

## OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Waldir Miranda Ramos Filho <sup>1</sup>

---

*Fecha de publicación: 01/10/2013*

### LOS PODERES DE LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN EL PROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

**Resumo:** O artigo analisa os poderes instrutórios do juiz no âmbito do Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro, aprovado pelo Senado sob o n. 166/2010, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados sob o n. 8.046/2010. Efetua-se uma análise comparativa com as atuais normas processuais civis concernentes aos poderes instrutórios do juiz, dando-se ênfase à compatibilidade entre os poderes de iniciativa probatória das partes e os do juiz, analisando os tipos de modelo de poderes instrutórios do juiz, o poder-dever ou a discricionariedade do juiz ordenar de ofício a realização da prova. Destaca-se as inovações relativas à antecipação da prova pelas partes independentemente de situação periclitante dos meios de prova, bem como a modificação na distribuição dos ônus probatórios, malgrado não se inserir no Sistema de Prova.

**Palavras-chave:** Poderes Instrutórios do Juiz – Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

**Abstract:** : The article herein presented analyzes the preliminary investigation powers of the judge concerning the New Brazilian Code of Civil Procedure Bill, approved by the Senate under the n. 166/2010, currently in progress at the Chamber of Deputies under the n. 8.046/2010. This paper aims to present a comparative analysis of the current civil procedures rules

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – Brasil – Procurador Federal – [waldirfilho222@hotmail.com](mailto:waldirfilho222@hotmail.com)

relating the preliminary investigating powers of the judge emphasizing the compatibility between the initiative evidence powers of the parties and the judge initiative, by examining the models of the preliminary investigation powers of the judge, the power-duty or judge's leeway to carry out the evidence by his/her own initiative. The early evidences by the parties stand out independently of the fragile evidence-finding procedure, as well as the modification in the responsibility distribution, despite the negative technique not being part of the Evidence System.

**Keywords:** Investigation powers of the judge – New Brazilian Code of Civil Procedure.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Poderes de Iniciativa Instrutória do Juiz e das Partes - Compatibilidade 3. Modelos de Regulação dos Poderes Instrutórios do Juiz 4. Poderes Instrutórios do Juiz – poder-dever ou discricionariedade 5. Antecipação das Provas 6. Distribuição dos Ônus da Prova – Técnica de Julgamento. 7. Considerações Finais 8. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A Sociedade Brasileira almeja um Sistema Processual célere e efetivo, desprendido de um formalismo inútil (burocrático), que estimula a morosidade na solução dos conflitos, aumentando a descrença com o Poder Judiciário Brasileiro.

Malgrado não instituir mudanças radicais, o Projeto de Novo Código de Processo Civil estabelece novas técnicas processuais, visando engendrar um equilíbrio entre a celeridade e a segurança jurídica, a fim de atender ao objetivo maior do instrumento processual que é solução da crise de direito material no tempo razoável.

No que concerne à atividade probatória, o Projeto de novo Código de Processo Civil (PLC 8.046/2010) reitera a livre iniciativa do juiz sobre os meios de prova, reproduzindo no artigo 378 o conteúdo preconizado no art. 130 do atual Código de Processo Civil, dispendo: “Art. 378. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

A inovação no sistema de provas no Projeto (art. 389) refere-se a possibilidade da parte de antecipar a produção de provas relativas a

determinado litígio, sem necessidade de comprovar situação periclitante ao objeto probatório.

Apesar do ônus da prova não pertencer ao instituto da prova, regra de julgamento, cabe analisar perfunctoriamente as inovações inseridas no Projeto (artigo 381).

Dessa maneira, o presente estudo objetiva analisar os poderes instrutórios do juiz e sua harmonia com os poderes instrutórios das partes no Projeto de Novo Código de Processo Civil, com a apuração perfunctória de alguns modelos instrutórios vigentes, “ad exemplum”, Italia, França, bem como as inovações precitadas relativas à antecipação da prova e a distribuição dos ônus probatórios.

## **2. PODERES DE INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E DAS PARTES -COMPATIBILIDADE**

Há uma correlação lógica a entre o autor e juiz, não se pode pensar o autor sem a existência do juiz e vice-versa. A dinâmica interna do processo se baseia na correlação lógico-jurídica entre a demanda e o juízo.

A demanda é constituída de pedidos e fatos jurídicos (causa de pedir). A fase instrutória visa reproduzir, materialmente, esta articulação lógica entre os elementos constitutivos presentes na demanda.

O objeto da prova é constituído fundamentalmente pelos fatos. O termo prova pode se referir ao meio de prova ou ao resultado final da decisão sobre os fatos. O meio de prova é toda coisa, documento ou pessoa que possam ser utilizados para conhecer o fato da causa.

As partes tem o poder de deduzir os meios de provas sobre os fatos que invocam, com o escopo de demonstrarem a verdade dos mesmos.

A iniciativa probatória das partes é, comumente, aceita nos sistemas processuais, estando à garantia do direito de prova vinculada a garantia do direito de ação e de defesa. Havendo divergência quanto a livre iniciativa do juiz de produzir os meios de prova.

Aqueles que defendem a não iniciativa probatória do juiz, se arrimam na ideia de que o juiz ao atuar “ex officio” na atividade probatória estaria maculando sua imparcialidade.

Enrico Tullio LIEBMAN<sup>2</sup> era adepto da concepção enfocada, no sentido de que toda a iniciativa probatória no processo civil seria incumbência das

---

<sup>1</sup> Tradução livre. ...a imparcialidade do juiz é um bem precioso que deve ser preservado em todo caso, também com o sacrifício dos poderes de iniciativa instrutória do juiz (se bem que possam algumas vezes a partir de outros pontos de vistas parecerem úteis convenientes), com a

partes, estando o juiz coibido de realizar “ex officio” qualquer diligência probatória, sugerindo, inclusive, uma maior participação do ministério público na atividade probatória, evitando a atuação do órgão jurisdicional para tal mister. Pare ele, “o juiz perderia condições de manter-se imparcial quando devesse decidir em face do material probatório colhido por sua própria iniciativa”<sup>3</sup>.

O jurista italiano Michele TARUFFO<sup>4</sup> rebate tal concepção, propugnando que não há comprovação empírica a asseverar que a concessão de poderes

---

consequência que onde o princípio dispositivo não se adapta ao tipo de processo ou a matéria controversa, aqueles poderes devem ser melhor conferidos a um adequado e distinto órgão público requerente e inquirente.

“...l'imparzialità del giudice è il bene prezioso che deve essere preservato in ogni caso, anche col sacrificio del poteri d'iniziativa istruttorio del giudice (sebbene possano talvolta, da altri punti di vista, apparire utili e convenienti), con la conseguenza che dove il principio dispositivo non si adatti al tipo di processo o alla materia controversa, quei poteri debbano essere piuttosto conferiti a un apposito e distinto organo pubblico requirente ed inquirente”. LIEBMAN, Enrico Tullio. Revista di Diritto Processuale, 1960, Fondamento del Principio Dispositivo, pg. 17.

<sup>2</sup> DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Liebman e a Cultura Processual Brasileira. REPRO, vol. 119, p. 259, Jan/2005.

<sup>3</sup>Tradução livre. Em outros termos, o juiz seria condicionado por uma espécie de pré-juízo que o levaria a atribuir um valor indevidamente elevado as provas dispostas de ofício. Trata-se porém de um argumento privado de qualquer demonstração empírica, que além do mais pressupõe que o juiz seja assim escravo de suas inclinações a tornar-se incapaz de estabelecer se um testemunho é ou não é crível, mas somente quando foi o próprio juiz que decidiu interrogá-lo. Com base nesse mesmo raciocínio, necessitaria dizer por exemplo que um historiador não é capaz de avaliar o significado de um documento se foi ele a descobri-lo, e que um cientista não é capaz de avaliar o resultado de um experimento se foi ele a projetá-lo e a efetuá-lo. Naturalmente também entre os juízes, como entre os historiadores e os cientistas, pode existir o *confirmation bias*, ou seja a tendência a superestimar uma solução em relação as outras, talvez, subestimando ou descartando as informações que levariam em direção diversas (53). O remédio contra estes riscos não é porém a separação entre o indivíduo que busca e adquire as informações e o indivíduo que as usa, mas o controle crítico intersubjetivo entorno da validade das conclusões de derivam disto. No contexto do processo, são o contraditório das partes e a atuação efetiva de seu direito a prova que constituem o antídoto contra os erros de avaliação que o juiz pode cometer na avaliação dos fatos. Por outro lado, o juiz pode errar também na avaliação da credibilidade das provas deduzidas pelas partes, e pode se deixar condicionar *early bias*, ou seja pelas primeiras impressões que teve sobre os fatos da causa mesmo que não tenha tomado nenhuma iniciativa instrutória de ofício. Trata-se de problemas certamente sérios que porém não encontram solução no plano da repartição dos poderes instrutórios entre as partes e o juiz, mais em planos diversos como os da preparação profissional do juiz e do emprego de critérios racionais de avaliação das provas.

In altri termini, il giudice sarebbe condizionato da una sorta di pré-giudicio che lo spingerebbe ad attribuire un valore indebitamente elevato alle prove disposte d'ufficio. Si tratta però di un argomento privo di qualunque dimostrazione empírica, che per di più presuppone che il giudice sia così schiavo delle sue inclinazioni da diventare incapace di stabilire se un testimone è o non è credibile, ma solo quando è stato lo stesso giudice a decidere di interrogarlo.

instrutórios autônomos ao juiz afetaria sua imparcialidade, sendo uma argumentação de caráter meramente psicológico, e questiona: uma testemunha ouvida por determinação judicial seria valorada de forma diferente?

A solução não se estabeleceria no plano entre os poderes instrutórios das partes e do juiz, mas no critério racional de valoração da prova, que será fiscalizado pelas partes por via do contratório, da motivação.

Além disso, TARUFFO<sup>5</sup> rejeita a adoção da “TEORIA DELLA TORTA” (Teoria do Bolo), pela qual o incremento dos poderes instrutórios das

---

In base allo stesso ragionamento bisognerebbe dire ad esempio che uno storico non è in grado di valutare il significato di un documento se è stato lui a scoprirlo, e che uno scienziato non è in grado di valutare il risultato di un esperimento se è stato lui a progettarlo e ad effettuarlo. Naturalmente anche tra i giudici, come tra gli storici e gli scienziati, può esistere il confirmation bias, ossia la tendenza a sopravvalutare una soluzione rispetto ad altre, magari sottovalutando o scartando le informazioni che porterebbero in direzioni diverse (53). Il rimedio contro questi rischi non è però la separazione tra il soggetto che ricerca ed acquisisce le informazioni e il soggetto che usa, quando il controllo critico intersoggettivo intorno alla validità delle conclusioni che ne vengono tratte. Nel contesto del processo, sono il contraddittorio delle parti (54) e l’attuazione effettiva del loro diritto alla prova a costituire l’antidoto contro gli errori di valutazione che il giudice può commettere nell’accertamento dei fatti. D’altronde, il giudice può sbagliare, anche nel valutare l’attendibilità delle prove dedotte dalle parti, e può lasciarsi condizionare dall’early bias, ossia dalle prime impressioni che si è formato sui fatti della causa, anche se non ha preso alcuna iniziativa istruttorie d’ufficio. Si tratta di problemi certamente seri, che però non trovano soluzione sub piano della ripartizione dei poteri istruttori tra le parti e il giudice, ma su piano diversi come quelli della preparazione professionale del giudice e dell’impiego di criteri razionali di valutazione delle prove.” TARUFFO, Michele. Trattato Di Diritto Civile e Commerciale – La prova nel processo civile. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 2012, pg. 94.

<sup>5</sup> Tradução livre. A contraposição em exame, conceitualmente, induz a erro, porque se funda sobre uma premissa implícita que é condição necessária mas que é totalmente inverossímil. Pode-se definir esta premissa como “teoria do bolo” porque configura os poderes instrutórios exercitáveis em um processo como um conjunto indiferenciado composto de poderes que o legislador distribui entre as partes e o juiz, designando as respectivas “fatias”. Haveria como consequência uma relação de proporcionalidade inversa entre os poderes atribuídos às partes e os poderes conferidos ao juiz, razão pela qual o incremento dos primeiros implicaria em uma diminuição dos segundos e vice-versa. Nessa perspectiva, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz significaria uma redução proporcional dos poderes instrutórios das partes; aliás, a atribuição ao juiz de um poder instrutório geral de dispor provas de ofício deveria comportar a total eliminação de qualquer poder probatório das partes. É claro, todavia, que este modo de pensar se funda sobre um erro de princípio, que torna nula na base a “teoria do bolo”. Não existe, de fato, nenhum “bolo” de poderes instrutórios a ser repartido entre as partes e juiz, como não existe nenhuma relação de proporcionalidade inversa entre as “fatias” das partes e aquelas do juiz. É bem possível, de fato, e o confirma a análise comparativa (49), que no mesmo ordenamento venha assegurada as partes a mais ampla disponibilidade dos meios de prova, e portanto seu direito a prova seja integralmente tutelado, e ao mesmo tempo seja atribuído ao juiz o poder de dispor de ofício a aquisição de qualquer meio de prova que as partes não tenham deduzido. Como se verá, por outro lado, existe uma difusa tendência a aumentar a

partes promove a redução, automática, dos poderes instrutórios do juiz e vice-versa. Tal concepção é equivocada, pois a atribuição de poderes instrutórios ao juiz não implica redução da garantia das partes a iniciativa probatória. Não existe uma relação de proporcionalidade inversa entre os poderes atribuídos às partes e os poderes conferidos ao juiz, conseqüentemente, o incremento dos primeiros não conduz em uma diminuição dos segundos e vice-versa. Não há um “bolo” de poderes instrutórios para se repartir entre as partes e juiz, como não existe alguma relação de proporcionalidade inversa entre as “fatias” das partes e aquelas do juiz.

Vê-se que os poderes de iniciativa probatória das partes e os do juiz não se excluem, ao contrário, se combinam na busca da verdade processual, dando suporte para a prolação de uma decisão justa.

Ressalta-se, ainda, a preclusão estabelecida para o exercício dos poderes instrutórios das partes não pode restringir os poderes instrutórios do juiz, posto que a finalidade do processo (instrumento público de solução de litígios) é a justa decisão, a aplicação do direito material ao caso concreto,

---

dimensão dos poderes instrutórios do juiz, mas isto não implica de maneira alguma em uma redução das garantias processuais das partes no plano da iniciativa probatória.

La contrapposizione in esame è concettualmente fuorviante perché si fonda su una premessa implicita che ne è condizione necessaria ma che è del tutto inattendibile. Si può definire questa premessa come “teoria della torta” perché configura i poteri istruttori esercitabili in un processo come un insieme indifferenziato composto di poteri che il legislatore distribuisce tra le parti e il giudice, assegnando le rispettive “fette”. Vi sarebbe di conseguenza un rapporto di proporzionalità inversa tra i poteri attribuiti alle parti e i poteri conferiti al giudice, tale per cui l’incremento dei primi implicherebbe una diminuzione dei secondi, e viceversa. In questa prospettiva, l’attribuzione di poteri istruttori al giudice significherebbe una proporzionale riduzione dei poteri istruttori delle parti; anzi, l’attribuzione al giudice di un potere generale di disporre prove d’ufficio dovrebbe comportare la totale eliminazione di qualunque potere probatorio delle parti. È chiaro, tuttavia, che questo modo di pensare si fonda su un errore di principio, che vizia alla base la “teoria della torta”. Non esiste, infatti, alcuna “torta” di poteri istruttori da ripartire tra parti e giudice, così come non esiste alcun rapporto di proporzionalità inversa tra le “fette” delle parti e quella del giudice. È ben possibile, infatti, e lo conferma l’analisi comparatistica (49), che nello stesso ordinamento venga assicurata alle parti la più ampia disponibilità dei mezzi di prova, quindi il loro diritto alla prova venga integralmente tutelato, e nel contempo venga attribuito al giudice il potere di disporre d’ufficio l’acquisizione di qualunque mezzo di prova che le parti non abbiano dedotto. Come si vedrà, d’altronde, esiste una diffusa tendenza ad aumentare la portata dei poteri istruttori del giudice, ma ciò non implica fatto una riduzione delle garanzie processuali delle parti sul piano delle iniziative probatorie.” TARUFFO, Michele. Trattato Di Diritto Civile e Commerciale – La prova nel processo civile. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 2012, pg. 92-93.



que pressupõe a investigação da verdade dos fatos, não podendo o juiz ter sua atividade instrutória limitada pela inércia das partes.<sup>6</sup>

A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada. Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido<sup>7</sup>.

Todavia, o juiz não poderá inserir na controvérsia um fato principal não alegado pelas partes, mas poderá exercitar seus poderes de iniciativa instrutória sobre os fatos alegados pelas partes. Os fatos secundários poderão ser investigados independentemente de invocação das partes.

O atual Estatuto Processual Civil Brasileiro permite tanto a iniciativa probatória das partes (art. 282, VI e 300) quanto à iniciativa probatória autônoma geral ao juiz (art. 130).

O Projeto do novo Código de Processo Civil (PLC 8.046/2010) não inova na questão precitada, mantendo a iniciativa instrutória das partes com a iniciativa instrutória autônoma geral do juiz.

### **3. MODELOS DE REGULAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ**

O jurista italiano Nicola PICARDI<sup>8</sup> estabelece três modelos probatórios fundamentais:

---

<sup>6</sup> Tradução livre. Por um lado, a parte a óbvia consideração que as preclusões instrutórias (como todas as preclusões) são destinadas a separar a sequência das atividades das partes (214), e não a regular a atividade do juiz deve-se observar que se o processo tem por finalidade a investigação da verdade dos fatos e se – como já foi dito antes, também a atividade do juiz deve ser orientada neste sentido, não parece racional pôr nesta atividade limites temporais que a lei impõe as partes para objetivos completamente diversos.

“Da un lato, a parte l’ovvia considerazione che le preclusioni istrutorie (come tutte le preclusioni) sono destinate a scandire la sequenza delle attività delle parti(214), e non a regolare l’attività del giudice, va osservato che se il processo è finalizzato all’accertamento della verità dei fatti e se – come si è detto poc’anzi – anche l’attività del giudice deve essere orientata in questo senso, non pare ragionevole porre a questa attività limiti temporali che la legge impone alle parti per scopi del tutto diversi”. TARUFFO, Michele. Trattato Di Diritto Civile e Commerciale – La prova nel processo civile. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 2012, pg. 133-134.

<sup>7</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. Ed. Revista dos Tribunais, 3ª Ed., pg. 17, São Paulo. 2001.

<sup>8</sup> Tradução livre. Dos três modelos probatórios fundamentais que são configuráveis em abstrato (o modelo do tipo dispositivo – o qual se colocando em relação com o princípio dispositivo na sua acepção processual, pretende reservar as partes não só o monopólio das alegações dos fatos, mas também aquele das provas -, o modelo do tipo inquisitório – nos caracteres do qual v abaixo sub n. 3 – e o modelo misto, no qual elementos dispositivos e

- o modelo do tipo dispositivo - as partes têm o monopólio das alegações dos fatos e dos meios de prova;

- modelo inquisitivo - as provas são adquiridas por iniciativa das partes, mas também pelo juiz, que tem autonomia nos poderes instrutórios.

modelo misto – no qual elementos dispositivos e elementos inquisitivos vem variamente combinados entre eles.

O modelo de tipo dispositivo é aquele no qual o juiz não é dotado de poderes instrutórios em sentido próprio, mas desenvolve função ativa na realização dos meios de prova, indiretamente, indicando às partes os meios de provas que reputa necessários à causa, tendo como exemplos o modelo da Inglaterra e Espanha, ressalvadas certas exceções<sup>9</sup>.

---

elementos inquisitórios são diversamente combinados entre eles), o nosso ordenamento adota um modelo do tipo misto.....3 Elementos inquisitórios no processo civil. Qualifica-se modelo probatório do tipo inquisitório aquele no qual “as provas são adquiridas por iniciativa não somente das partes mas também do juiz, que aliás, tem poderes autônomos de pesquisar as fontes de prova”.

“Dei tre modelli probatori fondamentali che sono configurabili in astratto (il modello di tipo dispositivo – il quale, ponendosi in correlazione con il principio dispositivo nella sua accezione processuale, intende riservare alle parti non solo il monopólio dell’alegazione dei fatti, ma anche quello delle prove -, il modello di tipo inquisitório – sui caratteri del quale v.infra sub n.3 – ed il modello misto, in cui elementi dispositivi ed elemento inquisitori vengono variamente combinati fra loro), il nostro ordinamento adotta (così Picardi, Manuale, par. 146) un modello di tipo misto.....3.Elementi inquisitori nel processo civile. Si qualifica modello probatório di tipo inquisitório quello nel quale “le prove vengono acquisite per iniziativa non solo delle parti ma anche de giudice, che anzi, ha autonomi poteri di ricerca delle fonti di prova”. PICARDI, NICOLA. Codice di Procedura Civile, tomo I, Giuffrè Editore, p. 859 e 866.

<sup>9</sup> Tradução livre. Há enfim ordenamentos nos quais o juiz não é dotado de poderes instrutórios em sentido próprio, e todavia desenvolve igualmente uma função ativa na aquisição das provas. Os exemplos mais relevantes são aqueles da Inglaterra e da Espanha.

A Inglaterra vem de uma multiseular tradição segundo a qual o juiz não tinha o poder de dispor de ofício da aquisição dos meios de prova, mas somente o poder de indicar as partes as provas as quais considera oportuna a dedução (158), algumas vezes se reconheceu de maneira excepcional que o juiz inglês pudesse exercer um poder instrutório (159), ou que pudesse dispor da oitiva de uma testemunha com o consentimento das partes (160), mas a imagem típica do juiz inglês é aquela de um juiz que não dispõe de provas de ofício.

“Vi sono infine ordinamenti nei quali il giudice non è dotato di poteri istruttori in senso proprio, e tuttavia svolge ugualmente un ruolo attivo nell’acquisizione delle prove. Gli esempi più rilevanti sono quelli dell’Inghilterra e della Spagna.”

“L’Inghilterra viene da una plurisecolare tradizione secondo la quale il giudice non aveva il potere di disporre d’ufficio l’acquisizione di mezzi di prova, ma solo il potere di indicare alle parti le prove di cui riteneva opportuna la deduzione (158). Talvolta si è riconosciuto in via eccezionale che il giudice inglese potesse esercitare un potere, istruttorio (159), o che potesse disporre l’audizione di un testimone con il consenso delle parti (160), ma l’immagine típica del



O modelo francês constitui um exemplo do modelo instrutório inquisitivo, pois o juiz tem poderes instrutórios autônomos e gerais, em harmonia com a iniciativa probatória das partes, nos termos do artigo 10 do “Code de Procédure Civile: “Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction, légalement admissibles” ( O juiz tem o poder de ordenar de ofício todas as medidas de instrução, legalmente admissíveis).

No modelo misto, o juiz não tem de poderes instrutórios autônomos gerais, tendo poderes instrutórios autônomos nos casos taxativamente estipulados em lei, coadunando-se com a iniciativa probatória das partes. Por exemplo, o modelo probatório italiano, cujo artigo 115 do “Codice di Procedura Civile” consigna: *Salvi casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal publico ministero, nonche i fatti no specificamente contesti dalla parte costituita*” (Salvo os casos previstos em lei, o juiz deve colocar o fundamento da decisão nas provas apresentadas pelas partes ou pelo ministério público, além dos fatos não especificamente contestados pela parte constituída).

O atual Sistema Processual Civil Brasileiro, dentro da classificação promovida por PICARDI, estriba-se no modelo instrutório do tipo inquisitivo, tendo o juiz poderes probatórios autônomos e gerais, juntamente, com os poderes de iniciativa probatória das partes, nos termos do artigo 130 do CPC (Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias).

O Projeto de novo Código de Processo Civil não modifica a concepção precitada (“Art. 378. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”), mantendo os poderes de iniciativa probatória autônoma e geral do juiz em consonância com os poderes de iniciativa instrutória das partes. Portanto, continua com o modelo probatório inquisitivo.

#### **4. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ – PODER-DEVER OU DISCRICIONARIEDADE**

A concepção publicista do processo, tendo o processo como instrumento de pacificação social na solução de litígios mediante a aplicação do direito material ao caso concreto, devendo o juiz no exercício de sua função pública buscar a verdade dos fatos a fim de prolatar uma decisão justa, elimina a ideia de um juiz livre para agir.

---

giudice inglese é quella di un giudice che non dispone prove d’ufficio.”. TARUFFO, Michele. Trattato Di Diritto Civile e Commerciale – La prova nel processo civile. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 2012, pg. 119.

O exercício ou a falta de exercício dos poderes instrutórios do juiz não pode ser arbitrária, tal exercício não é meramente discricionário.

O juiz não tem a faculdade de dispor de ofício dos meios de prova, mas poder-dever de investigar para que o processo atinja seu escopo que é produzir uma decisão justa, mais próxima da verdade dos fatos.

No Processo Civil Italiano, há divergência quanto a discricionariedade ou obrigatoriedade do poder do juiz de ordenar de ofício a realização dos meios de prova., consoante demonstra Nicola Picardi<sup>10</sup>.

No Sistema Processual Civil Brasileiro prevalece a concepção de que o juiz tem o poder-dever de determinar de ofício a efetuação dos meios de prova, consoante já consagrado na jurisprudência pátria.<sup>11</sup>

O Projeto de novo Código de Processo Civil (PLC 8.046\2010) não altera a concepção em tela, tendo o artigo 178 do Projeto reproduzido quase, integralmente, o atual artigo 130, devendo o exercício dos poderes instrutórios autônomos do juiz ser definido como poder-dever.

---

<sup>10</sup>Tradução livre. # Mesmo que a constante jurisprudência fale de “discricionariedade” do juiz no exercício do próprio poder de dispor de ofício dos meios de prova (ver além das sentenças sobre os casos individuais específicos), parte da doutrina (SATTA-PUNZI, Diritto, 319-221; Fabbrini, op. cit. 736) considera que seja mais correto definir como um poder-dever esta faculdade que a lei confere ao juiz, tanto que ele não poderia subtrair-se à obrigação de exercer de ofício tal faculdade.

#Anche se la costante giurisprudenza parla di “discrezionalità” de giudice nell’esercizio del própria potere di disporre d’ufficio mezzi di prova (vedi oltre le sentenze sui singoli casi specifici), parte della doutrina (SATTA-PUNZI, Diritto, 319-221; Fabbrini, op. cit. 736) ritiene che sai più correto definire come um “potere-dovere” questa facoltà che la legge concede al giudice, tanto che egli non potrebbe sottrarsi all’obbligo di esercitare d’ufficio tale facoltà. PICARDI, NICOLA. Codice di Procedura Civile, tomo I, Giuffrè Editore , p.867.

<sup>11</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO ANTERIOR JÁ IMPUGNADA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. PRODUÇÃO DE PROVA. LIVRE CONVENCIMENTO. 1- O recurso de agravo de instrumento não merece ser conhecido, face à sua inadmissibilidade, quando a parte impugna decisão anterior proferida (referente ao recebimento da inicial da ação civil pública proposta), a qual já foi objeto de recurso de agravo de instrumento. 2- Cabe ao julgador indeferir as provas desnecessárias ou inúteis para o deslinde do processo, conforme artigo 130 do CPC, o qual não deixa dúvidas quanto ao poder-dever do juiz em dirigir e instruir o processo, determinando, inclusive de ofício, a realização das provas que julgar necessárias para o deslinde do litígio, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, visto que o Juiz, como destinatário final das provas, é livre para formar seu convencimento. 3- Agravo de instrumento conhecido em parte e, nesta, desprovido.

(AG 200802010182592, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA/no afast. Relator, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::05/10/2010 - Página::286.)

## 5. DA ANTECIPAÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVAS

No atual Código de Processo Civil Brasileiro<sup>12</sup>, a antecipação de prova é prevista como medida cautelar típica preparatória ou incidental, baseada no “periculum in mora”, ou seja, na “probabilidade de não ter a parte condições, no momento processual adequado, de produzir a prova, porque o fato é passageiro, ou porque a coisa ou pessoa possam perecer ou desaparecer. Se não existe esse risco, a medida não tem cabimento e pode, inclusive, ser contestada pelo promovido, como medida desnecessária e onerosa<sup>13</sup>.

A produção antecipada de provas se insere no Projeto do novo Código de Processo Civil<sup>14</sup> como medida preparatória para propositura de ação

---

### <sup>12</sup> CODIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I - se tiver de ausentar-se; II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor. Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova. Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento. Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial. Art. 850. A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos arts. 420 a 439. Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem.

<sup>13</sup> JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO. Processo Cautelar. Edição Universitária de Direito, 9ª edição, 1987, pg. 306.

<sup>14</sup> PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, aprovado pelo Senado sob o n. 166/2010, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados sob o n. 8.046/2010

### Da Produção Antecipada de Provas

Art. 389. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução do conflito;

III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§ 1º. O arrolamento de bens, quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão, observará o disposto nesta Seção.

§ 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde a prova deva ser produzida ou do foro do domicílio do réu.

cognitiva, não tendo mais como fundamento somente o “periculum in mora”, podendo a parte requerer sua realização, independentemente, da existência de situação de perigo ao meio de prova, como forma de obter o reconhecimento ou não de seu direito, dando-lhe o suporte de vislumbrar, pelos meios de prova produzidos, a possibilidade de êxito no ajuizamento de futura ação, evitando a propositura de ações descabidas.

A inovação trazida pelo Projeto modifica a finalidade estabelecida para atividade probatória, que seria dar ao juiz a convicção sobre os fatos alegados pelas partes a fim de engendrar uma decisão justa, tendo-o como seu destinatário único<sup>15</sup>. No Projeto, a atividade probatória é destinada, também, às partes, objetivando impedir o ajuizamento de ações judiciais infundadas, dando-lhes, ainda, suporte fático mais robusto para o exercício de seu direito de defesa. Assim, tanto o direito de ação como o de defesa estarão arrimados em elementos probatórios com investigação (apuração) já realizada, permitindo um desempenho melhor para o autor e o réu.

O jurista ARRUDA ALVIN<sup>16</sup> corrobora a concepção acima, efetuando o

---

§3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

§4º O juízo estadual tem competência para a produção antecipada de prova proposta em face da União, entidade autárquica ou empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

Art. 390. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre os quais há de recair a prova.

§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso.

§ 2º O juiz não se pronunciará acerca da ocorrência ou da inoocorrência do fato, bem como sobre as respectivas consequências jurídicas.

§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionadas ao mesmo fato, salvo se a sua produção acarretar excessiva demora.

<sup>15</sup> Como ensinava PONTES DE MIRANDA, “A prova tem por fito levar a convicção ao juiz. A atividade, que o juiz exerce, para pesar o valor das provas, medir-lhes a força probatória, adicionando ou subtraindo valores, eliminando algumas, porque as contrárias têm força probatória maior, ou só lhes aproveitando a parte não destruída pela força probatória da prova contrária, denomina-se apreciação da prova. MIRANDA. Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV, Editora Forense, 3ª edição, 1996, p. 257/258, atualização legislativa de Sérgio Bermudes).

<sup>16</sup> ARRUDA ALVIN. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. REPRO, vol. 191, p. 299, Jan/2011.

seguinte escólio ao analisar o PLS 166/2010: “a possibilidade de produção de prova antes da propositura do processo de conhecimento destinado ao reconhecimento de direitos, fora das hipóteses em que haja receio de se tornar impossível ou muito difícil a verificação dos fatos na pendência de ação futura, traz consigo uma modificação paradigmática no instituto da prova. Em lugar de se atribuir à atividade probatória a finalidade *exclusiva* de formar a convicção do juiz sobre os fatos do litígio, passa-se a atribuir-lhe *também* a função de influenciar o próprio juízo que fazem as partes das perspectivas de êxito num eventual processo judicial. Este novo propósito da atividade probatória, que, de certa forma, situa também as partes como destinatárias da prova, tem como objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático”.

“Por outro lado, se da análise feita pelas partes sobre a prova produzida antecipadamente não evitar o processo judicial, é bem possível que a produção antecipada proporcione ao autor e ao réu melhor desempenho na defesa de seus direitos, uma vez que suas alegações já estarão amparadas nos elementos probatórios colhidos. Sob este prisma, concretiza-se o objetivo jurídico do processo de, por meio do contraditório e da busca da verdade, possibilitar a prolação de uma sentença justa e consentânea com a realidade dos fatos.”

Dessa maneira, a alteração estipulada no Sistema de Provas no Projeto de Novo Código de Processo Civil, no que concerne à técnica de antecipação probatória, é salutar.

## **6. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA PROVA - TÉCNICA DE JULGAMENTO**

As normas relativas à distribuição do ônus da prova constituem regras de julgamento, não pertencem ao instituto da prova, utilizadas pelo juiz após o término da atividade probatória, quando os meios probatórios colhidos não foram suficientes para esclarecer as questões de fato, evitando-se o “non liquet”, ou seja, a ausência de decisão do juiz.

O poder instrutório do juiz não se subordina às regras sobre o ônus da prova, visto que atividade probatória precede a aplicação da regra concernente à distribuição do ônus da prova; “ são problemas a serem resolvidos em momentos diversos. A rigor, portanto, as normas de

distribuição do ônus da prova não pertencem ao instituto da prova. Sua incidência se dá exatamente em situações de insuficiência de prova”<sup>17</sup>.

A distribuição do ônus da prova incide somente após o esgotamento da atividade instrutória, conforme assevera BARBOSA MOREIRA, ratificando a posição acima exarada por BEDAQUE<sup>18</sup>.

No Sistema Processual Civil Brasileiro atual aplica-se o denominado ônus estático (rígido) de distribuição da prova, no qual cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu a dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (art. 333 do CPC).

A referida técnica de julgamento, malgrado ser mais previsível e segura, “ignoraria, pois, as desigualdades materiais que se estabelecem concretamente em relação às partes, no que tange ao acesso aos meios e fontes de prova e à capacidade técnica e econômica de propiciar sua produção. Por esse motivo, a despeito de representar maior previsibilidade e segurança jurídica, figuraria como um mecanismo de incentivo à acomodação do sujeito favorecido pelo ônus probatório, com o potencial de criar injustiças”<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> “Em síntese, o poder instrutório do juiz previsto no art. 130, não se subordina às regras sobre o ônus da prova; e não as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos. A rigor, portanto, as normas de distribuição do ônus da prova não pertencem ao instituto da prova. Sua incidência se dá exatamente em situações de insuficiência de prova.

Verifica-se, portanto, o equívoco cometido por aqueles que afirmam a exclusividade das partes sobre a instrução, visto que a concessão de poderes instrutórios ao juiz implicaria eliminação das regras sobre o ônus da prova. Absolutamente incorreta tal conclusão. Se o resultado da atividade instrutória se mostrar suficiente para esclarecer o julgador sobre os fatos alegados pelas partes, irá ele decidir com base nas provas trazidas para os autos, sem se importar como elas ali chegaram. Quando, porém, o resultado for negativo, ainda que os integrantes da relação processual, inclusive o próprio magistrado, tenham esgotado os esforços para provar os fatos, incidirão as regras legais referentes ao ônus da prova. Essa preocupação o juiz terá somente no momento de julgar”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. Ed. Revista dos Tribunais, 3ª Ed., pg. 119/120, São Paulo. 2001.

<sup>18</sup> “(...) Aí é chegado o momento de sabermos se é o autor ou se é o réu que vai suportar as conseqüências nocivas dessa lacuna. Isso em nada afeta, em nada se contrapõe à iniciativa oficial, porque a aplicação das regras sobre o ônus da prova, o julgamento segundo o ônus da prova, é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada. Esse julgamento, segundo o ônus da prova, só deve sobrevir depois que se esgotarem todos os meios. E não está dito em parte alguma que entre esses meios não possa figurar a iniciativa do juiz”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Prova. REPRO, vol. 35, julho/1984, p. 178.

<sup>19</sup> MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus Estático, Ônus Dinâmico e Inversão do Ônus da Prova: Análise Crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil, REPRO, vol. 208, p. 295, junho/2012.



No microsistema jurídico das relações consumo (art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor) incide o denominado ônus dinâmico da prova, autorizando o juiz a determinar a inversão dos ônus probatórios, no caso de hipossuficiência e da verossimilhança das alegações do autor-consumidor.

O Projeto de novo Código de Processo Civil (PLC 8.046/2010) prevê a incidência das técnicas de julgamento relativas à distribuição dos ônus probatórios precitadas, tanto a estática (critério *ope legis*) quanto a dinâmica (critério *ope judicis*), dispondo: art. 381. O ônus da prova 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. § 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 contrária, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A norma do artigo 381 “caput” reproduz a norma insculpida no artigo 333 do CPC (distribuição de ônus estático). Os §§ 1º e 2º do artigo 381 regulam a distribuição dinâmica e o regime de inversão dos ônus probatórios. Todavia, o Projeto não esclarece como se procederá a harmonia entre estes sistemas de distribuição dos ônus probatórios. Existe uma relação de sucessão ou de exclusão? O juiz analisa primeiro se a situação se enquadra nas hipóteses do §1º do artigo 381 (distribuição dinâmica), na ausência de inserção, adota-se o critério do “caput” (distribuição estática)?

Ademais, com a obrigatoriedade para o juiz decidir sobre o critério de distribuição dos ônus probatórios, antes da sentença, as partes estrategicamente podem aguardar a referida decisão para carrear ou não aos autos judiciais outros elementos probatórios. Caso a decisão fosse estabelecida no momento da prolação da sentença, as partes apresentariam todos os elementos probatórios disponíveis, não “jogando” com as técnicas processuais, o que promoveria uma proximidade maior com a verdade dos fatos.

Mas também, a aventada decisão sobre o critério de distribuição dos ônus probatórios poderá retardar o curso do procedimento, posto que ensejará a interposição do recurso de agravo de instrumento.

Cabe registrar a posição propugnada pelo jurista Marcelo ABELHA<sup>20</sup> que refuta os dois sistemas de distribuição de ônus probatórios como regra de julgamento, defendendo para os casos de julgamento por insuficiência probatória a relativização da coisa julgada, “abrindo a hipótese de rediscussão do que teria sido discutido com base no art. 333 (non liquet) sempre que houvesse acesso a provas que permitissem alcançar um resultado que fosse corretivo de eventual injustiça. É o que se faz na Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65, art. 18), na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 16) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art. 103, I e II)”.

## 7. CONCLUSÕES

As alterações pretendidas pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil no Sistema de Provas não são relevantes.

Permanece o juiz com poderes instrutórios autônomos e gerais, o que é favorável, pois propicia uma investigação eficaz dos fatos alegados pelas partes, possibilitando à prolação de decisões justas, mais próximas à verdade dos fatos.

---

<sup>20</sup> Nesse sentido, MARCELO ABELHA contesta a técnica de distribuição dos ônus probatórios, “igualmente as técnicas de “inversão do ônus da prova” são, a nosso sentir, o que poderíamos chamar de “negociação da negação” porque dão à prova a mesma conotação punitiva e vinculada do direito material, privatista, e, o que é pior, sob o jargão de isonomia real. Ora, ninguém pode dar razão a quem não a possua sob o argumento da isonomia real. É tão repugnante tal prática quanto a regra de julgamento do art. 333 do CPC. Para os casos de non liquet, a técnica de inversão como regra de julgamento em favor do consumidor, a critério do juiz, nos casos de hipossuficiência e/ou verossimilhança das alegações, é, a nosso ver, uma hedionda manipulação do processo, utilizado de modo inidôneo, para corrigir uma isonomia meramente formal (desigualdade real). É dizer, em outros termos, o seguinte: “Estou em dúvida, mas nesse caso, em vez do art. 333 I, do CPC, vou estabelecer que o fornecedor seja penalizado pelo julgamento em prol do consumidor, porque este é hipossuficiente economicamente. Julga-se com a mesmíssima incerteza, acentuada pela surpresa na hora do julgamento, com a diferença de que o mais forte suportaria uma justiça injusta. Na verdade, acreditamos que a visão publicista da prova propõe uma superação das regras e técnicas processuais de julgamento quando se está diante de um non liquet. É que, sendo franqueado ao juiz uma liberdade na investigação da prova, exigindo participação num processo investigativo, essa proximidade e maior envolvimento decerto diminuirão, sensivelmente, os casos de incerteza. E, mais ainda, o recurso ao art. 333, avisado às partes com antecedência em relação à fase instrutória, formará uma coisa julgada relativizada, enfim, que permita a rediscussão do que foi decidido, desde que com base em nova prova”. RODRIGUES, MARCELO ABELHA. Manual de Direito Processual Civil, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2008, p. 181.

A antecipação da produção de provas constitui uma boa inovação, dando as partes melhor visualização do acervo probatório, antes da propositura da ação de conhecimento, evitando inclusive o seu ajuizamento, e caso não venha a evitar o processo judicial, a produção antecipada de provas proporcionará as partes uma atividade defensiva melhor, pois estarão arrimadas em provas mais robustas, deixando o juiz de ser o único destinatário das provas.

Quanto às técnicas de distribuição dos ônus probatórios, malgrado não se inserirem no Sistema de Provas, o Projeto deve estabelecer a maneira de se harmonizar as duas técnicas, aparentemente, incompatíveis. Além disso, a decisão sobre o critério de distribuição dos ônus probatórios dever-se-ia ser instituída, como regra de julgamento, na própria sentença.

## **8. Bibliografia**

ARRUDA ALVIM. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. REPRO, vol. 191, Jan/2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o Pedido e a Sentença, REPRO, vol. 83, jul/1996 \DTR\1996\312

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. . Poderes Instrutórios do Juiz. Ed. Revista dos Tribunais, 3ª Ed. São Paulo. 2001.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Liebman e a Cultura Processual Brasileira. REPRO, vol. 119, Jan/2005.

JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO. Processo Cautelar. Edição Universitária de Direito, 9ª edição, 1987.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Revista di Diritto Processuale, 1960, Fondamento del Principio Dispositivo.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus Estático, Ônus Dinâmico e Inversão do Ônus da Prova: Análise Crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil, REPRO, vol. 208, p. 295, junho/2012.

MIRANDA. Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV, Editora Forense, 3ª edição, 1996, atualização legislativa de Sérgio Bermudes.

PICARDI, NICOLA. Codice di Procedura Civile, tomo I, Giuffrè Editore .

RODRIGUES, MARCELO ABELHA. Manual de Direito Processual Civil, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2008.

TARUFFO, Michele. Trattato Di Diritto Civile e Commerciale – La prova nel processo civile. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 2012.