

Para o querido Romeu (in memoriam).







SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO	17
PALAVRAS AO LEITOR.....	19
PRIMEIRA PARTE – TEORIA GERAL DA PROVA.....	21
1. Introdução: aspectos da parte geral do capítulo das provas do CPC: arts. 369 a 380	21
1.1. Tecnologia e provas: novos rumos da prova civil.....	22
1.2. Algumas repercussões da teoria geral da prova na execução civil e no cumprimento de sentença	23
1.3. Negócios jurídicos processuais e provas	24
2. Linhas gerais sobre a atipicidade das provas: art. 369.....	25
3. Apontamentos sobre a ilicitude da prova.....	26
4. A distinção entre meio de prova e fonte de prova	27
4.1. A disciplina (meios e fontes) da prova pertence ao direito material ou ao direito processual?	28
5. Considerações sobre os chamados “princípios” que regem a prova civil.....	29
5.1. A colaboração no processo e as provas.....	30
6. A hierarquia das provas.....	32
7. Os quatro momentos da prova no processo: requerimento, admissão, produção e valoração	33
8. O poder instrutório do juiz e as polêmicas que esse tema desperta: art. 370 ...	39
8.1. Direitos indisponíveis e poder instrutório do juiz	44
8.2. A iniciativa probatória dos tribunais.....	47
9. Ônus da prova, sua redistribuição (dinâmica) e o ônus financeiro da prova....	48
9.1. O significado da expressão “ônus processual”	48
9.2. O ônus probatório	48
9.2.1. A redistribuição do ônus prova (o chamado “ônus dinâmico da prova”).....	50



9.2.1.1.	Notas sobre a “facilidade na obtenção” da prova como critério da redistribuição do ônus probatório	53
9.2.1.1.1.	A redistribuição – apenas – do ônus financeiro da prova e a influência do comportamento da parte nessa redistribuição	54
9.2.1.2.	As presunções no processo e a redistribuição do ônus	57
9.2.2.	Ônus subjetivo e ônus objetivo: significados e importância...	59
9.2.2.1.	O momento em que o juiz pode efetuar a redistribuição	60
9.2.2.1.1.	Segue: a esfera da defesa do consumidor e as novas regras processuais	61
9.2.3.	Algumas considerações sobre a teoria da redistribuição “sempre parcial” do ônus da prova	62
9.2.4.	Hipótese em que a redistribuição não pode ocorrer: art. 373, § 2º	64
9.2.5.	A redistribuição convencional do ônus da prova: art. 373, § 3º	64
10.	Os fatos que não dependem de prova: art. 374	65
10.1.	Alguns aspectos da prova do dano moral	67
10.2.	Segue: do dano moral devido à pessoa jurídica	68
11.	As regras de experiência comum e as de experiência técnica: art. 375	69
11.1.	Breve análise da limitação prevista no art. 230 do Código Civil	70
12.	O dever de provar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário “se assim o juiz determinar”: art. 376	71
13.	Questões de direito intertemporal: a aplicação das novas regras sobre prova aos processos pendentes	72
SEGUNDA PARTE – PROVAS EM ESPÉCIE		75
1.	Considerações iniciais	75
1.1.	Breves notas sobre alguns meios de prova atípicos	77
1.1.1.	A constatação feita por Oficial de Justiça através de auto circunstanciado (art. 66 da Lei 8.245, de 1991) e as constatações feitas por juiz e até por autoridade policial	78

1.1.2.	O comportamento das partes	79
1.1.3.	Declarações escritas de terceiros ou das possíveis testemunhas	82
1.1.4.	Prova por amostragem ou por estatística	83
2.	Procedimentos probatórios previstos no novo CPC.....	84
2.1.	A prova emprestada: art. 372	85
2.2.	A produção antecipada de prova: art. 381, §§ 1º a 3º	87
2.2.1.	Segue: fundada na urgência: art. 381, inciso I	89
2.2.2.	Segue: desvinculada de urgência: art. 381, III	91
2.2.3.	Segue: viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito: art. 381, II	95
2.2.4.	Segue: fundada em mais de uma hipótese legal.....	97
2.2.5.	Segue: a nova concepção do arrolamento de bens no âmbito da produção antecipada de provas: art. 381, § 1º	98
2.2.6.	Segue: a “justificação” no âmbito da produção antecipada de provas: art. 381, § 5º	99
2.2.7.	Segue: a petição inicial: art. 382	100
2.2.8.	Segue: procedimento: defesa e recurso: art. 382, §§ 3º e 4º ...	101
2.2.8.1.	Segue: ausência de defesa e de recurso: consequências.....	104
2.2.9.	Apontamentos sobre as relações entre provas pré-constituídas (mandado de segurança e ação monitória) e provas antecipadas	106
2.3.	A ata notarial: art. 384	108
2.3.1.	Segue: e o reconhecimento extrajudicial de usucapião	110
2.4.	O depoimento pessoal: art. 385	111
2.4.1.	O interrogatório determinado pelo juiz.....	112
2.4.2.	A recusa injustificada em depor: arts. 385, § 1º e 386	113
2.4.3.	A recusa justificada em depor: art. 388	116
2.4.3.1.	Não há recusa justificada nas ações de estado e de família: art. 388, parágrafo único?.....	117
2.4.4.	Depoimento pessoal prestado através de “recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”: art. 385, § 3º	119

2.4.5.	A pessoa jurídica e o incapaz não prestam depoimento pessoal	120
2.4.5.1.	Depoimentos prestados por procuração.....	121
2.4.6.	As perguntas devem ser formuladas diretamente ao depoente: art. 459.....	122
2.4.7.	O depoimento dos litisconsortes	122
2.5.	A confissão: art. 389	123
2.5.1.	Segue: procedência do pedido.....	125
2.5.2.	Segue: e litisconsórcio	125
2.5.3.	Segue: direitos indisponíveis.....	126
2.5.4.	Segue: caráter irrevogável e hipóteses de anulação: art. 393 ...	127
2.5.5.	Segue: por procuração.....	128
2.6.	A exibição de documento ou coisa.....	129
2.6.1.	Segue: a resposta da outra parte: art. 398	130
2.6.2.	Segue: a recusa da exibição e a consequência da admissão dos fatos como verdadeiros: arts. 399 e 400.....	131
2.6.2.1.	Segue: aumento nos poderes do juiz: art. 400, parágrafo único	133
2.6.3.	Segue: ação de exibição: art. 401.....	135
2.6.3.1.	Segue: defesa do terceiro e fase instrutória: arts. 402 a 404.....	135
2.6.3.2.	Segue: decisão final e cumprimento de sentença: arts. 402 e 403.....	138
2.7.	Prova documental	140
2.7.1.	A força probante dos documentos.....	141
2.7.1.1.	Notas sobre a inexistência de “prova plena” no processo civil brasileiro	143
2.7.2.	O valor das provas extraídas da “rede mundial de computadores” e dos documentos eletrônicos em geral.....	143
2.7.2.1.	Documentos físicos convertidos para o meio eletrônico e documentos originariamente eletrônicos convertidos para o meio físico	146
2.7.2.2.	A difícil prova da veracidade da mensagem eletrônica	148

2.7.2.3.	Os principais desafios da utilização de documentos e mensagens eletrônicos como fonte de prova.....	149
2.7.3.	Os diversos aspectos da falsidade documental	150
2.7.3.1.	O incidente de falsidade documental.....	151
2.7.3.1.1.	Coisa julgada e incidente de falsidade.....	153
2.7.3.2.	O recurso cabível contra a decisão que julga o incidente	154
2.7.4.	A produção da prova documental: art. 434	156
2.7.4.1.	A impugnação dos documentos juntados: art. 436.....	158
2.7.4.2.	A requisição de certidões e de documentos à Fazenda Pública: art. 438	159
2.7.4.2.1.	Outras requisições a órgãos públicos em geral.....	160
2.8.	Prova testemunhal	161
2.8.1.	A prova testemunhal como “complemento” da prova documental (art. 444 do novo CPC) e a inconstitucional limitação ao documento “emanado” de uma das partes	163
2.8.2.	A admissão da prova exclusivamente testemunhal nas hipóteses em que a prova escrita não pode ser obtida: parentesco, depósito necessário, hospedagem em hotel ou práticas comerciais: art. 445	165
2.8.2.1.	A visão da jurisprudência a respeito da limitação imposta pelo art. 401 do CPC de 1973 e suas possíveis projeções no novo CPC.....	165
2.8.3.	As pessoas que podem depor como testemunhas: art. 447 ..	167
2.8.3.1.	Notas às hipóteses de impedimento e suspeição das testemunhas: §§ 2º e 3º do art. 447	169
2.8.3.2.	Fatos sobre os quais a testemunha não é obrigada a depor: art. 448 do CPC e art. 229 do Código Civil	174
2.8.4.	O local em que a testemunha deve ser ouvida: art. 449.....	175
2.8.5.	A produção da prova testemunhal: art. 450.....	176
2.8.5.1.	A substituição das testemunhas: art. 451	177



2.8.5.2.	O momento do depoimento: art. 453.....	179
2.8.5.2.1.	A condução coercitiva das testemunhas: art. 455, § 5º	179
2.8.5.2.2.	A chamada “contradita” da testemunha: art. 457.....	180
2.8.5.2.3.	A ordem de oitiva das testemunhas e a adaptação do procedimento: art. 456	183
2.8.5.2.4.	As perguntas formuladas diretamente às testemunhas: art. 459.....	184
2.8.5.2.5.	Um novo encargo para os advogados: a intimação das testemunhas: art. 455	186
2.8.5.2.6.	A gravação dos depoimentos, inclusive pelas partes: arts. 367, § 5º e 460	189
2.8.6.	Inquirição e acareação de testemunhas: art. 461	190
2.9.	A prova pericial: art. 464	191
2.9.1.	A conduta das partes após a intimação da nomeação do perito: impugnação, assistentes técnicos e quesitos: art. 465, § 1º.....	196
2.9.1.1.	A missão do perito e os chamados “quesitos impertinentes”: art. 470, I	198
2.9.2.	A perícia sobre autenticidade de documento ou de natureza médico-legal: estabelecimentos oficiais e gratuidade de justiça: art. 478.....	199
2.9.3.	A livre apreciação da prova pericial: art. 479	200
2.9.4.	A segunda perícia: art. 480	201
2.9.5.	A nova disciplina da distribuição dos honorários periciais e a gratuidade da justiça	202
2.9.6.	A chamada “prova técnica simplificada”: um importante passo na introdução da “testemunha técnica” no processo civil brasileiro: art. 464, § 2º	205
2.10.	A inspeção judicial: art. 481	207
BIBLIOGRAFIA		209





APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO



É com imenso prazer que (re)apresentamos à comunidade jurídica brasileira a Coleção Liebman, que, acreditamos, até os mais jovens conhecem, ainda que apenas “de ouvir falar”.

Trata-se de um conjunto de monografias que, além de baseadas em sólida bibliografia, têm evidente viés pragmático. São livros, portanto, que interessam, a um só tempo, a estudiosos e àqueles que lidam com o direito, na prática: advogados, juízes, promotores, procuradores, defensores públicos.

Esta coleção teve seu primeiro livro publicado em 1977 e nela escreveram então jovens estudiosos que se tornaram grandes processualistas, como José Rogerio Cruz e Tucci, Teori Zavascki, Nelson Nery Junior, entre muitos.

Orientada por Arruda Alvim, que continua nesta função, cujo pensamento e cuja escola sempre tiveram como nota marcante justamente a necessidade de se extrair rendimento prático do estudo e da reflexão sobre teoria, esta coleção homenageia Enrico Tullio Liebman. Este processualista italiano veio ao Brasil fugindo da Segunda Guerra Mundial, que então destruía a Europa. Tivemos a sorte de tê-lo entre nós por muitos anos, formando e ensinando processualistas brasileiros. O Código de Processo Civil de 1973 tem a sua marca e tem-na também o Código de 2015. No CPC de 2015, deram-se passos à frente em vários campos, para resolver problemas que não existiam à época em que foi elaborado o projeto do diploma anterior, como, por exemplo, os conflitos de massa ou a excessiva demora dos processos. Abriu-se mão, em certa dimensão, da segurança, em favor da efetividade, na linha da tendência que se vinha revelando evidente ao longo dos mais de 20 anos de reformas pelas quais passou o CPC de 1973. Mas as linhas fundamentais do pensamento de Liebman no que diz respeito à resolução de conflitos individuais estão visivelmente mantidas, tendo-se, até mesmo, incorporado a sua mudança de opinião quanto às condições da ação, com a exclusão da possibilidade jurídica do pedido como hipótese autônoma.

Publicar na Coleção Liebman sempre foi o desejo maior dos que defendiam suas dissertações ou teses, escritas sob esta orientação: teoria e prática, sempre uma ao lado da outra. Se a teoria não serve à prática, é inútil; se a prática nada tem a ver com a teoria, é porque se terá abastardado em demasia. Por isso, a relevância de se lidar com uma sem tirar os olhos da outra. Os livros da Coleção Liebman sempre ostentaram, e continuarão a ostentar, esta característica.



O outro traço marcante da coleção foi sempre sua variedade temática. Tanto o seu patrono quanto o fundador notabilizaram-se pelo olhar universal, o espírito aberto para o enfrentamento dos mais variados temas do direito processual e a grande aptidão para o debate. Este atributo fez-se refletir na coleção: todos os grandes institutos processuais foram nela contemplados. E assim ela continuará: direito probatório, arbitragem, preclusão (“estabilidade processual”), responsabilidade patrimonial, negócios processuais, fundamentação das decisões, tutela sumária, sentença e precedentes estão entre os temas objeto das obras que integram essa retomada da coleção. Ou seja: nenhuma obsessão monotemática, nenhum credo, nenhuma cartilha. Vigora a liberdade de pensamento – o que obviamente não significa desapego à qualidade nem ao rigor de método.

A Editora RT, a seu turno, sempre se singularizou por apoiar jovens juristas que vieram a se tornar nomes consagrados como Arruda Alvim e Dinamarco.

Nada mais oportuno e elogiável do que a iniciativa da Editora RT de revitalizar esta coleção, em momento tão importante para o Brasil, agora que temos um novo Código de Processo Civil.

TERESA ARRUDA ALVIM

EDUARDO TALAMINI



PALAVRAS AO LEITOR

O material aqui reunido corresponde aos vários estudos que preparei para as aulas que ministro na tradicional Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, atualizado segundo as disposições do novo CPC. Basicamente, *duas colunas* sustentam esses estudos: a doutrina e a jurisprudência, ambas devidamente ancoradas na experiência prática adquirida em mais de 20 anos de advocacia pública, sempre no contencioso cível da Capital do Estado de São Paulo.

O leitor encontrará, na primeira parte desta obra, de forma didática, a visão abrangente que a teoria geral das provas pode fornecer, com seus princípios e diretrizes gerais, enquanto que, na segunda parte, o leitor terá uma visão detalhada de cada uma das provas em espécie previstas pelo novo CPC.

Em linhas gerais, esse estudo vai no sentido da sistematização de um verdadeiro “direito probatório”, que consolide, de uma só vez, todos os institutos, princípios e finalidades que envolvem a prova civil, conforme já vem sinalizando a doutrina contemporânea.

Nas páginas seguintes, portanto, o leitor encontrará, de forma resumida, os principais temas da prova civil, aprofundados na medida do necessário, para que o propósito didático desta obra não se perca, ou seja, para que este estudo não incorra em profundas discussões doutrinárias que, ao final, acabam dificultando o entendimento do conjunto dos temas.

Cumprido deixar consignado que a alteração do meu sobrenome (Bonicio) no Registro Civil, foi também em homenagem aos meus antepassados italianos (Pietro Bonizzi e Teresa Massari) que migraram da Lombardia para o Brasil no século passado em busca dos sonhos que as gerações posteriores concretizaram.

Por último, deixo consignado também meus agradecimentos ao prezado Roberto de Palma Barracco, brilhante aluno na graduação e agora meu orientando no mestrado da USP, pelo auxílio na revisão de boa parte do texto e pelas notícias do direito norte-americano sobre provas.

