



FASE INSTRUTÓRIA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

INSTRUCTIONAL PHASE IN THE KNOWLEDGE PROCESS IN THE NEW CIVIL PROCESS CODE

Geovana Serra Dantas¹

RESUMO: Diante do Novo Código de Processo Civil, necessário se faz estudar as principais alterações que repercutem na fase instrutória do processo de conhecimento. Para estudar a fase em que serão produzidas as provas, o presente trabalho buscou esclarecer alguns pontos iniciais, tais como princípios constitucionais, infraconstitucionais, o estudo sobre o processo sincrético e das fases do processo de conhecimento. Por último, foi estudada a fase instrutória, com algumas novidades trazidas pelo código. As alterações legislativas buscaram adequar a produção de provas ao novo espírito do Código de Processo Civil. O método de estudo utilizado foi o bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Fase instrutória; Produção de provas; Processo de Conhecimento.

ABSTRACT: In view of the new Code of Civil Procedure, it is necessary to study the main changes that affect the instructional phase of the knowledge process. In order to study the phase in which the tests will be produced, the present work sought to clarify some initial

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP; Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP; Advogada Inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, Estado de São Paulo.

points, such as constitutional, infraconstitutional principles, the study of the syncretic process and the phases of the knowledge process. Finally, the study phase was studied, with some news brought by the code. The legislative changes sought to adapt the production of evidence to the new spirit of the Code of Civil Procedure. The method of study used was bibliographical and documentary.

Keywords: Instructional phase; Production of evidence; Process of Knowledge.

INTRODUÇÃO

Com o intuito de estudar a fase instrutória do Processo Civil de 2015, foi iniciado o estudo do acesso à justiça assegurado na Constituição Federal, dos princípios infraconstitucionais, ditando regras para bem efetivar o direito a inafastabilidade da jurisdição, buscando uma decisão justa.

Em 2015 foi sancionado o Novo Código de Processo Civil. Este trouxe novas vertentes ao processo como um todo, tais como a busca de uma solução de mérito com a cooperação das partes, ampla observância dos princípios da ampla defesa, contraditório e a busca da autocomposição.

Antes de entender o processo de conhecimento e adentrar a fase instrutória, é imprescindível compreender o sincretismo processual e as demais fases que compõem o processo. A fase ordinatória, em que há o saneamento do feito, detém grande repercussão na fase instrutória. Após essas explanações, foi apresentada a fase instrutória e as modificações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

1. NOÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS

Como forma de bem regular as relações interpessoais, a Constituição Federal, em vários dispositivos, assegura o acesso à tutela jurisdicional de forma adequada, assegurando várias garantias processuais, com o intuito de melhor resolver o mérito da demanda. O Código de Processo Civil é expreso ao mencionar a necessidade de cumprir as disposições que versam sobre valores e as normas fundamentais.

Inicialmente, a disposição do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. O artigo 3º do Código de Processo Civil dispõe no mesmo sentido. É importante elucidar o entendimento abaixo colacionado, que demonstra a necessidade de soluções.

Se o Estado tem o dever de editar tais normas para dar proteção aos direitos fundamentais, é pouco mais do que evidente que ele não se exime da sua responsabilidade ao proclamá-las, uma vez que é natural a possibilidade de elas serem transgredidas. Isso significa que o Estado, além de ter de editar normas proibindo condutas contrárias aos direitos fundamentais, não pode se eximir da obrigação de instituir regras procedimentais instituintes de técnicas capazes de permitir a atuação efetiva e tempestiva do desejo dessas normas (por exemplo, regras procedimentais que viabilizem a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito). Nesse sentido se pode falar em normas de proteção de direito material e em normas de proteção de direito processual ou, mais precisamente, em normas processuais destinadas a dar atuação ao desejo de proteção das normas de direito material. Enfim, importa ser claro para circunstância de que o Estado tem o dever de editar normas materiais e procedimentais para a proteção dos direitos fundamentais. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 233)

Como forma de bem efetivar a apreciação judicial, existem outros princípios e garantias processuais previstos na Constituição e revelados, como maneira de efetivá-los, no Código de Processo Civil.

Ao que diz respeito a este trabalho, é imperioso ressaltar os seguintes princípios constitucionais: devido processo legal (artigo 5º, LIV), contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV). Além disso, os princípios infraconstitucionais, previstos no Código de Processo Civil: boa-fé e lealdade processual (artigo 5º), cooperação (artigo 6º), paridade de armas (artigo 7º) e contraditório prévio (artigo 9º e 10º).

O princípio do devido processo legal é dividido pela doutrina em: substancial e formal. O devido processo legal substancial versa sobre a interpretação e elaboração das normas, de modo a evitar abusos, arbitrariedades do Poder Público. Vincula, além disso, os particulares a observar dos direitos fundamentais. Já o devido processo formal aborda a atuação do juiz no processo, a observância da partição das partes e garantia dos direitos (NEVES, 2019, p. 173 e 174).

O Contraditório e a ampla defesa são disciplinados no mesmo inciso do artigo 5º da Constituição. Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 175) bem ensina o princípio do contraditório ao mencionar o que segue:

Tradicionalmente, considera-se ser o princípio do contraditório formado por dois elementos: informação e possibilidade de reação. Sua importância é tamanha que a doutrina moderna entende tratar-se de elemento componente do próprio conceito de processo [...]. Nessa perspectiva, as partes devem ser devidamente comunicadas de todos os atos processuais, abrindo-se a elas a oportunidade de reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses em juízo. Sendo o contraditório aplicável a ambas as partes, costuma-se também empregar a expressão “bilateralidade da audiência”, representativa da paridade de armas entre as partes que se contrapõem em juízo.

Além disso, o autor menciona que este princípio traz a possibilidade de a parte influenciar o juiz na formação de seu convencimento, de modo a efetivar a disposição do artigo 7º do Código de Processo Civil de 2015 (NEVES, 2019, p. 177).

No que diz respeito ao princípio da ampla defesa, há uma vertente de efetivação do princípio do contraditório. A disposição como um direito amplo é importante para sua efetivação, neste sentido, é possível encontrar imposição de prazos razoáveis para manifestação, produção de prova antecipada e a possibilidade de utilizar todos os meios de prova admitidos, vedada a prova ilícita (MONNERAT, 2018, p. 156 e 157).

Ademais, também é um desdobramento do princípio da ampla defesa o direito à produção de provas e de participação em toda a atividade probatória. Esta garantia, que deve ser sempre lida em conjunto com o princípio do contraditório, neste contexto, se traduz na possibilidade de, por exemplo, a parte se manifestar toda vez que for juntado um documento pela parte contrária, ou, sempre que determinada uma perícia judicial, as partes possam dela participar, indicando assistentes técnicos de sua confiança e formulando quesitos para o perito, e sempre que ouvida uma testemunha, ambas as partes possam participar da audiência e formular perguntas durante o depoimento. (MONNERAT, 2018, p. 157)

No processo, as partes defendem seus interesses. Diante da oposição de interesses, em razão do conflito existente entre os polos (ativo e passivo), se faz necessária o dever das partes em proceder sempre com base na boa-fé e lealdade processual.

O artigo 5º do Código de Processo Civil dispõe a respeito deste princípio: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Neste sentido, esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 207):

Assemelhando-se o processo a um jogo, é necessário que algumas regras sejam estabelecidas, aliás, como em qualquer outra atividade humana que coloque contentores frente a frente. Os deveres de proceder com lealdade e com boa-fé, presentes em diversos artigos do Código de Processo Civil, prestam-se a evitar os exageros no exercício da ampla defesa, prevenindo condutas que violem a boa-fé e lealdade processual e indicando quais são as sanções correspondentes. Como ensina a melhor doutrina, ainda que por vezes não se mostre fácil no caso concreto,

deve existir uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos e ampla atuação na defesa de interesses.

O art. 5º do Novo CPC consagrou de forma expressa entre nós o princípio da boa-fé objetiva, de forma que todos os sujeitos processuais devem adotar uma conduta no processo em respeito a lealdade e boa-fé processual. Sendo objetiva, a exigência de conduta de boa-fé independe da existência de boas ou más intenções. Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal.

Conforme previsão no artigo 6º do Código de Processo Civil: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”. Este dispositivo consagra o princípio da cooperação.

Tal postulado traz um dever a todos que atuam no processo. Neves (2018, p. 205 e 206) ensina o que segue:

A colaboração das partes com o juiz vem naturalmente de sua participação no processo, levando aos autos alegações e provas que auxiliarão o juiz na formação do seu convencimento. Quanto mais ativa a parte na defesa de seus interesses mais colaborará com o juiz, desde que, é claro, atue com a boa-fé exigida pelo art. 5º do Novo CPC.

Há doutrina que aponta justamente a boa-fé na conduta processual como um dos aspectos do princípio da cooperação.

A colaboração do juiz com as partes exige do juiz uma participação mais efetiva, entrosando-se com as partes de forma que o resultado do processo seja o resultado dessa atuação conjunta de todos os sujeitos processuais. O juiz passa a ser um integrante do debate que se estabelece na demanda, prestigiando esse debate entre todos, com a ideia central de que, quanto mais cooperação houver entre os sujeitos processuais, a qualidade da prestação jurisdicional será melhor.

Fredie Didier Jr (2015, p. 144 a 147), menciona que o princípio da cooperação repercute em deveres às partes, tais como: dever de esclarecimento, consulta, lealdade, proteção e prevenção. O autor esclarece cada um dos deveres, como será delineado a seguir:

O dever de esclarecimento diz respeito a obrigação das partes de tornar claros os pedidos deduzidos em juízo, de modo que o juiz possa determinar esta explicação, bem como a possibilidade de as partes requerer elucidações no que toca ao pronunciamento do magistrado.

O dever de consulta está relacionado ao artigo 10 do Código de Processo Civil, que prevê a necessidade de manifestação das partes, inclusive nos casos em que o juiz pode decidir de ofício. Tal premissa se faz efetiva na medida em que permite às partes influenciar na decisão final proferida pelo órgão jurisdicional.

Mencionados alhures, o princípio da lealdade e da boa-fé guardam relações entre si, sobretudo no que se refere à vertente de que as partes não podem litigar sem justa causa, imbuídas de má-fé processual. Dentro deste dever, é possível incluir o de proteção, em que não é autorizado causar danos a parte contrária.

O princípio da cooperação, por sua vez, é uma inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Por derradeiro, o dever de prevenção, amplamente relacionado a primazia do julgamento do mérito. Conforme disciplina o artigo 321 do Código de Processo Civil, havendo irregularidade, as partes serão intimadas para ajustar.

Conforme disposto no artigo 7º do Código de Processo Civil, o princípio da igualdade (paridade de armas) está amplamente relacionado ao princípio do contraditório: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Diante deste dispositivo, é evidente que o Código se preocupou com o efetivo e igualitário contraditório para todas as partes, de modo a tornar a relação processual equilibrada (MONNERAT, 2018, p. 210 e 211)

Nesse sentido portanto, cabe ao juiz tomar medidas voltadas a reequilibrar a relação processual sempre que detectar situações onde uma das partes esteja sendo excessivamente onerada ou impedida de exercer plenamente o contraditório. Bom exemplo deste poder de reequilibrar a relação processual se revela no art. 373, §1o, que autoriza o juiz a, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de uma parte produzir prova, determinar que o ônus probatório seja da parte contrária, em função de esta ter uma maior facilidade de obtenção da prova. Em outras palavras, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto na regra geral de distribuição, 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. (MONNERAT, 2018, p. 211)

O princípio do contraditório prévio, disciplinado no artigo 10 do Código de Processo Civil, dispõe que: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Esta é a regra do Código, apenas em casos excepcionais não será aplicado. O juiz oportunizará o debate entre as partes e sua decisão será fundamentada, de modo a constar o debate (MONNERAT, 2018, p. 219)

Além destes princípios, é imperioso ressaltar a opção do legislador em privilegiar a solução consensual dos conflitos, conforme previsto no artigo 3º, parágrafos, do Código de Processo Civil. Métodos como conciliação, mediação e arbitragem devem ser estimulados por Juízes, promotores, advogados e defensores Públicos. Ao longo do Código existem disposições para efetivar a busca da autocomposição das partes.

Com base nas ideias destes e outros princípios, o legislador pautou a sequência de atos, dividindo os tipos de processos em fases, que serão mencionadas a seguir.

2. PROCESSO SINCRÉTICO E FASES PROCESSUAIS

Inicialmente, o Código de Processo Civil de 1973 disciplinava a necessidade de existência mais de um processo relacionados à mesma lide, sendo um relativo à fase de conhecimento, outro à fase de execução e, ainda um distinto para a necessidade de cautelares.

Em 2015, com a Lei 11.232, foi estabelecido o processo sincrético, neste, há a existência de um só processo para conhecer do pedido do autor e perdurará até a fase de cumprimento de sentença. O Novo Código de Processo Civil manteve a mesma sistemática da Lei 11.232/2015 e não trouxe a possibilidade de processos autônomos para tutelas provisórias; “Atualmente, o deferimento de tutelas provisórias dar-se-á sempre em processos de conhecimento ou de execução, seja em caráter antecedente, seja incidentalmente” (GONÇALVES, 2017, p. 363 e 545).

Há hipóteses excepcionais em que a execução se dará em autos apartados. Todavia, como regra geral, a fase de cumprimento de sentença se dará nos próprios autos, após a fase de conhecimento. (CÂMARA, 2017, p. 311)

Na Parte Especial do Código de Processo Civil, Livro I, consta a expressão “Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”. A fase relativa a conhecer o direito do autor é conhecida por “Processo de Conhecimento”. É por esta que se preocupa o presente estudo.

Importante asseverar o seguinte entendimento:

Tanto o processo de conhecimento como o processo de execução, como esboçados no Novo Código, são processos sincréticos: o processo de conhecimento admite fase de cumprimento de sentença, em que se desenvolve a atividade executiva; o processo de execução admite cognição ao, por exemplo, permitir a declaração de ineficácia da arrematação nos seus próprios autos. Rigorosamente, o processo de conhecimento não é de conhecimento tão somente, nem o processo de execução de pura execução. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 573)

Os procedimentos especiais detêm fase de conhecimento e, como disciplina do Código de Processo Civil, as regras relativas ao procedimento comum serão aplicáveis, subsidiariamente aos procedimentos especiais e de execução (artigo 318 do Código de Processo Civil).

Inseridas no processo de conhecimento, é possível observar as seguintes fases: postulatória, ordinatória, instrutória e decisória. Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2018, p. 441) esclarece, em síntese, cada fase que compõe esse processo:

O CPC trata do procedimento comum a partir do art. 319, dividindo-o em quatro fases: a postulatória, na qual o autor formula sua pretensão por meio da petição inicial e o réu apresenta a sua resposta; a ordinatória, em que o juiz saneia o processo e aprecia os requerimentos de provas formulados pelas partes; a instrutória, em que são produzidas as provas necessárias ao convencimento do juiz; e a decisória.

Isso não significa que, em cada uma das fases, sejam praticados apenas atos processuais do tipo que lhes dá o nome. A classificação leva em conta apenas o tipo de ato predominante. Por exemplo, em qualquer das quatro fases, não apenas na última, o juiz proferirá decisões interlocutórias. Há possibilidade de atos instrutórios, como a juntada de documentos, em qualquer fase. E o juiz, a quem cumpre fiscalizar o bom andamento do processo, poderá a todo tempo determinar atos de saneamento, de regularização de eventuais vícios ou deficiência.

Cada fase é composta de atos complexos, a fim de cumprir a função que lhe é outorgada. O Novo Código de Processo Civil inovou em vários aspectos. Ao que interessa ao presente trabalho, serão tecidas algumas inovações relativas à fase de instrução no processo de conhecimento, como serão delineadas no próximo tópico.

3. FASE ORDINATÓRIA E REPERCUSSÃO NA FASE INSTRUTÓRIA

Os princípios relacionados anteriormente e os demais existentes no ordenamento jurídico devem servir como base para a análise deste item.

Antes de iniciar o estudo acerca da fase instrutória, é imperioso ressaltar que a fase ordinatória, em que há o saneamento do processo, é de suma importância no que tange a produção de provas na fase instrutória.

Na fase postulatória, as partes apresentarão seus pleitos. Após o fim desta, o feito será saneado. Neste momento, várias providências podem ser tomadas, todavia, aqui serão relacionadas apenas aquelas que causam impacto na fase instrutória.

[...] antes de se determinar qual será o objeto da prova – o que só se dá na decisão de saneamento e organização do processo – é preciso que se permita o desenvolvimento de uma fase postulatória, em que as partes (na petição inicial, na contestação e na réplica) apresentam suas alegações e têm oportunidade de impugnar as alegações feitas pela parte contrária. É que somente quando se tiver condições de se determinar quais, dentre as alegações relevantes, se serão tornado controvertidas é que se poderá estabelecer quais as provas que no processo terão de ser produzidas. (CÂMARA, 2017, p. 202)

O artigo 348 do Código de Processo Civil estabelece o que segue:

Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando a inocorrência do efeito da revelia previsto no art. 344, ordenará que o autor especifique as provas que pretenda produzir, se ainda não as tiver indicado.

É neste momento que compete ao autor especificar as provas que necessita produzir. Na petição inicial e na contestação as partes, muitas vezes, realizam pedidos genéricos (GONÇALVES, 2018, p. 491). “O juiz poderá indeferir as provas desnecessárias, bem como determinar aquelas que, embora não requeridas, possam contribuir para sua convicção” (GONÇALVES, 2018, p. 492).

Após regularizar o feito e analisar os pedidos das partes, o juiz irá proferir uma decisão conforme o estado do processo.

Há casos em que, concluída a fase postulatória e saneados eventuais vícios, todos os elementos necessários para o julgamento, seja de todos os pedidos, seja de alguns deles, estarão nos autos; e há outros em que há necessidade de produção de provas

Quando ele julga todos os pedidos logo após a conclusão da fase postulatória, sem abrir a fase instrutória, diz-se que há o julgamento antecipado do mérito. Quando nessa fase, julga não todos, mas um ou alguns dos pedidos, ou parcela deles, haverá julgamento antecipado parcial do mérito.

Há quatro possibilidades:

- de que o juiz extinga o processo, nas hipóteses dos arts. 485 e 487, II e III, *a, b e c*;
 - de que promova o julgamento antecipado do mérito;
 - de que promova o julgamento antecipado parcial do mérito;
 - de que, verificando a necessidade de provas, determine a abertura da fase de instrução, depois de proferida a decisão de saneamento e organização do processo.
- (GONÇALVES, 2018, p. 492)

Em caso de desnecessidade de realização de outras provas ou presentes os efeitos da revelia do réu, poderá ser proferida uma decisão que importará no julgamento antecipado do mérito, ocasião em que o feito sequer será saneado (artigo 355 do Código de Processo Civil).

Essa decisão trata-se de uma sentença, fundada em “cognição exauriente”, e desafia o recurso de apelação (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 225 a 226).

Poderá ocorrer a hipótese em que não será possível julgar todos os pedidos, necessitando prosseguir o feito para decidi-los. Diferente do Código de 1973, o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 356, autoriza a cisão da decisão, ou seja, os pedidos incontroversos ou em condições de imediato julgamento serão julgados no mérito, prosseguindo o feito em relação aos demais (GONÇALVES, 2018, p. 494).

A decisão pode dizer respeito a algumas pretensões, quando houver cumulação, ou a parcela de uma delas. Esse julgamento antecipado parcial de mérito é feito por decisão interlocutória e não sentença, e o recurso cabível será o de agravo de instrumento (art. 1.015, II). Mas é feito em caráter definitivo e em cognição exauriente (GONÇALVES, 2018, p. 494).

Para finalizar o estudo da fase ordinatória, o feito será saneado, por meio de uma decisão interlocutória. Conforme ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 231 a 239), esta decisão detém uma vertente retrospectiva e outra prospectiva.

A fase retrospectiva diz respeito a questões processuais:

Havendo questões processuais pendentes, deve o juiz examiná-las a fim de, em sendo possível, saneá-las. Como o Código privilegia a efetiva tutela de direitos em detrimento de soluções puramente formais e processuais, o ideal é que a organização retrospectiva do processo tenha como objetivo a busca por um justo equilíbrio entre forma e instrumentalidade. Vale dizer: sendo possível aproveitar o ato, deverá fazê-lo. Não sendo, deverá determinar sua renovação. [...] O ideal é que todas as questões processuais sejam examinadas e resolvidas com o saneamento, de modo que a sentença se ocupe das questões concernentes ao mérito da causa. Com isso, busca-se outorgar maior eficiência ao processo (art. 8º): seja porque evita que o processo se desenvolva sem condições de efetivamente resolver o conflito entre as partes, seja porque permite que no momento oportuno o juiz ocupe-se apenas das questões de mérito. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 233)

Por outro lado, a vertente prospectiva versa a respeito da produção de provas que se darão na fase instrutória.

Pertencem à organização prospectiva todas aquelas questões que visam a preparar a causa para a *instrução e para seu julgamento*. São basicamente questões concernentes à delimitação e prova das alegações de fato e à delimitação do direito relevante para a decisão de mérito.

As alegações de fato que constituem o objeto do debate são aquelas *formuladas pelas partes* (arts. 2ª e 141). São as alegações de *atos essenciais* –aqueles dos

quais decorrem as consequências jurídicas pretendidas pelas partes. Como colorário da estrutura cooperativa do processo civil brasileiro (art. 6.º), se a narrativa das partes encontra-se lacunosa, obscura ou de qualquer modo de difícil compreensão, tem o juiz de convidá-la à *integração e ao esclarecimento* (art. 357, § 3.º, segunda parte), tendo o dever de colaborar indicando exatamente aquilo que pretende ver integrado e esclarecido (analogicamente, art. 321). Tendo em conta que a colaboração é uma das normas fundamentais do processo civil brasileiro, o convite à integração e ao esclarecimento *não está restrito à organização do processo em audiência* – sempre que necessários, pode o juiz determiná-los. As alegações de fato que podem ser objeto de prova são aquelas *controversas, pertinentes e relevantes*. Daí que devem entrar na delimitação das questões de fato suscetíveis de prova todas as legações que apresentem essas características, impertinentes ou irrelevantes, deve o juiz indeferir o pedido de admissão de prova (art. 370, parágrafo único). (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 233)

Este momento processual é muito importante, pois conforme prevê o artigo 357 do Código de Processo Civil, o juiz fixará as provas a serem produzidas, solicitará a apresentação de rol de testemunhas, decidirá acerca da regra de ônus da prova, designará data para audiência de instrução e julgamento e delimitará as questões a serem comprovadas. A depender da complexidade do caso, poderá convidar as partes para participar de audiência para que o feito seja saneado (artigo 357, §3º), atendendo ao princípio da cooperação.

É a fase prospectiva que interessa ao presente trabalho. As determinações contidas no saneamento, relativas à fase de instrução, serão estudadas no item a seguir.

4. FASE INSTRUTÓRIA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após saneado o feito, será o momento de produção de provas. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 52 e 53) mencionam que: “O fato probando precisa ser controvertido, relevante e determinado.”. Após esta explanação, esclarece que aos fatos que não pairam controvérsias, não são necessárias provas, excepcionando as hipóteses descritas no artigo 341 do Código de Processo Civil. Ademais, os fatos que não influenciam na causa, são desnecessários, logo, são excluídos da prova. A determinação do fato é relevante, de modo que distingam outros.

Neste momento processual, o Novo Código preocupa-se com a cooperação das partes, para a prolação de uma decisão justa, além de outros princípios anteriormente mencionados.

Em matéria de provas, na fase instrutória, algumas inovações foram trazidas no Novo Código de Processo Civil de 2015, diferenciando-o do Código de 1973. Algumas serão analisadas a seguir:

Quanto ao sistema de valoração de provas, o Código de Processo Civil sofreu alteração no artigo que disciplina este instituto. O Código de 1973, no artigo 131 disciplinava da forma que segue:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

O atual Código suprimiu a palavra “livremente”. Constando em seu artigo 371: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”. Com essa alteração, hoje a doutrina divide-se quanto à existência desde o Código anterior da análise racional das provas pelo juiz ou de que se trata de novidade do Código de 2015.

Na obra de Didier Jr. (BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 102 e 103) há a posição de que a exclusão do termo “livremente” não foi por acaso, passando da decisão livre para a racional:

O CPC-1973 enunciava que o juiz “apreciará livremente a prova”. O CPC atual não mais se vale do advérbio “livremente”. Não é por acaso. A valoração da prova pelo juiz não é livre: há uma série de limitações, conforme examinado. Além disso, o adjetivo “livre” era mal compreendido, como se o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse.

Todas as referências ao “livre convencimento motivado” foram extirpadas do texto do Código. O silêncio é eloquente. O convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado: isso é quanto basta par a definição do sistema de valoração da prova pelo juiz adotado pelo CPC-2015.

Não é mais correta, então, a referência ao “livre convencimento motivado”, como princípio fundamental do processo civil brasileiro; não é dogmaticamente aceitável, do mesmo modo, valer-se desse jargão para fundamentar as decisões judiciais. A mudança, uma das mais importantes do ponto de vista simbólico do novo CPC, não pode passar despercebida – ela foi claramente inspirada nas provocações de Lênio Streck.

Em outro sentido é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p.424), que esclarecem que a regra da valoração racional já era adotada no Código de 1973:

Nada obstante a valoração da prova seja livre pelo juiz, já que o direito brasileiro adotou – e continua adotando, conquanto a supressão do adjetivo “livre”, tendo em conta que a eventualidade de ter o juiz de escolher entre duas versões probatórias é ineliminável – a regra da valoração racional da prova (art. 371), as razões que fundaram seu *convencimento* a respeito da prova devem constar da fundamentação da sentença. É por essa razão que se diz que o juiz tem de estar *racionalmente convencido* das alegações de fato à luz do conjunto probatório. A aferição da racionalidade do convencimento do juiz ocorre mediante a análise da fundamentação da sentença no que tange a prova.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 746 e 747), a supressão da palavra “livremente” em nada alterou a existência do sistema de valoração do livre convencimento motivado. Acrescentando que este tipo de interpretação não legitima a irracionalidade da análise das provas, sendo apenas uma contraposição ao sistema de valoração tarifária da prova.

Feitas as análises quanto ao sistema de valoração de provas e seus impactos na fase decisória do processo, veremos outras alterações legislativas que impactaram no Processo Civil.

Em regra, a produção de provas será realizada na fase instrutória do procedimento. Todavia, em alguns casos, é possível a produção em momento anterior. O CPC/2015 disciplina a produção antecipada de provas como uma ação autônoma, diferente do código anterior em que havia previsão como uma ação cautelar, a ser ajuizada tão somente na existência de risco no perecimento da prova (GONÇALVES, 2018, p. 510).

É uma ação autônoma, que pode ter natureza preparatória ou incidental e que visa antecipar a produção de determinada prova, realizando-a em momento anterior àquele em que normalmente seria produzida. Trata-se do exercício do direito autônomo à prova, de natureza satisfativa, exercido em procedimento de jurisdição voluntária. Não tem, como no CPC de 1973, natureza de ação cautelar, ajuizada sempre em razão de risco de a prova perecer. O risco é uma das justificativas da antecipação da prova, mas não a única. A antecipação pode ser deferida para viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado para a solução do conflito, ou para permitir ao interessado que tenha prévio conhecimento dos fatos, que possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação. Poderá ser aforada no curso do processo já ajuizado, em fase anterior àquela na qual normalmente a prova seria produzida, ou antes do ajuizamento do processo, quando terá a natureza de procedimento preparatório. (GONÇALVES, 2018, p. 510)

A disposição do artigo 381 do Código de Processo Civil vai ao encontro com o que buscou o legislador. Apenas o inciso I dispõe acerca do perigo de perecimento da prova. O inciso II vai ao encontro com o que o legislador buscou, a viabilização da autocomposição.

Quanto ao inciso III a produção antecipada servirá para que viabilize ao autor a compreensão acerca da necessidade ou não de propositura da ação (GONÇALVES, 2018, p. 510 e 511).

Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 771 e 771) aduz que diferente do CPC de 1973, o Novo Código não distingue a confissão extrajudicialmente de forma escrita ou oral. Ademais, quanto às provas documentais eletrônicas, o novo CPC separa uma seção para discipliná-los:

Qualquer reprodução mecânica (fotográfica, cinematográfica, fonográfica, etc.) tem aptidão de fazer provas das imagens que reproduzem se a parte contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade; havendo impugnação, deverá ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica e, não sendo possível, ser realizada perícia.

O art. 422, § 1.º, do Novo CPC regulamenta as fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores como provas documentais, prevendo que, se forem impugnadas, a parte deverá apresentar a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, será realizada perícia. O § 2º trata de fotografia publicada em jornal ou revista, quando então será exigido um exemplar original do periódico, mas somente se a verdade for impugnada, diferente da exigência constante no art. 385, § 2.º, do CPC/1973. (NEVES, 2018, p. 783)

O autor ainda esclarece que: “a cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original” e, caso a parte contrária impugne, deverá ser apresentada a versão original. A idoneidade do documento apenas será cessada com declaração judicial (NEVES, 2018, p. 784)

Interessante instituto foi trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, o chamado Negócio Jurídico Processual, com previsão no artigo 190:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

As partes podem celebrar acordos quanto aos procedimentos, bem como quanto aos atos processuais, desde que presentes direitos que admitem autocomposição e partes capazes. Quanto à produção de provas, este acordo entre as partes poderá inverter o ônus da prova, conforme dispõe o artigo acima mencionado e o 373, § 4º do CPC, que mencionada que o acordo entre as partes quanto a inversão do ônus poderá ser feito antes ou depois de iniciado o processo (NEVES, 2018, p. 389 e 737).

O artigo 373, CPC, disciplina este tipo de inversão do ônus da prova, esclarecendo que não será nulo caso recair sobre direito indisponível a parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Ainda dentro do tema sobre ônus da prova, o Código de 2015 trouxe hipóteses em que o juiz poderá inverter ônus da prova, previstas no artigo 373, § 1º do CPC, ocasião em que elenca requisitos:

§ 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.

Quanto a motivação, Fredie Didier Jr. (BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 124), ensina que: “além de apontar as premissas fáticas da dinamização, a exemplo do predomínio das técnicas necessárias, o julgador deverá sempre discriminar sobre que fato se aplicará a modificação probatória”. Trata-se de uma hipótese excepcional, vez que, em regra, incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No Novo Código de Processo Civil, em regra, vigora da regra da “Distribuição Legal do Ônus da Prova”, como exceção há a “Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova”. Como descreve Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 737), no Brasil, atualmente, vige o sistema misto: “Tudo dependerá da iniciativa do juiz, que não estará obrigado a fazer distribuição do ônus probatório de forma diferente daquela prevista na lei”.

Ainda diante da atuação judicial, é imperioso mencionar a imposição de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para exibição de documento. A exibição do documento será requerida pela parte interessada, especificando o documento, bem como demonstrando que este se encontra com o adversário. (GONGALVES, 2018, p. 519).

Em casos excepcionais, a depender da postura do requerido, o juiz invocará o artigo 400, parágrafo único do Código de Processo Civil ao “adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”.

A prova emprestada, ao tempo do CPC/1973, não estava expressa no ordenamento, todavia, já era admitida pela jurisprudência. O artigo 272 CPC/2015 admite a prova

produzida em processo diverso, desde que respeitado o contraditório. A observância do contraditório, em regra, deve ser exercida no processo de origem e naquele onde a prova será remetida. Estes são os ensinamentos de Fredie Didier Jr. (BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 131). O autor acrescenta ainda:

Essa importação não precisa ser requerida necessariamente por quem tenha sido parte – um terceiro pode pedir o empréstimo da prova; o que é preciso é que aquele contra quem se pretende utilizar a prova tenha participado da sua produção. Se aquele que requer a importação da prova e aquele contra quem se pretende seja a prova produzida forem terceiros em relação ao processo onde a prova se produziu, não há problema na sua importação: como nenhuma das partes participou da formação da prova, qualquer delas pode pedir a importação; o contraditório será garantido no processo para onde a prova foi trasladada (para essa última situação, STJ, Corte Especial, ERESP n. 617.428-SP, rel. Mina. Nancy Andriighi, j. e, 4.6.2014)

O artigo 367, § 5º e § 6º traz a possibilidade de gravação da audiência de instrução e julgamento. Esta gravação poderá ser realizada desde que assegure acesso rápido das partes e dos órgãos julgadores. A gravação também poderá ser realizada por qualquer das partes. O CPC de 1973 não disciplinava essa possibilidade.

O entendimento na vigência do código anterior era o de que o perito seria alguém da confiança do juiz. O Novo Código trouxe uma nova noção ao admitir que as partes escolham o perito, desde que capazes e seja admitida autocomposição. Além disto, conforme disposto no artigo 471 do CPC, as partes devem indicar os respectivos assistentes técnicos e a perícia realizada pelo perito escolhido consensualmente substituirá aquela que seria realizada por perito a ser escolhido pelo juiz (NEVES, 2018, p. 802):

A escolha do perito pelas partes, como já admitido em outros países, por exemplo, a Inglaterra, quebra a regra presente no diploma processual revogado de que o perito deve ser necessariamente alguém da confiança do juiz. Num primeiro plano deve ser de confiança das partes, e, somente se essas não chegarem a um acordo, prevalecerá a escolha de alguém de confiança do juiz. A mudança não deve gerar grandes consequências práticas em razão do espírito beligerante das partes, que dificilmente chegarão a um acordo, algo mais factível de acontecer numa arbitragem do que num processo judicial.

Ainda assim, a mudança deve ser efusivamente saudada, porque afasta a lenda de que o processo, por ser de natureza pública, deve ser conduzido pelo juiz independentemente da vontade das partes. Ainda que a qualidade da prova pericial seja essencial à qualidade da prestação jurisdicional, e essa seja realmente um valor de ordem pública, proibir que as partes acordem a respeito do perito só porque o juiz tem alguém de sua confiança é realidade insuportável à luz do princípio dispositivo.

Só não concordei com o art. 471, § 3º, do Novo CPC, que dá indevidamente a entender que a “perícia consensual” seria equiparada em todos os efeitos com a “perícia judicial”. Na realidade, não existe essa diferença sugerida pelo dispositivo

legal, considerando-se que a perícia é sempre judicial, sendo consensual ou judicial apenas a escolha do perito. Diante dessa realidade, nada a ser equiparado ou substituído como prevê o criticável dispositivo legal (NEVES, 2018, p. 802).

Ademais, o autor supramencionado ainda cita outra alteração trazida pelo CPC no que se refere à escolha do perito. No código anterior, o perito era escolhido livremente pelo juiz, desde que cumpridas às exigências legais de qualificação. O atual código, em seu artigo 156, § 1º dispõe acerca da necessidade de nomeação dos peritos habilitados e inscritos no cadastro disponibilizado no tribunal (NEVES, 2018, p. 803).

Com o objetivo de democratizar e qualificar as pessoas humanas e órgãos habilitados à realização de perícias judiciais, cabe aos tribunais a realização de consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou órgãos técnicos interessados. Já se adiantando à possibilidade de os tribunais não criarem e muito menos abastecerem o cadastro com pessoas habilitadas à realização de perícia, o § 5.º do art. 156 do Novo CPC prevê que na localidade onde não houver inscritos no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha do juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia, na prática retornando-se ao sistema anterior.

A Lei 8.935/94 trouxe para o ordenamento jurídico a Ata Notarial como meio de prova. O Código de Processo Civil revogado não a disciplinava, mas o atual, em seu artigo 384 versa sobre sua utilização. Seu valor probante é estipulado no artigo 405, ou seja, similares aos aplicados a qualquer documento público (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 389 e 390).

Basicamente, a ata notarial, portanto, é o instrumento público por meio do qual o notário certifica – por meio da sua condição pública, e do decorrente dever de imparcialidade – a ocorrência de certo fato, por ele presenciado. Por óbvio, considerando que o notário atua aqui com imparcialidade, na função de mero “certificador” da ocorrência do fato por ele verificado, é vedado a ele a emissão de qualquer juízo de valor sobre aquilo que atesta, bem como atestar “supostos” ou por ele não *pessoalmente* presenciados. Pela mesma razão, não se admite que, por meio da ata notarial, possa o notário emitir juízos técnicos ou científicos a respeito do que presenciou. Esse papel, como é evidente, é reservado à prova pericial, e não pode ser assumido por alguém que, a par de não poder emitir juízo sobre fatos, não tem capacidade técnica necessária para a adequada valoração do ocorrido. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 390)

Outra modificação na instrução do processo foi a alteração do procedimento do incidente de arguição de falsidade documental. Na vigência do Código anterior, a ação

incidental suspenderia o processo principal. Hoje acontece de forma diferente: “Dessa forma a eventual produção de prova para se decidir a arguição de falsidade poderá ser produzida em conjunto com as provas destinadas a comprovar ou desmentir os fatos alegados na demanda e referentes ao objeto do processo.” (NEVES, 2018, p. 787)

Diversas novidades foram trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, mas o intuito do trabalho não é esgotar o tema e sim demonstrar algumas alterações legislativas na busca dos institutos trazidos pelo novo diploma legal, ou seja, a cooperação das partes, a potencialização do contraditório e ampla defesa para uma justa decisão de mérito.

CONCLUSÃO

Com a análise da Constituição Federal em conjunto com os princípios constitucionais e infraconstitucionais, é possível perceber que o Novo Código de Processo Civil procurou ampliar a participação das partes no feito, evitando decisões surpresas, privilegiando a autocomposição.

No Brasil, o processo é sincrético, para este trabalho interessou o processo de conhecimento. Cada uma das diferentes fases que compõem o processo almejam uma finalidade específica, com o intuito de cumprir o devido processo legal. A fase postulatória e ordinatória são as anteriores a fase instrutória.

Após a apresentação dos pedidos das partes, o juiz irá sanear o feito. As decisões da fase ordinatória foram mencionadas no trabalho. Necessitando de produção de provas, o processo será submetido para a fase instrutória, após delimitar o que será comprovado.

O trabalho preocupou-se em demonstrar as alterações legislativas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil. Diante de todas as alterações mencionadas, é possível perceber que o legislador se preocupou com a democratização do processo, ou seja, há a valorização da vontade das partes e a paridade de armas na relação processual.

Com os avanços na sociedade, foi necessário alterar a legislação, em razão disso, o Código de Processo Civil de 2015 busca mudar a visão do processo, com a previsão de novos institutos como o negócio jurídico processual, fez demonstrar a prevalência da vontade das partes em relação a estipularem seus próprios procedimentos, ônus da prova e escolha de peritos, por exemplo, nas hipóteses legais.

Vislumbrando o objetivo da autocomposição, o Novo Código disciplinou a produção de prova antecipada, para viabilizar o acordo, fazendo com que as próprias partes solucionem a lide.

Com vistas a possibilitar a ampla defesa e o contraditório, o código traz o princípio da cooperação. Em que as partes cooperaram para que seja proferida uma decisão justa, o código admite que o juiz adote medidas coercitivas para a exibição de documentos, de modo a efetivar esses princípios, colaborando com o processo. Além disso, em razão da vedação a decisão surpresa, o juiz deverá ouvir as partes, nos termos do artigo 9º do Código de Processo Civil.

A celeridade do processo foi outra preocupação do legislador. É possível perceber esta preocupação do legislador ao prever a possibilidade de prova emprestada. Esta prova é capaz de reduzir o trâmite processual e, além disso, efetivar os princípios do contraditório e ampla defesa.

Desta forma, após a pesquisa, foi possível perceber que as alterações da fase instrutória ocorreram com a intenção de adequar a produção de provas aos objetivos traçados pelo legislador no Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23.05.2019.

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 23.05.2019.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23.05.2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017. (E-book, formato PDF)

DIDIER Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Vol 1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. (E-book, formato PDF)

DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. Vol 2. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MONNERAT, Fabio Vitor da Fonte. *Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil*. 3º Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (E-book, formato PDF)

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10ª Ed. Volume Único. Salvador: Ed. Jusdivm, 2018.