Não pode proferir o *non liquet*. Se tiver dúvida, deve determinar as provas que sejam necessárias para a apuração do ocorrido. Apesar disso, é imperioso dizer que há situações de dúvida insanável; mesmo depois de encerrada a instrução, e não existindo mais provas que permitam elucidar o caso, o juiz ainda não está convencido, não tendo formado sua convicção a respeito dos fatos ocorridos. Como ele precisa julgar, a sentença será dada com base no ônus da prova, o que significa dizer que o magistrado se perguntará qual das partes estava incumbida de fazer a prova. Se era o autor e ele não fez, a demanda será julgada improcedente; se era o réu, procedente. Porém, antes de sentenciar se valendo desse raciocínio, deverá o magistrado tentar esclarecer o ocorrido, recorrendo ao ônus da prova somente quando houver **dúvida invencível**. É sob esse aspecto bifronte que o ônus da prova deve ser analisado. Em um primeiro momento o ônus da prova é regra de julgamento, a ser utilizada pelo magistrado somente em situações de dúvida invencível quanto aos fatos alegados pelas partes; mas é também uma direção para as próprias partes, que já sabem de antemão as consequências para o caso de não produzirem provas suficientes para a formação da convicção do juiz. A aplicação irrestrita do princípio dispositivo faria com que se examinasse o ônus da prova apenas sob o aspecto subjetivo.

“Maria nos mantenha todos firmes e nos guie pelo caminho do céu” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Soderro Toledo

Mas não é razoável que o juiz julgue o pedido em desfavor de uma parte simplesmente porque ela não requereu provas, em momento em que ele ainda não tem a convicção formada acerca da verdade real. Mesmo que a parte interessada na produção de certa prova não tenha feito requerimento nesse sentido, o juiz que ainda não está convencido deve ordenar a produção de prova de ofício, não se esquecendo de que o ônus da prova é regra de julgamento que só deve ser aplicável em caso de dúvida que não pode ser suplantada. Essa a concepção mais moderna: primeiro o juiz deve se valer dos poderes que lhe são concedidos pelo artigo 370, CPC, e apenas diante da impossibilidade da descoberta da verdade real é que deve utilizar as regras contidas no artigo 373, CPC);

- Distribuição do ônus da prova (está prevista no artigo 373, CPC. De modo geral, sabe-se que o ônus da prova compete a quem alega: o autor deve provar as alegações de seu interesse – fatos constitutivos de seu direito, e o réu do que apresentou em sua resposta – fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor. E essa regra não é válida só para o autor e para o réu, mas para todos que intervenham no processo: a cada um compete o ônus de provar aquilo que alegou, aquilo que é do seu interesse ver reconhecido);

- Inversão do ônus da prova (já se sabe que a regra geral é aquela segundo a qual compete à parte a quem o fato interessa o ônus de comprová-lo. Inversão ocorrerá quando houver alteração da regra natural de distribuição do ônus da prova. Tal inversão pode ter três origens distintas: legal, convencional ou judicial. Em todas as três situações o resultado será o mesmo, qual seja a alteração da distribuição legal do ônus. Sob o ponto de vista subjetivo, pode-se dizer que a inversão é feita a favor de uma das partes e em detrimento da outra. Se é feita em favor do autor, ele não terá mais que provar os fatos constitutivos de seu direito. Será suficiente alegá-los, competindo ao réu provar sua inveracidade. Se a inversão se der em favor do réu, ficará este dispensado de provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor alegados na contestação, cabendo à parte ativa provar que eles não são verdadeiros. Sob o aspecto objetivo, a inversão do ônus da prova altera as consequências negativas que o juiz atribuirá, quando julgar, à falta de produção de determinada prova que o leva a uma dúvida invencível. Geralmente, aplicadas as regras do ônus da prova, ele julga improcedente o pedido, se a dúvida recair sobre os fatos constitutivos do direito do autor, e procedente, se recair sobre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito. Mas, havendo inversão do ônus da prova, tais consequências naturais serão invertidas. A falta de provas que normalmente levaria à procedência levará, com a inversão, à improcedência e vice-versa);

- Inversão convencional (o artigo 373, § 3º, CPC permite que as partes, por convenção, modifiquem a distribuição do ônus da prova. Fora as duas hipóteses contidas no dispositivo supramencionado, a convenção sobre o ônus é permitida. Só não será quando o direito for indisponível, porque não está sujeito à transação, nem à confissão, e a inversão do ônus da prova significaria espécie de burla indireta a essas proibições. Também não é admissível a convenção quando ela tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Se ele for disponível, o interessado pode até renunciar ou sobre ele transigir. Mas não pode assumir a obrigação de fazer uma prova muito difícil. O processo é público, e o juiz não pode se prestar a conduzi-lo quando uma das partes, por convenção, assumiu o ônus de produzir a *probatio diabólica*. Prova diabólica, segundo Didier, é aquela impossível de ser produzida – ex.: na ação de usucapião, é diabólica a prova exigida de que o autor da ação ateste que não é proprietário de nenhum imóvel, já que, para isso, ele precisaria de certidões de todos os cartórios do mundo! A prova diabólica, se impossível apenas para uma das partes, gera a inversão do ônus; mas, se for impossível para ambas as partes, o juiz deverá imputar o ônus à parte que assumiu o risco da inesclarecibilidade da prova);

- Inversão legal – presunção e máximas de experiência (é o tipo de inversão que decorre de uma presunção. Lembre-se, nesse ponto, que presunção não é meio de prova, mas forma de raciocínio pelo qual, por meio do conhecimento de um fato, infere-se a existência de outro, de um fato conhecido deduz-se outro, que se quer provar. Há as presunções legais e as judiciais – *hominis* – ou simples. Legais são aquelas estabelecidas pelo próprio legislador; simples são as que decorrem da observação sobre o que geralmente acontece. A presunção, quase sempre, parte de um indício de prova. Indício é um sinal, um vestígio, que a princípio não prova nada, mas, por meio das presunções, pode levar à crença a respeito da veracidade de um fato. As presunções simples são fundadas em máximas de experiência. Inclusive, esse o teor do artigo 375, CPC. Por máximas de experiência entenda-se o conhecimento do magistrado, adquirido ao longo de sua vida profissional e social. São pautadas no que normalmente acontece e têm caráter geral. Ex.: é sabido que a pessoa que dirige em dia chuvoso deve reduzir a velocidade e guardar maior distância do carro que segue à frente. As máximas de experiência devem ser aplicadas subsidiariamente, diante da falta de norma jurídica particular. Além do conhecimento a respeito do que ordinariamente acontece, também constituem máximas de experiência os conhecimentos técnicos acessíveis às pessoas em geral e que dispensam a realização de prova pericial. Ex.: os cálculos básicos de aritmética, as noções elementares de ciência, tais como as temperaturas de solidificação e ebulição da água, etc.. O que é presumido não precisa ser comprovado. Se a presunção é absoluta, não se admite prova em contrário; se a presunção é relativa, está dispensado da prova aquele que faz a alegação, mas é permitida a prova contrária pela parte adversa. Então, somente em se tratando de presunção relativa é que se pode falar, propriamente, em inversão, já que aí haverá a possibilidade de o adversário fazer prova da inveracidade do fato alegado. Na presunção absoluta o que acontece é a desnecessidade completa de produção da prova, e não exatamente inversão. Assim, o fato presumido não precisa ser provado por quem o alega. As presunções simples ou judiciais são aquelas que se situam no âmbito da valoração judicial, e decorrem da observação do que normalmente acontece. As legais são as estabelecidas pelo próprio legislador. Sabe-se, inclusive, que são inúmeras as hipóteses de presunção legal, sendo muito utilizadas no campo da responsabilidade civil. Ex.: presume-se a culpa do dono do animal, pelos danos por ele causados, a das prestadoras de serviços públicos, pelos danos ao particular, a do fornecedor, pelos danos ao consumidor, a daquele que exerce atividade de risco, pelos danos causados a terceiros – artigo 927, § Único, CC);

- Inversão judicial (acontece quando a lei permite que o juiz, ao proferir o julgamento, altere as regras legais da distribuição do ônus da prova. É o que se dá no Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, VIII, pelo qual é possível inverter o ônus da prova em favor do consumidor sempre que, a critério do próprio magistrado, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, de acordo com as regras ordinárias de experiência. Para a inversão, basta que um dos dois requisitos esteja presente. Então, haverá a inversão judicial propriamente, quando o juiz considerar o consumidor hipossuficiente. E não se trata apenas de hipossuficiência econômica, mas principalmente técnica – de informação. O juiz procede à inversão sempre que verificar que a produção da prova seria difícil ao consumidor, já que dependente de informações que ele não detém, pois estão em poder do fornecedor. É esse último quem conhece o produto ou o serviço que foi posto no mercado, e seria difícil ao consumidor fazer prova, por exemplo, da causa ou origem de um defeito. Nesses casos o juiz inverterá o ônus da prova. Há outra possibilidade de inversão do ônus da prova no NCPC: o juiz pode promovê-la 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

“Maria nos mantenha todos firmes e nos guie pelo caminho do céu” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Soderro Toledo

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 – artigo 373, § 1º, CPC. É o poder do juiz de modificar a distribuição do ônus em virtude da excessiva dificuldade da parte que, em geral, teria de produzir a prova, ou da maior facilidade que o adversário teria de fazer a prova do fato contrário. Trata-se de hipótese de distribuição dinâmica do ônus da prova, em que se confere ao magistrado a possibilidade de, verificadas certas circunstâncias do caso concreto, modificar o ônus da prova, originalmente estabelecido pela lei, em busca da igualdade real entre as partes. Mas o artigo 373, § 2º, CPC adverte que a inversão não deverá ocorrer se gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou muito difícil);

- **Momento em que se considera a inversão do ônus** (a possibilidade trazida pelo CDC de inversão do ônus da prova tem suscitado questão relevante, qual seja saber quando o juiz deve considerar a inversão. A concepção objetiva do ônus da prova, já estudada linhas acima, indica que a inversão do ônus da prova só poderia acontecer na **sentença**, pois somente nesse momento o magistrado, valorando a prova produzida, pode concluir se ela foi ou não foi suficiente para a formação de sua convicção, impingindo à parte que tinha o ônus as consequências negativas da insuficiência da prova. Apenas depois de esgotadas todas as possibilidades probatórias é que o juiz, verificando que elas não foram suficientes para elucidar os fatos, julgará com base nas regras do ônus. Apesar disso, não se pode olvidar que embora hoje em dia se faça o exame da inversão do ônus mais pelo aspecto objetivo do que pelo subjetivo, a concepção subjetiva não está afastada por completo. Por meio da distribuição legal dos ônus é que as partes poderão saber, de antemão, a quem compete a produção de determinada prova. Então, se o juiz proceder à inversão apenas na sentença, poderá acontecer surpresa para elas. A regra legal diz que deve o autor fazer prova de fato constitutivo de seu direito. Diante dessa premissa, é possível que o réu se omita na produção de provas a respeito desse fato, já que tem certeza de que esse ônus é incumbência do autor. Se o juiz procede à inversão do ônus na sentença, poderá o réu ser surpreendido. Por conta disso, apesar de o ônus da prova constituir regra de julgamento, tem-se entendido que, por força mesmo do contraditório e para que se evite eventual cerceamento de defesa, o julgador deve definir a distribuição do ônus da prova na decisão de saneamento, observado o artigo 373, CPC, sendo cabível agravo de instrumento sempre que o juiz se pronunciar sobre a redistribuição, conforme o artigo 373, § 1º e artigo 1015, XI, CPC. O recurso será cabível nos casos de deferimento e indeferimento da redistribuição. Assim, evita-se ofensa ao princípio do contraditório e eventual cerceamento de defesa daquele que ficaria prejudicado com a alteração do ônus, já que a questão será apreciada em momento processual que permite àquele a quem o ônus foi atribuído produzir as provas necessárias para a demonstração dos fatos que interessam ao acolhimento de sua pretensão. Tudo isso não significa dizer que o ônus da prova tenha deixado de ser regra de julgamento. As consequências de seu descumprimento apenas virão na prolação da sentença. Mas, tendo havido inversão, o juiz deve alertar as partes, antes do julgamento, de maneira que elas não sejam surpreendidas. Ainda, trouxe o CC uma novidade em termos de **responsabilidade civil** que repercutirá no campo do ônus da prova. É sabido que a regra geral é a da responsabilidade subjetiva: deve o autor provar a culpa do réu. Haverá inversão quando a responsabilidade for objetiva, porque aí simplesmente se presume a culpa do réu. No CC antigo a responsabilidade objetiva não trazia grandes problemas, já que a presunção de culpa sempre decorria de lei: os casos de responsabilidade objetiva eram sempre legais. Mas, o artigo 927, § Único, do novo CC inovou, vez que estabelece: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Dessa maneira, além das hipóteses legais de

“Maria nos mantenha todos firmes e nos guie pelo caminho do céu” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Soderro Toledo

responsabilidade objetiva, há agora aquelas oriundas de atividade considerada perigosa, de acordo com o entendimento do juiz. Cabe ao juiz, no caso concreto e conforme as provas produzidas, decidir se a atividade é ou não perigosa. Se decidir que sim, a responsabilidade civil será objetiva, e o autor não terá de provar a culpa do réu; se decidir que não, a responsabilidade será subjetiva, e o ônus da prova será do autor. Apesar disso, o juiz só decidirá se a atividade é ou não perigosa na sentença, o que poderá gerar dúvidas às partes acerca da distribuição do ônus da prova. Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que se, na fase de saneamento e organização do processo já existirem indícios de que a atividade é perigosa, como, por exemplo, trabalho com explosivos, com vigilância e segurança, com atividades elétricas de grande intensidade, etc., já deve o magistrado alertar as partes sobre a possibilidade de considerar objetiva a responsabilidade, com as consequências daí advindas a respeito do ônus da prova e sua distribuição. Outra questão que decorre do tema é a possibilidade de o juiz inverter a responsabilidade pela antecipação do pagamento das despesas com a produção de uma certa prova, especialmente a pericial, que é onerosa. O artigo 95, CPC, ao tratar do assunto, estabelece que compete à parte que requereu a prova antecipar as despesas com a sua realização, o que consiste na regra geral. Mas é bastante comum que o consumidor, utilizando-se da possibilidade de inversão do ônus da prova, postule ao juiz a realização da prova pericial e solicite a imputação ao fornecedor da responsabilidade pela antecipação das despesas. A matéria é controvertida, o que provoca divergência na doutrina. Marcus Vinicius, por sua vez, entende que o ônus da prova não se confunde com a responsabilidade pela antecipação das despesas, vez que o ônus é regra de julgamento. A norma que o estabelece é dirigida, a princípio, ao magistrado, que, se tiver de proferir sentença mesmo quando as provas forem insuficientes, deve carrear a insuficiência dessas provas a uma das partes. A antecipação das despesas compete à parte a quem interessa a prova. Assim, não pode o juiz inverter a responsabilidade pelas despesas, obrigando a parte que não requereu a prova custeá-la, até porque, se ela não o fizer, não haverá outra consequência possível que não a sua não realização. O que o julgador pode fazer é inverter o ônus. E, fazendo isso, pode ocorrer de a prova, que era interessante para o consumidor, passar a ser interessante ao fornecedor, cabendo a este, então, requerê-la e assumir a responsabilidade pelos seus custos. Então, não haverá inversão da responsabilidade pelas despesas, mas simplesmente pelo ônus da prova, que poderá repercutir na assunção de responsabilidade pelo custeio).

7. Provas ilícitas:

- Conceito (a ilicitude de uma prova pode decorrer do modo como ela foi obtida ou da maneira empregada para a demonstração do fato. A causa mais comum de ilicitude da prova é a sua obtenção por meio antijurídico. Ex.: interceptações telefônicas, violação de sigilo bancário sem autorização judicial, violação de sigilo de correspondência, etc.. São meios indevidos de obtenção de prova a coação, o emprego de violência ou grave ameaça, a tortura e outros. Questão muito discutida é a eficácia da prova ilícita, isto é, a possibilidade de ela ser utilizada pelo juiz para fundamentar sua decisão. São várias as correntes doutrinárias a respeito do assunto, e vão desde aquelas que admitem a prova ilícita, até as que negam absolutamente a sua eficácia. O artigo 5º, LVI, CF considera inadmissíveis as provas obtidas de modo ilícito, sem fazer qualquer ressalva. Antes mesmo da CF atual elas já não eram admitidas no CPC de 73, o que foi repetido pelo artigo 369, CPC, que permite somente a utilização de meios probatórios legais e moralmente legítimos. Diante da falta de ressalva na CF e na lei processual, predomina o entendimento de que a vedação ao uso da prova ilícita é absoluta. E, é tanta a preocupação com a questão, que o STF tem adotado a teoria dos frutos da árvore contaminada – ou prova ilícita por derivação, da jurisprudência americana. Ex.: segundo

“Maria nos mantenha todos firmes e nos guie pelo caminho do céu” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Soderro Toledo

essa teoria são ineficazes todos os testemunhos prestados por pessoas cujos nomes tivessem sido revelados em uma conversa telefônica registrada em fita e depois deglavada, ou toda prova parcial realizada na contabilidade de uma pessoa ou empresa referida em apontamentos obtidos de modo ilícito, assevera Cândido Rangel Dinamarco. Marcus Vinícius pondera, porém, que a vedação constitucional à utilização da prova ilícita não pode ser tão estendida a ponto de impedir provas lícitas apenas porque sua produção advém de um desdobramento da produção da prova proibida. Inclusive, o mesmo autor sustenta que não considera tal vedação constitucional absoluta. Entende o referido autor, **no que é apoiado por Didier**, que seria melhor se se aplicasse a **teoria da proporcionalidade**, segundo a qual se concederia eficácia jurídica à prova se sua ilicitude causasse uma ofensa menor ao ordenamento jurídico do que aquela que poderia advir de sua não produção. Tal teoria, de origem alemã, permite ao magistrado ponderar entre as consequências negativas que resultarão da utilização da prova ilícita e as que advirão de sua proibição, cabendo-lhe avaliar qual o prejuízo maior. Ex.: seu acolhimento permitiria usar uma interceptação telefônica, vedada por lei, para, em uma ação de modificação de guarda, fazer prova de que uma criança vem sendo constantemente espancada e torturada. A interceptação viola o princípio constitucional da intimidade, é bem verdade, mas o valor jurídico que no caso concreto a ele se contrapõe, qual seja, a proteção à vida e à integridade física da criança, deve prevalecer, já que proporcionalmente mais relevante. Em casos como esse excepcionalmente o julgador deve admitir a prova ilícita. **No que diz respeito à gravação telefônica como prova**, sempre houve controvérsia. Quando ela é feita por um dos protagonistas, trata-se de prova lícita, mesmo que seja utilizada sem o consentimento do outro. É situação semelhante à da carta exibida em juízo pelo próprio destinatário: não ocorre violação da correspondência, e tampouco ofensa ao direito à intimidade. Portanto, é válida a prova produzida por um dos protagonistas da comunicação por carta ou telefone, mesmo que sem o consentimento do outro participante. Diferente, porém, é a situação da interceptação telefônica, quer dizer, a gravação de conversa telefônica feita por terceiro que não os próprios participantes do diálogo gravado. Se se fizer sem o consentimento dos participantes, é prova ilícita e não pode ser utilizada no processo. Há apenas uma hipótese em que a interceptação telefônica pode ser usada validamente: quando ela for autorizada pelo juiz, para instrução em processo criminal, pode ser usada como prova emprestada no processo civil. Essa situação é autorizada pelo artigo 5º, XII, CF, segundo o qual se permite a utilização de interceptação telefônica, por ordem judicial, para investigação criminal ou instrução processual penal. A Lei nº 9.296/96 tratou das hipóteses de cabimento e da forma de requerimento e autorização para que a interceptação seja feita. Se se realizar nos termos da lei, pode ser usada essa prova no processo civil como prova emprestada, como já se falou. **Didier entende, todavia, que a produção dessa prova também pode ser autorizada no Processo Civil).**

8. Hierarquia das provas:

- Livre convencimento motivado (o artigo 371, CPC consagrou o princípio do livre convencimento motivado, o que permite ao magistrado analisar a prova de modo livre, dando a cada uma o valor que lhe parecer mais apropriado. Compete ao juiz valorar as provas e a sua capacidade de lhe formar o convencimento. Nós não acolhemos o **sistema da prova legal ou tarifada**, segundo o qual cada tipo de prova tem um valor fixo. Todos os tipos, a documental, a testemunhal e a pericial, podem ter influência sobre a formação da convicção do juiz, não existindo, entre elas, alguma que tenha prioridade sobre a outra, no que diz respeito à capacidade de convencer. O sistema da prova legal, como se sabe, não foi acatado por nosso moderno processo civil; por ele, a formação da convicção íntima do juiz não adviria de um convencimento, propriamente, mas de um cálculo, estabelecido

“Maria nos mantenha todos firmes e nos guie pelo caminho do céu” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Soderro Toledo

previamente por lei, nascido do resultado das provas produzidas e do valor previamente dado a cada uma delas. Mas, apesar disso, existem resquícios desse sistema em nosso ordenamento, como o artigo 406, CPC, que dá valor absoluto de prova ao instrumento público, quando da substância do ato. Igualmente não aplicamos o **sistema da convicção íntima do juiz**, segundo o qual ele pode decidir de acordo com sua vontade, não havendo nem mesmo o dever de fundamentar as razões pelas quais o fez, de um modo ou de outro. Por esse sistema, o juiz não precisa decidir com base nas provas produzidas, mas no conhecimento privado que tem dos fatos. Sua adoção, como se vê, é perigosa, já que sujeita as partes a eventuais arbitrariedades judiciais. Há uma única situação, em nosso ordenamento, em que se acolhe o princípio da convicção íntima: é o das decisões do Tribunal do Júri. O princípio da persuasão racional do juiz ou livre convencimento motivado é intermediário. O juiz tem liberdade para valorar as provas e lhes dar o valor que merecem na formação de sua convicção. Mas, ao proferir a decisão, deve apresentar sua justificativa, com base nas provas colhidas, esclarecendo de que maneira foram valoradas e quais foram decisivas para seu convencimento. Este, por sua vez, deve ser racional, quer dizer, fundado em razões pertinentes, associadas às provas produzidas nos autos. Não é admitido o **convencimento emocional**, pautado em razões pessoais do juiz, nem aquele baseado em **conhecimento próprio dos fatos**. Quando ele tiver ciência privada, não poderá julgar o processo, devendo remetê-lo ao seu substituto. A ciência privada permitirá que o juiz seja ouvido como testemunha, mas obstará que ele presida o processo e prolate sentença).

9. Produção antecipada de provas:

- **Conceito** (trata-se de ação autônoma, de natureza preparatória ou incidental, que serve para antecipar a produção de certa prova, realizando-a antes do momento em que normalmente ocorreria. É o exercício do direito autônomo à prova, de natureza satisfativa, exercido em procedimento de jurisdição voluntária. No CPC de 73, diferentemente, tinha natureza de ação cautelar, sempre ajuizada em virtude do risco de a prova perecer. O risco, aliás, justifica também a antecipação da prova, mas não apenas ele. Ela pode ser deferida para tornar possível a autocomposição ou outro meio adequado para a solução do conflito ou, ainda, para permitir ao interessado que tenha prévio conhecimento dos fatos, que possa justificar ou mesmo evitar o ajuizamento da ação. Pode ser promovida no curso do processo já ajuizado, em fase anterior àquele em que seria produzida, ou antes do aforamento da ação, quando será procedimento preparatório. Normalmente as provas são produzidas depois da conclusão da fase postulatória e da ordinatória. Quer dizer, após a citação do réu e oferta da resposta, quando o juiz já tomou as providências preliminares, verificou que não é o caso de julgamento antecipado e saneou o processo, dando início à instrução. São três os motivos para que a prova seja antecipada – artigo 381, CPC: a) o temor de que se perca: é a causa mais comum. Ex.: teme-se que uma testemunha não possa ser ouvida porque vai ser mudar para longe ou pode morrer, porque está doente ou é muito idosa; b) a possibilidade de que favoreça a autocomposição ou outro meio alternativo de solução do conflito. Ex.: as partes, com a colheita da prova, passam a ter mais conhecimento do fato ocorrido e, em razão disso, têm mais condição de tentar entrar em um acordo. A prova antecipada também fornece elementos ao conciliador e ao mediador para tentarem uma solução consensual; c) o prévio conhecimento dos fatos pode justificar ou evitar o ajuizamento da ação. Ex.: o autor quer pedir indenização em virtude de vazamento que trouxe prejuízo a seu apartamento, mas não sabe se a responsabilidade foi do prédio ou do vizinho de cima. Assim, apenas no primeiro caso a antecipação da prova dependerá de perigo da demora. Nas demais servirá apenas para fornecer uma informação, um esclarecimento);

- Tipos de provas que podem ser antecipadas (não há nenhuma restrição, podendo ser oral ou pericial. Faça-se ressalva apenas em relação à prova documental, para cuja apresentação deverá ser usada a ação de exibição de documento. Mesmo o depoimento pessoal pode ser antecipado, mesmo que a essa altura ainda não se saiba quais os fatos controvertidos que poderão gerar confissão. O mesmo vale para a inspeção judicial antecipada. E também o arrolamento de bens, quando tiver por finalidade apenas a documentação e não a prática de atos de apreensão);
- Natureza (é ação autônoma, que pode ter caráter preparatório, quando ainda não tiver sido ajuizada a ação, ou caráter incidental, se já existe ação que ainda não chegou à fase de instrução. Se já tiver chegado, a prova antecipada perde o interesse, claro. Quando se diz que ela pode ter caráter preparatório, não significa que haverá necessidade de ajuizamento de uma ação principal. A expressão “procedimento preparatório” aqui aparece em sentido amplo: serve para preparar uma eventual autocomposição, ou preparar a decisão dos interessados a respeito da propositura ou não de eventual ação. Quando incidental, pode ser requerida pelo autor ou pelo réu. A petição inicial em que o interessado requer a prova antecipada deve justificar sua necessidade. Recomenda-se certa liberalidade do juiz no seu deferimento, já que ela não trará prejuízos para a parte contrária. Além da justificativa, o requerente deve mencionar com precisão os fatos sobre os quais ela deverá recair. Isso para nortear o próprio juiz e o perito, inclusive);
- Competência (a produção antecipada da prova não torna prevento o juízo – artigo 381, § 3º, CPC. A competência é do juízo do foro onde esta deve ser produzida ou do foro do domicílio do réu – artigo 381, § 2º, CPC. O artigo 381, § 4º, CPC determina a competência subsidiária da Justiça Estadual para a colheita da prova antecipada em processo de que participa a União, o que não significa que tal autorização se estenda para a ação principal, para qual a Justiça Estadual somente terá competência subsidiária nos casos expressamente previstos na CF);
- Procedimento (tendo recebido a petição inicial, o juiz, se a entender justificada, determinará a antecipação da prova e a citação dos interessados para acompanhá-la. A citação deve ocorrer antes que a produção da prova tenha início. Serão citados todos que, de alguma forma, possam ter interesse. Sem a citação, por conta do contraditório, a prova não pode ser usada contra ele. Inclusive, se uma das partes pretende se valer da denunciação da lide no processo principal, deve informar isso na antecipação, de maneira que o denunciado seja incluído. A citação dos interessados será determinada a requerimento da parte ou de ofício pelo juiz, e somente ocorrerá em casos em que exista lide. Ex.: pode ser que as partes queiram fazer acordo, mas precisam antecipar a prova porque não têm noção da extensão de certos danos. Uma vez deferida e feita a citação, quando se fizer necessária, se a prova é oral, o citando será intimado da data da audiência, a fim de que compareça. Se for pericial, terá oportunidade de formular quesitos e indicar assistente técnico que acompanhe a produção da prova. Se se tratar de inspeção judicial será intimado para acompanhá-la. O artigo 382, § 4º, CPC não permite defesa no procedimento de antecipação de prova. Pelos termos da lei, a impressão é de que nem mesmo se poderia impugnar a justificativa apresentada para a antecipação, do que discorda Marcus Vinicius R. Gonçalves. Embora haja vedação à defesa, o réu poderá alegar a incompetência do juízo ou o impedimento e a suspeição do juiz, já que isso repercute sobre a própria validade das provas colhidas. Se houver desistência da antecipação, a homologação independe de consentimento do réu. A audiência, a prova pericial e a inspeção judicial ocorrerão como previstas no CPC. Além das provas deferidas, outras poderão ser produzidas antecipadamente, desde que tenham relação com o mesmo fato e se isso não causar excessiva demora na conclusão do procedimento – artigo 382, § 3º, CPC. Verificando que foi colhida regularmente, o juiz apenas a homologará, não cabendo recurso de seu pronunciamento. Cabe apelação nos casos em

“Maria nos mantenha todos firmes e nos guie pelo caminho do céu” (São João Bosco)

Professora Luiza Helena L. A. de Sá Soderro Toledo

que ele a indeferir totalmente. Se o indeferimento da produção antecipada for parcial, não é caso de agravo de instrumento. Depois da homologação, os autos permanecerão em cartório por um mês, sendo lícito aos interessados solicitarem as certidões que quiserem – artigo 383, CPC. Não existe prazo para a propositura de eventual ação principal, já que a prova continua eficaz mesmo depois de transcorrido um mês).

10. Fontes e meios de prova:

- Conceitos diversos (não se confundem fonte e meios de prova. Fontes são os elementos externos ao processo, dos quais é possível extrair informações relevantes para a comprovação do alegado. Ex.: uma pessoa que tenha conhecimento dos fatos e que possa dar seu depoimento é uma fonte de prova. Uma coisa cujo exame permita elucidar questões de fato relevantes é também fonte de prova. Muito embora sejam externas ao processo, as fontes são a ele trazidas e submetidas às análises necessárias para a elucidação do que interessa. Os meios de prova com ela não se confundem, como já se disse, já que são os métodos gerais usados nos processos para a investigação do fato. São internos ao processo e genéricos, ao contrário das fontes, que são externas e específicas. Ex.: uma determinada pessoa que tenha conhecimento dos fatos é uma fonte de prova. Já a prova testemunhal, com todos os seus requisitos e formas de obtenção, é um meio. Uma coisa cujo exame traga informações sobre o processo, como se falou, é uma fonte; já a prova pericial ou a inspeção judicial são meios. Deve existir uma correlação direta entre uma fonte e um meio de prova. Uma informação só pode ser obtida de uma fonte se isso se enquadrar entre os meios de prova admitidos no processo. São fontes todas as pessoas ou coisas das quais seja possível extrair informações relevantes para a comprovação das alegações no processo. Acerca dos meios de prova, a lei traz proposição genérica no artigo 369, CPC. Assim, são meios: o depoimento pessoal das partes, a prova testemunhal, a documental, a pericial e a inspeção judicial. A confissão, considerada, durante muito tempo, a “rainha das provas”, não é propriamente um meio de prova, mas consiste em uma declaração da parte, que reconhece a veracidade de um fato que lhe é desfavorável, o que torna desnecessária a produção de provas a seu respeito. Cada um dos meios de prova tem seu modo e o momento oportuno para sua produção. Hoje, inclusive, discute-se sobre a possibilidade de produção de provas atípicas, entendidas como aquelas que não estão previstas no ordenamento jurídico, mesmo que sejam lícitas. O artigo 369, NCPD não deixa dúvida a respeito, já que traz rol apenas exemplificativo. São exemplos de provas atípicas: a prova emprestada – por prova emprestada se entenda, segundo Didier, aquela que ingressa em outro processo sob a forma documental, já que através de certidão. Garante economia processual. Em relação a isso precisam ser observados o respeito ao contraditório e a falta de eficácia vinculante para o magistrado que fará sua apreciação -, as constatações feitas por oficial de justiça e, até, em situações excepcionais, o comportamento extraprocessual das partes, como entrevistas concedidas à imprensa, que podem, apesar de parecerem irrelevantes a princípio, eventualmente colaborar na formação da convicção judicial e a prova cibernética).