

RESUMO

No presente trabalho discorre-se sobre a teoria geral das provas e as provas em espécie no processo civil brasileiro.

Palavras-chave: Processo Civil. Provas. Teoria Geral. Espécies.

ABSTRACT

The present essay concerns to the general principles of discovery and the discovery devices in the Brazilian civil procedure.

Keywords: Civil Procedure. Discovery. General Principles. Devices.

* Pós-Doutorado em Direito pela Harvard Law School. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de graduação e pós-graduação em direito processual civil das Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da American Society of International Law, da Associação dos Advogados de São Paulo e da Harvard University e Harvard Law School Associations do Brasil. Advogado e Consultor Jurídico.

1. Introdução

O tema da prova é certamente um dos mais importantes do processo. É da prova dos fatos que resulta a solução do conflito de interesses. Excepcionalmente, o CPC determina a realização da prova do direito objetivo. E, na grande maioria das demandas, o julgamento da causa não se resumirá à resolução de questões de direito, mas de questões de fato.

2. Conceito de Prova

Prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém.¹ A realização da prova, no processo civil, tem por finalidade o convencimento do juiz, de modo que este é o seu destinatário. Com a prova pretende-se convencer da verdade dos fatos em que se lastreiam as partes para justificar seus argumentos. A busca da verdade real é um ideário, inclusive no processo civil. Este cede espaço no momento do julgamento à verdade posta em juízo, por força do postulado do *non liquet* do nosso sistema. A certeza absoluta muitas vezes é inviável até pela carga de subjetividade de que se compõe todo pronunciamento judicial.

3. Classificação da Prova

Existem vários critérios de classificação da prova, sendo que os mais usuais levam em consideração o seu objeto, o seu sujeito, a sua forma e o seu momento de preparação.² Considerando o seu objeto, divide-se a prova em *direta* e *indireta*. É *direta* quando visa provar diretamente o fato probando; há uma relação imediata entre a prova e o fato. São exemplos, o recibo de pagamento, o instrumento particular de confissão de dívida etc. A prova é *indireta* quando se demonstram fatos secundários que permitem extrair a

convicção da existência do fato probando, por meio de induções ou raciocínios. Exemplo: prova do arrombamento da porta para demonstrar a invasão do imóvel. Quanto ao sujeito, as provas podem ser: a) *peçoal* – obtida por intermédio de uma manifestação pessoal de alguém, como ocorre nos depoimentos das partes e oitivas de testemunhas; e, b) *real* – que resulta da análise de objetos ou coisas. Quanto à sua forma, as provas são *orais* (testemunhos e depoimentos) ou *escritas* (documentos e perícias) No tocante à sua preparação podem ser casuais ou simples e pré-constituídas. As primeiras são aquelas produzidas no curso do processo, enquanto do segundo grupo são as provas preparadas preventivamente tendo em vista futura demanda.

4. Objeto da Prova

São objeto da prova os fatos que embasam o pedido formulado pelo demandante e a exceção apresentada pelo demandado. Entretanto, não são todos e quaisquer fatos, mas somente aqueles fatos *pertinentes, controvertidos e relevantes*. Fato pertinente é aquele que tem relação direta ou indireta com a causa (ex.: num acidente de trânsito, é pertinente o fato relativo à extensão do dano).³ São os fatos que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los, ao contrário dos impertinentes que não têm relação direta ou indireta com a causa.⁴ Os fatos objeto da prova devem ser relevantes, isto é, são aqueles que têm influência na decisão a ser proferida (ex.: violação de dever matrimonial em ação de separação judicial). Além de relevante e pertinente, o fato deve ser controverso, ou seja, corresponde a afirmação feita por uma parte e refutada pela parte contrária.

4.1. Fatos notórios, incontroversos e presunções legais

O CPC, em seu art. 334, é expresso em preceituar que não dependem de prova os fatos

¹ Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º v, p. 182

² Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º v, p. 339/341; Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 182; Marcus Vinicius Rios Gonçalves, *Novo Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 419/420; Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de Direito Processual Civil*, v. 1, pp. 329/330.

³ João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, pp. 32/3.

⁴ Vicente Greco Filho, ob. cit., 2º v, p. 182.

afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (inciso II) e os admitidos no processo como incontroversos (inciso III). Em ambos os casos, não há controvérsia sobre os fatos porque alegados por uma parte e confessados pela outra, revelando a confissão, como definida no art. 348, 1ª parte, do CPC.

A confissão pode ser *judicial* ou *extrajudicial* (art. 348, do CPC), *provocada* ou *espontânea* (art. 349, do CPC). Somente deixará de produzir efeitos quando a lei expressamente o vedar (art. 351, do CPC) ou quando se tratar de ato *ad solemnitatem*, havendo forma especial prevista na lei para sua existência e cuja prova somente se faz mediante a forma legalmente estatuída (ex.: art. 366, do CPC, para atos que exigem instrumento público como substância do ato, somente este serve de meio de prova).⁵

São *incontroversos* os fatos aceitos pela parte, expressa ou tacitamente, neste último caso surgindo a confissão ficta (arts. 302 e 319 do CPC). O art. 334, I, do CPC, dispensa ainda de prova, os fatos *notórios*. O conceito é em certa medida impreciso entre os doutos, todavia, podendo ser caracterizado como o fato de conhecimento geral pelo grupo social onde ele acontece, no tempo e lugar onde o processo está em curso. Moacyr Amaral Santos destaca que mesmo que o juiz não tenha conhecimento do fato, mas por ser ele notório, terá meios de conhecê-lo sem necessidade de prova, dando como exemplo a época da colheita de café no estado de São Paulo. Basta consultar qualquer sujeito do ramo cafeeiro para obter tal dado. Ainda, trata-se de fato notório aquele fato que, apesar de não ser contemporâneo, é de conhecimento generalizado da sociedade ou do estrato social em que se inserem as partes; ex.: data da Independência do Brasil.⁶ Última regra de dispensa de prova diz respeito aos fatos em cujo favor milita presunção legal de existência e veracidade (art. 334, IV, do CPC). A lei em certas hipóteses estabelece uma presunção de existência e veracidade do fato, de modo que a parte que pretende demonstrá-lo está

legalmente dispensada de fazê-lo. A presunção legal pode ser relativa, admitindo prova em contrário (presunção *iuris tantum*), ou absoluta, a qual não se pode infirmar (presunção *iuris et de iure*).

4.2. Prova do direito

Em princípio não faz sentido a prova do direito, uma vez que incide o brocardo *iura novit curia*, competindo ao juiz, com base nos fatos jurídicos apresentados pelo demandante, dar-lhe o devido enquadramento jurídico, aplicando a lei aos fatos. O órgão jurisdicional está sempre adstrito aos fatos, contudo, devendo emprestar-lhes o correto substrato jurídico, a despeito das alegações do demandante. Assim, se dos fatos relatados pelo autor, surge que a relação jurídica litigiosa é de compra e venda e não de locação, o juiz deverá resolver o litígio segundo as regras pertinentes à compra e venda. O que é *expressamente vedado* ao magistrado é pretender alterar os fatos jurídicos, como foram postos em juízo pelas partes. A despeito disso, excepcionalmente, o *direito* pode ser objeto de prova (art. 337, do CPC). A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, em sendo exigido pelo juiz, deverá *provar seu teor e sua vigência*. A prova da *existência* do direito nacional é mais fácil, tanto por certidões de repartições públicas municipais ou estaduais, ou exemplares dos periódicos onde foram publicadas. O direito estrangeiro deverá ser provado por meio de certidões de órgãos diplomáticos, compêndios autorizados etc. O direito costumeiro poderá ser provado por qualquer meio em direito admitido.⁷ Parece-nos correta a assertiva de que é impossível, ou ao menos muito difícil, a prova da *vigência* da norma, sendo possível apenas tentar se obter certidões de que não há revogação expressa. Entretanto, uma lei pode ser revogada tacitamente, o que exigiria o amplo conhecimento por parte do juiz, o que contraria o teor na norma em comento.⁸ Deve ser enfatizado que a norma não faz referência

⁵ Sobre a divergência relativa a prova do contrato de seguro, Nelson Rodrigues Netto, comentários ao art. 758, do CC, in, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. VII, pp. 181/7.

⁶ Ob. cit., 2º v., p. 344.

⁷ Greco, ob. cit., 2º v., p. 182.

⁸ Amaral Santos sugere o uso de pareceres de juriconsultos versados no tema a justificar a vigência da lei, ob. cit., p. 348.

ao *direito federal*, o qual deve ser de conhecimento do magistrado.

5. Meios de Prova

Segundo Vicente Greco Filho, os meios de prova “são os instrumentos pessoais ou materiais trazidos ao processo para revelar ao juiz a verdade de um fato”.⁹ No processo civil não há um rol taxativo admitindo-se qualquer meio de prova, desde que moralmente legítimos, além daqueles especificados na lei, *ex vi* do art. 332, do CPC. Assim, é possível haver uso de prova emprestada, reconhecimento de pessoas ou coisas; ou até derivadas de condutas extraprocessuais, como exemplo, entrevistas concedidas à imprensa.¹⁰

5.1. Provas ilícitas

Primeiramente, é possível distinguir a ilicitude da prova quanto ao *modo como ela foi obtida* e quanto ao *meio* (imoral, ilegal) *de sua apresentação em juízo*. A interpretação literal da Constituição Federal conduz a que todo e qualquer modo ou meio de prova ilícita é proibido no processo, haja visto o disposto em seu art. 5º, inciso LVI. No tocante à imoralidade da produção da prova, é inquestionável que tal prova deve ser reputada ilícita. Em princípio, a prova obtida de modo ilícito é de ser proibida. Neste ponto, a autorização judicial de interceptação telefônica é lícita, uma vez que expressamente autorizada pela Constituição Federal (art. 5º, II, e regulamentada para o processo penal pela Lei nº 9.279, de 24.07.1996). A gravação telefônica por qualquer dos partícipes, igualmente, tem sido reconhecida por legítima; não há, na hipótese, interceptação, pois a gravação é de conversa de ambos os interlocutores.

O uso da prova ilícita não deve ser aplicado sem temperamentos, devendo ceder espaço, em situações concretas, quando colidir com algum princípio constitucional, que no caso concreto deva ser protegido. Por exemplo, com relação ao princípio da

dignidade da pessoa humana. A solução do conflito entre direitos fundamentais deve ser solucionada pelos princípios da necessidade, da menor restrição possível, da salvaguarda do núcleo essencial.¹¹ Há precedentes do Supremo Tribunal Federal que adotaram a ‘teoria dos frutos da árvore contaminada’ para impedir os meios de prova realizados a partir de provas obtidas ilicitamente. O excesso estaria, como apontado por Cândido Rangel Dinamarco, na impossibilidade de oitiva de testemunhas, cujos nomes foram obtidos a partir de interceptação telefônica ilícita, por exemplo.¹²

6. Ônus da Prova

Designa-se de ônus processual o ato destinado à *própria satisfação* da parte, podendo vir a proporcionar-lhe um benefício, sem que, em regra, a sua omissão venha a gerar-lhe uma sanção. De outra sorte, o dever processual visa a satisfação alheia, e seu descumprimento provoca a aplicação de uma *sanção*, por exemplo, a violação do dever de lealdade processual acarreta a responsabilidade por perdas e danos (arts. 16 e 18, do CPC).¹³ O *ônus de provar* deriva do *ônus da alegação dos fatos* que constituem o pedido e a defesa, pois somente os fatos invocados é que poderão ser objeto de prova, daí resultando o princípio dispositivo consagrado no art. 262, 1ª parte, do CPC.

6.1. Ônus subjetivo e ônus objetivo

Por muito tempo o ônus da prova foi considerado somente sob o aspecto subjetivo, no sentido de determinar a qual dos sujeitos do processo incumbia fazer prova. Igualmente, a afirmação de que incumbe à parte que alega um fato fazer sua prova, que por muito perdurou, não corresponde aos anseios de justiça de um processo civil moderno. Estes ideários provinham de uma *concepção liberal de igualdade formal*, no qual a intervenção

⁹ Ob. cit., 2º v., p. 183.

¹⁰ Marcus Vinicius Rios Gonçalves, ob. cit., v. 1, p. 437/8.

¹¹ Neste particular, consultar, Nelson Rodrigues Netto, *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva ‘lato sensu’*, p. 160.

¹² *Instituições de direito processual*, v. 3, pp. 50/1.

¹³ Sobre o tema, consultar Nelson Rodrigues Netto, *Recursos no Processo Civil*, p. 16.

estatal deveria ser nenhuma ou mínima. De qualquer forma, o ônus subjetivo reflete a repartição dos *onus probandi* prevista legalmente, o que permite que as partes saibam antes da solução do litígio que o reconhecimento em juízo de suas alegações estará, em princípio, dependente de que bem se desincumbam em prová-las. Propositadamente afirmamos ‘em princípio’, pois o ônus da prova é, atualmente, enfrentado sob seu aspecto objetivo, segundo o qual as normas sobre a produção de provas não seriam destinadas às partes, e sim ao juiz para orientá-lo em seu julgamento.

O ônus objetivo é voltado ao juiz para que ele possa considerar o material probatório, atribuindo-lhe valor no sentido de ter havido, ou não, a prova dos fatos alegados. Ao apreciar as provas produzidas, ao magistrado não interessa saber quem as produziu, apenas deve apreciá-las para proferir seu julgamento.

Deste modo, deve-se entender *ônus subjetivo* no sentido de que a lei não determina que a parte produza provas, mas estabelece que a *omissão em provar os fatos alegados implica no risco de ter a lide decidida em seu desfavor*. Assim, o ônus da prova não é exclusivamente um ônus subjetivo, no sentido de regra de procedimento determinadora da produção da prova, mas antes, ônus objetivo, *regra de julgamento, de juízo*, devendo o juiz proferir sentença contra quem tinha o ônus de produzir prova e dela não se desincumbiu. Nelson e Rosa Nery, lastreados em Echandia (*Teoria General de la Prueba Judicial*), afirmam: “O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza”.¹⁴

O uso da expressão *ônus objetivo* é correntia, mas incorreta, pois ao juiz não se lhe imputam ônus, de sorte que melhor é tratá-lo como o *princípio da comunhão da prova* ou *da aquisição processual da prova*.

6.2. Distribuição do ônus da prova

O art. 333, do CPC, dispõe que incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito. Os fatos constitutivos são aqueles que provados levam à consequência jurídica

pretendida pelo autor e prevista na lei. A relevância de um dado fato é dada pelo direito material. A despeito da existência do fato constitutivo do direito do demandante, o demandado pode *obstaculizar as consequências jurídicas pretendidas* opondo àquele fato, outro fato: impeditivo, modificativo ou extintivo. Daí, a doutrina denominá-los de *exceções substanciais indiretas*.

Como vimos, o ônus da prova deve ser empregado como regra de julgamento visando a não incidir na violação do *princípio da indeclinabilidade da jurisdição*, pelo qual o juiz não poderá deixar de decidir o litígio a ele submetido, seja por lacuna ou obscuridade da lei, seja por falta de provas. A consagração da proibição do *non liquet* no processo civil está incorporada no art. 126, 1ª parte do CPC. Os mecanismos de integração do ordenamento em face da lacuna ou obscuridade da lei estão na 2ª parte, do art. 126, do CPC. O *non liquet* por ausência de prova deve estar expressamente autorizado na lei, casos em que haverá a formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*.¹⁵

Provado que esteja o fato, pouco importa quem tenha produzido a respectiva prova; por força do princípio da aquisição processual, o juiz o valorará e proferirá o julgamento (art. 131, do CPC), *não precisando se valer da norma do art. 333, do CPC*. João Batista Lopes aponta que a referida norma não é bastante para solução de diversos problemas, tais como, a ausência simultânea de prova do fato constitutivo do autor e do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor apresentado pelo réu.¹⁶ Parece-nos que em tais hipóteses, é válido o raciocínio de Vicente Greco Filho quanto à dúvida do juiz sobre a prova (a demonstração da existência) do fato constitutivo do direito do demandante, quando deverá julgar não provado o fato, por consequência, rejeitando o pedido.¹⁷

6.2.1. Inversão do ônus da prova no CPC

¹⁵ Por exemplo: art. 18, da Lei nº 4.717/65 (Ação Popular); art. 16, da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública); e, art. 103, I e II, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

¹⁶ Ob. cit., p. 44.

¹⁷ Ob. cit., 2º v., p. 189.

¹⁴ *Comentários ao CPC*, 4ª ed., p. 835.

O CPC admite a inversão do ônus da prova, estabelecida convencionalmente entre as partes (art. 332, p. único, I e II). O modal deôntico é o proibido, de sorte que, as partes poderão alterar a regra do ônus da prova, desde que não incidam na proibição do parágrafo único. É lícita a convenção sobre ônus da prova, desde que o litígio não seja relativo a direito indisponível ou que torne excessivamente difícil à uma parte o exercício do seu direito, de ação ou de exceção, conforme o caso. Em princípio, por se tratar de regra de julgamento, o ônus da prova deve ser aplicado pelo juiz no momento do julgamento, quando houver lacuna na produção de prova, proferindo a decisão em desfavor da parte que deixou de cumprir com o ônus de demonstrar suas alegações. A inversão do ônus da prova, realizada *convencionalmente* pelas partes deve obrigatoriamente anteceder a fase instrutória, sob pena de não poder ter eficácia. O *limite temporal máximo* é a fase de saneamento, propriamente, no momento anterior à prolação do *despacho saneador*, independentemente da realização da audiência preliminar (art. 331, *caput* cc §3º, do CPC). Isto porque é com o saneamento do feito que o juiz deverá fixar os pontos controvertidos, determinar as provas a serem produzidas e designar audiência de instrução e julgamento para as provas orais (art. 331, §2º, do CPC).

7. Indícios, Máximas de Experiência e Presunções

Desde logo, devemos apontar que o *CPC não dispõe expressamente sobre os indícios*, contendo apenas regra explícita sobre as máximas de experiência e sua utilização pelo juiz e as presunções legais. Ao classificarmos a prova, distinguimos a prova direta da prova indireta, considerando o seu objeto. Afirmamos que nem sempre o fato principal (constitutivo, impeditivo, modificativo, extintivo) está sujeito a prova direta. Desse modo, faz-se necessária a prova indireta para demonstração de fatos secundários que permitam extrair a convicção da existência do fato probando, por meio de induções ou raciocínios. Da prova de fatos circunstanciais

(indícios) se infere a existência e o modo de ser do fato principal.¹⁸

Rigorosamente, os indícios, as presunções e as máximas de experiência não são propriamente meios de prova, antes, *são formas de raciocínio do juiz para solução do litígio*. Os indícios são circunstâncias de fato das quais o juiz extrai a convicção do fato principal. São sinais, vestígios ou circunstâncias que isoladamente não demonstram a verdade do fato probando, a qual é atingida pela análise e raciocínio do juiz.¹⁹

Às vezes esse modo de raciocinar é estabelecido pela própria lei que determina ao juiz que deva assumi-lo e proferir sua decisão atendendo-o, como ocorre com as *presunções legais*. Greco esclarece que se o salto mental entre a prova do indício e a convicção do fato principal resultar de norma legal há a presunção legal.²⁰ As presunções legais dividem-se em *absolutas (iuris et de iure)*, que não admitem prova em contrário, como por exemplo a fraude de execução (art. 593, do CPC), e *relativas (iuris tantum)*, que podem ser infirmadas por meio de prova, nos casos de responsabilidade civil, onde há presunção de culpa do agente (ex.: art. 936, do CC). Não havendo presunção legal, poderá surgir a presunção simples (hominis) extraída do que ordinariamente (*id quod plerumque accidit*) acontece num dado grupo social, em determinadas situações. São as máximas ou regras de experiência, consoante previsão do art. 335, do CPC. As máximas de experiência podem decorrer do *conhecimento comum* (ex.: em dias de chuva o espaço de frenagem é maior) ou de *conhecimento técnico* (ex.: a água entra em ebulição, ao nível do mar, a 100º Celsius), de alguma ciência, ofício ou arte, mas com relação a esta, a lei ressalva a possibilidade da realização de prova, o exame pericial.

A regra de experiência não se confunde com o fato notório; este é dispensado de ser provado, por força de disposição legal expressa (art. 332, I, do CPC), enquanto que aquela é utilizada como meio de raciocínio do

¹⁸ Greco, ob. cit., 2º v., p. 193.

¹⁹ Marcelo Abelha Rodrigues, ob. cit., v. 1, pp. 327/9; João Batista Lopes, ob. cit., pp. 66/7.

²⁰ Ob. cit., 2º v, p. 193.

juiz para de um fato alcançar outro (o fato probando). O Código Civil, em seu art. 230, vedou a aplicação da presunção simples, nos casos em que a lei não admite prova testemunhal para solução do litígio (ex.: art. 366, do CPC). As regras de experiência não estão nos planos dos fatos, portanto, não estão sujeitas ao ônus da prova, devendo o juiz aplicá-las de ofício.²¹ Apesar de não ser norma legal, o erro na aplicação da máxima de experiência equivale à violação da lei, pois é parte da premissa maior do silogismo (violação do art. 335, do CPC), autorizando o cabimento de recurso especial e até de ação rescisória (art. 485, V, do CPC).²² Vicente Greco Filho esclarece que a norma do art. 335, do CPC, não se confunde com a regra de integração contida no art. 126, 2ª parte, do mesmo diploma legal. A observância do princípio da indeclinabilidade exige que havendo lacuna da lei, o juiz aplicará para solução do litígio, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Entretanto, ao prescrever o uso das regras de experiência quando ausentes ‘normas jurídicas particulares’, o art. 335, está a prescrever que inexistindo normas sobre presunções legais ou normas de prova legal, aí o juiz aplicará aquelas.²³ Nelson e Rosa Nery asseveram que o art. 335 é um *plus* em relação ao art. 126, ambos do CPC.²⁴ Entendemos que o juiz deverá aplicar a norma do art. 126, do CPC para evitar o *non liquet* no tocante ao direito aplicável à espécie, e, no tocante a demonstração dos fatos, deverá se valer das máximas de experiências se os fatos não estiverem provados, não houver prova legal ou presunção legal.

8. Momento da Prova

O procedimento probatório consiste em três estágios: um de proposição da prova, onde as partes devem, em face dos fatos alegados, requerer determinadas espécies de provas que pretendem produzir, hábeis para demonstrar o alegado; outro de deferimento das provas, pois o juiz deverá verificar quais os pontos

controvertidos que exigem prova e se os meios de prova estão adequados; por último, haverá a produção da prova. A proposição da prova deve ser feita na fase postulatória, em linha de princípio, na petição inicial (art. 282, VI, do CPC) e na contestação (art. 300, do CPC). Eventualmente, é possível que em face de réplica à exceção indireta, possa o autor fazer contraprova (arts. 326 e 327, do CPC).²⁵ Como veremos oportunamente, a prova documental possui uma peculiaridade que consiste na ausência de proposição, devendo desde logo ser produzida, ou na petição inicial (art. 283, do CPC), ou na contestação (art. 396, do CPC). O deferimento da prova deve ser realizado na fase de saneamento, prevendo o CPC, para o procedimento ordinário, a realização de audiência preliminar (art. 331, *caput*, do CPC). Deliberando o juiz pela não realização da audiência preliminar, em virtude do direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção (art. 331, §3º, do CPC), deverá sanear o feito, fixando os pontos controvertidos e determinando as provas a serem produzidas, inclusive designando audiência de instrução e julgamento (art. 331, §3º, do CPC). Havendo necessidade de *prova pericial* recomenda-se que o juiz aguarde a produção do laudo para designação de audiência já que o trabalho técnico pode exigir prazo mais longo daquele que o juiz tenha determinado (arts. 421 cc 432, do CPC). As *provas orais* deverão ser produzidas na audiência de instrução e julgamento (art. 336, do CPC). *Excepcionalmente*, as provas poderão ser produzidas antecipadamente, quando a lei expressamente autorizar, como ocorre nas hipóteses do art. 846, do CPC, devendo haver o preenchimento dos requisitos para a medida cautelar, na forma do art. 848, do CPC.

9. Valoração da Prova

Ordinariamente, apontam-se três sistemas de valoração ou apreciação da prova: (i) livre apreciação ou convicção íntima; (ii)

²¹ Idem, ibidem, p. 194.

²² Greco, ob. cit., p. 196.

²³ Idem, ibidem.

²⁴ Ob. cit., p. 841.

²⁵ Humberto Theodoro Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, v.I, p. 385.

prova tarifada ou prova legal; e, (iii) persuasão racional. Pelo sistema da *livre apreciação*, o juiz de acordo com sua convicção íntima resolve o conflito de interesses. Segundo esse sistema, o magistrado não está obrigado a motivar, justificar sua decisão e, por conseguinte, não fica adstrito às provas produzidas no processo. É de fácil compreensão a ineficiência do critério, haja vista que viola a característica essencial da jurisdição que consiste na imparcialidade, a qual fica maculada pela ausência de apresentação das razões que levaram o juiz a julgar num sentido ou noutro. O sistema da *prova legal*, em sua origem mais remota, impossibilita qualquer atividade do juiz no sentido da apuração da verdade e de proferir uma decisão justa. O juiz, segundo este sistema, mais se aproxima de um autômato devendo proferir sentença de acordo com o valor predeterminado às provas produzidas. As provas são taxativamente relacionadas e contendo uma prévia valoração. É conhecido o brocardo latino *testis unus, testis nullus*, aniquilando o valor da prova testemunhal se realizado apenas por uma testemunha. O último modelo é o sistema adotado pelo CPC, da *persuasão racional*, igualmente denominado *do livre convencimento motivado*, de acordo com o art. 131, do CPC. Verifica-se que este sistema procura afastar as mazelas dos anteriores, mitigando a liberdade plena do juiz em valorar a prova, mediante a exigência da exposição dos motivos que embasaram sua decisão. Ademais, as provas não têm valor previamente estabelecidos, devendo o juiz formar sua convicção ao analisar todo o conjunto probatório. A doutrina costuma reconhecer o princípio da verdade formal no preceito legal que determina que a apreciação e o convencimento do juiz ficam restritos ao material probatório produzido nos autos.²⁶ O nosso ordenamento ainda admite em algumas situações a prova legal, como ocorre nos arts. 366 e 401. Nesses casos, o limite do livre convencimento motivado do juiz fica restrito à prova expressamente prevista na lei; sua ausência, não autoriza o juiz julgar em sentido contrário à omissão que dela decorre.

²⁶ Greco, ob. cit., 2º v., p. 198.

10. Dever de Colaboração com a Justiça

Como disciplina geral, o art. 14, do CPC, capitula os deveres da lealdade e verdade processuais. Especificamente quanto ao tema da prova, o art. 339, do CPC, estipula que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Segue a norma prescrevendo competir às partes: comparecer à juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; e, praticar ato que lhe for determinado; e, ao terceiro incumbe: informar o juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento, e, exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.

O regime jurídico de ordens judiciais, do CPC, pode ser assim descrito: a) art. 14, V, - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraço à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final; b) art. 17, IV, (*não* opor resistência injustificada ao andamento do processo); e, c) art. 600, III, do (*não* resistir injustificadamente às ordens judiciais). Por seu turno, as respectivas sanções são: a) art. 14, p. único, (ato atentatório ao exercício da jurisdição) - multa a ser fixada de acordo com a gravidade da conduta, limitada a 20% do valor da causa, revertendo em favor da União ou do Estado; b) art. 18, (litigância de má-fé do art. 17) conjuga multa punitiva de 1% + indenização limitada a 20%, ambas recaindo sobre o valor da causa, a serem aplicadas concomitantemente, inclusive de ofício pelo juiz ou tribunal, em favor da parte; e, c) art. 601, (atos atentatórios à dignidade da justiça) - multa em montante não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução, em favor do credor.²⁷

²⁷ Sobre o tema, com desenvolvimento, Nelson Rodrigues Netto, *A Fase Atual da Reforma Processual e a Ética no Processo*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 31, jan/mar, 2004; Revista de Direito do Trabalho. Curitiba: Genesis, nº 136, abr/2004; Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº 373, mai/jun, 2004, p. 449-458.

11. Poderes Instrutórios do Juiz

Complementar ao ônus da prova encontra-se o tema dos poderes instrutórios ou investigatórios do juiz. O art. 130, do CPC, dispõe que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. A doutrina tradicional conquanto admitisse que o juiz pudesse tomar a iniciativa da produção de provas, deveria fazê-lo por exceção, motivadamente e supletivamente à atividade das partes.²⁸

Atualmente, a doutrina tem se posicionado no sentido de que a atividade instrutória deve caber tanto às partes, quanto ao juiz. A limitação decorrente do princípio dispositivo é relativa ao conhecimento pelo juiz *ex officio* de alegações não deduzidas pelas partes e que a lei exige sua iniciativa. Afirma-se, atualmente, que a atividade probatória não está limitada à iniciativa da parte e que o ônus da prova é regra de julgamento e não de procedimento, vale dizer, de produção de prova.²⁹ É razoável admitir que, da mesma forma com que o juiz está autorizado a indeferir diligências inúteis ou protelatórias, está autorizado a determinar provas que repute necessárias para solução do litígio. Em ambas as hipóteses, parece-nos lícito exigir que o juiz apresente as razões de sua decisão e submeta a produção da prova ao contraditório, sob pena de perder sua imparcialidade. Conferir, nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes” (RT 729/155).

²⁸ Moacyr Amaral Santos, ob. cit., 2º v, p. 356; Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, 6ª ed., v. 2, p. 455.

²⁹ Nery-Nery, ob. cit., 4ª ed., p. 606; Marcelo Abelha Rodrigues, ob. cit., 304/7 e 317/8.

A lei autoriza a iniciativa do juiz na realização da prova, por exemplo nos arts. 342, 399, art. 418, I e II, 437, e, 440. O “estado de perplexidade”, citado na ementa transcrita é, a nosso ver, exatamente a necessidade de esclarecimento sem o qual o juiz fica num impasse sem poder solucionar o litígio. Por último, a despeito da atividade instrutória do juiz, a vedação do *non liquet* impõe a aplicação do ônus da prova, na forma do art. 333, do CPC.

12. Depoimento Pessoal

O depoimento pessoal consiste em manifestação da própria parte em juízo, por força de requerimento formulado ao juiz pela parte contrária (art. 343, do CPC). O depoimento pessoal é *meio de prova*, devendo ser requerido pela parte contrária, visando sempre provocar a confissão, sendo realizado na audiência de instrução e julgamento. Difere, portanto, do *interrogatório* que é determinado de ofício pelo juiz, em qualquer estado do processo, a fim de se esclarecer sobre fatos da causa, não havendo a cominação da pena de confesso (art. 342, do CPC).

Deste modo, as *pessoas incapazes* podem ser interrogadas, entretanto, não podem prestar depoimento pessoal, uma vez que não podem sofrer efeitos de confissão.

Não há diferença na forma de inquirição da parte, seja mediante interrogatório ou depoimento pessoal, a qual se faz na forma da inquirição de testemunhas (art. 344, do CPC). A intimação para depoimento pessoal deve ser feita pessoalmente à parte, constando expressamente do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça, ou comparecendo, se recuse a depor (art. 343, §§1º e 2º, do CPC). Admite-se que o depoimento seja realizado por procuradores com poderes especiais somente em se tratando de pessoa jurídica. É vedada a leitura de texto adrede preparado, visando a garantia da espontaneidade e da sinceridade do depoimento, ressalvada a consulta de notas (art. 346, do CPC). A parte não está obrigada a depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados, ou fatos a cujo respeito deva guardar sigilo por estado ou profissão, ressalvados casos de ações de filiação,

separação judicial e anulação de casamento (art. 347, do CPC). No caso do depoimento, não há vedação de depor por estar a parte sujeita a imputação de responsabilidade penal por violação de sigilo profissional.

13. Confissão

A confissão, rigorosamente, não é meio de prova, antes, é o resultado ou, ainda, a própria prova. Há confissão quando a parte admite a verdade de um fato contrário a seu interesse e favorável ao adversário (art. 348, 1ª parte, do CPC). A confissão pode ser *judicial* ou *extrajudicial*. Por seu turno, a confissão judicial pode ser *provocada* ou *espontânea*. A confissão provocada é aquela obtida pela inquirição da parte, em depoimento pessoal, quando devidamente intimada, sob pena de confesso. A confissão espontânea, realizada pela própria parte ou por mandatário com poderes especiais deve ser tomada a termo em juízo (art. 349, do CPC). A confissão realizada por um dos litisconsortes não prejudica os demais, sendo que quando se tratar de litisconsórcio unitário é de ser considerada válida contra o confitente, mas, ineficaz com relação aos litisconsortes. Não se admite a confissão sobre fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 351, do CPC).³⁰ A confissão é irretratável e indivisível, não podendo a parte querer aceitá-la ou rejeitá-la parcialmente, para assim se beneficiar. Entretanto, é possível que a parte pretenda se beneficiar de parte da confissão corroborando-a com outros fatos distintos daqueles que foram objeto da confissão. Nesse sentido é a regra do art. 354, do CPC. A confissão é relativa a fatos, objeto de prova, portanto, não se confunde com o reconhecimento jurídico do pedido, ato dispositivo do direito material subjacente à lide, provocando inexoravelmente a extinção do processo com julgamento de mérito em desfavor do réu. Pode acontecer que a despeito da confissão, remanesça a controvérsia sobre a interpretação do direito, ou até mesmo, que do conjunto probatório, resulte vitorioso o confitente. Pendente o processo, é possível

³⁰ São indisponíveis os direitos fundamentais do homem, como a saúde, a vida, a liberdade, a cidadania, o estado familiar, nacional e social da pessoa, Nery-Nery, ob. cit., p. 736.

anular a confissão por meio de ação anulatória, quando obtida por erro, dolo, coação (art. 352, I, do CPC), caso em que deverá haver a suspensão processo, *ex vi*, art. 265, IV, 'b', do CPC. Após o trânsito em julgado, é possível propor ação rescisória, desde que a confissão viciada seja o único fundamento da decisão rescindenda (art. 352, II cc. art. 485, VIII, do CPC).

14. Prova documental

Leciona Chiovenda que documento é “toda representação material destinada e idônea a reproduzir uma dada manifestação do pensamento”. Logo, documento não é apenas papel escrito, e sim todo e qualquer suporte físico que revele um fato. Em um sentido estrito, documento é prova escrita.³¹ Por seu turno, *instrumento* é o documento especialmente preparado para a prova de um negócio jurídico.

O CPC determina que os documentos para prova dos fatos alegados pelo autor devem ser acostados à petição inicial, enquanto, o demandado deve juntar os documentos comprobatórios de suas alegações na contestação (art. 396). Ocorre que os Tribunais têm sido condescendentes quanto à juntada de documentos a qualquer tempo, independentemente de se tratar de fatos novos, que autorizam documentos novos (art. 397). Contudo, é necessário entender que o juiz ou o Tribunal devem apreciar o documento segundo o estado do processo, no momento em que foram juntados, não podendo voltar atrás para rediscutir questões já decididas.

14.1. Espécies

Dependendo de sua origem, os documentos podem ser *públicos* ou *particulares*.

Os documentos podem ainda ser distinguidos em *originais* ou *cópias*, sendo que fazem a mesma prova que os originais: a) as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas; b) os traslados e as certidões extraídas por oficial

³¹ Humberto Theodoro Jr., ob. cit., v I, p. 407.

público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas; e, c) as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais (art. 365, do CPC). O art. 365, em sua nova redação, prevê o uso de mecanismos digitais no tocante à prova documental.

14.2. Força probante dos documentos

O *documento público* gera presunção de autenticidade das circunstâncias de sua formação e das declarações ouvidas pelo oficial (não do conteúdo das declarações), conforme art. 364, do CPC. Documento público é aquele elaborado por autoridade pública, que tenha fé pública.³² Em sendo a autoridade incompetente, desde que subscrito pelas partes tem a força probatória de documento particular (art. 367, do CPC). O juiz não pode formar convicção contra o teor do documento público, salvo prova de falsidade (art. 387, do CPC). Atos que a lei exige como essencial o instrumento público, a forma e a prova são *ad solemnitatem*, e o juiz não pode aceitar como praticados sem o instrumento: há prova legal (art. 366, do CPC).

Os *documentos particulares* são aqueles não emanados de autoridade pública. Reputa-se *autor do documento particular*: a) aquele que o fez e o assinou; b) aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; e, c) aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos (art. 371, I a III, do CPC). Os livros comerciais são exemplos das hipóteses supra ‘a’ e ‘b’. A *declaração de vontade prova contra quem assinou* (art. 368, do CPC), mas a declaração de ciência exige o ônus da prova a quem interessa (art. 368, p. único).³³ Tome-se de exemplo, a afirmação da data de construção de um prédio: há prova da autoria e do contexto, contudo, não há prova do fato de que aquela data é efetivamente a data da construção. Reputa-se autêntico o documento quando o tabelião reconhecer a

firma do signatário, quando aposta em sua presença (art. 369, do CPC), salvo prova de falsidade (art. 387, do CPC). Caso contrário, há *firma reconhecida* por semelhança. No tocante à *data* do documento, a dúvida entre as partes se prova por qualquer meio em direito admitido (art. 370, 1ª parte, do CPC). Contudo, em *relação a terceiros*, considera-se datado: a) no dia em que foi registrado; b) desde a morte de algum dos signatários; c) a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários; d) da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; e, e) do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento (art. 371, I a V, do CPC).

Produzido pelo seu autor, o documento é *indivisível*, não podendo ser aproveitado em parte e descartado em parte, salvo prova de que um ou alguns dos fatos dele constante não ocorreram (art. 373, p. único, do CPC).³⁴

No tocante a *livros comerciais*, fazem prova contra o autor (art. 378, do CPC); preenchidos os requisitos legais de escrituração provam a favor de seu autor (art. 379, do CPC), mas em qualquer caso admitem prova de que não correspondem à verdade dos fatos.³⁵ O juiz pode exigir a *exibição parcial* dos livros e documentos comerciais (arts. 381 e 382, do CPC, cc. arts. 1190 a 1093, do CC).³⁶ A *exibição integral* de livros comerciais dependerá de autorização judicial, sendo autorizada somente em casos de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem ou em casos de falência (art. 1.191, do CC, c.c. art. 381, do CPC).

No tocante às *cópias* de documentos particulares, valem como certidão sempre que o escrivão portar por fé sua conformidade com o original (art. 384, do CPC). Fazem prova dos fatos ou coisas representadas, as reproduções mecânicas quando admitidas contra quem se

³⁴ Nesse sentido Araújo Cintra, ob. cit., p. 107.

³⁵ Theodoro Jr., ob. cit., p. 413.

³⁶ Aplicam-se as Súmulas do STF nº 260: “O exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes” e nº 439: “Estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”; no sentido desta última súmula é o art. 1.193, do CC, que releva a restrição do respectivo capítulo.

³² Arruda Alvim, ob. cit., 2 v, p. 518.

³³ Theodoro Jr., ob. cit., p. 411, Greco, ob. cit., p. 212, Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 107.

produz (art. 383, do CPC), e em sendo impugnadas, exige-se produção de prova pericial (art. 383, p. único). A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e *certificar* a conformidade com o original (art. 385, do CPC). Em face disso, é possível a apresentação das chamadas cópias simples em juízo, as quais somente perdem sua fé se forem impugnadas pela parte contra quem foram produzidas (art. 383, do CPC, e art. 225, do CC).

14.3. Arguição de falsidade documental

Antes de ingressarmos propriamente no incidente de falsidade documental é importante fazer uma distinção entre a falsidade ideológica e a falsidade material.

A falsidade ideológica está ligada ao conteúdo do documento, ainda que este esteja materialmente perfeito, ele padece de vícios de consentimento: erro ou ignorância, dolo, coação, simulação, estado de perigo, lesão, e fraude (arts. 138 a 165, do CC). Nessas hipóteses, exige-se uma ação constitutiva negativa para anulação do ato viciado, a qual deve ser proposta dentro do prazo decadencial de 4 anos, e cujos termos iniciais estão elencados na lei, conforme o art. 178, do CC.³⁷ Por outro lado, a falsidade material do documento, importa num vício em seu suporte físico, significa dizer, que o documento é formado com vício ou é adulterado, independentemente da veracidade de seu conteúdo (art. 387, do CPC). É importante notar que o art. 387, parágrafo único, I, do CPC, que prescreve que “a falsidade consiste em formar documento não verdadeiro” está ligado ao art. 388, II, do CPC, que preceitua que “cessa a fé do documento particular quando assinado em branco, for abusivamente preenchido”.

A falsidade documental pode ser objeto de ação autônoma (art. 4º, II, do CPC) ou da ação incidental que ora tratamos. O presente incidente tem natureza jurídica de ação

declaratória, que por exceção refere-se a um fato, justificando-se, porém, a permissão legal porque do documento emanam diretamente relações jurídicas. O incidente pode ser *suscitado* em qualquer tempo e grau de jurisdição, no *prazo* de 10 dias da intimação de sua juntada (art. 390, do CPC), sob pena de *preclusão*. Nada obstante, poderá provocar *ação rescisória* (art. 485, VI, do CPC), quando a sentença de mérito se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória. A parte que produziu será intimada para responder em 10 dias; cabendo perícia e audiência para prova oral (art. 392, do CPC). Se o incidente for *suscitado antes da audiência*, corre nos próprios autos principais; *se depois*, deverá ser autuado em apartado (art. 393, do CPC). Há grave divergência doutrinária sobre a natureza da decisão, que pode ser assim resumida: a) trata-se de decisão interlocutória, portanto, passível de recurso de agravo³⁸; b) trata-se de sentença, apelável³⁹; c) se o incidente for suscitado antes da audiência, a decisão está sujeita a recurso de agravo; se depois, cabível apelação.⁴⁰ Havendo grave divergência doutrinária e jurisprudencial, dentro de uma mesma quadra histórica é de se reconhecer a aplicação do *principio da fungibilidade recursal*.⁴¹

A impugnação de autenticidade da assinatura ou veracidade de seu contexto (art. 372, do CPC), que surge igualmente como um incidente processual, deve ser suscitada no prazo de 10 dias da ciência dos documentos, sob pena de preclusão, cessando a eficácia da admissão expressa ou tácita, desde que provado que o documento foi obtido mediante erro, dolo ou coação (art. 372, p. único, do CPC). Cessa fé do documento particular, desde que lhe for contestada a assinatura (art. 388, I, do CPC) e o ônus da prova é daquele que produziu o documento (art. 389, II, do CPC).⁴²

³⁷ Theodoro Jr., ob. cit., p. 416; Luiz Rodrigues Wambier *et alli*, *Curso avançado de direito processual civil*, v 1, p. 469.

³⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos no CPC brasileiro, passim*.

³⁹ Greco, ob. cit., p. 214.

⁴⁰ Nery-Nery, ob. cit., p. 870.

⁴¹ Nesse sentido, Arruda Alvim, ob. cit., p. 526, Marcos Vinicius Rios Gonçalves, ob. cit., p. 449.

⁴² Araújo Cintra, ob. cit., pp. 113/4.

15. Exibição de Documento ou Coisa

No tocante à exibição de documento ou coisa é possível divisar exemplo de *ações concorrentes* no sentido de o sistema disponibilizar mais de uma ação visando a tutela da mesma pretensão. Entretanto, eleita uma via, não se admite o exercício de outra. Assim, são três hipóteses de ações com a finalidade de obter a exibição de um documento ou de uma coisa.⁴³ É possível haver uma ação autônoma principal, mediante a qual exaure-se o interesse material do demandante; uma ação cautelar preparatória, na forma dos arts. 844 e 845, do CPC⁴⁴; e, a ação de exibição, mediante procedimento incidental na fase probatória do processo.⁴⁵

Comportará *requisição judicial*, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, às repartições públicas de certidões necessárias à prova das alegações das partes, ou de procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta, quando serão extraídas certidões ou cópias de peças, inclusive podendo ser fornecidos por meio eletrônico (art. 399, do CPC).

Há uma distinção de procedimento e de eficácia da decisão, em se tratando de exibição de documento ou coisa movida em face de uma das *partes* ou de *terceiro*. Em se tratando da *parte*, a petição inicial conterà os seguintes requisitos: individualização, tão completa quanto possível do documento ou coisa, a finalidade da prova, indicando os fatos que com ele se relacionam, e as circunstâncias em que se funda para afirmar que o documento ou a coisa existe e está em poder da parte contrária (art. 356, I a III, do CPC). Humberto Theodoro Jr. manifesta-se favorável à determinação da exibição de ofício pelo juiz, em virtude de ser procedimento incidental e considerando ainda

o poder instrutório do art. 130, do CPC.⁴⁶ O requerido terá prazo para resposta de 5 dias, e se negar a posse, cabe ao requerente desincumbir-se do ônus da prova (art. 357, 2ª parte, do CPC). O juiz não admitirá a recusa do requerido: a) se este tiver a obrigação legal de exhibir (art. 358, I, do CPC), como por exemplo em caso de livros comerciais; b) se ele próprio aludiu ao documento ou coisa com intuito de fazer prova; e, c) se o documento, por seu conteúdo for comum às partes (art. 358, II e III, do CPC), nesse último caso é exemplo a única via do contrato objeto da lide. Se o requerido se quedar inerte, ou não apresentar o documento ou a coisa, ou ainda, se a recusa invocada for reputada ilegítima, o juiz ao decidir, admitirá os fatos que com eles se pretendia demonstrar como verdadeiros (art. 359, do CPC). No procedimento com relação ao terceiro, este será citado para responder no prazo de 10 dias (art. 360, do CPC). Em relação às partes, a ação incidental de exibição segue no processo principal (*simultaneus processus*), haja vista envolver as mesmas partes. Com relação ao terceiro, há outra ação, com outra relação processual, exigindo a autuação do processo em apartado, a qual será julgada por sentença e recorrível por meio de apelação.⁴⁷ O art. 361, do CPC, é expresso em preceituar que a ação de exibição em face de terceiro é resolvida por meio de sentença. Se o terceiro alegar que inexistente a obrigação de exhibir ou que não tem a posse do documento ou da coisa, o juiz determinará audiência para tomar depoimento do terceiro e das partes, e se necessário ouvir testemunhas, para em seguida proferir sentença (art. 361, do CPC). Se a recusa for considerada injustificada, o juiz ordenará o depósito no prazo de 5 dias (tutela mandamental), em cartório ou outro lugar designado; havendo descumprimento o juiz expedirá mandado de busca e apreensão (tutela executiva 'lato sensu'), sem prejuízo da ação penal por crime de desobediência (art. 362, do CPC).

O art. 363, elenca situações em que a parte ou o terceiro podem legitimamente se escusar de exhibir em juízo, o documento ou a coisa, não prevalecendo a regra do art. 358, tampouco podendo incidir os preceitos

⁴³ Nesse sentido, Vicente Greco Filho, ob. cit., 2º v, p. 207; Marcelo Abelha Rodrigues, ob. cit., 368.

⁴⁴ Arruda Alvim aponta que a ação dos arts. 844/845, do CPC, não precisa necessariamente ser cautelar, ob. cit., 2. v, p. 528. Parece-nos que será, então, a hipótese da ação autônoma, que deve seguir procedimento comum.

⁴⁵ O fato de se tratar de procedimento incidental, não retira a natureza de ação da exibição dos art. 355 e ss, do CPC, conforme expressamente, Humberto Theodoro Jr., ob. cit., v I, p. 400; Amaral Santos, 2º v., p. 433.

⁴⁶ Ob. cit., 39ª ed., v I, . 394, nota 40.

⁴⁷ Nery-Nery, ob. cit., p. 855.

contidos nos arts. 359 e 362, do CPC. Destarte, a recusa é legítima quando; a) o documento ou a coisa for concernente a negócios da própria vida da família do requerido; b) se a sua apresentação puder violar dever de honra; c) se a publicidade do documento redundar em desonra ou risco de ação penal em face da parte, do terceiro, ou de seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; d) se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; e, e) se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa (art. 363, I a V, do CPC). Se esses motivos disserem respeito somente à parte do documento, o juiz determinará a extração de suma da outra parte para ser apresentada em juízo (art. 363, p. único, do CPC). Barbosa Moreira esclarece que, apesar de natureza de ação movida em face de terceiro, essa não tolhe a determinação de exibição de documento ou coisa, de ofício, pelo juiz.⁴⁸

16. Prova Testemunhal

São elementos característicos da prova testemunhal: a) pessoa natural e capaz; b) estranha ao feito; c) que deve saber sobre o fato litigioso; d) convocada a depor; e) não estar impedida ou for suspeita.

16.1. Incapacidade, impedimento e suspeição da testemunha

São *incapazes* de depor: a) o interdito por demência; b) o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discernilos; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; c) o menor de 16 (dezesesseis) anos; o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam (art. 405, §1º, do CPC). Não se deve olvidar que o Código Civil em vigor desde 10 de janeiro de 2003, alterou o rol dos absolutamente incapazes, conforme

⁴⁸ O autor invoca como fundamento os arts. 130, 339, 340, III, 341, II, do CPC, *Novo processo civil brasileiro*, p. 62.

seu art. 3º. São *impedidos* de depor: a) o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade 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; b) o que é parte na causa; c) o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes (art. 405, §2º, do CPC). E, por sua vez, são considerados *suspeitos* para depor: a) o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; b) o que, por seus costumes, não for digno de fé; c) o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo; d) o que tiver interesse no litígio. (art. 405, §3º, do CPC). Em sendo estritamente necessário, *o juiz poderá ouvir sem compromisso o indivíduo impedido ou suspeito*, mas não o incapaz (art. 405, §4º, do CPC). A testemunha *não é obrigada a depor* sobre fatos que lhe acarrete grave dano, assim como a seu cônjuge, parentes consanguíneos e afins em linha reta e colateral de 2º grau, ou em virtude de sigilo profissional (art. 406, do CPC). Nesta última hipótese, a testemunha está proibida de depor, sob pena de crime de violação de sigilo profissional (art. 154, CP).

16.2. Proposição, deferimento e produção

Como toda prova, a testemunhal deve ser requerida na petição inicial (art. 282, VI, do CPC) e na contestação (art. 300). A prova será deferida, ou não, na fase de saneamento, em audiência preliminar, ou fora dela se a mesma for dispensada pelo juiz, no procedimento ordinário (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC). A prova testemunhal deve ser produzida em audiência de instrução e julgamento (art. 410, *caput*, cc. art. 412, do CPC). Excepcionalmente é possível prestarem depoimento em outro local e momento: por carta precatória, depoimento antecipado (inclusive, por intermédio de ação cautelar de antecipação de prova, do art. 846, do CPC), ou, em decorrência de função relevante

exercida dentro da federação (art. 411, do CPC).

A testemunha é intimada a comparecer à audiência para prestar testemunho, podendo ser conduzida se deixar de comparecer sem justificativa, respondendo pelas despesas decorrentes do adiamento (art. 412, do CPC). Pode deixar-se de intimar a testemunha quando a parte comprometer-se a levá-la à audiência, presumindo-se que desistiu de ouvi-la em caso de ausência (art. 412, §1º, do CPC).

É lícito à parte contrária daquela que produz a prova testemunhal, contraditar a testemunha, sob argumento de incapacidade, impedimento ou suspeição, devendo fazê-lo logo após a qualificação, e produzindo-se provas no ato (art. 414, §1º, do CPC).

A testemunha presta *compromisso* de dizer a verdade, sob sanção penal (art. 415, do CPC). É lícita a *acareação* entre testemunhas e entre estas e as partes, determinadas de ofício ou mediante requerimento (art. 418, II, do CPC). É admitido, igualmente, a intimação de testemunhas referidas.

O juiz interrogará as testemunhas na audiência (art. 446, II, do CPC), podendo as partes formular perguntas visando esclarecer o depoimento, pela ordem: primeiro a parte que arrolou a testemunha, após a parte contrária (art. 416, do CPC). No procedimento ordinário a parte deverá depositar rol de testemunhas até 10 dias antes da audiência, podendo ser arroladas no máximo 10 testemunhas, limitadas 3 para prova de cada fato; a substituição de testemunhas é autorizada em caso de morte, enfermidade, ou quando não encontrada pelo oficial de justiça em virtude de mudança de endereço (art. 407 cc. art. 408, do CPC).

17. Prova Pericial

A prova pericial pode consistir de *exame*, *vistoria* e *avaliação*, sendo certo que a lei não as define (art. 420, do CPC). O exame versa sobre a inspeção por meio de perito sobre pessoas, coisas, móveis e semoventes, para verificação de fatos ou circunstâncias que interessam à causa.⁴⁹ A vistoria consiste de inspeção relativamente a imóveis. Por sua vez, a avaliação é destinada à estimação do valor

em moeda, de coisas, direitos ou obrigações. As partes podem formular quesitos os quais não podem levar a conclusões jurídicas; estas competem exclusivamente ao juiz da causa.

O juiz deve definir o objeto da perícia, nomeando o perito e fixando de imediato o prazo para entrega do laudo (art. 421, do CPC). O perito não pode ser impedido ou suspeito (art. 138, III, c.c. art. 423, do CPC). As causas de impedimento e suspeição estão arroladas, respectivamente, nos arts. 134 e 135, do CPC. Por ser *nomeado*, não há necessidade de prestar compromisso (art. 422, 1ª parte, do CPC). O perito deve ser *técnico especializado* na área do conhecimento da perícia, demonstrado conforme a regulação da profissão técnica de nível médio ou superior, consoante previsão legal (art. 424, I, do CPC).

Intimadas as partes da nomeação do perito, terão prazo de 5 dias para apresentarem *quesitos* e *assistentes técnicos* (art. 421, §1º, do CPC). As partes estão autorizadas a formular *quesitos suplementares* durante a diligência, devendo a parte contrária ser intimada (art. 425, do CPC). Os *assistentes técnicos* são auxiliares das partes e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição (art. 422, 2ª parte, do CPC). O *laudo* pericial deverá ser apresentado em cartório com pelo menos 20 dias de antecedência da audiência, sendo que os *assistentes* poderão oferecer *pareceres* no prazo de 10 dias contados da intimação das partes da apresentação do laudo (art. 433, *caput*, e p. único, do CPC). As partes estão autorizadas a pedir *esclarecimentos* em audiência do perito ou dos assistentes técnicos, devendo apresentar novos quesitos (art. 435, do CPC), aqueles devendo ser intimados com antecedência de 5 dias, sob pena de não estarem obrigados a comparecer (art. 435, parágrafo único, do CPC).

É possível a realização de uma *segunda perícia*, quando a matéria não tiver ficado suficientemente esclarecida, sendo que a nova perícia deverá corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados da primeira (arts. 437 e 438, do CPC). Pelo princípio do livre convencimento motivado, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 131 cc. art. 436, do CPC)

⁴⁹ Amaral Santos, ob. cit., 2º v., p. 481.

18. Inspeção judicial

Costuma-se afirmar que a inspeção judicial é meio de prova facultativo. O art. 440, do CPC, preceitua que o juiz pode, de ofício ou mediante requerimento, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. Verifica-se, desde logo, que a inspeção judicial *não está limitada à fase instrutória*, podendo ocorrer antes da prolação da sentença. A inspeção judicial *recai* sobre pessoas ou coisas. O juiz poderá ser

assistido por peritos, devendo as *partes* ser intimadas para acompanhar a diligência, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse à causa (arts. 441 e 442, p. único, do CPC). A inspeção judicial é *obrigatória* quando se tratar de exame e interrogatório de interditando, consoante o art. 1.181, do CPC.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. Vol. IV
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Novo processo civil brasileiro**. 25ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE. **Principios de Derecho Procesal**. *Civil*. Edição espanhola. Madri: Instituto Editorial Réus, 1922. Tomo I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. 3.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 2.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 4ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. Vol. 1.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. **A fase atual da reforma processual e a ética no processo**. *Revista Forense*. n. 373. p. 449. Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004.
- _____. **Recursos no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004.
- _____. **Do Seguro**, in, **Comentários ao Código Civil Brasileiro** (coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2004. Volume VII, p. 153-425.
- _____. **Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva 'Lato Sensu'**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 2.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. 1.
- WAMBIER, LUIZ RODRIGUES et alli. **Curso Avançado de direito processual**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005..