

Destinatário da prova não é mais apenas o juiz

17/06/2024

O destinatário da prova não é mais *apenas* o juiz [1]. Essa afirmação fica exposta com a leitura do disposto no artigo 381 do Código de Processo Civil e, também, o parágrafo segundo do artigo 382 [2]. A prova poderá ser produzida sem ter o juiz como destinatário, pelo simples fundamento de poder viabilizar conciliação entre as partes (artigo 381, II) ou para justificar ou evitar o ajuizamento da ação (artigo 381, III).

O juiz, que não é o único destinatário, não poderá até mesmo se pronunciar sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas (artigo 382, §2º). Destacamos que essa mudança de paradigma de não ser o juiz o único destinatário da prova *se aplica em qualquer processo* e não somente da produção antecipada da prova (embora seja ela um ótimo exemplo dessa comprovação).

Pé de igualdade

Assim, o direito constitucional de serem assegurados o *contraditório* e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, artigo 5º, LV), não é apenas na visão do réu, mas também do autor. Deve a ele também ser assegurado o amplo direito de produção de provas.

O “direito à prova” é um desdobramento do direito de ação e de defesa e a ausência da prova tornaria a parte indefesa. Assim, quanto “*maior ênfase se dá ao poder do órgão judicial, menor relevância se tende a dar ao papel das partes em relação à atividade probatória*” [3]. As partes, dessa forma, são colocadas em pé de igualdade, ou até de *prevalência*, em relação ao juiz, quanto à faculdade de determinar o recolhimento do material probatório [4], é garantido o direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado [5].

Tem-se, então, que “a prova” passou a ser considerada também como uma *garantia* [6].

Destacamos que, como certamente o “momento central do processo” é a atividade probatória (a prova é a “alma do processo” [7], “parte decisiva” [8]), como é reconhecido um direito à prova para as partes, a atividade deve se concentrar em suas mãos, pois são elas, as partes, titulares do direito à prova e os sujeitos principais da sua produção [9].

É, portanto, inquestionável o *direito fundamental autônomo à prova*.

Máxima eficiência da prova

Frisamos que a análise de *indeferimento* do pedido de produção da prova, no processo principal indenizatório ou até mesmo na produção antecipada da prova, poderá ser feito pelo juiz. Esse é o disposto no artigo 370, em seu parágrafo único [10], a respeito de provas inúteis ou meramente protelatórias. Dessa maneira, há um princípio de eficácia jurídica da prova legal [11]. A prova produzida, se produzida, deve ser eficaz, do contrário será inútil.

Spacca

Necessário, então, uma “máxima eficiência da prova” (princípio este fundamental) [12], ou máxima potencialidade e efetividade possível [13]. Desse modo, toda prova deferida deverá ter potencialidade de ser útil e eficiente e, se deferida, “*traz intrinsecamente garantia a maximização da utilidade*” [14].

O fundamento pelo indeferimento deve ser pela *inutilidade* da prova ou por ser meramente *protelatória*, não com o fundamento de ser a prova requerida não necessária, pois tendo o juiz como destinatário das provas, não entende ele ser necessário. São argumentos completamente distintos.

Bentham já afirmava que “*a exclusão de toda prova é negativa de jurisdição*” [15].

O *indeferimento* da produção probatória pela inutilidade pode ser, mesmo que realizado pelo julgador, feito de forma técnica, sem subjetividade, e com a devida fundamentação necessária (artigos 375 e 489, §1º).

Linha tênue

A prova pode ser ainda indeferida por ser fato *notório*, afirmado por uma parte e confessado pela parte contrária, admitidos no processo como *incontroversos*, em cujo favor milita a *presunção* legal de existência ou de veracidade (CPC, artigo 374). Contudo, mesmo fatos notórios, na dúvida, podem ser provados [16].

Assim, o indeferimento da produção da prova pode ter como fundamento a sua inutilidade ou superfluidade [17] diante de elementos técnicos do processo – para o deferimento, a prova precisa ser *relevante*. Mesmo assim, trata-se de linha muito tênue, pois a prova, mesmo aparentemente inútil, pode guardar certas peculiaridades para seu deferimento, sendo qualquer indeferimento, nesse sentido, um cerceamento de defesa.

Há um direito fundamental de não serem utilizados conhecimentos privados do julgador no julgamento e em questões probatórias (salvo fatos notórios, artigo 374) [18]. Esse direito tem clara ligação com ampla produção da prova e imparcialidade.

É destacamos que essa análise deve ser fundada em juízo *hipotético* pelo julgador, sendo um julgamento *ex ante* para definir a *admissibilidade probatória*, sendo a regra a admissão e a exceção a não admissão. Como defendido por Badaró, deve haver um *regime de inclusão*, ou seja, a regra é pelo deferimento (na dúvida a prova deve ser deferida) [19].

Destacamos, por fim, que deve o juiz pautar-se na *persuasão racional*, em que não se admite a utilização de conhecimentos privados. O legislador restringiu “o livre convencimento” (CPC/1973, artigo 131) ao retirar do Código a expressão “livremente” (CPC, artigo 371 [20]). Prestigia-se, desse modo, a persuasão racional e a devida “fundamentação na apreciação da prova”. O convencimento deve ser motivado, não pode ser livre e nem pode ser íntimo [21] e, também, não um “momento místico” [22].



Bruno Fuga
Advogado

Referências

AUILO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no Direito Brasileiro* / Rafael Stefanini Auilo – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

ABELLÁN, Marina Gascón. *Os fatos no direito: bases argumentativas da prova* / Marina Gascón Alellán – São Paula: Editora JusPodivm, 2022.

BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal* / Gustavo Henrique Badaró. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

- BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. *In: Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* [S.l.: s.n.], 2015.
- BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales* – 2ª edição, 1847. Jeremy Bentham. Londrina, PR: Thoth, 2020, p. 44. (Coleção Clássicos de Processo Civil em Domínio Público, organizadores da Coleção: Antônio Pereira Gaio Júnior, Bruno Augusto Sampaio Fuga, William Santos Ferreira).
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil* – 2ª edição – 1858/ José Antonio Pimenta Bueno. – Londrina, PR: Thoth, 2021.
- CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil* / Francesco Carnelutti. – Campinas: Bookseller, 2001.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia, 1976, p. 117. Tomo I.
- DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 2.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, 1998.
- FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. *In: Grandes temas do novo CPC*, v. 5: Direito probatório / Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; Coordenadores, William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim. – Salvador: Juspodivm, 2015.
- FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível* / William Santos Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de crítica judiciária*. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 1987. n. 4, p. 109–126, out./dez., 1987.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)*. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Volume 1. 3ª edição correta e atualizada. Max Limonad, São Paulo, 1953.
- SOUZA, Joaquim José Caetano Ferreira e, 1756-1819 *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil* – Tomo I 1880, II 1879, III 1879 e IV 1880. /Joaquim José Caetano Ferreira e Souza. – Londrina, PR: Thoth, 2022.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. Malheiros Editores. 2009.
- ZANETI Júnior, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo* | vol. 116/2004 | p. 334 – 371 | Jul – Ago / 2004.
- VÁZQUEZ, Carmem. *Valoração racional da prova* / (tradução Vitor de Paula Ramos). São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.
- [1] Ver pesquisa completa em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade*. Londrina/Pr. Editora Thoth. 2023.
- [2] 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.
- [3] YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. Malheiros Editores. 2009, p. 121 e 136.



Ver pesquisa sobre “maior controle da atividade cognitiva do órgão julgador” em: AUILO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no Direito Brasileiro / (...)*, 2021.

[4] ZANETI Júnior, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo* | vol. 116/2004 | p. 334 – 371 | Jul – Ago / 2004, p. 11.

[5] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, 1998, p. 12.

[6] LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Modelo constitucional de processo, direito de defesa e paridade de armas. *Revista de Processo*. vol. 331. ano 47. p. 17-25. São Paulo: RT, setembro 2022, p. 1.

[7] SOUZA, Joaquim José Caetano Ferreira e, 1756-1819 Primeiras Linhas sobre o Processo Civil – Tomo I 1880, II 1879, III 1879 e IV 1880. /Joaquim José Caetano Ferreira e Souza. – Londrina, PR: Thoth, 2022, p. 144.

[8] BUENO, José Antonio Pimenta. Apontamentos sobre as formalidades do processo civil – 2ª edição – 1858/ José Antonio Pimenta Bueno. – Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 111.

[9] BADARÓ, Gustavo. Epistemologia judiciária e prova penal / Gustavo Henrique Badaró. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 45.

[10] Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

[11] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires: Zavalia, 1976, p. 117. Tomo I.

[12] Sobre o tema, ver em FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. (...), 2014, p. 186.

[13] CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000, p. 148.

[14] FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível* / William Santos Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 186.

[15] “La exclusion de toda prueba sería la exclusion de toda justicia”. BENTHAM, Jeremy. Tratado de las pruebas judiciales – 2ª edição, 1847. Jeremy Bentham. Londrina, PR: Thoth, 2020, p. 44. (Coleção Clássicos de Processo Civil em Domínio Público, organizadores da Coleção: Antônio Pereira Gaió Júnior, Bruno Augusto Sampaio Fuga, William Santos Ferreira).

[16] Defendendo esse tema: SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. Volume 1. 3ª edição correta e atualizada. Max Limonad, São Paulo, 1953, p. 157.

[17] “supérflua é aquela que tem o mesmo objeto de outra prova já produzida no processo” (...) “irrelevante é a que tem por objeto fatos que não integram o fato jurídico ou fato principal que constitui a regiudicanda” BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: (...), 2015, p. 550; ver também em BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal* (...), 2019, p. 161 e ss.

[18] “concepção racionalista da prova (que rechace a vinculação entre prova e convencimento puramente psicológico do juiz”. VÁZQUEZ, Carmem. Valoração racional da prova / (...), 2021, p. 81.

[19] BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. (...) 2015, p. 550; assim também em VÁZQUEZ, Carmem. Valoração racional da prova (...), 2021, p. 119.

[20] Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Sobre o tema, Barbosa Moreira já afirmava que “a rigor, talvez nem seja próprio aplicar o adjetivo ‘livre’, consoante não raro se faz, ao *convencimento* do juiz”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de crítica judiciária*. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 1987. n. 4, p. 109–126, out./dez., 1987, p. 127; “Mas liberdade de valoração não significa arbítrio”, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista de processo / Instituto*



Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, p. 125.

[21] DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, (...), 2015, p.102, v. 2 Sobre o tema: “o juiz não pode servir-se livremente dos fatos assim percebidos para suas deduções, senão que deve utilizá-los de acordo com determinadas regras. CARNELUTTI, Francesco. A prova civil / Francesco Carnelutti. – Campinas: Bookseller, 2001, p. 45.

[22] ABELLÁN, Marina Gascón. *Os fatos no direito: bases argumentativas da prova* / Marina Gascón Alellán – São Paula: Editora JusPodivm, 2022, p. 253.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jun-17/destinatario-da-prova-nao-e-mais- apenas-o-juiz/>