

## **DIREITO PROBATÓRIO NO CPC/15**

**Haroldo Lourenço**

*Doutorando e Mestre em Direito Processual (UNESA).*

*Mestre em Educação (Universidade de Jaén - Espanha).*

*Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ) e Processo Civil (UFF).*

*Advogado, consultor jurídico e parecerista.*

*Professor de Direito Processual Civil na FGV, CURSO FORUM/RJ, EMERJ  
(Escola da Magistratura do RJ), FESUDEPERJ (Fundação Superior da Defensoria)*

*e ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados).*

*Autor das obras: Manual de Direito Processual Civil (Ed. Forense) e Teoria*

*Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Ed. Método).*

*Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e*

*Discurso/PPGD-UNESA.*

*Membro do IBDP, ICPC e ABDPC.*

## 1. Noções gerais e conceito

Afirma a doutrina, com toda a razão, “que a prova é a alma do processo de conhecimento”<sup>1</sup> e, devido a essa essencialidade, o direito probatório tem passado por significativas mudanças, principalmente pelas construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Cumprido, logo de início, ressaltar que as inovações probatórias trazidas pelo CPC/15 somente terão plena eficácia às provas que tenham sido requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início da sua vigência, ou seja, o que importa é que a atividade probatória tenha se iniciado ou tenha sido reaberta com a vigência da nova legislação (art. 1047 CPC/15)<sup>2</sup>.

A prova deve ser compreendida como todo elemento trazido ao processo que possa colaborar na formação da cognição do juiz a respeito da veracidade das alegações fáticas controvertidas e relevantes, além do mais possui íntima relação com o princípio do contraditório, por viabilizar a participação no procedimento de formação da decisão, como afirma a parte final do art. 369 do CPC/15.

Para uma melhor organização, esse capítulo será organizado em três principais pontos: (i) teoria geral da prova; (ii) as demandas probatórias autônomas; e, por fim, (iii) as provas em espécie.

## 2. Teoria geral da prova

### 2.1. Natureza jurídica das normas sobre provas

A natureza jurídica das normas que regulamentam as provas é um forte ponto de tensão doutrinária. Há autores que afirmam uma natureza processual, pois seria o meio pelo qual o juiz formará a sua convicção a fim de exercer a função jurisdicional, sendo fortemente criticável a opção do Código Civil em também regulamentá-las<sup>3</sup>. Para alguns haveria uma natureza mista, com uma associação entre o direito material e processual, vislumbrando-se uma sistematização conjunta<sup>4</sup>. Por fim, há quem visualize como possuindo natureza constitucional, com o que concordamos, sem contudo negarmos o caráter processual.

Creemos haver uma natureza mista de direito processual e constitucional, sendo o meio disponível para o convencimento do magistrado, bem como da tutela do direito

---

<sup>1</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.

<sup>2</sup> Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 311.

<sup>3</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* cit., 17. ed., p. 374.

<sup>4</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 608.

lesionado ou ameaçado, portanto, a sua escorregada produção mostra-se como um consectário lógico da ampla defesa (essa, por sua vez, inerente ao *due process of law*), assumindo, assim, a distribuição do ônus de provar peculiar importância no resultado do processo e, por conseguinte, na concretização do direito fundamental de acesso a um provimento jurisdicional justo. Como bem acentuado por Renault Godinho,<sup>5</sup> valendo-se das palavras de Canotilho, a relevância das regras de distribuição do ônus da prova é, antes de tudo, um contencioso constitucional.

## 2.2. Objeto da prova. Prova de direito

O objeto da prova é o que o magistrado deve adquirir para ter o conhecimento necessário para solucionar o litígio, conhecido como *thema probandum*.<sup>6</sup> Não há controvérsia de que tal objeto não se produz, pelo menos em regra, sobre direito, contudo, sobre o real e exato objeto da prova, há muita polêmica.

Majoritariamente, o objeto da prova são as *alegações* dos fatos principais, controvertidos e relevantes, pois os fatos não se provam, existem e pronto<sup>7</sup>. Há, porém quem afirme que o objeto da prova são os fatos, pois nem sempre haverá alegações, como, por exemplo, os fatos que podem ser conhecidos de ofício, ainda que as partes não os tenham alegado, na dicção do art. 370 do CPC/15.<sup>8</sup> Adotamos esse entendimento, pois, não necessariamente, haverá alegações a serem provadas. Há, por fim, quem afirme que não são os fatos, tampouco suas alegações, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz.<sup>9</sup>

Não se prova o Direito, eis que este o juiz deve conhecer, todavia, algumas situações excepcionam tal regra, podendo o juiz determinar que se prove o direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário (art. 376 do CPC/15).<sup>10</sup> Note-se

---

<sup>5</sup> GODINHO, Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. *Revista de Direito da EMERJ* v. 10, n. 38, p. 272, 2007. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O ônus da prova na jurisdição das liberdades: estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>6</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva. v. 2, p. 181-182.

<sup>7</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 376; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3, n. 786, p. 58.

<sup>8</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2, p. 329; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2003. p. 476; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2. São Paulo: Saraiva, 2007. t. 1, p. 245.

<sup>9</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 411.

<sup>10</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* cit., 17. ed., p. 376-377; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. reform. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. p. 187; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* cit., 3. ed. p. 417.

que o art. 376 restringe o brocado *iura novit curia e narra mihi factum, dabo tibi jus*, o qual impõe ao magistrado conhecer o direito vigente no local onde exerce suas funções, eis que o magistrado não está obrigado a conhecer o teor e a vigência de direito estadual, municipal, estrangeiro e consuetudinário. O mencionado dispositivo ostenta duas normas, uma relativa ao objeto da prova e outra referente ao ônus da prova. Para a hipótese de o magistrado desconhecer a existência de tais regras jurídicas, poderá determinar a produção da prova quanto ao seu teor e sua vigência (objeto da prova), prevalecendo a regra de que o ônus incumbe a quem o alegar (ônus da prova)<sup>11</sup>.

Nesse contexto, enfatiza-se que o CPC, no art. 376, limita “*se assim o juiz determinar*”, de modo que a parte poderá aguardar a decisão de saneamento e organização (art. 357) ou em outro momento, se manifeste sobre a necessidade de sua prova.<sup>12</sup>

### 2.3. Exclusão do objeto da prova

Algumas alegações de fato não são objeto de provas, como, por exemplo, os fatos impertinentes ou irrelevantes à solução da demanda; os notórios (art. 374, I); não controvertidos ou confessados pela parte contrária (art. 374, II e III) ou os fatos sobre os quais haja uma presunção de existência ou veracidade (art. 374, IV).

Não se admitir prova sobre fatos impertinentes é puramente uma questão de economia processual e razoável duração do processo. De igual modo, como cediço, exige-se do réu uma impugnação especificada dos fatos (art. 341), pois, uma contestação genérica, pode produzir presunção de veracidade sobre um fato, justamente pela falta de controvérsia (art. 374, II e III).

Sobre o fato notório, realmente essa característica pode ser reconhecida de ofício pelo juízo, todavia, cumpre registrar uma exceção: pode ocorrer de a notoriedade ser, justamente, a discussão do processo, como na ação de reconhecimento de uma união estável, devendo tal prova ser realizada.

As presunções podem ser relativas (*iuris tantum*) ou absolutas (*iuris et de iuri*), legal (*praesumptiones legis*) ou judicial (*praesumptiones hominis*).

Há presunção relativa quando se admite prova em contrário, havendo, a rigor, uma inversão do ônus da prova, cabendo à parte que não alegou o fato, convencer o juiz de sua não existência ou ocorrência. Como exemplos, podemos mencionar a revelia (art. 344), o Enunciado 301 do STJ, que determina a presunção de paternidade na hipótese de o réu se negar injustificadamente a realizar o exame de

---

<sup>11</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2, p. 28.

<sup>12</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito de processo civil* cit., 10. ed., p. 343.

DNA, desde que provados indícios mínimos sobre a paternidade.<sup>13</sup> Observe-se que tal presunção somente se aplica à pessoa do pretense genitor, não se estendendo aos seus descendentes.<sup>14</sup>

Haverá presunção absoluta (*iure et de iure*), prevista pelo legislador, não admitindo prova em sentido contrário. O legislador extrai uma conclusão indisputável. Fundam-se na dificuldade que se encontraria em demonstrar que as coisas realmente assim se passaram ou por maior probabilidade que tenham ocorrido ou ocorram de determinada forma. São bons exemplos às causas de impedimento (art. 144 do CPC/15), a presunção de ciência de penhora por haver registro na matrícula do imóvel (art. 844, do CPC/15) ou a presunção de repercussão geral prevista no art. 1.035 §3º do CPC/15.

Presunção legal é a criada pelo legislador, podendo ser absoluta ou relativa. A presunção judicial é a realizada pelo juiz no caso concreto, com a utilização da máxima de experiência, fundado no que costuma logicamente ocorrer.

Tais exclusões devem ser observadas pelo magistrado, principalmente na decisão de saneamento, fixando os pontos controvertidos, objetivando e otimizando a fase instrutória (art. 357).

#### **2.4. Fases da prova. Prova produzida e obtida**

O procedimento probatório observa uma sequência logicamente ordenada de atos, dividida em quatro fases: propositura, admissão, produção e valoração.<sup>15</sup>

A propositura, como sugere a nomenclatura, é o momento em que as partes indicam, de forma especificada, os meios de prova que pretendem se utilizar para contribuir na formação da convicção do juiz. Deve ser feita no primeiro ato de postulação, ou seja, o autor, na sua petição inicial (art. 319), o réu, na contestação (art. 336) ou, ainda, nas providências preliminares (art. 348).

A admissão geralmente ocorre com a decisão de saneamento do processo (art. 357 do CPC/15), que dispõe sobre os meios de provas que devem ser utilizados no processo para o seu convencimento.

A produção é a realização das provas deferidas para a inserção aos autos do processo. Em regra, as provas orais serão produzidas na AIJ (art. 361), havendo, contudo, exceções como a prova documental, que pode ser admitida em qualquer

---

<sup>13</sup> STJ, REsp 1.068.836/RJ, 4ª T., rel. Min. Honildo Amaral, j. 18.03.2010.

<sup>14</sup> STJ, REsp 714.969/MS, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.03.2010.

<sup>15</sup> Minoritariamente, não inclui a valoração como parte integrante do procedimento probatório: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* cit., 17. ed., p. 388.

tempo, de acordo com o STJ; o depoimento de pessoas enfermas (art. 449, parágrafo único), pessoas egrégias (art. 454). Cumpre registrar que o magistrado passa a ter o poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova (art. 139, VI do CPC/15), como se observa da redação do art. 361, onde passa a constar a expressão “preferencialmente” permitindo a alteração da ordem, desde que fundamentadamente.

Diferencia a doutrina provas obtidas de provas produzidas. Há prova obtida quando sobre estas não foi realizado um juízo de admissibilidade, tampouco uma valoração, como na hipótese de produção antecipada de provas. A prova produzida é a realizada após a admissibilidade pelo juízo no qual se pretende utilizá-la.<sup>16</sup>

A valoração será feita na decisão, quando o magistrado demonstrará que força teve a prova na formação do seu convencimento.<sup>17</sup>

## **2.5. Provas diretas, indiretas, típicas e atípicas. Fontes e meios de provas.**

Quanto à alegação de fato que se pretender provar, as provas podem ser diretas ou indiretas. A primeira recai sobre o fato probando que se pretende demonstrar. A prova indireta recai sobre outros fatos, por meio dos quais, por dedução, se chegará a uma conclusão sobre o fato probando, comumente denominada de indícios.<sup>18</sup>

Admitem-se, no processo civil, todos os meios de provas, como se extrai do art. 369 do CPC/15. Temos os meios de prova típicos (ata notarial, documental, testemunhal, pericial etc.), como temos os atípicos, ou seja, não previstos na legislação, que somente estão limitados por critérios morais, como a prova por amostragem, cibernética, reconstituição de fatos etc. De igual modo, pode se cogitar em uma prova atípica negocial (art. 190 do CPC), como um testemunho por escrito.

Importante diferenciar as fontes das provas, que são as coisas, pessoas e os fenômenos. O meio de prova é o “itinerário” realizado para se chegar aos sentidos do magistrado. A prova, como já definido, é o resultado, o que já foi obtido ou produzido. Essa compreensão é essencial, por isso utilizaremos exemplos bem objetivos. A confissão é a prova, porém, a tortura pode ter sido o meio para a sua obtenção, que por óbvio contaminará a prova. É possível a prova de um fato ilícito ou imoral, o que é vedado é a utilização de meios imorais ou ilícitos, ou seja, é possível se provar um fato ilícito ou imoral, desde que sejam utilizados mecanismos lícitos e morais (art. 5º, LVI, da CR/1988).

---

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001. p. 310.

<sup>17</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 23.

<sup>18</sup> Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* cit., 17. ed., p. 375.

## 2.6. Destinatários da prova

Sempre se afirmou que o destinatário direto da prova é o juiz, o destinatário indireto são as partes, porém, tal concepção merece uma releitura.

O destinatário da prova, a rigor, são todos os sujeitos do processo que da prova poderão fazer uso<sup>19</sup>. O magistrado, de primeiro ou segundo grau, é um destinatário direto, tanto que pode indeferir provas inúteis ou protelatórias (art. 370, parágrafo único CPC/15), bem como deverá apreciá-la (art. 371 CPC/15), enquanto os demais sujeito do processo são destinatários indiretos.

## 2.7. Ônus da prova: subjetivo e objetivo

O art. 373 do CPC/15 disciplina o chamado ônus da prova, que não pode ser confundido com uma obrigação ou um dever. O ônus é um imperativo do próprio interesse da parte, sendo um aproveitamento de uma possibilidade que beneficiará a parte diligente, que se divide em perfeito e imperfeito.<sup>20</sup> O ônus será perfeito quando o seu descumprimento gerar, necessariamente, um prejuízo, como a renúncia ao direito de recorrer. Já o ônus imperfeito ocorre quando o seu descumprimento não gera prejuízo necessariamente, havendo somente a mera possibilidade de que venha a ocorrer um dano à parte que não o cumpriu, como, por exemplo, a falta de contestação. Trata-se, portanto, o ônus de provar de um ônus imperfeito, pois não necessariamente o prejuízo ocorrerá.

Diferencia-se da obrigação, pois esta, quando realizada, beneficiará a parte alheia, e, se não realizada, seu descumprimento dará ensejo a um cumprimento forçado; de igual modo, não se confunde com o dever, pois este é uma regra de conduta, que também pode gerar sanções (art. 80 do CPC/15).

O ônus da prova se divide em ônus subjetivo e objetivo. No ônus subjetivo, irá se indagar quem deverá provar. De acordo com o CPC, adotou-se uma regra subjetiva e estática, ou seja, analisa-se a posição da parte em juízo, bem como a natureza dos fatos. Ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Ocorre que tal ônus tem pouca influência depois de produzida a prova, pois esta não pertencerá mais às partes que as produziram mas, sim, ao processo, por força do princípio da comunhão ou aquisição da prova (art. 371, 2ª parte). De igual

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, temos o Enunciado 50 Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.

<sup>20</sup> Maiores considerações: LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do ônus da prova* cit.

modo, nada obsta que, por exemplo, o réu prove a inexistência do fato constitutivo do direito do autor, mesmo não sendo ônus seu realizar tal prova. Tal situação é denominada pela doutrina como ônus da contraprova.<sup>21</sup>

Por outro lado, não pode o magistrado se abster de sentenciar, pois nosso ordenamento veda, na forma do art. 140, o *non liquet* (abster-se). Nesse sentido, o julgador terá que se valer do chamado ônus objetivo, que é, na verdade, uma regra de julgamento, ou seja, no momento de julgar a causa, o magistrado irá analisar quem assumiu o risco pela não produção da prova – se o autor não produziu prova sobre o fato constitutivo, seu pedido será julgado improcedente; se o réu não conseguiu provar o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor, o pedido será julgado procedente.

## **2.8. Distribuições sobre o ônus da prova.**

O ônus da prova pode ser distribuído de três formas: (i) de maneira legal (sistema *ope legis*); (ii) de maneira judicial (*ope iudicis*); e (iii) de maneira convencional.

A distribuição realizada pelo legislador (*ope legis*) é prévia e estática, sendo invariável diante das peculiaridades da causa, por outro lado, a distribuição feita pelo juiz (*ope iudicis*) ou pelas partes é dinâmica, casuística, ou seja, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Cumprir registrar que o Projeto do CPC/15 adotava o entendimento do STJ<sup>22</sup> que a inversão do ônus da prova não implica a alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção. Nesse sentido, a consequência desse não adiantamento, diante da dinamização do ônus da prova, continuará sendo o mesmo, ou seja, a preclusão da prova, o que prejudicaria à parte a quem o ônus da prova foi apontado pela decisão judicial, pois essa que teria o interesse em garantir a sua produção, adiantando os custos<sup>23</sup>.

### **2.8.1. Atribuição *ope legis*.**

A atribuição legal é encontrada no art. 373 do CPC/15, o denominado ônus subjetivo como visto, cabendo a cada parte o ônus de demonstrar as alegações fáticas que suscitarem, portanto, leva-se em conta (i) a posição das partes em juízo, (ii) a natureza dos fatos e (iii) o interesse em se provar tal fato.

---

<sup>21</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* cit., 17. ed., p. 379.

<sup>22</sup> STJ, 4ª T., REsp 845.601/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado 06.03.2007.

<sup>23</sup> Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 267.



Essa é a regra geral que estrutura o processo civil e, diante de tais circunstâncias, o mesmo legislador que criou a regra a modifica, nas chamadas “inversões *ope legis*”, em uma técnica de redimensionamento das regras do ônus da prova. Novamente, por ser uma redistribuição prevista em lei, é apriorística, independente do caso concreto e da atuação do juiz. A rigor, não há uma inversão, pois, na verdade, o legislador cria uma nova regra, excepcionando a regra geral do art. 373 do CPC/15, gerando uma presunção legal relativa.

Talvez o melhor exemplo é o da prova na propaganda enganosa, prevista no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), onde o legislador impõe a prova da veracidade e correção da informação ou comunicação a quem a patrocinou.

### **2.8.2. Distribuição *ope iudicis*.**

No campo das provas cíveis, importantíssima é a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova<sup>24</sup> no ordenamento jurídico brasileiro, onde se autoriza que o juiz, preenchidos certos requisitos, redistribuir o ônus da prova caso a caso. Perceba-se, como informado, que a distribuição dinâmica também pode ser convencional, mas nesse momento trataremos da judicial.

Segundo essa teoria, o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto, flexibilizando-se, sensivelmente, o sistema estático e abstratamente consagrado secularmente em nosso ordenamento.

O sistema estático e abstrato foi mantido pelo legislador, como se observa do art. 373 em seus incisos, contudo, no §1º prevê a possibilidade de aplicação de tal teoria pelo juiz no caso concreto, diante de peculiaridades da causa relacionadas à (i) impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou (ii) à maior facilitação da prova do fato contrário, desde que em (iii) decisão fundamentada e (iv) respeitando-se o contraditório.

Perceba-se que a dinamização do ônus da prova pelo juiz é excepcional, dependendo do reconhecimento dos quatro pressupostos do art. 373 §1º CPC/15. O CDC também traz previsão de dinamização do ônus da prova por decisão judicial (*ope iudicis*), contudo sempre para favorecer o consumidor (art. 6º, VIII do CDC), porém a dinamização prevista no art. 373 §1º do CPC/15 não faz tal distinção, ou seja, pode ser para o autor ou para o réu.

Perceba-se que não se pode confundir a regra que inverte (cria, na verdade, outra regra), com a regra que autoriza a inversão. No caso da propaganda enganosa o

---

<sup>24</sup> Melhor analisando o tema: LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

legislador já “inverte”, ou cria uma nova regra (art. 38 CDC). Já no casos do art. 6º, VIII do CDC o legislador autoriza a inversão. De igual modo, nas hipóteses onde o legislador já inverte ocorrerá uma regra de julgamento (ônus objetivo), enquanto nas hipóteses onde se autoriza a distribuição haverá uma regra de procedimento.

A aplicação de tal teoria já era admitido pelo STJ em ações civis ambientais<sup>25</sup>, na tutela do idoso<sup>26</sup>, bem como em outras hipóteses, em uma interpretação sistemática da legislação processual<sup>27</sup>.

Consagra-se, assim, no Brasil um sistema misto, onde poderá ser aplicado o sistema estático, bem como o sistema dinâmico de distribuição do ônus da prova.

Havia discussão acerca do momento adequado para essa inversão, o STJ<sup>28</sup> já pacificou o entendimento de que seria na fase de saneamento do processo, a fim de permitir, à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas, o que foi consagrado no CPC/15, como se observa do art. 357, III, afirmando que tal redistribuição do ônus da prova deverá ser realizada no saneamento do processo.

Além disso, o §2º do aludido artigo 373 do CPC/15 dispõe que a decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar “*situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*”. Em outras palavras, é dizer que, caso a prova seja “diabólica” para todas as partes da demanda, o juiz deverá decidir com base nas outras provas eventualmente produzidas, nas regras da experiência e nas presunções.

A decisão que dinamiza o ônus da prova é recorrível por agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC/2015), contudo, a decisão que não distribui é irrecurrível e, se for o caso, a parte interessada deverá impugná-la por ocasião da apelação ou das contrarrazões (art. 1009, § 1º, CPC/2015).<sup>29</sup>

### **2.8.3. Distribuição convencional.**

---

<sup>25</sup> STJ, 2ª T., REsp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon, julgado 01.12.2009.

<sup>26</sup> STJ, 3ª T., Edcl no Resp 1.286.704/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado 26.11.2013.

<sup>27</sup> STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 216.315/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado 23.10.2012.

<sup>28</sup> STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1.450.473/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado 23.09.2014.

<sup>29</sup> Nesse sentido: Enunciado 9 FPPC: A decisão que não redistribui o ônus da prova não é impugnável por agravo de instrumento, conforme dispõem os arts. 381, § 1º, e 1.022, havendo preclusão na ausência de protesto, na forma do art. 1.022, §§ 1º e 2º. LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 122-123. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 122-123.

Cabe mencionar que a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova ainda é possível por convenção das partes, o que já era possível pelo art. 333, parágrafo único do CPC/73, ampliada pelo CPC/15, com as mesmas exceções já existentes (quando recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito), como se observa do art. 373 §3º, podendo o acordo ser celebrado antes ou durante a demanda (§4º).

Há, nesses casos, um típico negócio jurídico processual (art. 190 NCPC), podendo recair sobre qualquer fato, sendo extremamente útil, produzindo efeitos imediatos (art. 200 CPC/15). Ressalta-se que as convenções probatórias não inibem a iniciativa probatória por parte do magistrado (art. 370 CPC/15). O art. 51, VI do CDC cuida da nulidade de tal convenção que imponha ao consumidor o ônus de provas suas alegações. Trata-se, a rigor, como se existisse um terceiro inciso no art. 373 §3º do CPC/15.

## **2.9. Princípio da aquisição da prova e direito adquirido.**

O princípio da comunhão da prova também tem sua importância no momento anterior à produção e valoração da prova, ou seja, ainda na fase de exame de sua admissibilidade.

Sendo requerida e admitida a prova, pode o requerente dela desistir de sua produção? Haveria um direito adquirido à prova pela parte adversária ou do litisconsorte do requerente? Em aplicação do princípio da aquisição da prova, para tal desistência será necessária a anuência da parte adversária (e/ou do litisconsorte do requerente), eis que já está consolidado em sua esfera jurídica o direito àquela prova, afinal a prova não é de quem requereu, nem do seu adversário (ou seu litisconsorte), mas do processo.

De igual modo, uma vez determinada a prova de ofício, pode o juiz dela desistir ou haveria direito adquirido de ambas as partes à sua produção? Pelas mesmas razões há também aqui direito à produção da prova incorporado ao patrimônio jurídico das partes, devendo o juiz ouvir ambas e contar com sua anuência para cancelar a diligência probatória.

## **2.10. Prova diabólica e negativa**

Distinção interessante é entre a prova negativa e a prova diabólica. Nem toda prova negativa é uma prova diabólica, mas toda prova diabólica é negativa.

Prova diabólica é aquela impossível de ser demonstrada, senão muito difícil, como a prova de não ser a parte proprietária de nenhum outro imóvel, para a ação de

usucapião especial.<sup>30</sup> A prova negativa somente será diabólica se for uma negativa genérica, pois esta, nenhum meio de prova é capaz de produzi-la, por exemplo, impossível a prova de que nunca se esteve em um determinado lugar. Já a prova negativa definida ou específica pode ser provada, não sendo, portanto, uma prova diabólica. Por exemplo, pode-se afirmar que no dia tal, a parte não estava em determinado lugar, um fato negativo, provando-se que se estava em outro.

Há, portanto, hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.<sup>31</sup>

Toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação dos fatos contrários ou diversos. Quem diz que algo é móvel, diz que não é imóvel; quem diz maior, diz que não é menor. Nesse sentido, ao se alegar que não estava no Rio de Janeiro no dia tal, pode-se provar tal fato negativo com a prova de que se estava em outro lugar nesse mesmo dia. Agora, provar que nunca esteve no Rio é uma prova diabólica ou uma negativa genérica, realmente impossível de ser realizada, contudo, a parte contrária poderá provar que tal alegação é falsa, demonstrando que tal pessoa já esteve no Rio.

## **2.11. Sistema de valoração: [livre] convencimento motivado ou persuasão racional.**

O sistema de valoração da prova brasileiro passou por uma releitura, o que se nota pelo cotejo do art. 131 do CPC/73 com o art. 371 do CPC/15, onde foi suprimida expressão “livremente”, a qual, diga-se de passagem, nunca constou no art. 93, IX da CR/88. A apreciação da prova pelo magistrado não é tão livre assim, está limitado a outros valores constitucionais.

Nessa linha, a partir do CPC/2015 o magistrado apreciará a prova, mas não tão livre ou discricionariamente com outrora se poderia cogitar<sup>32</sup>, buscando uma melhor racionalização, justamente para se evitar graves problemas como a dispersão jurisprudencial e as arbitrariedades<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. *Direito probatório, decisão judicial, cumprimento de sentença e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 60.

<sup>31</sup> Trecho da ementa: STJ, REsp 422.778/SP, rel. Min. Castro Filho, rel. p/ acórdão Nancy Andrichi, j. 19.06.2007.

<sup>32</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228. Afirmando que o sistema do livre convencimento motivado foi mantido: TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. *Primeiras lições sobre o novo direito processual brasileiro*. Coord. Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norata de Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 276.

<sup>33</sup> LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 37. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual*

Talvez uma das mudanças mais simbólicas com o CPC/15, influência nas provocações de Lênio Streck, onde na aplicação do convencimento motivado devem ser observadas as (i) provas dos autos, como um corolário do contraditório; (ii) uma motivação racional, para que racionalmente possa ser controlada, sem discursos retóricos e vazios.

Diante desse sistema, do convencimento motivado ou persuasão racional, adotado pelo ordenamento brasileiro, não há uma hierarquia entre as cargas probatórias, não havendo provas mais, ou menos, importantes.

A prova testemunhal não vale menos que uma prova pericial, todavia, o próprio legislador, em situações episódicas, ainda se utiliza de provas legais ou tarifadas, atribuindo a uma determinada prova um valor ou retirando totalmente o seu valor: (i) art. 55 §3º da Lei 8.213/91; (ii) art. 5º, parágrafo único, I do CC/02; (iii) art. 109 do CC/02; (iv) art. 541 do CC/02; (v) art. 1417 do CC/02; (vi) art. 1438 do CC/02; (vii) art. 1448 do CC/02.

## **2.12. Produção probatória pelo juízo**

Muito já se cogitou sobre o fato de ser o magistrado figura imparcial e desinteressada do resultado do processo, confundindo-se imparcialidade com omissão e neutralidade,<sup>34</sup> contudo, se o julgador é um sujeito processo, tendo dever de cooperar juntamente com as partes na solução do litígio, não podendo ser um mero expectador.

A iniciativa probatória é, assim, comum ao juiz (modelo inquisitivo) e às partes (modelo dispositivo ou adversarial).<sup>35</sup> Não se poderia falar em parcialidade ou violação à inércia, na hipótese de o magistrado produzir provas de ofício, eis que ele próprio não sabe qual resultado será obtido com a produção da prova, não tendo como ser parcial ou tendencioso.

Trata-se, a rigor, do magistrado cooperar, ou seja, operar em conjunto com as partes na solução do litígio (modelo cooperativo ou participativo de processo). A interferência do magistrado na fase probatória não o torna parcial, pelo contrário.<sup>36</sup>

---

*civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 103.

<sup>34</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* cit., 3. ed., p. 421-422.

<sup>35</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil* cit., 4. ed., p. 184. No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *RePro* 35-181; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 48.

<sup>36</sup> *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 108. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito processual coletivo e o anteprojeto brasileiro de processos coletivos*. (Coord.). GRINOVER,

Cumpra registrar que, mesmo com essa liberdade na atividade probatória, determinada a produção de certa prova, tal ato deverá ser fundamentado, principalmente quando se tratar de decisão que determina a quebra do sigilo bancário, fiscal e comercial e os limites a que se sujeitam as partes no arrolamento de testemunhas. Não se mostra razoável a decisão que se limita a deferir o pedido, como por exemplo, de expedição de ofícios a órgãos públicos, o que, de maneira alguma, pode ser tolerado como fundamentação adequada ou suficiente à determinação de quebra do sigilo bancário, fiscal e comercial.

Assevera-se que, apesar de o sigilo bancário, fiscal e comercial não consubstanciarem direito absoluto diante da prevalência do interesse público sobre o privado, notadamente, na apuração de possível conduta ilícita, essa decisão não pode deixar de ter fundamentação adequada quanto à sua efetiva necessidade.<sup>37</sup>

### **2.13. Ponderação de interesses e as limitações probatórias**

Como visto, a distribuição do ônus da prova é matéria constitucional, nesse sentido, esse parâmetro deve ser observado diante das peculiaridades do caso concreto.

Os direitos à intimidade (art. 5º, X, da CR/1988) e ao sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CR) estão tutelados constitucionalmente. De igual modo, é certo que outros direitos de igual estrutura e dimensão merecerão proteção em idêntica sede (art. 5º, CF), como as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade e, principalmente, a afirmação da dignidade humana, que se apresenta como valor máximo da ordem jurídica. Nesse ínterim, como não é possível haver incompatibilidade entre preceitos de índole constitucional, é necessário compatibilizar os princípios e valores, ponderando-os, no caso concreto, para descobrir qual merece proteção, conforme visto alhures.<sup>38</sup>

### **2.14. Prova emprestada**

Muito conhecida como prova trasladada, prevista no art. 372 do CPC/15, é a prova de um fato, produzida em determinado processo (por documentos, perícia, testemunhas, depoimento pessoal etc.), levada a outra demanda por meio de certidão na forma de prova documental. Realizada uma perícia ou colhido o depoimento

---

Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABLE, Kazuo. São Paulo: RT, 2007. p. 246.

<sup>37</sup> Informativo 477: STJ, REsp 1.028.315/BA, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.06.2011.

<sup>38</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 628-629.

pessoal de uma parte, a sua documentação, ou seja, o laudo pericial ou a ata da audiência, ingressará no processo de destino como um documento.

Alguns exemplos são muito frequentes, como uma perícia realizada nos autos de uma ação civil pública, em que uma vítima, por meio de sua ação individual, utiliza essa prova contra o mesmo réu da ação coletiva,<sup>39</sup> ou o de uma testemunha que já morreu.<sup>40</sup>

Há ineditismo em sua previsão em lei com o CPC/15, contudo, o legislador foi muito econômico, deixando de resolver antigas discussões acerca do tema, o que ficará a encargo da doutrina e da jurisprudência.

O referido dispositivo utiliza o termo “processo”, esquecendo-se das provas produzidas em procedimentos administrativos como o inquérito policial, o inquérito civil e outros procedimentos investigativos da competência do Ministério Público. É frequente no STJ a afirmação de que as provas produzidas em inquérito civil têm eficácia probatória relativa para fins de instrução da ação civil pública.<sup>41</sup> O caminho mais simples é entender que prova não está sendo tecnicamente emprestada, mas aproveitada na ação judicial, o que afastaria o art. 372 CPC/15.<sup>42</sup>

A outra questão, mais relevante de todas, se relaciona com o contraditório e a identidade de partes. O legislador não informa se é imprescindível que haja identidade de partes entre as demandas, nem se o contraditório deve ser observado no processo de origem, no processo de destino ou em ambos.

A Corte Especial do STJ<sup>43</sup> enfrentou o tema, afirmando que em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre 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. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.

---

<sup>39</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* cit., 3. ed., p. 427.

<sup>40</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2, p. 65.

<sup>41</sup> STJ, 2ª T., REsp 1.280.321/MG, rel. Min. Mauro Campbell, julgado 06.03.2012.

<sup>42</sup> Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 271.

<sup>43</sup> STJ, Corte Especial, EREsp 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 04/06/2014, DJe 17/06/2014.

Dessa forma, assentou o STJ que, observado o contraditório no processo de destino da prova trasladada, não é imprescindível que haja identidade de partes entre ele e a demanda de origem da prova emprestada, com o qual não concordamos. Observe-se que não basta a manifestação das partes sobre o documento trazido aos autos, pois não seria suficiente para um modelo constitucional de processo, assentado nos ditames do contraditório. Assim, somente é admissível a prova emprestada contra aquele que tenha participado do processo no qual ela tenha sido originariamente produzida, o que é confirmado pelo Enunciado 52 FPPC<sup>44</sup>.

Assim, para a validade da prova emprestada se faz necessário a identidade de partes, pois, do contrário, se a oitiva da testemunha tiver sido realizada em um processo entre A e B, o C, parte do processo destino, não terá tido oportunidade, por exemplo, de contraditar tal testemunha.

Tal prova é admissível em nosso ordenamento observando-se sempre o contraditório. Se produzida entre “A” e “B” e translada para outro processo entre as mesmas partes é uma prova totalmente válida, guardando a mesma eficácia inicial (En. 52 do FPPC), desde que incida sobre as mesmas alegações fáticas, todavia, se produzida entre “A” e “B” e translada para um processo, com partes totalmente diferentes, o magistrado deverá estar atento a tal fato no momento de sua valoração.

## **2.15. Interceptação, escuta e gravação telefônica.**

A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, munido de uma ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da CF, regulamentado pela Lei nº 9.296/1996, utilizável para fins investigação criminal ou instrução processual penal. Tal prova, portanto, será lícita se tiver autorização judicial para fins penais.

A escuta telefônica é a captação de conversa entre duas pessoas, interceptada (ou gravada) por uma delas ou por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores. Essa prova é lícita<sup>45</sup>, sobretudo nos casos em que a divulgação do seu conteúdo ocorre por motivo justificado, como defesa de interesses legítimos em juízo.

O STJ<sup>46</sup> admitiu interceptação telefônica para a instrução no processo civil de competência da vara da infância e juventude, sob o fundamento de que a conduta investigada também era criminosa. A doutrina, por outro lado, não admite

---

<sup>44</sup> “Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária.

<sup>45</sup> STF, RE 583.937 QO-RG, rel. Min. Cezar Peluso, julgado. 19.11.2009.

<sup>46</sup> STJ, HC 203.405/MS, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.06.2011, DJe 01.07.2011.



interceptação telefônica para instrução no processo civil, contudo, realizada no processo penal mediante autorização judicial, pode ser emprestada ou transladada para o processo civil<sup>47</sup>, não obstante haver quem sustente a sua inadmissão, pois seria indiretamente ilícita.<sup>48</sup>

## **2.16. Prova produzida em segredo de justiça**

Sendo realizada a prova em segredo de justiça, o terceiro não poderá pedir o empréstimo da prova. Por outro lado, é possível sua utilização em outro processo pelas mesmas partes, desde que nesse processo que está recebendo a prova não constem terceiros, como um assistente, ou litisconsorte.

## **2.17. Prova produzida por juízo incompetente**

O fato da prova ter sido realizada em um juízo incompetente não a prejudica, pois nem os atos decisórios são automaticamente invalidados (art. 64 §4 do CPC/15), seja na incompetência absoluta ou relativa, devendo o magistrado receptor dar o valor que entender adequado.

## **2.18. Prova fora da terra**

Prova fora da terra é a prova colhida fora da sede do juízo, pois, a regra geral é que os atos processuais sejam praticados na sede do juízo (art. 217 c/c art. 449 do CPC/15). Para a sua realização, exige-se que o sujeito da prova esteja fora do território da jurisdição do juiz da causa, bem como que não seja inútil ou requerida com propósito manifestamente protelatório (art. 370).

## **2.19. Prova *ad perpetuam rei memoriam***

Em regra, as provas são produzidas na AIJ, porém, em situações especiais, podem ser antecipadas, como, por exemplo, no caso de uma testemunha com idade avançada e enferma, ou de um fato que tem vestígios transitórios, como um incêndio.

Denominam-se tais provas de *ad perpetuam rei memoriam*. Visam a uma medida preventiva, conservar ou assegurar direitos, podendo ser realizadas por meio de tutela provisória (art. 381 do CPC/15), como será melhor tratado adiante.

## **2.20. Prova por estatística ou por amostragem**

Trata-se da prova realizada apenas por uma parcela de todo que deveria ser considerado, porque a análise total seria impossível ou, quando para a tomada de

---

<sup>47</sup> STJ, 3ª Sç., MS 14.405-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 26/5/2010.

<sup>48</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* cit., 17. ed., p. 387.

decisão, bastarem os dados identificados a partir da averiguação de uma parte do conjunto.

Pode-se valer deste tipo de prova, por exemplo, na hipótese referida no art. 100 da Lei 8.078/1990, para se decidir se houve "*habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano*", ou na hipótese enfrentada pelo STJ relativo ao pagamento de direitos oriundos da retransmissão de música em apartamentos de hotel que o valor devido deveria ser calculado tendo em vista a "média de efetiva utilização dos apartamentos" e que deveria "se proceder a uma pesquisa, por amostragem, que poderá ser regional, visando a estabelecer uma média, sem necessidade, obviamente, de que todos os estabelecimentos sejam diretamente pesquisados"<sup>49</sup>, ou, ainda, na análise de um número adequado de amostras de um peça para se concluir que apresenta inadequado funcionamento.

A prova por amostragem só é admissível quando: (i) o objeto da análise for efetivamente vasto; e (1) os dados colhidos forem representativos do que ocorre em relação ao todo, se globalmente considerado.

### **3. Das demandas probatórias autônomas.**

Dos arts. 381 ao 383 do CPC/15 são reguladas algumas demandas probatórias autônomas, aptas a provocar a instauração de um processo que visa a colheita de provas, não obstante a epígrafe prevista na lei restringir-se à produção antecipada de provas.

Há, a rigor, sob o rótulo de produção antecipada de provas, que se tornou um gênero, encontramos quatro espécies de procedimentos<sup>50</sup>:

- (i) Demanda cautelar de assecuração da prova, art. 381, I CPC/15;
- (ii) Demanda de descoberta (*discovery* ou *dislosure*), art. 381, II e III CPC/15;
- (iii) Arrolamento de bens (art. 381 §1º CPC/15);
- (iv) Justificação (art. 381 §5º CPC/15).

Inicialmente cumpre registrar o afastamento de tais medidas como cautelares típicas, até porque não há tal instituto na legislação atual, sendo tratada no capítulo específico das provas, não sendo imprescindível a existência de *periculum in mora*.

No que se refere à competência, a legislação deixa claro que será do juízo do foro onde a prova deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu (art. 381 §2º),

---

<sup>49</sup> STJ, 4ª T., EDcl no AgRg no Ag 623803 RJ, Rel. Min. Min. Massami Uyeda, DJ 17/09/2007.

<sup>50</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 236-237.

tratando-se de competência concorrente, ressaltando que não haverá prevenção do juízo para eventual ação que venha a ser proposta (§3º), seguindo a linha da jurisprudência.<sup>51</sup>

O §3º justifica-se exatamente para as hipóteses em que há urgência, pois, imaginemos a oitiva antecipada de pessoa idosa que more em outro estado, onde não se pode esperar, por exemplo, por uma carta precatória.

Por outro lado, entendo que a prevenção deva ser aplicável nas hipóteses de identidade de foros, gerando prevenção para se conhecer da ação principal, se esta for necessária, respeitando-se o princípio da imediatidade, não se justificando a distribuição livre, dentro da mesma competência territorial.

O §4º traz interessante inovação quanto à competência por delegação, prevista no art. 109 §§3º e 4º da CR/88, desde que na localidade não exista vara federal instalada. A rigor, o dispositivo aplica o art. 15, II da Lei 5.010/66, regra para a justificação destina a produzir prova perante a administração federal.

O art. 382 afirma que na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair, contudo, tal análise deve ser casuística, eis que, nem sempre o autor poderá indicar os fatos com a precisão exigida pelo legislador, principalmente nas hipóteses do art. 381, II e III CPC/15.

O §1º afirma que o juiz determinará, de ofício ou a requerimento, a citação de interessados na produção da prova, salvo se inexistir caráter contencioso. Cumpre registrar que tal dispositivo não afasta a necessidade do autor delimitar o polo passivo da demanda, por outro lado, o magistrado pode complementar, viabilizando o contraditório (art. 9º CPC/15), principalmente para hipóteses em que a prova poderá ser oposta em processo judicial ou fora dele.

O STJ já consagrou a tese da denominada “assistência provocada”, em caso onde a prova produzida antecipadamente poderia ser utilizada, posteriormente, contra eventual denunciada, como uma seguradora, em posterior processo indenizatório<sup>52</sup>.

Para a hipótese de não existir caráter contencioso, será dispensável a citação dos interessados, partindo-se da premissa que esses não existem, algo raro, mas um caso de processo sem réu.

---

<sup>51</sup> Súmula 263 TFR: A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal.

<sup>52</sup> STJ, 3ª T., REsp 213.556/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado 20.08.2001.

O §2º do art. 382 afirma que o magistrado não se pronunciará sobre a ocorrência ou não do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas. Nesse ponto, digno de nota se observar as etapas probatórias: propositura, admissibilidade, produção e valoração e, como se percebe, trata-se de ação probatória autônoma, onde somente ocorrerão as três primeiras etapas, não havendo valoração da prova, sendo uma prova obtida, mas não valorada. Ter-se-á, a rigor, uma sentença meramente formal.

O §3º afirma que os interessados poderão cumular pedidos probatórios, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora. Cremos que, nessa hipótese, melhor teria sido a opção de permitir a cumulação e o magistrado ir homologando parcialmente cada meio de prova imediatamente após a sua produção<sup>53</sup>, eis que o CPC/15 admite, inclusive, sentenças parciais de mérito (art. 354, parágrafo único CPC/15).

O § 4º afirma que neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário, opção criticável, pois na maioria dos casos as ações probatórias terão um caráter contencioso, o que faria que tal dispositivo viole o princípio do contraditório (art. 9º CPC/15).

Afirma a doutrina que, nesses casos, a legislação criou um juiz soberano, dando vários exemplos: o juiz determina a oitiva de testemunha incapaz, não cabe recurso? O juiz fixa honorários estratosféricos?<sup>54</sup>

De igual modo, o dispositivo afirma não caber defesa, havendo quem afirma somente não ser admissível a contestação, mas seria admissível a alegação de incompetência ou reconvenção, principalmente quando o dispositivo se refere à expressão “requerente originário”, levando a crer que outros sujeitos, além do autor, podem fazer pedido para a produção de prova, numa espécie de reconvenção probatória.<sup>55</sup>

Por fim, afirma o art. 383 CPC/15 que os autos permanecerão em cartório por um mês para extração de cópias e certidão pelos interessados, quando ao final serão entregues ao requerente da medida. Interessante que o legislador ainda pensa na lógica dos autos físicos, abstraindo-se dos autos eletrônicos, bem como não possui malícia no sentido de que a prova poderá ter sido desfavorável ao requerente e este, provavelmente, a destruirá.

---

<sup>53</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13. 105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 280.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 281.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 281-282.

### **3.1. Produção antecipada de provas ou de asseguaração da prova (art. 381, I CPC/15).**

Afirma o art. 381 CPC/15 que serão admitidas nos casos em que haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação. Perceba-se que haverá cautelaridade, para a qual se exige o *periculum in mora*.

Essa asseguaração da prova pode se dar na hipótese de pessoa idosa que esteja doente, permitindo-se a colheita antecipada de seu depoimento. Trata-se da denominada prova *ad perpetuam rei memoriam*.

### **3.2. Demandas de descoberta (art. 381, II e III CPC/15).**

Nas hipóteses do art. 381, II e III há as demandas para descoberta da prova, figuras inspiradas nos ordenamentos filiados à tradição jurídica do *common law*<sup>56</sup>, onde a parte necessita da prova para viabilizar a solução do litígio, como a perícia para se aferir o real valor do aluguel de um imóvel comercial, justamente para viabilizar a renovação da locação, ou a hipótese de se demandar um médico para se realizar um perícia, onde poderá se verificar se houve ou não imperícia por parte de tal profissional a justificar o manejo de ação indenizatória ou, ainda, uma perícia para se verificar a origem de um vazamento em um prédio, apontando o verdadeiro responsável.

Como se pode perceber, as demandas de descoberta, podem impedir a instauração de processos.

### **3.3. Do arrolamento de bens (art. 381 §1º CPC/15).**

A terceira hipótese é o arrolamento de bens, podendo ser necessárias somente para listar bens que não são conhecidos, como no divórcio, onde um dos cônjuges não tem conhecimento da integralidade dos bens que integram o patrimônio comum, bem como pode visar a apreensão de tais bens, a partir do seu arrolamento, evitando a dissipação, nesse caso possuindo nítido caráter cautelar.

### **3.4. Da justificação (art. 381 §5º CPC/15).**

A última hipótese gerará um procedimento de jurisdição voluntária, impulsionado pela realização de prova testemunhal, utilizável para obtenção de prova da presença de requisitos para obtenção de algum benefício previdenciário.

---

<sup>56</sup> Por exemplo, *rule 31* das *Civil Procedure Rules* da Inglaterra, as quais compõem um Código de Processo Civil para a Inglaterra e País de Gales.

Há, ainda, a possibilidade de tal medida assumir o caráter não contencioso, não precisando, em outras palavras, estar ligada a uma demanda futura, podendo se prender unicamente à intenção de documentação de um fato ou de uma relação jurídica, sem caráter contencioso, o que rompe totalmente com a concepção tradicional e atual do instituto.

Resta, somente, investigar o interesse de agir em se demandar para produção antecipada de provas para documentação de um fato ou relação jurídica, sem nenhum caráter contencioso, principalmente, para se coibir abusos ou desvios, até porque a documentação de fatos e relações jurídicas pode ser materializada por atas notariais (art. 384 CPC/15).

#### **4. Das provas em espécie.**

##### **4.1. Ata notarial como meio de prova típico**

De maneira inédita a ata notarial passa a ser regulada expressamente na legislação processual brasileira (art. 384 do CPC/15). Inédita é a sua regulamentação, eis que já era utilizada como uma prova atípica, o que sempre foi autorizado pelo nosso ordenamento (art. 332 do CPC/73 e art. 369 do CPC/15), os quais admitem provas não especificadas na legislação processual, ou seja, atípicas. Enfim, deixou de ser uma prova atípica, passando para se tornar uma prova típica, principalmente por refletir sua importância prática.

Destarte, é um instrumento público, lavrado exclusivamente por tabelião de notas (Lei nº 8.935/94, art. 7º, III) a requerimento de pessoa interessada, que se destina a atestar, através dos sentidos do próprio notário, documentando a existência ou o modo de existir de algum fato jurídico (art. 6º, III do mesmo diploma).

Um exemplo bem nítido é a prova de situações havidas na *internet* e, principalmente, nas redes sociais onde, com grande frequência ofensas são prolatadas e, com a lavratura da ata notarial se impede, por exemplo, que alguma informação deixe de ser documentada caso a página da *internet* seja retirada do ar, a foto ou o vídeo sejam apagados, ou seja, podem sumir com a mesma velocidade que apareceram.

Outros fatos podem ser provados, como a documentação do conteúdo de um e-mail, com informações de quem envia e recebe, IP do computador, data e horário do envio etc.; documentação de discussões e situações ocorridas no âmbito de reuniões societárias ou assembleias de condomínio; documentação do fato de um pai ou de uma mãe não comparecer para visitar seu filho nos dias de visita regulamentada; documentação do barulho feito por um vizinho; documentação da entrega de chaves de um imóvel locado ou de que está vazio, para se postular a imissão na posse (art.

66 da Lei nº 8.245/91); documentação de uma marca sendo utilizada indevidamente por determinada empresa em seu site oficial; entre muitas outras.

O tabelião irá testar a existência ou o modo de ser de algum fato, levando-se em consideração os sentidos humanos, podendo refletir um barulho (audição), odores (olfato), gosto (paladar) e a textura ou formato (tato), ou seja, pode servir para comprovar uma música alta, cheiro forte, comida ruim, superfície lisa etc.<sup>57</sup>

Interessante ressaltar que se trata de uma prova híbrida, eis que tem a forma de prova documental, mas conteúdo de prova testemunhal, eis que será justamente as impressões do tabelião a respeito dos fatos que presenciou. Trata-se, a rigor, de uma prova documentada.

De igual modo, pode ser muito útil à concessão de uma tutela provisória (art. 300 CPC), diante da falta de prova documental imediata, eis que será dotada de fé pública, gerando uma presunção de veracidade apta a convencer o juízo em sede de cognição sumária. Inclusive, o art. 405 do CPC/15 estabelece, ao tratar da força probante dos documentos públicos, que os mesmos fazem prova dos fatos que o tabelião declarar que ocorreram a sua presença, gerando, portanto, um ônus da contraprova à parte contrária.<sup>58</sup>

Cumprir registrar que o art. 384 refere-se à interessado, eis que, muito provavelmente, será utilizada antes de um processo judicial o que, por óbvio, não impede a sua utilização no curso do processo.

#### **4.2. Depoimento pessoal**

Trata-se da prova consistente na oitiva da parte em juízo, cabendo ressaltar que somente se admite o depoimento pessoal da parte contrária, eis que o seu propósito é provocar a confissão na audiência de instrução e julgamento (art. 361, II CPC/15), nos termos do art. 385 §1º CPC/15, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

A doutrina distingue depoimento pessoal de interrogatório, sendo o primeiro o meio de prova no qual uma das partes requer que a parte contrária deponha sobre fatos relacionados com a demanda a fim de obter dela confissão, espontânea ou provocada, já o segundo ocorre quando o juiz determina o comparecimento da parte a fim de ser interrogada para esclarecer fatos que tenham relação com a demanda. Infelizmente, como se percebe, o CPC/15 embaralha os dois institutos.

---

<sup>57</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13. 105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 274.

<sup>58</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240.

Cabe registrar que tanto depoimento pessoal, quanto o interrogatório, podem ser determinados de ofício, nos termos do art. 370 CPC/15, contudo, a pena de confissão somente é aplicável às hipóteses de depoimento pessoal, como se extrai do art. 385 §1º c/c 139, VIII CPC/15. De igual modo, quem ainda não depôs não poderá assistir o depoimento pessoal ou o interrogatório do outro (§2º).

Interessante é a previsão expressa da utilização da videoconferência para a colheita do depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária distinta daquela onde tramita a demanda (§3º), consolidando o uso de instrumentos tecnológicos, permitindo uma economia, eficiência e celeridade processual, sendo um ônus para o Judiciário que disponibilizem equipamentos para tanto (art. 453§2º CPC/15).

Há algumas hipóteses onde se excluem o dever de depor, nos termos do art. 388 CPC/15, se tornando em sintonia com o art. 229 CC/02, o qual foi revogado pelo art. 1072, II CPC/15, não se aplicando às ações de estado e de família (art. 388, parágrafo único CPC/15), com a única diferença do art. 388, III CPC/15 incluir o companheiro, contudo não adotou a exclusão do dever de depor, eis que estava prevista no art. 229, III, CC que foi revogado, para os casos de exposição da parte ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em grau sucessível, a perigo de demanda ou de dano patrimonial imediato.

### **4.3. Confissão.**

Confissão é a declaração de conhecimento de fatos contrários ao interesse de quem a emite e favorável ao do adversário, podendo ser espontânea, feita pela própria parte ou por representante com poder especial e nos limites do poder que lhe foi atribuído (art. 390 §1º CPC/15), ou provocada, que é a ocorrida durante o depoimento pessoal, devendo constar do respectivo termo (art. 390 §2º CPC/15), somente podendo recair sobre fatos relativos a direitos disponíveis (art. 392 CPC/15).

Mantem-se a regra que somente faz prova contra o confitente, contudo, evidentemente, não pode ser considerada absoluta ou incontestável, devendo ser valorada em conjunto com as demais provas. O parágrafo único do art. 391 é feita a ressalva existente em relação à confissão do cônjuge, mas incluindo a figura do companheiro e excepcionando aqueles casados sob o regime da separação absoluta de bens, tornando o dispositivo harmônico com o art. 1.647 do CC/02.

A regra prevista no *caput* do art. 391 sempre foi criticada, pois descon sideraria o princípio da comunhão das provas e aplicaria, cegamente, a regra da autonomia dos litisconsortes (art. 117 CPC/15), mostrando-se desarrazoada, eis que fazer prova é convencer o juiz da alegação de um fato e, nesse sentido, não poderia o magistrado



se convencer de um fato para um sujeito processual e não se convencer para o outro, dentro da mesma demanda.<sup>59</sup>

Enfim, se a confissão convencer o juiz produzirá efeitos à todos os sujeitos do processo, sendo o litisconsórcio unitário ou simples, eis que o fato é um só. Talvez o que o legislador tentou prever foi a hipótese do litisconsórcio simples, onde é possível que um fato diga respeito somente a um dos litisconsortes e, justamente sobre tal fato, houve confissão.

De igual forma, nos demais dispositivos do CPC/15, as novidades se relacionam à necessária harmonização do sistema processual ao disposto sobre a confissão nos artigos 116, 213 e 214, todos do CC/02.

Corrigiu-se o erro técnico do art. 352 do CPC/73, que prevê revogabilidade da confissão, contrariando expressamente o artigo 214 do CC/02, e o dolo é retirado das hipóteses de anulação da confissão, como há muito preconizava a doutrina, como se observa do art. 393 CPC/15.

Interessante que não há mais previsão do cabimento de ação rescisória para invalidar confissão, antes prevista no art. 485, VIII, CPC/73, sem correspondente no art. 966 CPC/15 entre as hipóteses de rescindibilidade, contudo, o §4º do mesmo artigo prevê que os atos de disposição de direitos estão sujeitos a anulação.

Buscou-se uma simplificação, ou seja, sempre será cabível ação anulatória, contudo, é possível se imaginar algumas perplexidades. Será cabível ação anulatória da confissão, mas tal ação anulatória rescindiria o trânsito em julgado? Certamente que não, até porque tal circunstância não é mais causa de rescindibilidade. Já há autores defendendo uma interpretação bem mais ampla, passando a considerar a confissão como uma prova falsa, para se admitir a rescisória com fundamento no art. 966, VI CPC/15.<sup>60</sup>

Cumprе ressaltar que tal ação anulatória só pode ser proposta pelo próprio confitente, transmitindo-se para seus sucessores se ele falecer após o ajuizamento da demanda (art. 393, parágrafo único CPC/15).

#### **4.4. Exibição de documento ou coisa.**

O CPC/15 mantém a atual distinção procedimental em relação ao pedido formulado em face da parte contrária e aquele formulado em face de terceiro, fazendo poucas modificações textuais.

---

<sup>59</sup> A mencionada crítica é encontrada também: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13. 105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 285.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 494.

No tocante ao pedido formulado em face da parte contrária são exigíveis os requisitos previstos no art. 397 CPC/15, não se admitindo recusa nas hipóteses do art. 396 do CPC/15.

Do mesmo modo, se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo de cinco dias subsequentes à sua intimação, ou se a recusa for havida por ilegítima, o magistrado, ao decidir o pedido, admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou coisa, a parte pretendia provar (art. 400 do CPC/15).

O parágrafo único do art. 400 traz novidades, contrariando o Enunciado nº 372 da STJ<sup>61</sup>, deixando expresso que a presunção de veracidade não impede que o juiz adote outras medidas coercitivas, indutivas, mandamentais ou sub-rogatórias, tal como a imposição de multa cominatória, o que é corroborado pelo art. 139, IV do CPC/15.

Creemos que, a rigor, deve-se dar preferência, portanto, à exibição do documento ou coisa propriamente dita, em vez de simplesmente entender suficiente a presunção de veracidade em face da parte adversária, para tanto os meios de coerção se mostram indispensáveis e essenciais, não obstante existirem renomados autores que entendem em sentido contrário, afirmando que a exibição não seria um dever, mas um ônus processual, que geraria como consequência a conclusão de veracidade dos fatos.<sup>62</sup>

Cabe registrar, que nada obsta que em algumas situações a multa se mostra inaplicável, principalmente quando a exibição for reconhecida como impossível<sup>63</sup>.

De igual modo, há casos em que a presunção de veracidade não poderá ser aplicada, como for inadmissível a confissão como meio de prova: p. ex., quando os fatos presumidos como verdadeiros disserem respeito a direitos indisponíveis (art. 392 CPC/15); ou o único meio de prova admissível for o instrumento público (art. 406, CPC/15); ou por outro modo o documento ou a coisa foi exibida, p. ex., por

---

<sup>61</sup> “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”. O próprio STJ já flexibilizou tal enunciado: STJ, 3ª T., REsp 1359976/PB, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 25.11.2014. Enunciado 54 FPPC: Fica superado o enunciado 372 da súmula do STJ (“Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”) após a entrada em vigor do CPC, pela expressa possibilidade de fixação de multa de natureza coercitiva na ação de exibição de documento.

<sup>62</sup> Afirmando ser incompreensível a adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 288. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, n. 1.154, p. 571.

<sup>63</sup> Enunciado 53 FPPC: Na ação de exibição não cabe a fixação, nem a manutenção de multa, quando a exibição for reconhecida como impossível.

outra pessoa, o pedido de exibição foi impugnado por um litisconsorte, no caso de a exibição ter sido pedida contra mais de uma pessoa, houver, nos autos, elementos de prova suficientes para afastar a presunção de que são verídicos os fatos que se queria provar.

Quanto ao pedido formulado em face de terceiro, esse será citado, tendo o seu prazo de resposta de 15 dias (art. 401 CPC/15), de igual modo, o art. 402 CPC/15 passa a utilizar a expressão “decisão”, ao invés do termo “sentença” como outrora era previsto (art. 361 CPC/73), admitindo-se, nesse caso, agravo de instrumento, nos termos do art. 1015, VI do CPC/15, havendo a possibilidade do juiz, diante da recusa sem justo motivo do terceiro, determinar as medidas do art. 403, parágrafo único do CPC/15.

De igual modo, o art. 402 do CPC/15 mantém a expressão “audiência especial”, que nada mais é do que uma audiência de instrução e julgamento, para a necessidade de prova oral.

Nesses casos, por ser uma ação incidental, manejada contra terceiro, será exigível uma petição inicial, autuada em apenso.

Entre as hipóteses autorizadoras da escusa em exhibir o documento ou a coisa em juízo foi incluída uma sexta (art. 404, VI CPC/15), sempre que “*houver disposição legal que justifique a recusa da exibição*”, a contemplar genericamente eventual previsão em legislação esparsa.

#### **4.5. Da arguição de falsidade documental, da prova documental e documentos eletrônicos.**

Alguns pontos merecem destaque, quais sejam: a arguição de falsidade documental, a juntada de documentos novos no processo e utilização de documentos eletrônicos.

A arguição de falsidade documental deverá ser suscitada na contestação, réplica ou no prazo de 15 dias contados partir da intimação da juntada aos autos do documento (art. 430, *caput*, CPC/15), tendo a parte contrária 15 dias para resposta, findo o qual será determinada prova pericial (art. 432 CPC/15), evitando-se a criação de incidentes processuais desnecessários, como ocorrerá também com a alegação de incompetência relativa, agora a ser suscitada também em preliminar de contestação (art. 334, II CPC/15).

Além disso, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, ocasião na qual constará do dispositivo da sentença e fará coisa julgada material (arts. 433 c/c 503 §1º do CPC/15).

Cumpra registrar que a intenção do legislador foi por fim a ação declaratória incidental e a arguição incidental de falsidade de documento, pois a questão prejudicial, pela redação do art. 503 §1º CPC/15, a questão prejudicial fará coisa julgada “automaticamente”, desde que preenchidos alguns requisitos contidos no mencionado artigo, contudo, os arts. 430, parágrafo único c/c 433 parecem exigir requerimento para que essa questão prejudicial, a falsidade do documento, seja julgada como questão principal, não como questão incidental.

Nesse sentido, resta a dúvida se a falsidade documental for decidida incidentalmente, transitará materialmente em julgado ou não, parecendo ser negativa a resposta, sendo necessário, para tanto, uma espécie de “ação declaratória incidental”, com fundamento no art. 19, II do CPC/15.

Sobre a juntada de documentos novos no processo, o art. 435 do CPC/15 continua a permitir a juntada em qualquer tempo, desde que (i) para provar fatos supervenientes ou (ii) para contrapor prova documental produzida nos autos.

O parágrafo único, contudo, inova permitindo uma avaliação à luz do art. 5º do CPC/15, que traz a cláusula geral de boa-fé objetiva, o que era autorizado pelo STJ até o segundo grau de jurisdição, desde que haja respeito ao contraditório e inexistam má-fé por parte daquele que os juntou<sup>64</sup>, ou seja, não se admite a prova que o sujeito guardou para utilizar quando lhe mostrasse interessante.

Importante a menção a juntada de documentos eletrônicos, onde permite a sua utilização no processo convencional, dependerá de sua conversão à forma impressa e de verificação de sua autenticidade, na forma da lei, nos termos do art. 439 CPC/15, sendo reputado autêntico cuja autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei (art. 411, II CPC/15).

#### **4.6. Prova testemunhal.**

Regulamentada dos arts. 442 ao 463 do CPC/15 é admissível em qualquer processo de conhecimento, salvo se a lei dispor em sentido contrário (art. 442 CPC/15), como no mandado de segurança (Lei nº 12.016/09<sup>65</sup>) ou no inventário e partilha (art. 612 CPC/15).

---

<sup>64</sup> STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 592.056/PB, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. em 18/11/2014, DJe 28/11/2014; 1ª T., REsp 1242325/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. em 06/05/2014, DJe 13/05/2014; 4ª T., AgRg no AREsp 294.057/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julg. em 19/09/2013, DJe 24/09/2013.

<sup>65</sup> Mandado de segurança exige um direito líquido e certo assim devendo ser entendido aquele provado de plano, com provas documentais, não se admitindo dilação probatória para tanto.

De igual modo, deverá ser indeferida a oitiva de testemunha sobre fatos já provados por documento ou confissão (art. 443, I CPC/15) ou que só por documento ou por perícia puderem ser provados (art. 443, II do CPC/15), ou seja, a testemunha não pode substituir a perícia, não existindo “testemunha técnica”, como um engenheiro arrolado como testemunha para depor em juízo.<sup>66</sup>

Um dos primeiros pontos a serem destacados, é o abandono ao arts. 401 do CPC/73, o qual se mostrava como um resquício do sistema de prova legal ou tarifada, ao afirmar que não seria admissível prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de contratos cujo valor superasse o décuplo do salário mínimo vigente no País.

A doutrina<sup>67</sup> e a jurisprudência<sup>68</sup> sempre consideraram que tal limitação se restringia a existência do contrato, não atingindo questões referentes ao seu cumprimento, inexecução, efeitos etc, bem como a rigidez de tal artigo era atenuado pelo próprio art. 402 e 404 do CPC/73, cujas regras são mantidas pelo art. 446 CPC/15.

Cumprе ressaltar que o art. 1072, II do CPC/15 revogou o art. 227, *caput*, do CC, o qual repetia o art. 401 do CPC/73, contudo, para perplexidade, o art. 223, parágrafo único do CC foi mantido, o qual afirma que, seja qual for o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

Se não existe mais exclusão da prova testemunhal como apta a provar a existência de relação jurídica de qualquer valor, não haveria sentido em manter no ordenamento jurídico regra que coloca como subsidiária à prova escrita.<sup>69</sup>

Uma segunda questão relevante é o prazo para apresentação do rol de testemunhas, eis o art. 451 faz referência ao disposto no artigo 357 §§4º e 5º que, por sua vez, trata da apresentação do rol de testemunhas no prazo comum não superior a 15 dias, a ser fixado pelo juiz, no caso de haver sido determinada a produção de prova testemunhal.

Entretanto, no caso de ter sido designada audiência para o saneamento compartilhado da demanda (art. 357 §4º CPC/15), as partes deverão levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas, até mesmo para que, em cooperação com a parte contrária e com o juízo, seja discutida a necessidade da

---

<sup>66</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 251-252.

<sup>67</sup> NERY Jr. – Nery, Código, p. 640.

<sup>68</sup> STJ, 3ª T., REsp 470.534/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado 02.09.2003.

<sup>69</sup> Conclusão firmada por NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 294.

produção de prova testemunhal no caso concreto, bem como, por exemplo, já sejam excluídas eventuais testemunhas incapazes, impedidas ou suspeitas.

Destarte, se consagra o princípio da cooperação na prática processual, evitando desperdício de tempo por parte de todos os sujeitos processuais, dando ênfase a solução de mérito.

Em terceiro lugar, cumpre observar o art. 455 do CPC/15 que estabelece caber ao advogado informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo e o §1º do mesmo dispositivo ainda acrescenta que essa intimação deverá ser realizada por carta com aviso de recebimento, cumprindo ao advogado juntar aos autos, com antecedência de pelo menos três dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento.

Poderá, ainda, a parte, comprometer-se a levar a testemunha arrolada independentemente de intimação, tal como ocorre atualmente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (art. 34 da Lei nº 9.099/95), presumindo-se, entretanto, caso a testemunha não compareça, que a parte desistiu de sua inquirição, prestigiando a celeridade, boa-fé e a cooperação dos sujeitos processuais.

Uma quarta alteração, extremamente relevante é a consagrada no art. 459 CPC/15 que permite que as perguntas sejam 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, o que já era defendido pela doutrina<sup>70</sup>.

Nesse sentido, cumpre registrar o Enunciado 156 FPPC que afirma não configurar induzimento a utilização de técnica de arguição direta no exercício regular de direito, bem como deve ser assegurado às partes a formulação de perguntas de esclarecimento ou complementação decorrentes da inquirição do juiz (Enunciado 157 FPPC) e, ainda, constitui direito da parte a transcrição de perguntas indeferidas pelo juiz (Enunciado 158 FPPC).

Assim, foi afastado o sistema presidencialista de condução das audiências e adotado o sistema anglo-americano, denominado *cross examination*, em que os questionamentos das partes são feitos diretamente às testemunhas, ficando para o juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. No sistema

---

<sup>70</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 221: “ora, se no processo penal, onde as garantias para o acusado são observadas com ainda mais atenção, permite-se a inquirição direta pelas partes, nada justifica que se mantenha essa formalidade obsoleta no processo civil.”

presidencialista as perguntas, reperguntas são centralizadas na pessoa do juiz, onde ele faz seus questionamento e as partes reperguntam através do magistrado.

Por essa trilha, cumpre registrar que, nos termos do art. 360, IV e V, o magistrado deve tratar a todos com urbanidade, registrando registrar tudo em ata, bem como o art. 367 §6º, as audiências poderão ser gravadas, independentemente de autorização judicial, o que viabilizará um maior controle do que ocorrer e for falado nas audiências.

Cumpre registrar que é a acareação é melhor regulamentada, pois somente era prevista no art. 418, II do CPC/73, contudo, agora no termos do art. 461 §§1º e 2º CPC/15, pode, inclusive, ser realizada por videoconferência.

De igual modo, o art. 447 §1º, III do CPC/15 afirma que aquele que ainda não tenha completado 16 é incapaz para ser testemunha, podendo, contudo, serem ouvidos independentemente de prestar compromisso (testemunha não compromissada, comumente designada de informante).

Tal norma, contudo, deve ser interpretada à luz do art. 12 da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Criança, que integra o ordenamento brasileiro por força do Decreto nº 99.710/90, que permite a sua oitiva, em particular, em processo judicial ou administrativo que afete a mesma como, por exemplo, em uma ação de guarda entre seus genitores.

#### **4.7. Prova pericial.**

Prevista dos arts. 464 a 480 do CPC/15, reconhecidamente o meio de prova mais complexo, é a prova realizada por um especialista em determinada área técnica para esclarecer certo fato.

Justamente em virtude da sua complexidade, elevado custo e demora, o legislador vem tentando evita-la, como se observa do art. 472 do CPC/15, bem como foram estimulados institutos com a mesma proposta, como a perícia técnica simplificada e a perícia consensual.

Quatro novidades merecem maior destaque: (i) produção de prova técnica simplificada; (ii) apresentação de currículo do perito; (iii) perícia consensual; (iv) requisitos do laudo pericial; e (v) calendário pericial.

A primeira, prevista no art. 464 §2º, consistirá apenas na inquirição, pelo juiz, de especialista na área (§3º), que poderá se valer de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens para esclarecer os pontos controvertidos da causa (§4º). Trata-se de importante avanço ao que era previsto no art. 421 §2º do CPC/73, permitindo a desburocratização em demandas nas quais, embora exista a necessidade

da prova técnica, a baixa complexidade envolvida em nada justifica que as partes se sujeitem à demorada e custosa produção da prova pericial nos moldes tradicionais, tal como previstos atualmente.

Tal perícia simplificada pode ser muito útil, por exemplo, no rito dos juizados, nos termos dos arts. 32 c/c 35 da Lei nº 9.099/95.

A escolha do perito deixa de ser uma escolha adstrita ao juiz, como era previsto pelo art. 145 §2º CPC/73. O art. 156 §1º CPC/15 prevê que os peritos serão nomeados entre profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz, de igual modo, o art. 157 §2º prevê a organização de uma lista de peritos na vara ou secretaria, com disponibilização de documentos exigidos para habilitação à consulta dos interessados, para que a distribuição seja de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e a área de conhecimento.

De igual modo, o perito, no prazo de cinco dias de sua nomeação, junte aos autos, além da sua proposta de honorários e dos seus contatos profissionais, especialmente e-mail, também o seu currículo atualizado, com a devida comprovação de sua especialização, sob pena de substituição (art. 465 §2º, II).

Essa questão poderia ser objeto de impugnação posterior maculando a prova pericial produzida e tornar o processo ainda mais demorado, sujeitando as partes a novo processo de produção da prova técnica, o que traz sanções ao perito (art. 468 do CPC/15).

No que se refere à fixação dos honorários, tratada nos §§ 3º a 5º do art. 465, as partes serão intimadas a respeito da proposta de honorários do perito e terão cinco dias para se manifestarem, decidindo o juiz, seguindo o adiantamento previsto no art. 95 do CPC/15, sendo possível o pagamento de até 50% dos honorários arbitrados, sendo o restante pago quando o laudo for entregue e os esclarecimentos forem prestados, sendo possível sua redução se a perícia for inconclusiva.

Cumprir registrar que os honorários do perito passam a ser um título de natureza judicial (art. 515, V do CPC/15), deixando de ser título extrajudicial como na legislação anterior.

A previsão da perícia consensual é inovadora (art. 471 do CPC/15), onde poderão as partes, de comum acordo, desde que plenamente capazes, quando a demanda possa ser resolvida por autocomposição, escolher o perito, indicando-o ao juízo mediante requerimento nesse sentido, o que substituirá, para todos os efeitos, a



que seria realizada por perito nomeado pelo juiz (§3º)<sup>71</sup>, em nítida aplicação da cooperação no plano processual e protagonismo das partes, dando-lhes liberdade de escolher o especialista na área que elaborará o laudo pericial, evitando-se, dessa forma, todo o tipo de impugnação e questionamento em relação à pessoa do perito e à sua formação técnica, já que escolhido e “avalizado” por todas as partes.

Outra questão relevante é a previsão legal expressa dos requisitos do laudo pericial (art. 473 CPC/15), exigindo, ainda, o laudo seja fundamentado em linguagem simples e com coerência lógica (§1º). Será um norte para os *experts*, que deverão pautar seu trabalho técnico na busca da elucidação do fato controvertido que realmente interessa à demanda, evitando-se a prolixidade própria que se vê na prática, que talvez mais sirva como justificativa para os honorários técnicos do que propriamente à solução da controvérsia existente entre as partes.

Como se observa do art. 191 do CPC/15, é possível a fixação de calendário processual, o que não pode ser imposto pelo magistrado, bem como pode ser criado na audiência de conciliação e mediação (art. 334), bastando estar presente o magistrado. Criado o calendário, as partes e o magistrado ficam a ele vinculados e, havendo desrespeito, caberá representação contra o magistrado por excesso de prazo (art. 235 do CPC/15), dispensando-se a intimação das partes para os atos estabelecidos no calendário (art. 191 §2º). Essa, sem dúvida, é a principal utilidade, terminar com os “tempos mortos” no processo, onde nada acontece.

Por outro lado, calendário processual não se confunde com calendário da perícia, que pode se imposto pelo juiz na decisão de saneamento e organização do processo (art. 357 §8º), devendo as partes serem intimadas dos seus respectivos atos, eis que foi unilateral pelo magistrado.

#### **4.8. Inspeção judicial.**

Sobre a inspeção judicial, não há nenhuma inovação, estando tratada dos arts. 481 a 484, restando saber se, na prática, o magistrado terá condições estruturais para assumir uma posição essencialmente ativa na produção probatória, a ponto de deixar seu gabinete para inspecionar pessoas e coisas.

Mais interessante seria se o legislador tivesse resolvido a questão da subsidiariedade ou não desse meio de prova, como afirmado pela doutrina<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Cumpre registrar que a perícia sempre será realizada judicial, sendo consensual ou judicial somente a sua escolha, diferentemente ao que pode induzir o art. 471 §3º CPC/15.

<sup>72</sup> Pela subsidiariedade: NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 10 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 656. Contra: SILVA, Ovídio Batista da. Curso de processo civil. 4 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 237-238.