

Coordenação
Humberto Theodoro Júnior

Organização

Fernando Gonzaga Jayme Marcelo Veiga Franco
Gláucio Maciel Gonçalves Mayara de Carvalho Araújo
Juliana Cordeiro de Faria Suzana Santi Cremasco

PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Novos Rumos a partir do CPC/2015
Atualizado de acordo com a Lei 13.256/2016

Prefácio do Ministro João Otávio de Noronha (STJ)

Autores

Alexandre Bahia José Marcos Rodrigues Vieira
Aroldo Plínio Gonçalves Juliana Cordeiro de Faria
Daniel Polignano Godoy Leonardo Silva Nunes
Délio Mota de Oliveira Júnior Manoel Galdino da Paixão Júnior
Dierle Nunes Marcelo Veiga Franco
Diogo Ribeiro Ferreira Márcio Luis de Oliveira
Érico Andrade Marina França Santos
Ester Camila Gomes Norato Rezende Mayara de Carvalho Araújo
Felipe Fagundes Cândido Raimundo Cândido Júnior
Fernando Gonzaga Jayme Renata Christiana Vieira Maia
Flávio Pedron Suzana Santi Cremasco
Gláucio Maciel Gonçalves Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
Guilherme Costa Leroy Thiago Carlos de Souza Brito
Humberto Theodoro Júnior Victor Barbosa Dutra
João Alberto de Almeida



Sumário

APRESENTAÇÃO	
<i>PELOS ORGANIZADORES</i>	13
PREFÁCIO	
<i>MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA</i>	17
1. NORMAS FUNDAMENTAIS	
<i>HUMBERTO THEODORO JÚNIOR</i>	19
2. COMPETÊNCIA E COOPERAÇÃO	
<i>MARINA FRANÇA SANTOS</i>	37
3. A CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO	
<i>ÉRICO ANDRADE</i>	47
4. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS	
<i>MANOEL GALDINO DA PAIXÃO JÚNIOR E DIOGO RIBEIRO FERREIRA</i>	67
5. BREVES LINHAS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA	
<i>ESTER CAMILA GOMES NORATO REZENDE</i>	79
6. O NOVO REGRAMENTO DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS	
<i>MAYARA DE CARVALHO ARAÚJO</i>	91
7. DA PETIÇÃO INICIAL E DA RESPOSTA DO RÉU: PRINCIPAIS INOVAÇÕES E MODIFICAÇÕES	
<i>RENATA CHRISTIANA VIEIRA MALA</i>	103

8. SANEAMENTO COMPARTILHADO, NULIDADES E PRE- CLUSÃO <i>THIAGO CARLOS DE SOUZA BRITO</i>	117
9. OS CONTORNOS DA TEORIA GERAL DAS PROVAS <i>SUZANA SANTI CREMASCO</i>	135
10. PROVAS EM ESPÉCIE <i>JOÃO ALBERTO DE ALMEIDA E DIOGO RIBEIRO FERREIRA</i>	153
11. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS <i>MÁRCIO LUÍS DE OLIVEIRA</i>	165
12. SÍNTESE EXEGÉTICA DA COISA JULGADA <i>JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA</i>	177
13. PRECEDENTES E A BUSCA DE UMA DECISÃO CORRETA <i>DIERLE NUNES, ALEXANDRE BAHIA E FLÁVIO PEDRON</i>	189
14. DA ORDEM DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS <i>GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES, MARCELO VEIGA FRANCO E SUZANA SANTI CREMASCO</i>	201
15. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETI- TIVAS (IRDR) E O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COM- PETÊNCIA (IAC) <i>VICTOR BARBOSA DUTRA</i>	211
16. RECURSOS “ORDINÁRIOS” <i>GLAUCIO MACIEL GONÇALVES</i>	221
17. RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO <i>FERNANDO GONZAGA JAYME E DÉLIO MOTA DE OLIVEIRA JÚNIOR</i>	235
18. RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS <i>FERNANDO GONZAGA JAYME E DÉLIO MOTA DE OLIVEIRA JÚNIOR</i>	253
19. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E EM RECURSO EX- TRAORDINÁRIO <i>FERNANDO GONZAGA JAYME E DÉLIO MOTA DE OLIVEIRA JÚNIOR</i>	269
20. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA <i>GUILHERME COSTA LEROY</i>	273
21. PROCESSO DE EXECUÇÃO <i>DANIEL POLIGNANO GODOY E GUILHERME COSTA LEROY</i>	285
22. MULTAS, DESPESAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS <i>RAIMUNDO CÂNDIDO JÚNIOR E FELIPE FAGUNDES CÂNDIDO</i>	297
23. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO <i>MARCELO VEIGA FRANCO</i>	307
24. REPERCUSSÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NO PROCESSO COLETIVO <i>LEONARDO SILVA NUNES E TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU</i>	319
25. DIREITO INTERTEMPORAL <i>JULLIANA CORDEIRO DE FARIA</i>	333
26. EXPECTATIVAS EM TORNO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 COMO INSTRUMENTO DE APRIMORA- MENTO DO DIREITO <i>AROLDO PLÍNIO GONÇALVES</i>	353

OS CONTORNOS DA TEORIA GERAL DAS PROVAS

Suzana Santi Cremasco²³⁰

Sumário²³¹

1. Considerações iniciais: a importância da prova no contexto do processo civil moderno. 2. Os contornos da teoria geral das provas no Código de Processo Civil de 2015: 2.1. Os poderes instrutórios do juiz, o dever de fundamentação e a admissibilidade de negócios jurídicos processuais. 2.2. Os limites para utilização da prova emprestada. 2.3. A distribuição dinâmica do ônus probatório. 2.4. As novas linhas da produção antecipada de provas. 3. Conclusões.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A IMPORTÂNCIA DA PROVA NO CONTEXTO DO PROCESSO CIVIL MODERNO

A existência de pessoas físicas ou jurídicas, entes e bens é sempre marcada por uma sucessão permanente e encadeada de fatos. Todos nós – e cada um de nós – somos personagens de fatos que permeiam o nosso cotidiano: alguns absolutamente rotineiros e sem qualquer repercussão. Outros, por sua vez, considerados jurídicos porque o legislador entendeu por bem destacá-los e regulá-los, criando em relação a eles normas jurídicas que, ante a sua caracterização, prevêm a ocorrência de consequências específicas.²³²

Tomada essa concepção, é consequência inevitável a constatação de que todo direito subjetivo reclamado em juízo pelo jurisdicionado tem sua origem, necessariamente, em fatos. Sempre que o autor traz a sua pretensão para ser apreciada pelo Poder Judiciário, ele o faz escorado em fatos que alega ter acontecido e cuja narrativa vem posta na sua petição inicial. Do mesmo modo, também o réu, quando chamado a responder a ação ajuizada pelo autor, apresenta na sua defesa afirmações que sustentam estarem embasadas em fatos que ocorreram, para delas extrair determinadas conclusões, via de regra, no sentido da improcedência do pleito formulado.

230 Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Assistente de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Milton Campos. Membro Refundador e Diretora Científica do IDPro – Instituto de Direito Processual. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual e do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados em Processo. Advogada.

231 O presente texto, a despeito de inédito na sua conformação global, foi escrito tendo por base a dissertação de mestrado da autora, defendida e aprovada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, em 2007, e cuja versão comercial “A distribuição dinâmica do ônus da prova”, foi publicada pela Editora GZ, em 2009, e atualmente encontra-se esgotada.

232 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 5. ed., atual. e aum.. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 8

É com base nessas afirmações – nas assertivas trazidas aos autos pelas partes – que o juiz deve promover a adequação dos fatos descritos às normas aplicáveis, com vistas a alcançar uma decisão, solucionando, pois, o litígio existente.

Sendo as afirmações formuladas pelos próprios litigantes, porém, não é raro encontrar no feito versões conflitantes sobre se ocorreu, como ocorreu e quais as consequências decorrentes de um mesmo fato na medida em que são narrados de forma completamente diversa por autor e réu.

Assim, para que o direito das partes integrantes do processo seja declarado e para que o juiz resolva o conflito de interesses existente e profira sentença, não basta que ele conheça as alegações dos litigantes no sentido de que o fato no qual se funda a ação se deu desta ou daquela forma. É indispensável que ele se convença delas e se convença de forma justificada.

Isso ocorre porque a afirmação do juiz na sentença sobre como o fato ocorreu é a premissa básica sobre a qual ele assentará a sua conclusão. Essa, por sua vez, será responsável pela produção dos efeitos na esfera jurídica do jurisdicionado. Enquanto tal e na medida do possível, portanto, ela “necessariamente deverá corresponder à verdade”.²³³

Para que o juiz forme a sua convicção acerca da relação controvertida, de modo a enquadrá-la corretamente na norma jurídica correspondente, é indispensável, portanto, que ele se certifique sobre a veracidade dos fatos alegados. Vale dizer: “o juiz quer e precisa saber da verdade em relação aos fatos afirmados pelos litigantes”,²³⁴ o que se dá através da produção de provas no processo.

As provas são, pois, o mecanismo de que dispõem as partes para demonstrar em juízo a ocorrência ou não dos fatos alegados e a veracidade de suas proposições e, assim, convencerem o julgador em torno de cada qual. Consistem “numa soma de meios probatórios realizados por um conjunto de atos praticados por, pelo menos, uma das partes litigantes ou requerentes em juízo, que quer fazer operar no espírito do julgador a certeza de sua ou de suas afirmações, com a finalidade precípua que é a de obter êxito na demanda, através da comprovação daquelas alegações”.²³⁵

Lança-se aqui um conceito “essencialista” de prova,²³⁶ na medida em que alcança os dois aspectos fundamentais à definição do instituto: de um lado, (I) o aspecto objetivo, que engloba os meios postos à disposição do jurisdicionado para demonstrar os fatos afirmados (documentos, testemunhas, perícia, etc) no processo; e,

233 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. IV, p. 1.

234 *Idem*, p. 2.

235 CAMPO, Hélio Márcio. *O princípio dispositivo em direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994, p. 18.

236 É de se destacar, porém, que ao longo dos tempos o conceito foi objeto de exame por juristas das mais diversas escolas e tradições que lhe reconheceram significado triplo como atividade (procedimento probatório), meio (instrumento do qual as partes se valem para provar o fato no processo) e resultado (valoração da prova pelo juiz, de forma a produzir a sua convicção). Por todos, cf.: CASTRO MENDES, Jose de. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1957.

de outro, (II) o aspecto subjetivo, que se refere à influência que o conjunto probatório colacionado provocará no convencimento do julgador.

Valendo-se dos meios de prova adequados e do procedimento probatório posto à sua disposição, autor e réu – como num verdadeiro quebra-cabeça – promovem a reconstrução nos autos de eventos ocorridos no passado, criando um modelo da realidade, de forma a possibilitar o acertamento dos fatos pelo magistrado. As provas servem, portanto, “para iluminar o juiz quanto às questões de fato”²³⁷ versadas no processo, auxiliando e justificando a formação do seu convencimento.

Ao possibilitar ao juiz a reconstituição dos fatos ocorridos e, por conseguinte, a aferição acerca da veracidade ou não das afirmações trazidas a juízo pelas partes, as provas se apresentam como vetores cuja boa utilização é indispensável para o alcance de resultados verdadeiros e justos.

Tal circunstância revela-se ainda mais evidente diante da regra segundo a qual não é dado ao julgador valer-se de elementos extra-autos para justificar a sua convicção no julgamento da lide. Aquilo que não está no processo ou, mesmo estando, tenha sido obtido em discordância com o regramento processual, não está no mundo.

A partir do momento em que o compromisso maior do processo passou a ser com a justa composição do litígio, as partes e, porque não dizer, o próprio Poder Judiciário não mais se contentam com a obtenção de uma verdade meramente formal, sistematicamente responsável por promover uma tutela estéril de direitos. Por conseguinte, a pesquisa em torno da real ocorrência dos fatos alegados pelas partes tornou-se imperativa, na medida em que “a apuração dos fatos, tão exata e completa quanto possível, é pressuposto de um julgamento justo”.²³⁸

Nenhuma decisão escorada na verificação deficiente – porque tendenciosa, precária ou incorreta – dos fatos nos quais se funda a ação pode ser reputada como justa ou em consonância com a nova tônica do processo. E não pode porque afastada da apuração e da constatação da verdade que, hoje se sabe, são requisitos essenciais, *conditio sine qua non*, para a obtenção de um resultado correto e efetivo. “O acertamento verdadeiro dos fatos é uma condição necessária, embora não suficiente, para que se possa dizer que a decisão judicial é justa”.²³⁹

Desse modo, nos dias atuais, mais do que nunca, as provas adquirem uma importância crucial dentro do processo, não só porque balizarão, como outrora já ocorria, a decisão do juiz, mas porque essa decisão deverá ser, necessariamente, adequada à verdade dos fatos, porquanto só assim estará apta a provocar alterações concretas

237 CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 49.

238 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Rodrigues Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203-220, p. 213. No mesmo sentido, há passagem singular de EDUARDO CAMBI, na qual observa “só por meio das provas tem o juiz acesso a conhecimento dos fatos e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios” (*Direito cit.*, p. 22).

239 *Idem*, p. 78.

no mundo real. Não o fazendo, acaba-se por provocar a frustração e a descrença do jurisdicionado com a atividade jurisdicional, o processo e a realização da justiça, o que, em médio e longo prazo, traz impactos sociais e políticos gravíssimos.

Em última análise, pode-se dizer que, na seara do processo moderno, atento à instrumentalidade e aos seus corolários – efetividade e processo justo – a prova desempenha hoje uma função ímpar, qual seja, a de “legitimação social do exercício do poder jurisdicional”.²⁴⁰ Daí que “impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade”,²⁴¹ alcançando o processo, assim, os verdadeiros escopos a que se propõe.

O Código de Processo Civil de 2015 traz consigo impressa a marca da preocupação com a efetividade do processo e com a qualidade do resultado alcançado. Isso fica claro desde a apresentação da Exposição de Motivos de autoria da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para a elaboração do Anteprojeto de CPC, quando diz que se buscou “garantir um novo Código de Processo Civil que privilegia a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação”²⁴² e quando elenca entre os cinco objetivos fundamentais²⁴³ do novo texto a criação de “condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa” e a obtenção de “todo rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado”.

Exatamente em virtude disso, a disciplina da teoria geral das provas ganha alguns tons, formas e cores diferentes do regramento encampado pelo Código de Processo Civil de 1973,²⁴⁴ entre outras razões,²⁴⁵ (I) pela exigência de que os poderes instrutórios do juiz sejam exercidos mediante decisões fundamentadas – especialmente no caso de indeferimento de provas (art. 370, *caput* e parágrafo único), (II) pela admissão expressa da possibilidade do uso de prova emprestada (art. 372), (III) pela adoção da regra da distribuição dinâmica do ônus da prova como mecanismo complementar à regra geral de repartição dos encargos probatórios para o autor – se se tratar de fato constitutivo do direito – ou para o réu – se envolver fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, § 1º) e (IV) pelos novos contornos da produção antecipada de provas (art. 381/ss), que serão abordados a seguir.

240 *Idem*, p. 57.

241 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema cit., loc. cit.*

242 SARNEY, José. Mensagem de encaminhamento do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil ao Senado Federal. In: Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, p. 3. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2016.

243 Exposição de Motivos cit., p. 14.

244 Sobre Direito Probatório no CPC/2015, cf.: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marcos; FERREIRA, William Santos. *Coleção Grandes Temas do CPC/2015 – Direito Probatório*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

245 Entre as quais merecem nota, também, o reconhecimento da produção probatória como um direito da parte, para que possa influir eficazmente na formação do convencimento do juiz (art. 369), o que vai ao encontro do alinhamento constitucional previsto na Exposição de Motivos como outro dos objetivos fundamentais do novo texto e o reconhecimento de autonomia da prova em relação a quem a produziu (art. 371).

2 OS CONTORNOS DA TEORIA GERAL DAS PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

2.1 Os poderes instrutórios do juiz, o dever de fundamentação e a admissibilidade de negócios jurídicos processuais quanto a esse aspecto

Os poderes instrutórios do juiz conferem ao magistrado – na qualidade de destinatário das provas no processo – a responsabilidade sobre a produção probatória, de forma a possibilitar a vinda aos autos dos elementos necessários ao acertamento dos fatos controvertidos entre as partes, permitindo, assim, a formação do seu convencimento e o julgamento do litígio.

A razão de ser da outorga de poderes instrutórios ao magistrado está no fato de que ele, sendo o encarregado de julgar a lide e fazê-lo escorado nos elementos probatórios constantes nos autos, é – em princípio – o sujeito processual que detém condições de dizer sobre a necessidade ou não da produção da prova respectiva. E de que, como regra, “quanto maior a sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará”²⁴⁶ e maior será a chance de que a decisão prolatada corresponda à realidade e, enquanto tal, seja capaz de alcançar resultados efetivos.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve o regramento constante no art. 130 do Código de Processo Civil de 1973 no que toca aos poderes instrutórios, com pequenos ajustes.

O primeiro deles, de natureza tópica: os poderes instrutórios deixaram de vir previstos na Parte Geral do Código, no capítulo destinado aos Poderes, Deveres e Responsabilidade do Juiz, e foram alocados no capítulo de Provas (art. 370, *caput* e parágrafo único), o que, por certo, se coaduna com a temática sobre os quais eles versam.

O segundo deles, de cunho legislativo: os poderes instrutórios deixaram de vir regulamentados em um único artigo e foram fragmentados na nova codificação em dois dispositivos: o *caput* do art. 370 cuida dos poderes instrutórios afirmativos ao estabelecer que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”; enquanto o parágrafo único, por sua vez, disciplinou os poderes instrutórios negativos, ao prever que “o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

O terceiro – e sem dúvida mais importante – deles, de caráter sistêmico: ao exigir, de forma expressa, que o eventual indeferimento de provas seja feito por meio de decisão fundamentada. A exigência – que vai ao encontro da disciplina proposta para a fundamentação de decisões judiciais trazida pelo art. 489, § 1º – ganha espe-

246 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 15.

cial relevo quando se tem em conta que, no que toca à produção de provas, a decisão de saneamento não é possível de ser atacada por meio de agravo de instrumento, à luz do rol previsto no art. 1015 do CPC. Disso decorre que o cuidado em relação à análise da questão deve ser redobrado, a fim de evitar que se reconheça eventual nulidade do processo, por cerceamento de defesa, em sede de apelação, comprometendo, por conseguinte, o resultado da atividade jurisdicional exercida em primeira instância e contrariando os pilares fundamentais de celeridade e eficiência sobre os quais o novo texto está estruturado.

Mas a grande questão que se coloca em relação aos poderes instrutórios do juiz diz respeito à possibilidade de que venham a ser limitados pelas partes por meio da realização de negócios jurídicos processuais, acordos de procedimento por meio dos quais as partes do processo podem convencionar com vistas a “ajustá-lo às especificidades da causa”.

Por meio da cláusula geral de negócio jurídico processual²⁴⁷ prevista no art. 190 do CPC, desde que o processo verse sobre direitos patrimoniais e disponíveis e as partes sejam capazes à luz da legislação civil, elas têm a prerrogativa de convencionar – mediante instrumento escrito, firmado antes ou durante o processo – sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

A convenção das partes será submetida oportunamente ao crivo do juiz, que controlará a sua validade com base nos requisitos gerais de validade dos negócios jurídicos, recusando a sua aplicação apenas quando constatar a existência “de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (art. 190, parágrafo único), seja ela técnica ou econômica.

A discussão quanto a admissão de negócios jurídicos processuais envolvendo poderes instrutórios do juiz²⁴⁸ perpassa, de um lado, pela preservação da autonomia plena do magistrado na condução e julgamento do processo – que é inerente à possibilidade de que ele possa trazer aos autos toda e qualquer prova que eventualmente entenda necessária para a instrução do feito e formação do seu convencimento. De outro, pela concepção de que, tratando-se de direitos que admitem autocomposição

247 Frise-se, por oportuno, que a possibilidade de celebração de acordos de procedimentos entre as partes já eram conhecidas sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, em virtude da existência de dispositivos específicos que autorizavam essa conduta. É o caso, por exemplo, da suspensão do processo por convenção das partes (art. 265, II), da convenção sobre ônus da prova (art. 333, parágrafo único), da convenção para adiamento da audiência de instrução e julgamento (art. 453, I), da cláusula de eleição de foro (art. 111), do acordo para a prorrogação ou redução de prazo dilatatório (art. 181), da convenção de arbitragem (art. 267, VII). A novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 é a existência de uma cláusula geral de negócio jurídico processual que permite às partes, uma vez preenchidos os requisitos do art. 190, firmar acordos de procedimentos. Sobre negócios jurídicos processuais, cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015 e CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

248 Sendo certo que o Código de Processo Civil de 2015 autoriza expressamente a celebração de negócios jurídicos processuais em matéria probatória como se vê no art. 373, §§ 3º e 4º (convenção sobre ônus da prova) e no art. 471 (acordo sobre nomeação de perito). Sobre negócios processuais e ônus da prova, cf.: GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

– seria dado às partes litigantes disciplinar o modo como eles devem ser solucionados, mesmo no tocante à produção da prova e a todos os ônus e encargos – inclusive financeiros – a ela relacionados.

É certo que o exercício da função jurisdicional é *múnus público* do qual o magistrado – senão nos casos de incompetência, impedimento ou suspeição – não pode se furtar (art. 140). É também certo que o processo civil moderno se preocupa, consoante já se apontou, sempre e cada vez mais com a busca pela verdade, que é indispensável ao alcance de resultados justos e efetivos. E é igualmente certo que a qualidade da instrução probatória revela-se fundamental, na medida em que permite a reconstrução e a transposição para o processo do cenário fático no qual surgiu o conflito e em face do qual a tutela jurisdicional deve ser prestada. Trata-se de uma concepção estatalista, que outorga ao Poder Judiciário e de modo ainda mais direto ao agente-juiz a responsabilidade única pela solução do conflito existente, dotando-lhe de todos os instrumentos necessários para que esta solução possa ser alcançada, inclusive permitindo ao magistrado que se valha durante a fase probatória de todos os elementos que entender necessários para garantir a efetiva vinda da prova para o processo.

A despeito disso, porém, não se pode desconsiderar que quando o direito controvertido em questão é de natureza patrimonial e disponível, as partes – que disputam a sua titularidade em juízo – gozam, inequivocamente, de autonomia privada para dispor sobre esse direito como bem entenderem, até mesmo para, se for o caso, não submetê-lo ao Poder Judiciário e para solucionar o conflito existente com o uso de outros métodos integrados de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação ou a arbitragem.

Diante disso – e considerando que os efeitos decorrentes do processo estendem-se e dizem respeito, em princípio, apenas aos litigantes, e, ainda, diante da preocupação trazida pelo CPC/2015 com a criação de um sistema processual que tenha como pilares a efetiva colaboração e responsabilização das partes com o processo – e com os atos e atividades nele desenvolvidos, não há razão para se impedir que as partes convencionem quais os meios de prova que deverão ser produzidos ao longo da instrução, até mesmo porque o ônus relativo ao tempo de tramitação processual necessário à realização da prova (para a designação de pauta de audiência de instrução e julgamento para a oitiva do depoimento pessoal das partes ou do depoimento de testemunhas) e ao custo à ela inerente (para o pagamento de perícia) não é suportado senão diretamente pelos litigantes.²⁴⁹ Trata-se de concepção que preza a autonomia privada das partes.

Mas, e quanto ao juiz que deverá julgar o feito? E se ele – diante da convenção processual limitadora firmada pelas partes – se vê diante de situação na qual o conjunto probatório colacionado aos autos não se mostra suficiente para a formação do

249 O que nos faz acreditar que as convenções que estabelecem limites aos poderes instrutórios do juiz não se configurariam em “estipulação em desfavor de terceiro” e, por conseguinte, não autorizariam a sua inobservância pelo magistrado, senão nos casos do parágrafo único do art. 190.

seu convencimento sobre o objeto em litígio e, ainda assim, à luz do disposto no art. 140, tem o dever de julgar a controvérsia?

Em situações como essa – e em outras nas quais o julgador está diante de lacunas na instrução, o CPC estabelece um sistema de chaves – escoradas fundamentalmente no estabelecimento de presunções – que permitem ao magistrado encontrar caminhos para o julgamento do processo. Uma dessas chaves é, exatamente, as regras de distribuição do ônus da prova que, em que pese exerçam importante papel norteador da conduta das partes durante a fase probatória (e, por isso, se qualificam como regras de procedimento), são também regras de julgamento que podem ser utilizadas pelo juiz naquelas hipóteses nas quais ele precisa julgar, mas o leque de provas produzidas no processo não basta para a formação de sua convicção, seja em razão do exercício amplo dos seus poderes instrutórios, seja em função da sua limitação por meio de negócios jurídicos processuais.

Nesse caso, o juiz deverá verificar quais os fatos controvertidos que culminaram a instrução probatória sem que estivessem devidamente provados e a quem competia o ônus da prova respectivo – face à previsão do art. 373, *caput*, § 1º e § 3º do CPC –, imputando à parte a quem tocava a produção da prova o ônus de ver julgada a pretensão em seu desfavor. Há, com isso, uma superação da dicotomia estatalista-privatista, na medida em que o novo sistema outorga sim às partes a prerrogativa primeira de disciplinar a produção de provas por meio de negócios jurídicos processuais, mas, em contrapartida, submete estas mesmas partes ao risco (e à responsabilidade a ele inerente) de verem o conflito julgado pelas regras de distribuição do encargo probatório, caso a convenção firmada não se revele suficiente à instrução do feito.

2.2 Os limites para utilização da prova emprestada

O art. 372 do CPC/2015 positivou a admissibilidade do uso da prova emprestada, assim entendida como aquela produzida em outro processo. Entendeu por bem o legislador, porém, consignar que a sua valoração ficaria sempre a cargo do juiz e que deveria ser observado o contraditório.

A questão que surge, quanto a esse aspecto, diz respeito ao momento em que esse contraditório deveria se formar: se quando da produção da prova no processo originário, se quando da inserção da prova emprestada no novo processo ou se em ambos os momentos.

A se adotar o posicionamento havido na vigência do CPC/1973 – no curso do qual a prova emprestada era admitida entre os meios de prova moralmente legítimos (art. 332) – a utilização só poderia se dar quando configuradas: a). identidade de partes entre os dois processos; b). identidade ou similitude do objeto da prova; e c). produção da prova na presença de juiz natural,²⁵⁰ o que limitava, sem dúvida, a sua utilização.

250 A propósito, cf. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I., 56. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 908, n. 678.

Não obstante, porém, para uma legislação que como o CPC/2015 foi criada sob os pilares da economia e da celeridade processual, bem como do máximo aproveitamento dos atos processuais, os contornos da prova emprestada não devem ser tão limitados, mas devem ter em conta, tão-somente, o contraditório, assim entendido como o direito de se contrapor à prova respectiva nos autos em que ela será utilizada e, portanto, em que ela será emprestada.

Tal contraposição poderá se dar tanto no tocante à oportunidade, conveniência e adequação do empréstimo da prova outrora realizada, quanto no que pertine ao seu conteúdo, mediante a apresentação de elementos pelas partes que permitam ao magistrado formar a sua convicção em torno da prova produzida e, assim, promover à sua adequada valoração, sem qualquer vinculação ao juízo originário que se fez em relação à prova no processo em que ela foi tomada.

Não há, destarte, motivos para que se exija que tal contraditório seja prévio, tenha natureza antecedente e esteja adstrito ao processo originário, pois nada impede que a parte, ao se ver diante da prova emprestada e em tendo questionamentos fundados e razoáveis acerca da sua produção, apresente-os ao juiz para avaliação. Não é porque a parte não apresentou quesitos, não indicou assistente técnico, não arguiu o impedimento ou a suspeição do perito, não contraditou a testemunha, não a inquiriu, não tomou o depoimento pessoal da parte sobre o mesmo fato ou não teve a oportunidade de acompanhar a inspeção judicial no processo em que a prova foi originariamente produzida que ela se revelará, por si só, imprestável. É preciso que a parte evidencie, de forma clara e precisa, em que medida cada uma dessas ações efetivamente compromete a prova realizada e, sobretudo, deve levar à sua desconsideração no processo no qual ela foi transposta.

Com efeito – e para ficar apenas em um exemplo – não é porque não teve a oportunidade de arguir impedimento ou suspeição de perito quando da realização da prova que o perito é, efetivamente, impedido ou suspeito de modo a justificar a realização de uma outra perícia, sobre o mesmo objeto, no novo processo, com todos os custos de tempo de tramitação processual e recursos financeiros daí decorrentes. E se o perito é, eventualmente, impedido ou suspeito, que a parte interessada demonstre isso de forma objetiva e fundada nos autos, a fim de evidenciar a inviabilidade do empréstimo da prova realizado para que seja oportunamente valorado pelo juiz.

A nosso ver, o limite para utilização da prova emprestada está, tão-só, na igualdade ou similitude do fato controvertido que se pretende provar e no respeito à ampla defesa e ao contraditório no processo em que a prova será utilizada, tanto no que toca à sua admissão, quanto em relação ao seu conteúdo e não “necessariamente, o acontecido ao tempo da produção da prova no outro processo”.²⁵¹

Entendimento em sentido diverso vai de encontro ao posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça²⁵² e, sobretudo, prestigia um formalismo exacerbado e excessivo que não se coaduna com os preceitos do CPC/2015.

251 *Idem, ibidem*.

252 Cujá Corte Especial, em acórdão de relatoria da Min. Nancy Andrighi, assentou: (...) “Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre

2.3 A distribuição dinâmica do ônus probatório

A distribuição do ônus da prova entre as partes do processo foi criada em virtude da necessidade de se atribuir a responsabilidade pela produção da prova dos fatos controvertidos aos litigantes. Por meio dela, busca-se, essencialmente, possibilitar a vinda do elemento probatório aos autos e estabelecer, *a priori*, quem suportará a improcedência da pretensão decorrente da ausência da prova de um fato respectivo.

Desde os primórdios, o ônus da prova sempre exerceu duas funções primordiais no processo: de um lado, atua como regra de conduta que orienta e estimula a atividade probatória das partes durante a instrução; e, de outro, funciona como regra de julgamento que auxilia o julgador na sua decisão, sempre que ele se vê diante da ausência de prova do fato controvertido e, por expressa disposição legal, não pode deixar de julgar.

Ao longo da história, várias foram as teorias sucessivamente criadas de forma a justificar a repartição do encargo probatório entre as partes do processo,²⁵³ sendo certo que, quase todas elas, tinham em comum o traço da rigidez, ou seja, a imposição às partes de um encargo fixo e imutável, definido a partir de critérios preexistentes.

O critério estático de repartição do ônus da prova foi adotado como regra pelo art. 373 do CPC/2015, na esteira do que previa o art. 333 do CPC/1973, ao estabelecer que o ônus da prova compete ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Não obstante, critérios de distribuição do encargo fundados na perspectiva estática, exatamente porque predeterminados de forma rígida e abstrata, não levam em consideração a necessidade – e tanto menos as particularidades e especificidades – de cada caso concreto. Em razão disso, não raras vezes mostram-se falhos, insuficientes e inadequados à produção da prova que se pretende ver nos autos e, por conseguinte, inaptos para o alcance de um resultado justo e efetivo, capaz de promover alterações concretas no mundo dos fatos. E mais ainda: não raras vezes levam o magistrado a situações de perplexidade tal em que o conjunto probatório colacionado aos autos – porque formado de modo deficiente – é contrário ao seu próprio convencimento, previamente construído a partir da verossimilhança das alegações trazidas pelas partes ao processo.

Foi talvez a partir da necessidade sentida – embora não desenvolvida – por Gian Micheli de que a distribuição do ônus da prova deveria ser feita por meio de

que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto"(...) (STJ, EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014, Informativo de Jurisprudência n.º 543).

253 A propósito, cf. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. 2. ed. Padova: Cedam, 1966 e PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ônus da prova no direito processual civil*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2001.

uma valoração dinâmica em substituição a uma concepção abstrata e estática do fenômeno²⁵⁴ – a fim de que se aprimore a instrução e, por conseguinte, a formação do convencimento – que se lançou o primeiro facho de luz em torno da importância da questão, muito embora Jeremy Bentham, em pleno século XIX, já sustentasse essa posição.²⁵⁵

Mas foi apenas no final do século XX que juristas argentinos, sob a coordenação de Jorge W. Peyrano, valendo-se da teoria de James Goldschmidt acerca da situação jurídica processual,²⁵⁶ delinearam e sistematizaram, de forma clara e precisa, os contornos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, batizada, entre eles, de *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*.

Por meio dela, a repartição de encargo probatório entre os litigantes não deve se dar de forma prévia e abstrata, mas a partir do exame das particularidades e especificidades de cada caso concreto pelo julgador, atribuindo-se o ônus da prova de cada uma das alegações controvertidas àquele litigante que detém melhores condições para produzir a prova respectiva, facilitando, assim, a sua vinda aos autos, melhorando a qualidade da instrução e, por conseguinte, também da decisão final.

Tendo seu fundamento na efetividade do processo, na obtenção da verdade, no alcance de um resultado justo, nos poderes instrutórios do juiz e no princípio da cooperação entre as partes e o magistrado, todos esses corolários do direito processual moderno, a teoria da carga probatória dinâmica não exclui nem subverte o sistema clássico/estático de distribuição previsto no art. 373 do CPC, mas atua como mecanismo complementar, um *plus* na atividade de instrução. Ela pode e deve ser adotada sempre que os critérios clássicos de repartição do ônus da prova comprometerem ou inviabilizarem a vinda da prova aos autos, e o litigante a quem inicialmente não couber o encargo tiver condições de cumpri-lo.

Foi o que buscou estabelecer o legislador de 2015 quando fez constar expressamente a sua previsão no § 1º do art. 373, nos seguintes termos:²⁵⁷

254 MICHELI, Gian Antonio. *L'onere cit.*, p. 464.

255 BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEJA, 1971, v. I, p. 239: "La carga de la prueba debe imponerse, en cada caso concreto, a aquella de las partes que pueda aportarla con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos".

256 A propósito cf.: GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. (sl trad.). Buenos Aires: EJEJA, 1961, v. I. e PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Coord.). 1. ed. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 13-15.

257 Sobre distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC/2015, cf.: GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de processo*, v. 37, n. 208, p. 91-124, jun. 2012; MACEDO, Lucas Buri de.; PEIXOTO, Ravi. A dinamização do ônus da prova sob a óptica do Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o Projeto do CPC/2015*. Salvador: Jus Podivm, 2014, pp. 209 a 216; MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de processo civil. *Revista de processo*, v. 37, n. 208, p. 295-316, jun. 2012; SILVA, Ricardo Alexandre da. Dinamização do ônus da prova no Projeto de Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o Projeto do CPC/2015*. Salvador: Jus Podivm, 2014, pp. 539-556.

Art. 373. (...).

§ 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.

A redação do dispositivo estabelece de forma clara e precisa os critérios que autorizam a utilização da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito brasileiro e que devem estar necessária e simultaneamente presentes para que ela incida: (I) a impossibilidade ou extrema dificuldade que o litigante a quem em princípio toca o ônus traga a prova do fato aos autos; (II) a possibilidade de que o outro litigante o faça, sem maiores percalços; (III) a fundamentação adequada da decisão que determinar a alteração do encargo; e (IV) a oportunidade de que a parte possa se desincumbir do encargo que lhe foi atribuído.

Destarte, o primeiro e principal critério que justifica a aplicação da teoria da carga dinâmica no caso concreto é a dificuldade ou a impossibilidade de o litigante a quem, pela regra geral toca o encargo, de produzir a prova respectiva. Ou seja, quando a parte incumbida de trazer a prova aos autos não tiver reais condições de se eximir do seu ônus, prejudicando a instrução do processo.

A dificuldade ou impossibilidade de cumprimento do encargo probatório que inicialmente foi destinado a um dos litigantes pode decorrer das mais diversas razões – social, cultural, de informação, acesso, técnica ou hierárquica – e não há, pelo menos em princípio, qualquer tipo de distinção ou de gradação entre a natureza da dificuldade ou da impossibilidade de produção da prova e a adoção da distribuição dinâmica.²⁵⁸ Basta que o entrave na produção da prova e no cumprimento do ônus fique demonstrado de forma objetiva para que se preencha o primeiro requisito para a incidência da carga dinâmica.

A dificuldade ou impossibilidade de produção probatória por parte de um dos litigantes deve encontrar, ainda, contrapartida na maior facilidade ou na melhor condição do outro litigante para a obtenção da prova, sendo certo que, naquelas situações em que se verificar que a desincumbência do encargo pela outra parte seja impossível ou excessivamente difícil, o Código de Processo Civil não autoriza a aplicação da distribuição dinâmica (art. 373, § 2º), mantendo-se, por conseguinte, o critério de repartição do encargo originário.

A referência à maior facilidade na produção da prova do fato controvertido, contudo, não se confunde, em absoluto, com a maior comodidade de um dos litigantes para o cumprimento do encargo em relação ao outro. O magistrado deve estar

258 A nosso ver, apenas o aspecto econômico deveria ser excluído, a priori, desse rol, na medida em que, as questões concernentes à hipossuficiência econômica devem ser analisadas e solucionadas à luz das regras relativas à assistência judiciária gratuita.

diante de casos em que o alcance do elemento probatório esteja efetivamente comprometido ou inviabilizado caso sejam observadas apenas as normas de distribuição clássica do ônus da prova para que possa autorizar a aplicação do ônus dinâmico.

O exame em torno das condições de cada uma das partes para produzir a prova necessária e, por conseguinte, da viabilidade da aplicação da distribuição dinâmica em cada caso concreto pode se dar de ofício pelo próprio magistrado – valendo-se, para tanto, dos seus poderes instrutórios – ou ser provocado pelo litigante interessado no deslocamento do ônus. Em um ou outro caso, deverá ser assegurado ao litigante a quem se quiser atribuir o encargo o direito de se manifestar acerca da questão, inclusive de forma a demonstrar se tem ou não condições de cumprir o ônus respectivo (art. 9º c/c art. 10). E, de igual modo, a decisão final estará sujeita a recurso de agravo de instrumento (art. 1015, XI).

A distribuição dinâmica da carga probatória poderá se dar em relação a um ou mais fatos controvertidos no processo, estando a sua incidência quanto a cada um deles condicionada à existência de dificuldade ou não na produção da prova a eles relativas. “Com efeito, é perfeitamente viável que, em relação a alguns dos fatos controvertidos, ainda seja possível à parte incumbida do ônus probatório pelas regras clássicas de distribuição fornecer a prova necessária, não havendo qualquer justificativa para isentá-la de tal produção nestas hipóteses”.²⁵⁹

Para além da natureza do direito material tutelado ou das regras estáticas de distribuição do ônus da prova existentes para cada modalidade, sempre será possível a adoção da carga dinâmica quando presente a dificuldade probatória de um dos litigantes associada à facilidade probatória do outro em relação a um dado fato controvertido.

Outro aspecto importante que decorre do § 1º do art. 373 é a obrigatoriedade de que, uma vez estabelecida a alteração do ônus probatório, se oportunize à parte que o recebeu, necessariamente, a possibilidade de que se desincumba do encargo respectivo. Isso não só evita que ela seja surpreendida na sentença – e, evidentemente, invoque a ocorrência de cerceamento de defesa e, por conseguinte, de nulidade do processo – mas permite que o litigante a quem for atribuído o ônus possa realmente satisfazê-lo, eis que o seu fim primeiro e maior – vale dizer, aquilo que justifica a distribuição dinâmica – é possibilidade efetiva de vinda da prova que se pretende produzir aos autos. O ideal, inclusive, é que se observe a regra do art. 357, III, do CPC e, já no saneador, se estabeleça a distribuição do encargo probatório entre as partes, com a aplicação do ônus dinâmico, se for o caso.

É certo que a fixação do ônus com base na teoria da carga dinâmica não está imune à ocorrência de fato superveniente que, eventualmente, inviabilize a produção da prova por aquela parte a quem o ônus foi entregue. Sempre que a ocorrência de fatos futuros causar impactos no cumprimento do ônus, o mesmo deverá ser revisto

259 NASCIUTTI, Fernanda Rochael. *Cargas probatórias dinâmicas: considerações sobre sua aplicação ao direito processual civil e trabalhista brasileiro*. Dissertação de mestrado desenvolvida sob orientação do Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho e defendida junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2006, p. 106.

e atribuído ao litigante que tiver reais condições de cumpri-lo ou, se nenhum deles o tiver, àquele a quem as regras de repartição prévia e abstrata o impõem.²⁶⁰

2.4 As novas linhas da produção antecipada de provas

A produção de provas ao longo do processo se dá em dois momentos fundamentais: a prova documental, como regra,²⁶¹ deve acompanhar a petição inicial do autor e a defesa do réu – e, portanto, deve ser apresentada durante a fase postulatória (art. 434), ao passo que os demais meios de prova são produzidos pelas partes durante a fase de instrução, que tem início com a prolação de saneador e, por conseguinte, com a delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, a especificação dos meios de prova admitidos e a distribuição do ônus da prova entre as partes (art. 357, II e III).

A despeito disso, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de que, em situações excepcionais, as partes adiantem a produção de provas, o que se dá com a figura da produção antecipada de provas.

Na sistemática do CPC/1973, a produção antecipada de provas era tratada como um procedimento cautelar específico (art. 846/ss) e, como tal, dada a sua natureza, tinha a sua admissibilidade condicionada ao risco de que a prova que se pretendia antecipar, por alguma razão, não pudesse se realizar, durante a instrução. Assim é que se admitia a tomada de depoimento das partes ou de testemunhas antes da audiência de instrução e julgamento quando, comprovadamente, tivessem que se ausentar ou por motivo de idade ou doença grave houvesse justo receio de que, ao tempo do certame, já tivessem falecido ou estivessem impossibilitadas de depor (art. 847); e o exame pericial naquelas situações em que houvesse fundado receio de que a verificação de fatos na pendência do processo se tornasse impossível ou muito difícil (art. 849).

O Código de Processo Civil de 2015 muda significativamente essa disciplina.

E também aqui, tal como ocorreu com os poderes instrutórios, a primeira alteração tem natureza tópica: com a eliminação do livro de Processo Cautelar e inserção da tutela cautelar na Parte Geral, no capítulo destinado às tutelas provisórias (art. 294, parágrafo único), alguns procedimentos cautelares foram reposicionados na nova estrutura do Código e outros foram eliminados. A produção antecipada de provas está entre os procedimentos realocados, passando a figurar no capítulo destinado às Provas (art. 381/ss).

260 A propósito da impossibilidade reversa e da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, cf.: CREMASCO, Suzana Santi. *Distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009; MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

261 Diz-se em regra em virtude da previsão constante no art. 435, que dispõe: *Art. 435, CPC* – É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. *Parágrafo único* – Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

Mais do que isso, porém, a principal inovação trazida pela nova disciplina está relacionada às hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas, que sofreram uma ampliação significativa.

De fato, ao lado da antecipação da prova quando houver fundado receio de que ela venha a se tornar de difícil ou impossível produção na pendência da ação (art. 381, I), o procedimento será cabível, também, quando (II) a prova que se pretende produzir puder viabilizar a autocomposição entre as partes ou permitir a elas o uso de outro meio adequado de solução de conflitos (art. 381, II); (III) a produção da prova puder justificar ou evitar o ajuizamento da ação (art. 381, III); (IV) se pretender fazer o arrolamento de bens em caráter exclusivamente documental, isto é, sem a realização de atos de apreensão (art. 381, § 1º) e, por fim, (V) quando a parte pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para fins unicamente de registro (art. 381, § 5º).

O CPC/2015 traz inovações importantes, ainda, em matéria de competência, ao estabelecer regra específica no art. 381, § 2º, em virtude da qual a produção antecipada de prova poderá ser proposta no foro do domicílio do réu ou no foro do local de produção da prova, caso em que não previne o juízo para a futura ação que eventualmente venha a ser proposta tendo por base a prova produzida (§ 3º).

O objetivo do legislador com isso, sem dúvida, foi imprimir celeridade e economia à de produção antecipada, facilitando, pois, a obtenção da prova respectiva ao permitir que o procedimento destinado exclusivamente à sua realização possa ser iniciado no local em que a prova será produzida. Este é o mesmo fundamento que autoriza que a produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se inicie na Justiça Estadual caso na localidade não haja vara federal que possa recebê-lo (§ 4º).

A petição inicial será apresentada pelo interessado com as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova – ou seja, com a indicação, com precisão, em qual das hipóteses de cabimento do art. 381 o pedido se ampara – e deverá conter, ainda, o apontamento sobre quais fatos a prova deverá abranger (art. 382).

Recebida a petição inicial, o juiz determinará, como regra, a citação dos interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistir caráter contencioso no procedimento (art. 382, § 1º), o que ocorrerá naquelas situações em que ambas as partes requererem a produção antecipada de forma conjunta ou em que a produção da prova tenha natureza unipessoal. Cabe ao juiz, inclusive de ofício, delimitar quem são os interessados na prova que se pretende antecipar, assegurando a participação de todos no procedimento.

Frise-se, por oportuno, que nada impede que, excepcionalmente e em situações efetivamente graves, se conceda tutela provisória para realização da prova liminarmente, assegurando-se, por conseguinte, ao interessado que se faça eventual aditamento ou complementação posterior.²⁶²

262 DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada de provas. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marcos; FERREIRA, William Santos. *Coleção Grandes Temas do CPC/2015 – Direito Probatório*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 499-500.

Os interessados, por sua vez, poderão formular pedido contraposto e requerer, nos mesmos autos, a produção de qualquer prova, desde que relacionada ao mesmo fato controvertido e desde que a sua produção conjunta não comprometa a celeridade do procedimento, sob pena de indeferimento pelo juiz (art. 382, § 3º).

A citação dos interessados não se dá, pela letra da lei, para a apresentação de defesa (art. 382, § 4º), mas para que ele possa acompanhar a produção da prova – cujo procedimento observará a integralidade do rito previsto no Código para a realização do tipo de prova respectiva, não mais havendo limitação exclusivamente à prova oral ou pericial, nos moldes em que previsto no CPC/73.

Ao assegurar a participação dos interessados, busca-se garantir o contraditório, sendo certo, porém, que se deve garantir a eles o direito de se manifestar sobre a inadmissibilidade da prova requerida em caráter antecipado, naquelas situações nas quais não estiverem presentes as hipóteses do art. 381, bem como sobre a (in) ocorrência no caso de pressupostos processuais e condições da ação que autorizem a continuidade do procedimento.²⁶³ Não se admitirá, em hipótese alguma, porém, a discussão de matéria de fundo relativa à controvérsia ou ilações em torno da valoração da prova a ser produzida, o que deverá ser feito nos autos principais.

Uma vez produzida a prova, o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou incoerência do fato ou sobre as consequências jurídicas, limitando-se a homologar a prova e a determinar a disponibilização dos autos aos interessados – se físicos – para a obtenção de cópias e certidões, com sua posterior entrega ao promovente (art. 383).

A decisão proferida pelo magistrado não comportará recurso (art. 382, § 4º), a não ser quando indeferir a produção da prova pelo requerente originário, caso em que a decisão será atacada por apelação (art. 1.009), se se tratar de indeferimento total das provas pleiteadas, ou por agravo de instrumento, se eventualmente cuidar de indeferimento de apenas uma das provas pretendidas no procedimento (art. 1015, II).

3 CONCLUSÕES

Diante do exposto, são conclusões necessárias:

a). No processo civil moderno, a qualidade da prova produzida no curso da instrução adquire especial importância, na medida em que é responsável por permitir ao julgador construir dentro dos autos o cenário fático mais próximo possível da realidade e, assim, aproximar a sua decisão de um resultado efetivo e justo.

b). O Código de Processo Civil de 2015 se coaduna com este cenário e traz inovações importantes na disciplina da teoria geral das provas, entre as quais: (I) a exigência de que os poderes instrutórios do juiz sejam exercidos mediante decisões fundamentadas – especialmente no caso de indeferimento de provas, (II) a admissão expressa da possibilidade do uso de prova emprestada, observado o contraditório, (III) a adoção da regra da distribuição dinâmica do ônus da prova como mecanismo

²⁶³ *Idem*, p. 502.

complementar à regra geral de repartição dos encargos probatórios e (IV) novos contornos da produção antecipada de provas.

c). No que toca aos poderes instrutórios do juiz, a grande controvérsia cinge-se em determinar a possibilidade de que sejam objeto de convenções processuais entre as partes com vistas a limitá-los, o que se entende possível quando se tratar de litígios relativos a direitos disponíveis envolvendo partes capazes.

d). Quanto a admissibilidade do uso da prova emprestada, a dúvida reside em saber o momento em relação ao qual o contraditório deve se dar – se no processo em que a prova foi produzida, no processo no qual ela será utilizada ou em ambos, sendo que, na esteira do entendimento mais recente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a única exigência é que se assegure o contraditório no processo em que a prova será utilizada.

e) No que concerne à distribuição dinâmica do ônus da prova, o CPC/2015 adota o instrumento como mecanismo complementar de repartição do encargo probatório, que poderá ser utilizado se e somente se, no caso concreto, se observar: (I) a impossibilidade ou extrema dificuldade que o litigante a quem em princípio toca o ônus traga a prova do fato aos autos; (II) a possibilidade de que o outro litigante o faça, sem maiores percalços; (III) a fundamentação adequada da decisão que determinar a alteração do encargo; e (IV) a oportunidade de que a parte possa se desincumbir do encargo que lhe foi atribuído.

f). Por fim, quanto a produção antecipada de provas, para além de ampliar o rol de competência para processar e julgar o procedimento – com o claro intuito de facilitar a realização da prova – houve uma ampliação considerável e salutar das hipóteses de cabimento da medida, que antes era restrita aos casos de risco de impossibilidade ou excessiva dificuldade para sua realização durante a fase probatória.