

PROVAS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO JUIZ E DAS PARTES DE ACORDO COM PROJETO DO NOVO CPC

Juliano Oliveira Brandis

Mestrando em Direito Processual da Faculdade de Direito da UERJ. Pós-Graduado em Direito Processual Lato Sensu pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Professor Substituto de Direito Processual Civil na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Miller Freire de Carvalho

Advogado. Pós-Graduando em Direito Processual Lato Sensu pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Resumo: O presente artigo destina-se a avaliação do papel das partes e dos poderes do juiz durante a produção de provas no curso do processo civil, de acordo com as inovações trazidas pelo Projeto de Lei do Senado n. 8.046/2010, que trata do Novo Código de Processo Civil.

Abstract: The present article has the goal to evaluate the role of the parties and of the judge in producing evidences on the civil procedure, according to the inovations brought by Bill 8.046/2010, currently in the brazilian Senate, that formulates a New Civil Procedure Code.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Projeto. Inovações. Provas. Poderes do Juiz.

Keywords: Civil Procedure Code. Bill. Inovation. Evidences. Judge's role.

Sumário: 1. Introdução – 2. Análise principiológica do tema proposto – 3. Alteração da ordem de produção das provas – 4. Iniciativa probatória do juiz – 5. Utilização de prova emprestada – 6. Inversão do ônus da prova – 7. Forma de inquirição das testemunhas – 8. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução:

Os fatos podem criar direitos quando as normas jurídicas os apontam como aptos e suficientes para tanto, mas também podem impedir a constituição de direitos ou extinguirem e modificarem o direito constituído. Desse modo, o acolhimento da pretensão manifestada pela parte, seja na ação, seja na defesa, pressupõe a demonstração da veracidade dos fatos que a fundamenta.

Dá a importância para as partes da demonstração em juízo dos fatos controversos e a razão pela qual a elas é assegurada ampla liberdade em matéria probatória. A prova funciona, para a parte, como condição de possibilidade do gozo do direito assegurado pela ordem jurídica, sendo a liberdade de prova uma exigência do processo justo e democrático.

Lembra Leonardo Greco, ao discorrer sobre o conteúdo mínimo das garantias fundamentais do processo, que as partes “*devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário*”¹.

Contudo, a justa solução dos conflitos e a realização concreta do direito assegurado pela ordem jurídica também interessam à sociedade². Em decorrência desse interesse

¹ *Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo*. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

² Essa ideia de que o interesse no processo civil não se limita às partes, mas se estende à sociedade foi bem anunciada por José Carlos Barbosa Moreira: “*Em todo e qualquer feito existe uma dimensão de interesse público, no sentido de interesse que toca ao público, à população em geral. Nem poderia ser de outro modo, se considerarmos que o processo é instrumento de jurisdição, e portanto exercício do poder estatal (...). Creio não exagerar se disser que ao juiz, quando lhe cabe julgar uma causa, é impossível prever a extensão integral do terreno que sua sentença direta ou indiretamente afetará, assim como o menino que atira uma pedrinha ao lago é incapaz de adivinhar até onde chegarão os círculos concêntricos que seu gesto simples desenha na superfície da água. (...) Extraio sem hesitar a conclusão: a rigor, não há processo que interesse exclusivamente às partes e não ecoe na paisagem da sociedade*”.

social, ao juiz deve ser conferido o poder de determinar a produção de provas que considerar imprescindível à solução do conflito de interesses. A iniciativa probatória do magistrado, entretanto, não é aceita por todos. Em oposição àqueles que a admitem, parcelas da doutrina e da jurisprudência criticam a concessão desse poder ao juiz, ao argumento principal de violação da imparcialidade³.

O atual caráter público do direito processual exige atuação do juiz especialmente quando a atividade probatória das partes tiver restado insatisfeita. As regras sobre o ônus da prova não mais autorizam a passividade do magistrado, caracterizando-o como mero expectador. Nem por isso deixa de ser correta a proposição de Bentham, citada por Moacyr Amaral Santos, de que “(...) *el arte del proceso no es otra cosa que el arte de administrar las pruebas*”. Ademais, afirma ainda o referido autor na mesma obra: “*O dever do juiz é dizer e investigar a verdade. Para isso se acha munido de poderes extensos, concedidos pela sociedade, e encontra auxiliares nos próprios litigantes, que estão obrigados a fornecer-lhe os meios de investigação*”⁴.

A verdade é que, na atual evolução do direito processual, consubstanciada na garantia do devido processo legal, ou do processo justo, não pode o juiz guiar-se, na apreciação dos fatos controvertidos, apenas pela sua consciência, suposições e impressões pessoais. As decisões judiciais, para serem legítimas, devem ser proferidas também e principalmente com fundamento nas provas colhidas durante a instrução probatória, sempre com a observância dos princípios e garantias processuais.

Assim, a atuação do juiz e das partes em matéria probatória, sob o prisma dos princípios e garantias processuais, a partir das inovações propostas pelo PL n. 8.046/2010, que visa instituir um Novo Código de Processo Civil, em substituição ao atual, é o tema que se propõe abordar nas próximas páginas.

Alguns críticos do Projeto do Novo Código de Processo Civil cometem o erro de atribuir ao seu texto normativo um suposto alargamento dos poderes do juiz. Neste artigo constata-se, exclusivamente no que tange os poderes instrutórios dos juízes, que a Comissão apenas ratificou nos dispositivos da matéria probatória a jurisprudência

(*O processo, as partes e a sociedade*. In: Temas de Direito Processual. Oitava Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 29/40).

³ Neste aspecto Montero Aroca: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valência: Tirant lo Blanch, 2001.

⁴ *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I. p. 9.

majoritária dos tribunais superiores, bem como procurou ratificar o entendimento da maioria da doutrina.

2. Análise principiológica do tema proposto:

Antes de se adentrar especificamente na análise de alguns dispositivos do PL n. 8.046/2010, torna-se fulcral a contextualização principiológica da atuação das partes e do juiz no cenário do direito probatório.

O direito à produção de provas é um direito subjetivo público das partes que pode ser extraído do art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, do texto constitucional, quando este se refere, respectivamente, ao acesso à justiça, ao princípio do devido processo legal e aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O Estado, na tentativa de tutelar os interesses que lhe são submetidos, deve possibilitar às partes a produção de todas as provas que entendam necessárias para a comprovação dos fatos relacionados à apreciação do direito material.

Todavia, no direito pátrio, também é permitido aos juízes a iniciativa probatória, em caráter subsidiário à iniciativa das partes, o que leva alguns autores a chamarem a atenção para os efeitos colaterais de se conferir esses poderes instrutórios aos juízes, sob influência do sistema da *common law*, em que tradicionalmente a iniciativa probatória fica restrita às partes.

O princípio dispositivo e o princípio inquisitivo são amplamente estudados no Brasil. O primeiro, que permite apenas às partes a produção de provas, historicamente prevalece no sistema processual da *common law*, típico dos países anglo-saxônicos, enquanto o segundo, que possibilita o exercício de poderes instrutórios pelo juiz, se mostra mais presente nos países que adotam o modelo da *civil law* de tradição romano-germânica⁵.

Especialmente no direito inglês, que tradicionalmente adota o sistema da *common law*, é possível notar a ocorrência de um movimento de ampliação dos poderes

⁵“The world’s modern legal systems are for convenience usually divided into two major groupings, the ‘common law’ and the ‘civil law’ countries. The United States is a member of the common law family, like other nations with legal roots in England. Most other countries share the civil law tradition, which originated in the Roman Empire and then spread to Continental Europe.” (CHASE, Oscar G., e HERSHKOFF, Helen. *An introduction and overview*. In: *Civil litigation in comparative context*. Thomson West. 2007. p. 3).

instrutórios do juiz⁶. A aproximação desses dois sistemas evidencia-se em alguns ordenamentos jurídicos, mas não pode ser estudada como um movimento global, visto que, nos Estados Unidos, por exemplo, a adoção do sistema *adversarial* permanece inabalável⁷.

Fala-se também em um sistema misto, isto é, aquele em que coexistiriam o princípio inquisitivo e o princípio dispositivo dentro de um mesmo ordenamento jurídico⁸.

No Brasil, o sistema processual confere poderes instrutórios aos juízes, embora prevaleça o princípio dispositivo. Assim, de início, a produção de provas é ônus das partes. Subsidiariamente, admite-se a produção de provas de ofício pelo juiz, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. Este entendimento afigura-se fundamental para evitar que o juiz se transforme em um autêntico investigador⁹.

O art. 333, do CPC, promove a divisão do ônus probatório entre as partes, ao dispor que enquanto cabe ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito alegado em juízo (art. 333, I), ao réu incumbe comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele (art. 333, II).

Desta feita, o processo civil foi criado, *a priori*, para servir como instrumento de apreciação das ações que se relacionam com o direito privado, especialmente o Direito Civil. Historicamente, os juízes sempre tiveram uma postura inerte, se preocupando em

⁶ Nesse aspecto José Carlos Barbosa Moreira: “*Para começar, mudanças sensíveis vêm afastando o mundo anglo-saxônico do modelo clássico do adversary system, para dar ao órgão judicial função de maior relevo na atividade de instrução. A figura do juiz ‘passivo’, que se limitava a receber dos litigantes os elementos de convicção sobre os fatos, já não corresponde, por exemplo, àquela que se desenha no vigente direito inglês. É certo que as Civil Procedure Rules não chegam a atribuir expressamente ao órgão judicial o poder de determinar de ofício a realização de provas; mas decerto lhe outorgam amplas faculdades de controle da atividade probatória (...)*”. (Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: Temas de Direito Processual. Nona Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 57).

⁷ “*Já nos Estados Unidos, a produção da prova continua quase que exclusivamente nas mãos das partes que, por intermédio de seus advogados, conduzem o trabalho investigatório no procedimento denominado discovery, não mais adotado com essa amplitude na Inglaterra*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 84).

⁸ “*L’indagine comparatistica pone in luce una realtà ben diversa, basata su tentativi di mediazione concreta fra le soluzioni teoricamente estreme. In tal modo, le divergenze si riducono, per mezzo di modelli misti – meglio caratterizzabili, di volta in volta, come “dispositivi” o come “inquisitori” attenuati – in cui coesistono, secondo proporzioni variabili, strutture “antagonistiche” ed elementi “inquisitori”*”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004. p. 187).

⁹ Segundo Humberto Theodoro Júnior: “*O juiz, porém, deve cuidar para não comprometer sua imparcialidade na condução do processo. A necessidade da prova, ordenada de ofício, deve surgir do contexto do processo e não de atividade extra-autos, sugerida por diligências e conhecimentos pessoais ou particulares auridos pelo magistrado fora do controle do contraditório. O juiz pode ordenar a produção das provas não requeridas pela parte, mas não pode tornar-se um investigador ou um inquisidor*”. (Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I. p. 493).

deixar a critério das partes a produção das provas, motivo pelo qual era incontestável que o escopo desse ramo processual seria a busca da verdade formal¹⁰ e não a busca da verdade material ou substancial.

Todavia, é fundamental a utilização dos poderes instrutórios pelo juiz para garantir a moralidade do processo, o que poderá evitar a prolação de decisões nitidamente injustas. Usa-se como exemplo a hipótese, já citada por Cândido Rangel Dinamarco, na qual o juiz julga improcedente um pedido formulado em ação de investigação de paternidade pelo fato de o autor não ter requerido a produção de prova pericial, no caso, exame de DNA. Decisão como esta, inevitavelmente, provoca o descrédito do Poder Judiciário e, acima de tudo, revela o despreparo do juiz na utilização dos mecanismos processuais previstos no Código de Processo Civil, que lhe permitem a produção de prova pericial *ex officio* nessa hipótese.

Todas as prerrogativas de iniciativa probatória previstas nos artigos 125, inciso I, 130, 342, 418, inciso I, 437 e 440, do CPC, demonstram essa preocupação do legislador em criar um modelo de juiz que não fique submisso à atuação das partes durante a atividade probatória.

O garantismo processual dá um passo à frente, porque se preocupa com a forma como a decisão se edifica (contraditório) e com os meandros da decisão propriamente dita (motivação) e não apenas com o caminho percorrido até se chegar a ela¹¹.

A hipótese de uma decisão final que não leve em conta as provas produzidas nos autos, assim como a que se baseie em uma interpretação absurda das normas, ofende, de sobremaneira, a necessidade de o juiz motivar adequadamente as suas decisões¹².

¹⁰ Sobre as origens da verdade formal ensina Leonardo Greco: “*Essa indiferença com o resultado da apuração dos fatos no processo encontrava justificativa na inspiração divina da decisão judicial, aceita desde a Antiguidade grega, ou no poder absoluto do soberano, que substituiu na Idade Moderna o poder divino, ou no individualismo da livre convicção liberal, em que o juiz emanava a lei do caso concreto, mas todos estes seguramente não satisfazem aos ideais democráticos do Estado contemporâneo, que assenta a legitimidade política do poder dos juizes na credibilidade das suas decisões*”. (*Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II. pp. 101/102).

¹¹ Sobre a necessidade de o juiz abordar as matérias alegadas nos autos, Leonardo Greco expõe que “*De outro lado, o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir na sua decisão. Não é certo dizer que uma fundamentação racionalmente consistente atende à exigência de motivação. Isso não basta. É preciso demonstrar que todas as alegações, fatos e provas potencialmente relevantes foram examinados*”. (*Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo*. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286).

O juiz garantista deve, *ab initio*, verificar se todas as garantias processuais restaram devidamente respeitadas durante o transcorrer do procedimento, especialmente o contraditório participativo. Após, deve verificar se a sentença proferida foi adequadamente motivada, ou seja, se levou em conta as provas produzidas em contraditório e baseou-se numa interpretação razoável do direito material envolvido.

Classicamente, o princípio do contraditório é compreendido como ciência e participação. Ademais, qualifica-se pela necessidade de o juiz conferir às partes a possibilidade de influírem nas decisões¹³. Exatamente por isso, aliás, deverá ser sempre prévio¹⁴.

O contraditório envolve também a participação do juiz¹⁵. Este sempre deverá promover o diálogo entre as partes e expor suas dúvidas, de modo a assumir uma postura ativa na direção do processo, nos termos do art. 262, parte final, do Código de Processo Civil, que consagra o princípio do impulso oficial.

O princípio da motivação e o princípio do contraditório são, de certa maneira, o coração que faz pulsar o processo, no sentido de que a comunhão entre esses dois princípios é responsável, em grande parte, por dar legitimidade democrática às decisões do Poder Judiciário. Pelo contraditório, o juiz permite que as partes construam os seus pontos de vistas sobre a realidade dos fatos e construam também o conteúdo da decisão.

¹² Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco: “O artigo 131 do Código de Processo Civil, ao fixar a regra do livre convencimento, manda que este se forme com base nos elementos de provas existentes nos autos, o que levou a doutrina a definir a regra do livre convencimento motivado (José Rogério Cruz e Tucci). Motivando adequadamente, o juiz presta conta de sua conduta às próprias partes, aos órgãos superiores da Magistratura e à opinião pública, para os devidos controles e particularmente para aquele que se faz em via recursal”. (Instituições de Direito Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I. p. 248).

¹³ “O processo é um instrumento de composição de conflito – pacificação social – que se realiza sob o manto do contraditório. O contraditório é inerente ao processo. Trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão”. (DIDIER Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2008. v. I. p. 45).

¹⁴ “Contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação, através de liminares cautelares ou antecipatórias, ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou do retardamento da decisão (Oliveira). Corrado Ferri chega a afirmar que o prévio contraditório é um instrumento de civilidade jurídica e que o contraditório a posteriori distorce e reduz o sentido da garantia”. (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005).

¹⁵ “A garantia deste resolve-se, portanto, em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I. p. 220).

Pela motivação, o juiz comprova que esses pontos de vistas foram, no mínimo, analisados, e que, baseado nessa pluralidade participativa, ele enquadrou os fatos à norma dentro de uma interpretação razoável do direito material.

3. Alteração da ordem de produção das provas:

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(omissis)

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de provas adequando-os à necessidade dos conflitos, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;

Art. 346. As provas orais serão produzidas na audiência, preferencialmente nesta ordem:

I - o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos requeridos no prazo e na forma do parágrafo único do art. 463, caso não respondidos anteriormente por escrito;

II - prestarão depoimentos pessoais o autor e depois o réu;

III - serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.

Parágrafo único. Enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, os advogados e o Ministério Público não poderão intervir ou apartear, sem licença do juiz.

Art. 442. O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará para que uma não ouça o depoimento das outras.

Parágrafo único. O juiz poderá alterar a ordem estabelecida no *caput* se as partes concordarem.

A atual evolução do processo civil não permite que o juiz seja visto como mero aplicador do direito material do texto legal ao caso concreto, tal como o juiz *bouche de la loi*. A concepção publicista do processo, em contraposição à ideia privatista, tem permitido um progressivo aumento dos poderes outorgados ao juiz, para bem desempenhar as suas atividades. Nessa ampliação de poderes, destaca-se, no âmbito do PL n. 8.046/2010, o reforço dos poderes especificamente instrutórios – aqueles concedidos ao juiz na instrução da demanda para o alcance da mais ampla produção probatória possível. Aos magistrados confere-se o poder de adaptabilidade do procedimento.

O Código de Processo Civil em vigor, ao regulamentar os procedimentos, impõe a observância de uma ordem na produção das provas. No tocante à prova documental, por exemplo, o primeiro a produzi-la deve ser o autor, junto com a inicial, observadas algumas exceções. Ao réu incumbe produzi-las após o autor e em conjunto com a contestação. No depoimento pessoal e na oitiva das testemunhas, a mesma cronologia é verificada. Primeiro, ouve-se o autor; após, o réu. Primeiro, são colhidos os depoimentos das testemunhas do autor; em seguida, os depoimentos das testemunhas do réu.

Essa ordem própria de produção das provas advém do ônus probatório e justifica-se pelo princípio do contraditório. Com efeito, ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito. Só então, ciente das provas produzidas pelo autor, tem o réu o ônus de provar algum fato extintivo, modificativo ou impeditivo daquele direito. Caso, por exemplo, considere não comprovado o direito autoral, pode se eximir de produzir contraprovas. O que, todavia, não seria possível se tivesse que produzir suas provas antes do autor.

Fixados os pontos controvertidos da lide, seja no despacho saneador, seja em audiência, às partes é assegurado o direito de produção de prova pericial e oral. A audiência de instrução e julgamento, do procedimento ordinário, e a audiência preliminar, do procedimento sumário, são os momentos adequados para que sejam

tomados os esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos, o depoimento pessoal das partes e a inquirição das testemunhas.

Não obstante a regra do art. 452, do atual CPC, não excepcionar essa ordem, doutrina e jurisprudência têm admitido a sua inversão, especialmente quando inexistente qualquer prejuízo para as partes. Aduzem, com efeito, que como o Código de Processo Civil, ao exigir a observância daquela ordem, não impôs cominação de nulidade, o ato, conforme preceitua o art. 244, não pode ser considerado inválido, se foi capaz de alcançar a sua finalidade.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira admitem a inversão da ordem de depoimentos (peritos, partes e testemunhas), prevista no art. 452, do CPC, agora no art. 346 do Anteprojeto, a critério do juiz, de ofício ou a requerimento, mediante justo motivo. Aliás, aduzem ser “*até comum na prática forense. É o que ocorre, por exemplo, quando uma das testemunhas por motivos profissionais ou de saúde, solicita que sua oitiva seja postergada*¹⁶”. Afinal, continuam eles, nada “*justifica que, num ordenamento que consagra o dever do juiz velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II), um atraso justo de uma das partes, testemunhas ou especialistas, implique a paralisação de toda a sessão de audiência para a sua prolongada espera*¹⁷”.

Em consonância com a instrumentalidade e efetividade do processo, afastando qualquer ideia de formalismo exacerbado, o PL n. 8.046/2010 permite ao magistrado modificar a ordem de produção dos meios de provas, tanto que o art. 346 é expresso sobre a preferência (e não obrigatoriedade) da ordem do colhimento das provas orais.

Ao conferir esse poder instrutório ao juiz, o Anteprojeto, a princípio, não impõe restrições no tocante às espécies de provas, mas apenas exige que a modificação da ordem legal seja realizada como forma de adequação à necessidade dos conflitos. Em decisões motivadas, portanto, poderá o juiz nos casos peculiares alterar a sequência de produção das provas, sempre com observância do contraditório.

Confirmando a regra do art. 413 do CPC, a regra do PL n. 8.046/2010 mantém a ordem de oitiva das testemunhas. Primeiramente, serão ouvidas as testemunhas do autor; depois, as do réu. Contudo, mesmo no atual sistema, essa ordem não é absoluta, podendo ser alterada pelo magistrado, a despeito da ausência de previsão expressa,

¹⁶ *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2, p. 243.

¹⁷ *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2, p. 243-244.

como a proposta pelo parágrafo único do art. 442, do Anteprojeto, no caso concreto, desde que observado o princípio do contraditório. A própria previsão de produção antecipada da prova testemunhal, em razão de urgência, atribui certa elasticidade àquele comando normativo.

À primeira vista, a norma do art. 442, parágrafo único, impõe como requisito a concordância das partes – não prevista no art. 118, inc. V, ambos do mencionado PL –, para a alteração da ordem de produção da prova testemunhal.

Ao enumerar os poderes do juiz, o PL n. 8.046/2010 lhe assegura a possibilidade de alterar a ordem de produção dos meios de provas, adequando-o à necessidade dos conflitos, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico. Em consonância com essa regra genérica, o parágrafo único do art. 442 também prevê essa possibilidade, mas exige, para que as testemunhas do réu sejam ouvidas antes das testemunhas do autor, que ambos concordem.

A modificação da ordem legal pode ocorrer por iniciativa do juiz, a pedido das partes ou do representante do Ministério Público. Em qualquer situação, a lei exige que autor e réu estejam de acordo. A concordância, contudo, pode ser expressa ou tácita. Ao juiz incumbe intimar as partes, através de seus procuradores, para manifestarem, no prazo mínimo de cinco dias, sobre tal medida. Apenas no caso de discordância devem manifestar expressamente, inclusive com as suas razões. O silêncio implicará em concordância tácita, assim como o desacordo sem justificativa ou com motivos desarrazoados.

Da decisão do juiz que alterar a ordem de produção das provas, inclusive de oitiva das testemunhas, não caberá agravo de instrumento, por não configurar hipótese legalmente prevista. Assim, em decorrência da adoção pelo PL n. 8.046/2010 do sistema de irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, a parte deverá suscitar tal matéria em apelação.

Ademais, apesar de o art. 442, parágrafo único, do Anteprojeto, não ser expresso, a discordância das partes quanto à ordem de inquirição das testemunhas deve ser justificada. Ao juiz cabe decidir sobre a sua conveniência ou não, ainda que autor e réu estejam de acordo. Em situações comuns, em que não haja nenhuma peculiaridade, a sequência legal deve ser obedecida.

A inversão na ordem das provas pode atuar, inclusive, a favor da celeridade. Em casos em que há dúvidas sobre a necessidade da prova pericial, o juiz pode inverter a ordem legal e determinar primeiramente a oitiva das testemunhas para somente após deferir a prova pericial. Com a prova documental e testemunhal devidamente introduzidas nos autos, o juiz poderá decidir de maneira mais segura sobre o cabimento da prova técnica.

Por derradeiro, o inciso V, do art. 118, do PL n. 8.046/2010, também acertadamente possibilita ao juiz a dilação dos prazos durante a fase instrutória do processo, uma vez que durante a produção de provas, comprovada a ausência de má-fé, deve prevalecer a flexibilização do procedimento¹⁸, sob pena de um formalismo excessivo¹⁹ impedir o alcance da prestação jurisdicional adequada²⁰.

4. Iniciativa probatória do juiz:

Art. 354. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Até o início do século passado, tolhia-se a participação do juiz no tocante à iniciativa probatória. Como estava adstrito à regra das Ordenações, devia ele julgar *“segundo o que achar provado de uma ou de outra parte, ainda que lhe a consciência*

¹⁸ Para Leonardo Greco: *“As limitações procedimentais, como as decorrentes da inobservância de prazos e de preclusões, como regra, devem ser respeitadas, para assegurar a boa marcha do processo, a celeridade e a observância do princípio da confiança legítima. Entretanto, devem ser afastadas se a parte requerer a prova tardiamente, justificando a sua necessidade ou utilidade e o motivo do retardamento, que evidenciem que este não resultou de manifesta má-fé, com o intuito de procrastinar o desfecho do processo”*. (Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II. p. 172.

¹⁹ Sobre o tema ler Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, 2007. v. 388, p. 11-28.

²⁰ Nesse sentido o STJ tem entendido que o prazo para formulação de quesito e indicação de assistente técnico que consta no atual art. 421, §1º, CPC, é um prazo dilatório, sendo permitido às partes cumprir a determinação até antes dos trabalhos periciais se iniciarem. Nesse sentido ver o REsp nº 796.960/MS, publicado em 26/04/2010. Fonte: www.stj.jus.br. Acesso em 14 de março de 2012.

*dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado*²¹”. Apesar de prevalecer no processo brasileiro o sistema fundado no princípio de disposição das partes, que atribuía à elas a iniciativa da escolha e da produção das provas, ao juiz era assegurado o poder de *ex officio* determinar diligências que visassem esclarecer pontos obscuros deixados pelas provas produzidas.

Entretanto, ainda no primeiro quartel daquele século, surgiu, nas vozes de Manoel Aureliano de Gusmão, da cátedra da Faculdade de Direito de São Paulo, a possibilidade de conferir ao juiz a autorização de subsidiariamente cooperar na produção das provas, permitindo ordenar ou proceder a quaisquer diligências que lhe pareçam necessárias a bem da apuração da verdade dos fatos contidos em juízo. Já naquela época, argumentava que “*o juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes*”²².

O Código de Processo Civil de 1939 (DL n. 1.608) admitiu expressamente a iniciativa do juiz no que se refere à escolha das provas, ao dispor, no art. 117, que o juiz poderá “*a requerimento, ou ex officio, em despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação ao seu objeto, ou requeridas com propósito manifestamente protelatório*”. Todavia, como afirmou Moacyr Amaral Santos, a despeito dessa regra, “*a atribuição concedida ao juiz, no art. 117, continua sendo, como dantes, meramente supletiva da iniciativa dos litigantes*”²³.

Com o desenvolvimento do direito processual e a conseqüente adoção da concepção publicística do processo, o juiz deixou de ser visto como um espectador inativo, que deveria simplesmente aguardar a iniciativa probatória das partes, aplicando as regras sobre o ônus da prova na hipótese de *non liquet*. Agora, o magistrado compartilha com as partes o dever de evitar o referido não julgamento. Portanto, não mais como mero sujeito passivo na relação jurídico-processual, o juiz não está obrigado a aceitar a verdade que lhe é trazida ao processo quando a narração das partes lhe pareça inverossímil, pois ele tem verdadeiro dever na prestação de tutela jurisdicional adequada, célere e idônea. Há muito a sua iniciativa probatória deixou de ter natureza meramente complementar ou subsidiária.

²¹ Ordenações, Livro 3º, título 66, princ.

²² *Processo Civil e Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Acadêmica, 1939, v. 2º, p. 102.

²³ *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I. p. 124.

Hoje, como admitimos que o processo tem outras finalidades públicas além do atendimento do interesse das partes, o juiz, apesar de inerte e imparcial, não pode ser indiferente ao resultado da demanda. Outrossim, como a tutela jurisdicional efetiva exige a prova dos fatos controvertidos, a iniciativa probatória do juiz não o converte em um juiz autoritário ou fascista.

Como salientado outrora, o PL n. 8.046/2010, assim como as reformas processuais, têm reforçado os poderes do juiz na direção e na atividade de instrução, a fim de permitir um alcance de um resultado justo e efetivo. Para julgar, o juiz precisa não só do direito, mas também dos fatos. Como ele não pode valer-se dos seus conhecimentos particulares, os fatos que fundamentarem o julgamento devem necessariamente estar provados nos autos.

A iniciativa probatória dos magistrados é repelida sob o fundamento da quebra de imparcialidade do juiz, todavia, tal argumento não merece prosperar. Com efeito, o juiz que, vislumbrando a possibilidade de realização de uma prova, não a produz, pode ser tão imparcial quanto aquele que a produz. Ademais, a imparcialidade só seria motivo para limitar o poder probatório do juiz, se ele tivesse prévio conhecimento do resultado da prova. Como não sabe a quem ela poderá beneficiar ou prejudicar, não há que falar em imparcialidade.

Por isso, assevera Cândido Rangel Dinamarco que “*a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das parte*”²⁴. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, por sua vez, salientam que a imparcialidade somente seria quebrada na hipótese de o juiz não determinar a produção da prova²⁵.

Esse poder do juiz previsto atualmente no art. 130 do CPC – art. 354 do NCPC –, tem sido interpretado, inclusive pelo STJ²⁶, de forma ampla. Por isso, tal iniciativa tem

²⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. III. p. 52.

²⁵ “Ademais, é bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo imparcial ou mal cumprindo sua função. Já o juiz que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da ‘verdade’, e não aquele que resulta vitorioso (o autor ou o réu), está voltado apenas para a efetividade do processo”. (*Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2. p. 290).

²⁶ O Projeto do Novo Código de Processo Civil, portanto, mantém o entendimento já pacificado pelo STJ no sentido de que o poder investigatório dos juízes é tão amplo que se estende também ao segundo grau de jurisdição. Ver REsp 1.012.306/PR, publicado em 07/05/2009. Fonte: www.stj.jus.br. Acesso em 22 de agosto de 2011.

sido admitida em primeiro e segundo grau de jurisdição. Não apenas os juízes, mas também os desembargadores podem, sem violação ao princípio da demanda, determinar a produção das provas que considerarem necessárias, a fim de firmarem seu juízo de livre convicção motivada.

A faculdade de atuação do juiz, na fase probatória, é tão ampla que quaisquer provas, inclusive depoimentos, requisições de documentos, perícias etc., podem ser determinados por ele, a requerimento da parte ou *ex officio*, em qualquer fase do processo, até a prolação da sentença final.

Assim, o que se pretende ao manter no Código de Processo Civil a regra do art. 130, é não excluir a faculdade que tem o juiz de tomar as providências e ordenar as diligências que lhe parecerem necessárias ou úteis à decisão da causa e à formação livre de sua convicção. Com efeito, *“passando por cima de fatos ponderáveis, omitindo circunstâncias relevantes ao deslinde da controvérsia, e aproveitando talvez a inércia ou a boa-fé do litigante contrário, a parte poder-se-ia beneficiar se o juiz, que a tudo contemplasse, devesse ficar inerte e indiferente a essa tentativa de encobrir a verdade.”*²⁷

Finalmente, no tocante à obrigação de pagamento das despesas das provas produzidas por determinação do juiz, o PL n. 8.046/2010 manteve a regra anunciada no art. 19, § 2º, do CPC, impondo ao autor a responsabilidade para adiantar essas despesas, mesmo na hipótese de inversão do ônus da prova, pois, conforme orientação do STJ²⁸, a inversão do ônus probatório não implica na inversão do ônus do pagamento antecipado das despesas processuais.

5. Utilização de prova emprestada:

Art. 356. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

A regra expressa no art. 356 do NCPC apenas positiva uma norma jurídica já consagrada na jurisprudência. Não é nova a discussão sobre a possibilidade ou não de

²⁷ FADEL, Sérgio Sahione, *Código de processo civil comentado*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 179.

²⁸ REsp 696.816/RJ, publicado em 29/10/2009. Fonte: www.stj.jus.br. Acesso em 23 de agosto de 2011.

utilização em um processo de provas colhidas em outro e denominadas de provas emprestadas. Nem por isso, entretanto, deixa de merecer elogios a inovação legislativa proposta pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil e, após as alterações sugeridas pelo Senador Valter Pereira, mantida no PL n. 8.046/2010.

Fundamentada no princípio da economia processual, pelo qual se pretende buscar a máxima efetividade do direito material com o mínimo de emprego das atividades processuais, prova emprestada é toda aquela produzida em um processo, para nele gerar efeitos, e depois transportada documentalmente a outro processo, em que visa a gerar efeitos. É, conforme Bentham, citado por Eduardo Cambi²⁹, aquela “*ya establecida juridicamente pero em outra causa, ya sea en el mismo tribunal o en otro*”. Apesar de não limitadas às essas hipóteses, as provas emprestadas guardam maior relevância quando as fontes de prova não mais estão disponíveis.

Não obstante a inexistência de regra legal no atual ordenamento processual civil, a prova emprestada tem sido largamente admitida, conforme salientado anteriormente. Contudo, mesmo a jurisprudência só a admite quando o princípio do contraditório tiver sido observado no outro processo. Para tanto, exige-se que pelo menos a parte contra quem a prova emprestada será usada tenha participado do primeiro processo. A observância do princípio do contraditório, inclusive presente na redação do art. 356 do NCPC, exige que às partes tenha sido permitido manifestar sobre a prova emprestada. Essa manifestação não carece de ser efetiva, pois para o contraditório basta a oportunidade.

O contraditório, além de ter sido garantido no processo originário, com maior razão também deve ser oportunizado no processo em que a prova será reutilizada. Com efeito, a prova emprestada está sujeita à contra-argumentação e à contraprova da parte adversária, o que só é possível através do exercício do contraditório.

A necessidade de observância do contraditório é tão importante que impede, por exemplo, a utilização de prova emprestada colhida em inquérito policial, inquérito civil público ou procedimento administrativo. Essas provas não foram produzidas perante um órgão jurisdicional, ferindo a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição,

²⁹ *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

além de não terem passado pelo crivo do contraditório, que é uma garantia não necessariamente observada nos procedimentos de natureza investigatória.

O contraditório no processo originário, contudo, não exige de ter sido realizado perante o mesmo juiz da segunda causa. Apesar da respeitável posição da professora Ada Pellegrini Grinover, não há nessa hipótese violação à garantia constitucional do juiz natural. Exigência dessa natureza, por esvaziar demasiadamente a admissibilidade da prova emprestada, não nos parece ser a melhor interpretação do art. 356 do NCPC, que seguramente está assentado na necessidade de economia processual. Entendimento contrário, como adverte Eduardo Cambi, “*significaria tornar vazia a fórmula da prova emprestada que é utilizada, com frequência, para transladar provas produzidas no juízo criminal para o civil, e vice-versa*”³⁰.

Também o princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 132 do CPC, deve ser mitigado para não limitar indevidamente a admissibilidade das provas emprestadas e proporcionar o acesso à ordem jurídica justa.

Finalmente, cumpre-nos lembrar que a prova emprestada, assim como todas as demais provas, há de ser sempre analisada no contexto probatório e valorada como qualquer outra. Além disso, o princípio do livre convencimento autoriza ao magistrado atribuir efeito diverso à mesma prova ou até mesmo de não lhe atribuir nenhuma importância, em face dos outros elementos probatórios trazidos ao processo em que a causa está sendo discutida.

6. Inversão do ônus da prova:

Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

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

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

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em

³⁰ *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 55.

decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Regra geral, a parte deve comprovar os fatos que fundamentam o direito afirmado. Assim, enquanto incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra de distribuição do ônus da prova, porém, tem natureza subsidiária, conquanto guarde importante relevância apenas se verificada a insuficiência de provas. Devidamente instruído o processo, não pode o juiz proferir decisão por aquela regra. Deve, outrossim, fundamentar o julgamento nas provas produzidas no processo.

Eventualmente, o julgamento conforme as regras sobre o ônus da prova pode inviabilizar o reconhecimento de determinados direitos. Nem sempre aquele a quem a lei impõe o ônus de provar algum fato tem condições suficientes para tanto. Antevendo situações peculiares como essa e a fim de evitá-las, em consenso com a necessidade de se conferir maior efetividade ao processo, o legislador prevê a possibilidade de inversão daquele ônus probatório, tal como no art. 6º, inc. VIII, do CDC.

A efetividade das garantias constitucionais exige que a inversão do ônus da prova seja realizada durante a fase de saneamento do processo, precisamente na audiência preliminar, quando o juiz deve fixar os pontos controvertidos, ou no despacho saneador. É exatamente essa a exigência felizmente prevista no § 1º do art. 358 do NCPC, que garante à parte a possibilidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

O processo não pode tomar as partes de surpresas. Essa, aliás, a ideia que norteia todo o PL n. 8.046/10, tanto que o art. 10 proíbe a prolação de decisões de terceira via, como são chamadas aquelas sobre as quais as partes não têm conhecimento. No mesmo

sentido, se a lei prevê o ônus da prova de uma forma, qualquer alteração deve observar o contraditório – às partes deve ser autorizada a manifestação oportuna sobre tal possibilidade – e conceder à parte um prazo razoável para se desincumbir do ônus.

Apesar dos inquestionáveis conhecimentos daqueles que assim entendem, como José Roberto dos Santos Bedaque e Nelson Nery Jr., para citar apenas dois, acredita-se que a inversão do ônus da prova não é apenas regra de julgamento. Como também é regra de comportamento dirigida às partes, o juiz tem o dever legal de indicar de antemão quais os fatos que cada um dos litigantes deve provar. Afastando aquela noção restritiva, o art. 358, § 1º, do Anteprojeto, impede que a inversão do ônus da prova seja conhecida somente na sentença, sem assegurar à parte oportunidade de exercer satisfatoriamente o seu direito à prova.

Da mesma maneira como previsto no Código de Defesa do Consumidor, o PL n. 8.046/10 traz a possibilidade de inversão do ônus da prova, desde que determinado por decisão do juiz, que deve verificar se estão presentes, no caso concreto, os requisitos legais necessários para efetuar a inversão. Não se trata, portanto, de regra automática.

O art. 358 do NCPC, ao permitir a inversão do ônus probatório, exige a observância de alguns requisitos. Primeiro, determina que a decisão que distribuir de modo diverso (do art. 357 do NCPC) o ônus da prova seja fundamentada. Esse requisito, se mal interpretado, poderá levar a conclusão errônea de que a decisão denegatória da inversão do ônus da prova, ou mesmo a que deferi-la de forma diversa, não precisa ser fundamentada. Na verdade, qualquer decisão sobre a distribuição daquele ônus deve ser fundamentada em observância a garantia constitucional³¹ prevista no art. 93, inc. IX.

O segundo requisito consiste na observância do contraditório. Antes de inverter o ônus da prova, o juiz deve garantir às partes uma oportunidade para manifestarem sobre tal possibilidade, especialmente quando a inversão decorrer de sua iniciativa.

Apesar de, pela proposta do PL n. 8.046/2010, a inversão deixar de ser medida excepcional, ela está condicionada a mais dois elementos: circunstâncias da causa e peculiaridades do fato a ser provado. Esses requisitos confirmam a ideia de que a

³¹ Sobre a exigência constitucional de motivação das sentenças e demais decisões judiciais, escreveu Cândido Rangel Dinamarco: “*Sem ser um princípio, a exigência de motivação adequada figura como uma garantia constitucional das mais relevantes e insere-se no quadro de imposições ao juiz e limitações à sua liberdade de atuação, caracterizado pela cláusula due process of law*”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I. p. 244)

alteração do ônus probatório, por estar condicionada ao caso específico, não é regra automática.

A demanda deve conter particularidades que demonstrem ao juiz a necessidade de inversão do ônus probatório. Além disso, o fato a ser provado deve ser particular, a ponto de a regra geral sobre o ônus da prova não satisfazê-lo. É o que se verifica, por exemplo, com os fatos negativos.

Interessante ressaltarmos que a decisão interlocutória que inverter ou não o ônus probatório não poderá ser impugnada de imediato, conquanto não seja hipótese legal de cabimento do agravo de instrumento. Nem por isso, todavia, deixa de ser impugnável. Como mencionado, o PL n.8.046/2010 adotou como regra o sistema de irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Diversamente do atual sistema, as partes insatisfeitas com as decisões interlocutórias que não forem recorríveis por agravo de instrumento não carecem de manifestar seu inconformismo, especialmente para fins de evitar a preclusão. A proposta pretende manter a recorribilidade daquelas decisões – nem poderia ser diferente –, postergando-a, entretanto, para o momento da apelação, tal como atualmente previsto na Lei n. 9.099/95, que regulamenta os Juizados Especiais.

A parte, portanto, que não ficar satisfeita com a distribuição do ônus da prova apenas expressará o seu inconformismo em grau de apelação. Caberá ao Tribunal decidir sobre a adequação ou não daquela inversão, inclusive analisando a presença dos requisitos legais. Caso altere a inversão do ônus, não poderá julgar de imediato o processo, porquanto imprescindível à concessão de prazo para que a parte se desincumba do ônus anteriormente não atribuído a ela.

Por último, mas não menos importante, sobre a controvérsia doutrinário-jurisprudencial referente à inversão ou não do pagamento antecipado das despesas processuais quando invertido o ônus probatório, duas correntes se formaram. Alguns acreditam na possibilidade de efetivação da inversão do ônus da prova sem modificação no dever de antecipar o pagamento das despesas³². Outros, aos quais nos filiamos, entendem que a alteração do ônus da prova exige também a inversão do ônus de adiantar as despesas processuais.

Como a discussão sobre esse assunto se limita praticamente ao pagamento dos honorários periciais, nos atemos a essas despesas. O STJ, por exemplo, mesmo

³² É, aliás, a atual jurisprudência do STJ.

considerando que a inversão do ônus probatório não gera a obrigação de custear as despesas, admite que o réu, que não produzir a prova por ausência de pagamento de honorários periciais pelo autor, possa sofrer as conseqüências daquela regra. É no mínimo um contra senso dizer que o réu não está obrigado a antecipar os honorários do perito, mas se não o fizer, presumir-se-ão os fatos afirmados pelo autor.

Acreditamos, por isso, e a despeito da ausência de previsão legal nesse sentido, que a alteração do ônus probatório presume a inversão do dever de pagar antecipadamente as despesas processuais. Se aquele a quem incumbe o ônus é quem verdadeiramente tem interesse na produção da prova, é também ele quem deve arcar inicialmente com as suas despesas. Caso contrário, estar-se-ia atribuindo as parte distintas um mesmo ônus.

7. Forma de inquirição das testemunhas:

Art. 438. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida.

§ 1º O juiz poderá inquirir a testemunha assim antes como depois da inquirição pelas partes.

§ 2º As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

§ 3º As perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requerer.

O PL n. 8.046/2010, tal como fez a reforma do Código de Processo Penal em 2008, pretende afastar o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, previsto atualmente no CPC, em que as perguntas são feitas por intermédio do magistrado, para felizmente adotar o sistema americano denominado de *cross and direct examination*. Conforme previsto no art. 438, *caput*, do NCPC, a parte que arrolou a testemunha

pergunta em primeiro lugar (*direct-examination*), e em seguida a parte contrária (*cross-examination*).

O Anteprojeto, apesar de transferir aos procuradores das partes o direito de formular diretamente as perguntas às testemunhas, não eliminou o poder de fiscalização judicial, conquanto atribua ao juiz o dever de obstar a resposta em três situações excepcionais. Primeiro, quando a pergunta puder induzir a resposta; segundo, quando a pergunta não tiver relação com a causa; e terceiro, quando a pergunta importar em repetição de outra já respondida.

Essas hipóteses em que o juiz não deve admitir as perguntas correspondem às mesmas previstas no art. 212 do Código de Processo Penal, introduzido recentemente pela Lei n. 11.690/08, que, como referido, suprimiu o sistema presidencialista na oitiva de testemunhas no processo penal.

O magistrado, portanto, não pode indeferir perguntas que não incorram diretamente nas vedações legais, sob pena de limitação do direito à prova. Caso assim proceda, deverá a parte requerer a transcrição do teor da pergunta no termo de audiência. O juiz, contudo, está obrigado a transcrever a pergunta e a fundamentar a sua negativa, em decorrência da garantia constitucional de motivação das decisões. Afinal, apenas com a fundamentação poderá a parte impugnar a decisão e o tribunal reformulá-la.

Finalmente, a lei mantém a possibilidade de o juiz formular as suas próprias indagações às testemunhas. Poderá fazê-lo antes da inquirição pelas partes, após a inquirição e nos dois momentos. Excepcionalmente, apesar da ausência de expressa previsão legal, consideramos que poderá inclusive questionar a testemunha durante a inquirição pelas partes, mas nesse caso apenas para sanar alguma divergência ou contradição. No mais, deve aguardar o final da inquirição pela parte, para então formular as suas perguntas.

8. Conclusão:

Percebe-se que as principais alterações promovidas no Projeto de Lei n. 8.046/2010, em matéria probatória, refletem o posicionamento majoritário da doutrina e entendimentos já consagrados nos tribunais superiores, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça.

Todos os dispositivos devem ser interpretados levando em conta o sistema jurídico praticado no Brasil, que é o da *civil law*, no qual é permitido conferir poderes instrutórios ao juiz.

Ademais, fulcral dimensionar a importância do *garantismo processual*, visto que a utilização de quaisquer poderes do juiz deverão ser precedida de motivação e orientada pelo contraditório. Diante de um contexto valorização dos princípios, percebe-se a relevante preocupação da Comissão de Elaboração do Projeto de Lei n. 8.046/2010, especialmente pelo fato de iniciar o Código com um rol de princípios fundamentais do Processo Civil.

Não há, portanto, uma ampliação exacerbada dos poderes do juiz em matéria probatória, mas, ao contrário, há apenas a normatização de entendimentos doutrinários e de jurisprudência dominante.

Durante a fase probatória é possibilitado às partes comprovarem as suas alegações, motivo pelo qual, o magistrado deve ter poderes para flexibilizar o procedimento e determinar, por exemplo, a inversão na ordem de produção das provas e a inversão do ônus probatório.

É bem verdade, que o engessamento do procedimento na instrução do processo representa um formalismo excessivo e não serve apenas para consagrar a garantia da segurança jurídica, como também se presta a servir de subterfúgio para a consagração de injustiças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I.

AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valência: Tirant lo Blanch, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. In: Temas de Direito Processual. Nona Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

_____ *O processo, as partes e a sociedade*. In: Temas de Direito Processual. Oitava Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL, Lei nº. 5.869, de 11 de jan. de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 de jan. de 1973.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.012.306/PR, publicado em 07/05/2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 de agosto de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 796.960/MS, publicado em 26/04/2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de março de 2012.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CHASE, Oscar G., e HERSHKOFF, Helen. *An introduction and overview*. In: Civil litigation in comparative context. Thomson West. 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

DIDIER Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2008. v. I.

_____ BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2.

_____ MOUTA, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. Coordenadores. *O Projeto do Novo Código de Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. III.

FADEL, Sérgio Sahione, *Código de processo civil comentado*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo*. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286.

_____ *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____ *O princípio do contraditório*. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo Civil e Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Acadêmica, 1939, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC – críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____ ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, 2007. v. 388, p. 11-28.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I.