

TEORIA GERAL DA PROVA, PRINCÍPIO
DA COOPERAÇÃO E PROVAS NO NCPC

André Pagani de Souza

ANDRÉ PAGANI DE SOUZA
apagani@uol.com.br

Pós-doutorando em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Assistente Doutor dos Núcleos de Direito Processual Civil e de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo, onde leciona nos cursos de graduação e pós graduação *lato sensu*. Membro do Grupo de Trabalho Acadêmico Interinstitucional do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (GTAI-TJSP). Membro da Comissão Especial de Defesa da Segurança Jurídica do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Professor convidado da Escola Paulista de Direito (EPD), da Escola Superior da Advocacia (ESA) e da Escola Paulista da Magistratura (EPD). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/SP, Pinheiros. Membro fundador do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

1. Cooperação

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

- Princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF)
- Contraditório = informação (*obrigatória*) + reação (*possível*)
ou
- Contraditório = ciência (*obrigatória*) + resistência (*possível*)

1. Cooperação

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E SUA DUPLA DESTINAÇÃO

- **Partes** participam do processo pedindo, alegando e provando
- **Juiz** participa do processo dirigindo-o, exercendo seus poderes instrutórios e decidindo
- As **partes** tem o *direito ao contraditório* e **juiz** tem o *dever de fazer com que o contraditório seja observado.*

1. Cooperação

COOPERAÇÃO COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Contraditório = informação + reação + participação (ou diálogo)

Cooperação e diálogo

1. Cooperação

NCPC – BRASIL (Lei n. 13.105, de 16.03.2015)

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

NCPC – PORTUGAL (Lei n. 41, de 21.06.2013)

Art. 7º (Princípio da cooperação)

I - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

1. Cooperação

DEVERES DO MAGISTRADO DECORRENTES DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

(Miguel Teixeira de Sousa)

- (i) **dever de esclarecimento** (o juiz deve solicitar às partes explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações);
- (ii) **dever de prevenção** (as partes devem ser alertadas do uso inadequado do processo e da inviabilidade do julgamento do mérito);
- (iii) **dever de consulta** (o juiz deve colher manifestação das partes preparatória de sua própria manifestação ou decisão);
- (iv) **dever de auxílio** (incentivar as partes no sentido de superar dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direitos, ônus, faculdades ou deveres processuais).

1. COOPERAÇÃO

“O modelo de processo estabelecido pelo CPC de 2015, bem compreendido e em plena harmonia com o ‘modelo constitucional’ é inequivocamente de um **processo ‘cooperativo’ em que todos os sujeitos processuais (as partes, eventuais terceiros intervenientes, os auxiliares da justiça e o próprio magistrado) cooperem ou colaborem entre si com vistas a uma finalidade comum: a prestação da tutela jurisdicional”.**

(Cassio Scarpinella Bueno, Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 43)

1. COOPERAÇÃO

“A compreensão de que todos os sujeitos processuais, cada qual nas especificidades decorrentes de seu mister institucional (advogados, dentro da ética e do ordenamento jurídico defenderão os interesses que lhe são confiados por seus clientes; membros do ministério público, observando os mesmos quadrantes, atuarão em prol de interesses que justificam sua intervenção no processo civil), **são meio essencial para viabilizar a prestação da tutela jurisdicional** para quem, na perspectiva do direito material, merecê-la (que é, em última análise, o *fim do processo*) **é essencial para realizar concretamente o comando estampado no art. 6º do CPC 2015**, que, insisto, já merecia ser extraído desde a concepção de contraditório como cooperação no contexto constitucional” (Cassio Scarpinella Bueno, Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 43)

1. Cooperação

Então, advogados do autor e do réu devem cooperar?

MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO ENTRE ADVOGADOS

Informar endereço para receber intimações (art. 77, V)

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:
(...)

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

1. Cooperação

Então, advogados do autor e do réu devem cooperar?

Viabilidade de os advogados realizarem intimações

Art. 269. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo.

§ 1º É facultado aos advogados promover a intimação do advogado da outra parte por meio do correio, juntando aos autos, a seguir, cópia do ofício de intimação e do aviso de recebimento.

§ 2º O ofício de intimação deverá ser instruído com cópia do despacho, da decisão ou da sentença.

1. Cooperação

Exemplo – vedação de decisões-surpresa

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

1. Cooperação

EXEMPLO – Saneamento compartilhado e/ou delimitação consensual

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

1. Cooperação

EXEMPLO – EMENDA DA INICIAL

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, **indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.**

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

2. Cooperação e Teoria Geral da Prova

NCPC, ART. 378 = CPC/1973, ART. 339

“Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”

2. Cooperação e Teoria Geral da Prova

LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ

NCPC, ART. 371 = CPC/1973, ART. 131

“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”.

3. Provas

MODIFICAÇÃO DA ORDEM LEGAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS

(ART. 139, VI)

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

3. Provas

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

3. Provas

ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

3. Provas

DELIMITAÇÃO CONSENSUAL DAS QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO PASSÍVEL DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

(...)

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

(...)

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

3. Provas

POSSIBILIDADE DE SANEAMENTO EM COOPERAÇÃO

(art. 313, II, respeitado o limite do § 4º)

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz **deso saneamento seja feito em cooperação com as partes** signar audiência para que, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

3. Provas

PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS SOBRE O SANEAMENTO

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

3. Provas

EXEMPLOS – ESCOLHA CONSENSUAL DO PERITO

Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

I - sejam plenamente capazes;

II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

§ 1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados.

§ 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz.

§ 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

3. Provas

CONVENÇÃO SOBRE ÔNUS DA PROVA

(art. 373, §§ 3º e 4º)

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

3. Provas

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

(art. 373, § 1º)

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º 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 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.

3. Provas

Prova Emprestada

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório

3. Provas

DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO

(CF, ART. 5º LVI E LXIII)

Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: (...)

3. Provas

Ampliação das hipóteses de recusa em depor

Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:

(...)

III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;

IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.

3. Provas

DISPENSA DA PERÍCIA SE HOVER PARECERES TÉCNICOS OU DOCUMENTOS ELUCIDATIVOS

Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

3. Provas

REQUISITOS DETALHADOS DO LAUDO PERICIAL

Art. 473. O laudo pericial deverá conter:

I - a exposição do objeto da perícia;

II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;

III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;

IV - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

3. Provas

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS NO PROCESSO CONVENCIONAL DEPENDEM DA CONVERSÃO EM FORMA IMPRESSA

Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.

3. Provas

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO PODE SER GRAVADA EM ÁUDIO E VÍDEO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Art. 367. (...)

(...)

§ 5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

§ 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

3. Provas

Extinção das “reperguntas” às testemunhas

Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

3. Provas

INTIMAÇÃO DA TESTEMUNHA PELO PRÓPRIO ADVOGADO

Art. 455. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.

3. Provas

JUIZ PODE DETERMINAR DE OFÍCIO O DEPOIMENTO PESSOAL

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

NÃO TEM PENA DE CONFESSO

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

3. Provas

REGRA ESPECÍFICA DE DIREITO INTERTEMPORAL

Art. 1.047. As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência.

FIM

OBRIGADO!

André Pagani de Souza

apagani@uol.com.br