Passada a fase processual preliminar, na qual pode haver requerimento de providências preliminares pelo juiz ou julgamento conforme o estado do processo, dá-se início à fase **instrutória** do processo, na qual é feita a **instrução probatória** (se houver).

> Questão: Em todos os processos haverá instrução probatória? Não! Apenas em casos em que a matéria não seja possível de verificação de plano pelo magistrado ou nas quais existam questões controvertidas.

O que precisa ser provado

Objeto da prova: Tudo que for possível precisa ser provado? Não!

À semelhança do antigo Código de Processo Civil, o **Art. 374 do Novo CPC** esclarece o que **não precisa ser provado**. São eles:

- fatos notórios (não é o de nível nacional, mas pode ser aquele em nível regional, local etc.);
- confissão;
- fatos incontroversos – não impugnados;
- presunção legal de existência e veracidade.

> Obs.: o juiz pode valer-se de regras de vivência própria (Art. 375 CPC).

> Questão: O direito subjetivo precisa ser provado? Ou seja, é preciso que a parte prove que existe legislação prevendo o direito alegado por ela? Em regra, não.

Nota: o artigo 376 do CPC prevê que, quando a parte alegar direito específico, o juiz não tem obrigação de conhecê-lo. Nestes casos, sim, a parte deve provar que o direito alegado está previsto legalmente. Isto é uma exceção ao princípio do *iura novit cúria* (o juiz conhece o direito).

Destinatário e dever de realização da prova

Tinha-se a ideia de que o destinatário da prova era apenas o juiz. No entanto, atualmente, na égide do novo CPC, temos o princípio do **compartilhamento de provas**, segundo o qual as

provas são destinadas aos autos num todo, e não apenas ao juiz. Isto é, a prova é direcionada a todos os sujeitos processuais, já que pode interessar e ser relevante a qualquer um deles.

Ainda assim, nota-se amplo poder instrutório do juiz, afinal, cabe a ele a decisão a ser tomada com base nas provas apresentadas. Tanto é que, conforme a leitura do artigo 370 CPC, é possível a determinação de outras provas (que não requeridas pelas partes) pelo magistrado.

Assim, mesmo que as partes não peçam, o juiz pode requerer a produção de determinadas provas, não ofendendo o princípio da imparcialidade pois são imprescindíveis ao ato decisório. (Lembrar da primazia da decisão de mérito)

Recomendação de leitura para aprofundamento: Poderes instrutórios do juiz. Autor: José Roberto dos Santos Bedaque.

Nota: a realização da prova é um dever de todos, pois se trata de um dever de colaboração, consubstanciando o princípio da colaboração processual estampado em nosso novo sistema processual civil. Assim, da leitura dos artigos 378 e seguintes, nota-se uma maior abertura à participação das partes, para ampla produção probatória. Inclusive, qualquer tentativa de obstrução seria ofensa a esse dispositivo (ex.: ocultar testemunha). Vejamos os dispositivos legais relacionados:

> **Art. 378.** Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.
>
> **Art. 379.** Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:
>
> I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
> II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;
> III - praticar o ato que lhe for determinado.
>
> **Art. 380.** Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:
>
> I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;
> II - exibir coisa ou documento que esteja em seu poder.
>
> Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Ônus da prova

Se a fase de instrução for encerrada e o juiz não tiver elementos necessários para formar seu convencimento, podem-se utilizar regras gerais de ônus da prova, conforme se depreende da leitura do artigo 373 do CPC. Trata-se do poder investido ao juiz de alterar, dentre as partes, aquela que tem o dever de provar algo.

Atenção: regras de ônus probatório são aplicadas apenas quando já esgotados todos os demais meios para a formação do convencimento do magistrado considerando os elementos presentes nos autos.

Ônus da prova é uma regra de **julgamento** e **não de instrução**. Já a redistribuição do ônus da prova (a sua possibilidade) é uma regra de **instrução**.

Está no parágrafo primeiro essa possibilidade de atribuição do ônus da prova de modo diverso, a qual pode acontecer até o **momento saneador**.

O momento saneador trata-se de uma fase só existente em casos nos quais, por algum motivo, não foi possível resolver o processo – nem com julgamento de mérito, nem sem julgamento de mérito. Nestes casos, de acordo com o artigo 357 do CPC, o juiz deve proceder à organização do processo, a qual envolve medidas que venham a possibilitar a continuidade a ele.

Jurisprudência: STJ já pacificou o entendimento de que a inversão do ônus da prova é uma regra de instrução e a decisão deve ocorrer preferencialmente no saneamento do processo! Se em momento posterior, é necessário o contraditório. (Resp 1450473/SC; Resp 1395254/SC).

Regra geral: artigo 373 CPC:

> **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.

Inversão do ônus da prova pode ser:

- **Ope judicis** (é determinada pelo magistrado – 6º parágrafo 8º ex);
- **Ope legis** (às vezes é a lei quem a determina, sem critério de valoração pelo juiz. Isto é comum no CDC);
- **Inversão convencional** (art. 373, §3º) – nova modalidade, pode dar-se antes ou durante o processo. Princípio da cooperação. Mas há 2 exceções:
    - direito indisponível da parte;
    - prova diabólica.

Sistemas de avaliação da prova

Trata-se da relação estabelecida entre o juiz e as provas produzidas. Há basicamente três sistemas adotados por diferentes modelos jurídicos em diferentes contextos e situações:

- **Sistema da íntima convicção** (*certeza moral* do juiz ou *livre convicção*): o juiz tem ampla liberdade para valorar as provas, inclusive aquelas que não estão nos autos do processo,

não sendo obrigado a fundamentar seu convencimento.

Pelo menos em regra, esse sistema **não é** adotado no nosso ordenamento jurídico. Exceção: o Tribunal do Júri, já que os jurados não têm de motivar seu voto (vide art. 5º, XXXVIII, b). Contudo, atenção: o júri é órgão colegiado heterogêneo, que também envolve a figura do juiz; este, por sua vez, **não faz parte da exceção**. Ele **sempre** tem que motivar sua decisão.

- **Sistema da verdade legal** (ou sistema tarifado de provas; sistema da certeza moral do legislador; sistema da *prova legal*): determinados meios de prova têm valor provatório fixado em abstrato pelo próprio legislador, cabendo ao juiz tão somente apreciar o conjunto probatório e lhe atribuir o valor estabelecido em lei. Diz-se valoração taxada ou tarifada da prova. Nesse caso, o juiz seria como uma *calculadora*.

  Vantagem: maior segurança jurídica. Desvantagem: o juiz fica restringido na sua atividade de julgar, e o legislador não pode entrar no lugar do juiz.

  Há resquícios desse sistema em nosso ordenamento, os quais se observam quando a lei exige rigidamente determinada forma de produção de prova:

  - Art. 406 CPC: *A lei exige instrumento público como da substância do ato, e nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.*
  - Art. 158 CPP – crime material que deixa vestígios: indispensável o exame de corpo de delito, não se podendo suprir as mesmas provas por outros meios. A confissão, por exemplo, de nada valeria neste caso.
  - Prova quanto ao **estado das pessoas**. Ex.: como se prova a idade de alguém? Art. 155, parágrafo único: sujeito ao registro civil; ou art. 62 CPP; súmula 74 STJ.

- **Sistema do livre convencimento motivado** (*persuasão racional* do juiz): é o método misto, também chamado de **convencimento racional** e **apreciação fundamentada**. O magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor probatório, porém está ele **sempre** obrigado a **fundamentar o seu convencimento**.

É o sistema adotado pelo nosso ordenamento e se encontra consagrado na CF, no art. 93, IX, e no CPP, no art. 155.

Segundo a doutrina, da adoção desse sistema derivam três importantes consequências:

- Não há prova com valor absoluto – não tem hierarquia entre as provas. Nem a confissão tem valor absoluto.
- O magistrado deve valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para refutá-las.
- Somente podem ser objeto de valoração pelo juiz as provas constantes dos autos do processo e, subsidiariamente, os elementos informativos colhidos na investigação. Lembre-se de que são vedadas as provas produzidas com qualquer ilegalidade.