

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Sabrina Gressler Borges

A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO NOVO CPC E OS MODELOS PROCESSUAIS

Porto Alegre

2015

SABRINA GRESSLER BORGES

**A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO NOVO CPC E OS MODELOS
PROCESSUAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos.

Porto Alegre

2015

SABRINA GRESSLER BORGES

**A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO NOVO CPC E OS MODELOS
PROCESSUAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 17 de Dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos,
Orientador

Professor Doutor Eduardo Kochenborger Scarparo

Professor Doutor Klaus Cohen-Koplin

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Marcia Marisa Gressler;

Meu porto-seguro.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a instrução probatória no Novo Código de Processo Civil brasileiro, que entrará em vigor em março de 2016. O objetivo é analisá-la em comparação com os modelos processuais civis consagrados pela doutrina, para descobrir se o mesmo pode ser associado a alguns destes. O trabalho se estrutura em duas partes: a primeira trata da conceituação e elucidação sobre o que são os modelos processuais, bem como as características gerais de cada um deles – o modelo adversarial, o modelo inquisitorial e o modelo cooperativo -, além da definição de prova e instrução probatória. Por sua vez, a segunda parte cuida da análise da instrução probatória no processo civil brasileiro conforme o novo diploma processual civil frente aos modelos de processo civil, o que implica, necessariamente, a análise da instrução probatória do código de processo civil atual, de modo que se tenha um critério de comparação.

Palavras-Chave: Direito Processual Civil. Modelos Processuais. Novo Código de Processo Civil

ABSTRACT

This study analyses the discovery phase in the Civil Procedure Code of 2015 according to the perspective of the adversarial model, the inquisitorial model and the collaborative model, in order to find out if it can be associated to any of the civil procedure models. Therefore, it is divided in two parts: the first one regards the description of the civil procedure models, as well as the definition of proof and discovery phase. On the second part, the examination is focused on the discovery of the Civil Procedure Code of 2015, which implies, necessarily, the study of the current Civil Procedure Code, so that a better comprehension can be established.

Key-words: Civil Procedure Law. Procedural models. New Civil Procedure Code

SIGLAS E ABREVIATURAS

§ – Parágrafo

Art. – Artigo

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

NCPC – Novo Código de Processo Civil

Ed. – Edição

Et al. – E outros (autores)

Nº - Número

p. – Página

pp. – Páginas

Trad. port. – tradução para o português

Vol. ou v. - Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1ª PARTE – A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA E OS MODELOS PROCESSUAIS: CARACTERIZAÇÃO E CONCEITUAÇÃO	13
1. PROVA E INSTRUÇÃO PROBATÓRIA	13
2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE OS MODELOS PROCESSUAIS	18
3. O MODELO ADVERSARIAL	22
3.1. A instrução probatória	25
3.2. O processo civil adversarial norte-americano	27
4. O MODELO INQUISITORIAL	31
4.1. A instrução probatória	34
4.2. O código de processo civil austríaco de Franz Klein	35
5. O MODELO COOPERATIVO	38
5.1. A instrução probatória	41
5.2. O caráter cooperativo do processo civil português	44
2ª PARTE – COMPARAÇÃO: A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO NCPC E OS MODELOS PROCESSUAIS	48
1. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL DE 1973 E O PAPEL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS	48
2. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO NOVO CPC E O PAPEL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS	57
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o escopo de analisar a atuação dos sujeitos processuais na instrução probatória diante da redação do Novo Código de Processo Civil, e assinalar sua (im) possível afinidade com os modelos processuais consagrados pela doutrina contemporânea, a saber: modelo adversarial, modelo inquisitorial e modelo cooperativo. Imprescindível advertir, preliminarmente, que “instrução probatória” aqui será abordada como instrução da causa no seu sentido restrito.¹

Quanto à divisão de trabalho entre os sujeitos no processo civil, este é um tema pertinente e que já foi analisado, e ainda o é, pela doutrina por diversas vezes. De fato, não pretendemos neste estreito espaço dissecar o assunto de maneira a exaurir todas suas possíveis ramificações. Buscaremos, todavia, entender como se projeta a divisão do trabalho na instrução probatória conforme prescrito no Novo CPC e, então, avaliar a possibilidade de classificar esta em algum dos modelos processuais.

Para atingir tal propósito, o trabalho é dividido em duas partes.

A primeira parte é dedicada à conceituação de prova, instrução probatória e dos modelos processuais que servirão de parâmetro na parte subsequente. Assim, esta primeira parte é composta de 5 tópicos, tendo o primeiro o fim de conceituar prova no processo civil para em seguida definir o que é instrução probatória; tem o segundo tópico o objetivo de fazer alguns esclarecimentos introdutórios: adverte-se que, embora os modelos processuais não sejam imunes a críticas, possuem pertinência como instrumento didático de análise e comparação de ordenamentos processuais. Ato contínuo, são conceituados os modelos processuais. Nesta tela, buscamos apresentar características de um ponto de vista generalizado dos modelos, reservando tópico especial para esboçar o tema da instrução probatória característica do modelo processual em comento. Por fim, pretendemos apresentar um ‘exemplo

¹ Neste quadro: “Em *sentido restrito*, considera-se instrução da causa, tão-somente, a *fase probatória*, também chamada de instrução probatória. Seria uma fase do procedimento em que se colhe e se produz a prova dos fatos deduzidos pelas partes como fundamento do pedido ou da defesa, aparelhando-se o feito dos elementos suscetíveis de convencer o magistrado sobre as controvérsias que giram em torno do tema *decidendum*”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 2, p. 102) Frise-se, este é o sentido de instrução probatória a ser utilizado neste estudo.

prático' do modelo estudado: em verdade, o objetivo aqui foi de identificar um ponto de convergência entre os traços do modelo delineado e algum(ns) aspecto(s) de um ordenamento processual específico.

Concluída a conceituação, chegamos à segunda parte. Esta é composta de dois tópicos: o primeiro verifica a instrução probatória no CPC vigente, de 1973, e o segundo analisa a instrução probatória no NCPC. Adotamos este modelo de análise por acreditarmos ser o modo mais adequado de examinar o diploma processual que ainda não entrou em vigor. Isto porque nos permite ter uma visão de “evolução do ordenamento”, ensejando uma base de comparação para o estudo pretendido, de modo que a instrução probatória não seja apenas investigada em abstrato, mas em contraposição com as disposições antecedentes sobre o tema.

Dessa maneira, no primeiro tópico a instrução probatória no CPC/73 é investigada. São analisadas a lei, a doutrina e a jurisprudência, de modo que a atividade dos sujeitos processuais possa ser mais bem compreendida. Assim, uma base de comparação adequada é desenvolvida para o segundo tópico. Neste, a instrução probatória do NCPC é, enfim, estudada. Como o objetivo do estudo é verificar como se configura a instrução probatória de modo a averiguar se esta pode ser classificada de acordo com algum dos modelos processuais, os dispositivos que concernem a instrução probatória são analisados e contrapostos aos do CPC/73. No entanto, além da análise de artigos, este estudo cuidou também da principiologia estabelecida neste Novo Código de Processo Civil. É assim que o princípio da cooperação vem influenciar o Processo Civil brasileiro como um todo, agora de maneira expressa, influência à qual a instrução probatória evidentemente não pode ficar imune.

Logo, o estudo da instrução probatória no NCPC, neste trabalho, se dá tanto em comparação com o CPC vigente quanto da análise da principiologia subjacente neste novo diploma processual. Este é o arranjo que adotamos para perquirir o objetivo final, e cujo resultado pode ser conferido nas páginas seguintes.

1ª PARTE – A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA E OS MODELOS PROCESSUAIS: CARACTERIZAÇÃO E CONCEITUAÇÃO

Antes de adentrar a análise da instrução probatória, imprescindível que façamos alguns esclarecimentos. Na 1ª parte deste trabalho, buscamos elucidar alguns conceitos que serão utilizados ao longo deste estudo e que, portanto, devem estar devidamente definidos: a prova e a instrução probatória, bem como os modelos processuais – o modelo adversarial, o modelo inquisitorial e o modelo cooperativo. Sobre os modelos, inevitável a ressalva de que são reputados neste estudo como tipos ideais, conforme melhor explicado no tópico adequado.

Iniciamos então com as explanações acerca de prova e instrução probatória.

1. PROVA E INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

No presente tópico serão apresentadas definições do que é prova no processo civil de acordo com a doutrina, bem como uma aproximação do seu escopo e, por fim, como a instrução probatória é desenhada de acordo com as diferentes abordagens que podem ser dadas aos seus elementos.

O vocábulo “prova”, conforme Hélio Márcio Campo, “deriva do verbo latino ‘probare’ (demonstrar, reconhecer) e vem da palavra ‘proba’, cujos significados são diversos: argumento, razão, confirmação”. Campo assume uma posição que qualifica como eclética para afirmar que a prova se fundamenta em uma reunião de meios probatórios realizados por um conjunto de atos praticados pelas partes litigantes ou requerentes em juízo, cujo intento é irromper no julgador a certeza de suas afirmações, com a finalidade precípua de obter êxito na demanda, através da comprovação daquelas alegações.²

Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, por outro lado, encontram a seguinte definição para prova em direito processual:

² CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, pp. 17-18.

(...) todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.³

Consoante os autores, o aspecto retórico se dá porque a prova se dispõe a firmar o diálogo entre os sujeitos processuais; o fato de estarem enquadrados nos limites das prescrições legais atinentes à matéria permite que esses meios se coadunem com as “determinações de lei que podem regular tanto o modo de formação da prova como sua produção dentro do processo, como ainda podem condicionar a sua força probante no limite de convencimento do Estado-jurisdição”; e, por fim, o convencimento do julgador acerca da legitimidade das alegações controversas não é outro, senão, o propósito, o escopo da prova no processo – conforme já asseverado.⁴

A seu turno, Taruffo delinea a prova como qualquer instrumento, método, pessoa, coisa ou circunstância que possa proporcionar informação útil para resolver incertezas. Neste sentido, esclarece que são prova tanto os instrumentos para adquirir informação que estão expressamente regulados pela lei (*provas típicas*) quanto aqueles que a lei não regula expressamente (*provas atípicas*), sendo racionalmente admissíveis aquelas que sejam relevantes – na medida em que agreguem informações úteis para a formulação da decisão. O autor aduz que a prova é o instrumento do qual as partes se valem para demonstrar a veracidade de suas afirmações e do qual se serve o juiz para decidir a respeito da verdade ou inverdade dos enunciados fáticos.⁵

Por fim, ainda na busca de uma definição, temos as diferentes acepções de prova no sentido jurídico, conforme exposto por Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

a) às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação;

b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra;

³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2a. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 54.

⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2a ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, pp. 54- 59.

⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba, artículos y conferencias**. Santiago: Metropolitana, 2009, pp. 59-60.

nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.;

c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.⁶

Concluem os autores que o referido vocábulo pode ser utilizado em sentido objetivo, quando designa a atividade probatória, ou em sentido subjetivo, quando designa o resultado auferido pelos meios probatórios na convicção do julgador acerca do fato controvertido.⁷

A função da prova no processo, na ótica de Arenhart e Marinoni, é oportunizar o fundamento concreto das proposições levantadas. Busca-se convencer o julgador da validade das afirmações sobre os fatos acerca dos quais haja controvérsia. Diante disso, há que se dar destaque à figura do juiz em relação à prova, pois é ao convencimento dele que esta última se dirige: como destinatário final da prova, é ele quem deve estar convencido da legitimidade das premissas ventiladas.⁸ No mesmo sentido, o intuito da prova é impulsionar a convicção do juiz sobre a (in)verdade dos enunciados fáticos, como já exposto quando da conceituação, no entendimento de Michele Taruffo.

Didier Júnior, Braga e Oliveira aproximam-se da lição de Arenhart e Marinoni ao aduzirem que o objeto da prova são os fatos controvertidos, relevantes e determinados⁹. Nesta linha, Humberto Theodoro Junior considera que esta consubstancia os fatos deduzidos pelas partes em juízo, enquanto a finalidade é a convicção do destinatário da prova acerca de tais fatos – destinatário esse o julgador da lide.¹⁰

⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 2, p. 43.

⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 2, p.44.

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2a. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, pp. 53.56.

⁹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *loc. cit.*

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Processo Civil – volume 1**. 49a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 368.

Superados o conceito e a função da prova, prosseguindo o exame, foquemos agora na instrução probatória.

Na lição de Didier Júnior, Braga e Oliveira, “instrução probatória” é o sentido restrito de “instrução da causa”: explicam que a expressão “instrução da causa” possui dois sentidos, o *amplo* e o *restrito*. O primeiro diz respeito ao preparo dos elementos necessários para que uma decisão seja promovida. Envolve, portanto, a fase postulatória, a fase de saneamento e a fase probatória em si. O segundo, o sentido restrito de instrução da causa, abarca exclusivamente a fase probatória do processo – a instrução probatória. Nesta parte do processo são colhidas e produzidas as provas dos fatos inicialmente deduzidos pelas partes para fundamentar o pedido ou a defesa, “aparelhando-se o feito dos elementos suscetíveis de convencer o magistrado sobre as controvérsias que giram em torno do tema *decidendum*”.¹¹

Os autores constatarem três fases no procedimento de instrução probatória: a fase de proposição, de admissão e de produção da prova. Afirmam que:

A fase de proposição consiste no requerimento, formulado pela parte, de utilização de um meio específico de prova para demonstrar um fato, já determinado. No sistema do nosso CPC, a proposição é ato da parte, devendo ser realizada no bojo do primeiro ato de postulação – isto é, na petição inicial do autor ou na resposta do réu.

Saliente-se que as partes deverão indicar e requerer as provas ditas constituídas, ou seja, as provas por fazer (perícia, depoimento da parte, etc.), pois as provas constituídas deverão ser oferecidas nos atos de postulação como os documentos substanciais ou fundamentais.

Propostas as provas, o juiz deverá resolver sobre a sua admissibilidade, na chamada fase de admissão, quando passarão as provas por um juízo de avaliação preventiva de sua necessidade, utilidade e cabimento. Trata-se de ato do juiz, que faz parte do conteúdo da decisão saneadora.

(...)

Parte-se, então, para a fase de produção de provas. A produção de dada prova é o procedimento pelo qual se concretiza o meio de prova: juntada de documento, realização da perícia ou inspeção judicial, tomada de depoimento, etc.¹²

¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 2, p. 102.

¹² *Ibidem*, pp. 102-103.

Cumpra somar ao excerto acima que a atuação oficiosa do juiz poderá ocorrer nas três fases da instrução probatória. Isto se dá porque, nas duas primeiras fases, não obstante as partes façam suas proposições, o juiz pode determinar a produção de prova que considere necessária. Já na última, da produção de provas, caso o juiz se encontre insatisfeito com o material probatório produzido até o momento, pode determinar a realização de novas provas *ex officio*.¹³

Aprofundando a questão da atividade do juiz e das partes na instrução probatória, Taruffo refere à questão fundamental do papel do julgador e das partes na colheita e apresentação das provas no litígio civil, ou seja, na instrução probatória, através da abordagem das distinções sistemáticas e epistemológicas que o autor acredita influírem na caracterização da instrução probatória.¹⁴

José Roberto dos Santos Bedaque, de outro lado, analisa a questão relativa à prova dos fatos e, exclusivamente, ao modo como o juiz deve proceder na instrução. Aduz que estas questões são concernentes à técnica processual, que está ligada, de modo exclusivo, à percepção que se tem do processo: do seu conceito e do seu objetivo. Refuta ainda a correlação de premissas políticas com a configuração da atuação dos sujeitos no processo.¹⁵

¹³ *Ibidem*, p. 103

¹⁴ TARUFFO, Michele. **La prueba, artículos y conferencias**. Santiago: Metropolitana, 2009, pp. 75-78. O autor foca no ponto da existência de diferentes teses concernentes ao propósito do litígio civil: de um lado, identifica a suposição sistemática baseada na ideia de que o propósito e função do litígio civil é a resolução de disputas entre indivíduos privados. De outro, aponta o enfoque que parte da suposição de que o propósito do litígio civil é resolver disputas por meio de decisões que aplicam corretamente as determinações legais relevantes ao caso particular. A primeira abordagem é chamada de “teoria da resolução de conflitos”, que estabelece que a justiça depende exclusivamente da equidade no procedimento, sendo seu principal fundamento a completa e irrestrita liberdade das partes no contexto do procedimento judicial (não importando a qualidade da decisão, mas sim que as partes ponham término a seu conflito). A segunda perspectiva é denominada “teoria da decisão justa”, que prescreve que um requisito essencial para uma decisão justa é uma ponderação fidedigna dos fatos do caso – busca-se, aqui, a verossimilhança entre evidências e decisão, para que a decisão seja tida como apropriada. Ademais, Taruffo apresenta duas hipóteses epistemológicas acerca da verdade em geral e da verdade judicial, em particular. A primeira suposição epistemológica vê o alcance da verdade – como reconstrução verossimilhante dos fatos – sob uma ótica cética, acreditando somente na possibilidade de alcançar uma verdade formal. A outra teoria epistemológica, de modo contrário, admite a possibilidade de se alcançar, pelo menos, uma verdade relativa acerca dos fatos, com um grau razoável de aproximação entre esta verdade e a realidade. Fixadas tais premissas, o autor conclui que tais distinções sistemáticas e epistemológicas podem cruzar-se e combinar-se umas com as outras de várias maneiras, em menor ou maior escala: qualquer que seja a proporção, estes fatores influem diretamente tanto na concepção da natureza e definição de prova quanto no modo como se define o papel do tribunal e das partes na instrução probatória.

¹⁵ Neste tópico, o autor nega decorrerem de premissas políticas o modo como se ajustarão a prova dos fatos e a atuação do juiz na instrução probatória. “Já a questão relativa à prova dos fatos, ao modo como o juiz deve proceder na instrução, refere-se exclusivamente à técnica processual, que,

Finda a conceituação de prova e instrução probatória, passamos agora ao estudo dos modelos processuais.

Existem diversos ângulos pelos quais o processo civil pode ser analisado dentro de um determinado ordenamento jurídico. Uma destas óticas são os modelos processuais¹⁶. Os próximos tópicos buscam, de forma breve e sucinta, caracterizar três dos paradigmas consagrados pela doutrina contemporânea, quais sejam, o modelo adversarial, o modelo inquisitorial e o modelo cooperativo.

2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE OS MODELOS PROCESSUAIS

É importante ressaltar, consoante José Carlos Barbosa Moreira, que existe uma diferença entre o modelo como um tipo ideal, uma substância “quimicamente pura”, e sua reprodução na realidade.¹⁷ De acordo com o autor, definir um “tipo” é destacar as características preponderantes de uma espécie, de modo a não se ater a critérios de exclusividade.

De fato, numa visão ampla das ciências sociais como um todo, Max Weber já preconizava a importância dos modelos abstratos para propósitos didáticos e comparativos – o tipo *puro* ou *ideal*. Neste sentido, um tipo ideal seria uma

evidentemente, sofre influência do fenômeno sociopolítico. Restringir a atividade do juiz na formação do conjunto probatório ou conceder-lhe maiores poderes de investigação constituem alternativas técnicas fundadas em premissas ideológicas diversas. Mas não se trata de ideologia política, de caráter liberal ou autoritário. Está ligada exclusivamente à concepção de processo e do escopo desse método estatal de solução de controvérsias. Para quem considera a jurisdição atividade destinada a eliminar as crises de direito material com justiça, mediante atuação das regras do ordenamento jurídico, não pode aceitar o domínio das partes sobre o instrumento pelo qual ela atua.”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 10.

¹⁶ Daniel Mitidiero aponta a existência de três perfis de organização do processo: o isonômico, o assimétrico e o cooperativo. De fato, os dois primeiros modelos citados por esse autor não se diferem, em sua essência, dos modelos citados por grande parte da doutrina (adversarial e inquisitorial). Isto pode ser constatado levando-se em consideração alguns pontos, como por exemplo, o fato de no modelo isonômico prevalecer a igualdade das partes para com o Estado, estabelecendo-se como tarefa exclusiva das partes a busca pela verdade, não passando o juiz de um espectador (MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.). Feita a advertência, ao longo deste trabalho serão utilizados os modelos mais tradicionais na doutrina – quais sejam, adversarial e inquisitorial.

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e Processo. **Revista da ABLJ**. Rio de Janeiro, n. 23, 2003, pp. 117-118.

simplificação e generalização da realidade, a partir do qual se tornaria possível analisar diversos fatos reais como desvios do ideal.¹⁸

No processo de construção do tipo ideal, a partir de uma vasta gama de elementos, alguns destes são destacados no objeto a ser interpretado, quais sejam, aqueles considerados pelo investigador os mais relevantes para a explicação. Sendo assim, certos traços são enaltecidos, em detrimento de outros, de modo que a esse tipo ideal é conferida evidente unilateralidade. Imprescindível salientar que esta abstração só existe como utopia e não é, nem pretende ser, um reflexo da realidade complexa. Em verdade, não há modelos puros com correspondência exata no mundo real. Esta construção trata de mero modelo simplificado da vida concreta, elaborado com base em características consideradas essenciais para a determinação da causalidade, segundo os critérios de quem pretende explicar um determinado fenômeno.¹⁹

No que concerne o objeto de estudo do presente capítulo, a pertinência de modelos processuais para caracterizar e explicar o processo civil em um dado sistema jurídico pode ser severamente questionada quando não levadas em conta as considerações supramencionadas. Não há dúvidas de que em nenhum ordenamento jurídico será encontrado um processo civil de natureza adversarial ou inquisitorial que reúna em absoluto todas as características tradicionalmente atribuídas a estes modelos. Segundo preconiza Michele Taruffo²⁰:

¹⁸ “Queremos sublinhar desde logo a necessidade de que os quadros de pensamento que aqui abordamos, ‘ideais’ em sentido puramente lógico, sejam rigorosamente separados da noção do dever ser, do ‘exemplar’. Trata-se da construção de relações que parecem suficientemente motivadas para a nossa imaginação e, conseqüentemente, ‘objetivamente possíveis’, e que parecem adequadas ao nosso saber nomológico. (...) Portanto, a construção de tipos ideais abstratos não interessa como fim, mas única e exclusivamente como meio de conhecimento. (...) Trata-se de um quadro de pensamento, não da realidade histórica, e muito menos da realidade ‘autêntica’; não serve de esquema em que se possa incluir a realidade à maneira de exemplar. Tem, antes, o significado de um conceito-limite, puramente ideal, em relação ao qual se mede a realidade a fim de esclarecer o conteúdo empírico de alguns dos seus elementos importantes, e com o qual esta é comparada. Tais conceitos são configurações nas quais construímos relações, por meio da utilização da categoria de possibilidade objetiva, que a nossa imaginação, formada e orientada segundo a realidade, julga adequadas.” (WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais – parte 1**. Trad. port. Augustin Wemet. 4a ed. São Paulo: Cortez, 2001, pp. 138-140).

¹⁹ QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2a. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, pp. 93-95.

²⁰ TARUFFO, Michele. Observações sobre os Modelos Processuais de Civil Law e de Common Law. Trad. port. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 110, abr. 2003, p. 141-142.

Naturalmente, quanto mais um modelo se aproxima da realidade que quer representar, tanto maiores serão sua aptidão heurística e sua utilidade como instrumento de análise. Será possível assim, falar de modelos “bons” ou “ruins”, dotados de maior ou menor capacidade representativa, consoante sua “proximidade” àquilo que se tipifica.

Em realidade, para que um sistema jurídico-processual seja qualificado no modelo x ou y, é preciso apenas que suas características sejam predominantemente conformes ao modelo em questão. Não se exige, portanto, uma completa identidade entre sistema e modelo ideal para que ambos estejam conectados. Busca-se, desta forma, a maior identificação possível.

Esta é uma das premissas que norteiam as críticas de Mirjan Damaška ao uso de modelos. No seu entendimento, existe um núcleo, um *core* sobre cujos elementos há consenso, e que caracteriza e torna cada modelo único. Para além dos limites desta parte central, chega ao fim o consenso, e a incerteza e imprecisão começam.²¹ Neste quadro, conforme apontado por Oscar Chase:

Propõe Damaška uma alternativa à categorização dos sistemas processuais fundada na contraposição ‘adversarial/inquisitorial’. Ele aponta duas dimensões ao longo das quais se podem arquitetar os tipos relevantes de Governo. Uma concerne à ‘estrutura do Governo’, isto é, a seu ‘caráter’ de autoridade. A outra ‘respeita à função legítima do Governo – mais especificamente, às idéias sobre o objetivo a que serve a administração da justiça. Argumenta que o processo de uma nação refletirá essas atitudes fundamentais acerca do Governo, e que semelhante dinâmica é observável, conquanto imperfeitamente, no mundo real.²²

²¹ DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**. New Haven: Yale University, 1986, p. 3.

²² CHASE, Oscar G. A ‘excepcionalidade’ americana. Trad. port. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 110, pp. 119 – 120, abr/2003. Texto original no livro do mesmo autor (**Law, Culture, and Ritual: disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005, p. 66): “Damaška offers an alternative to the much criticized adversarial/inquisitorial categorization of procedural systems. He posits two dimensions along which relevant types can be plotted. One concerns the ‘structure of government’, i.e., its ‘character’ of authority. The second ‘concerns the legitimate function of government — more specifically, views on the purpose to be served by the administration of justice.’ He argues that a nation’s procedures will reflect these fundamental attitudes about government and that this dynamic is observable, albeit imperfectly, in the real world.”

No entanto, em que pese as críticas e ressalvas, consideramos que os modelos, como ferramentas de estudo e comparação, podem ser produtivos e úteis. Taruffo, ao referir sobre comparação de sistemas processuais, aludindo sobre o papel dos modelos destes na comparação em testilha, afirmou:

As coisas podem assumir configuração diversa, e a comparação tornar-se mais interessante e frutífera se se tomam em consideração não só normas específicas (ou normas específicas “isoladamente” vistas), mas modelos processuais. Não é o caso de aprofundar aqui a discussão metodológica acerca da noção de “modelo”: creio suficiente registrar, de um lado, que a construção de “tipos ideais” dos diversos ordenamentos pode estabelecer um nível de análise no qual o confronto é possível e produtivo, evitando perder-se na massa infinita de pormenores; de outro, que é possível construir modelos de variável amplitude e dimensão e com variável conteúdo.²³

Advertimos que a análise acerca do caráter adversarial ou inquisitorial no processo civil deve ser feita com foco em um instituto processual em particular ou sobre todo o ordenamento processual civil, porquanto pode o legislador verter para um ou outro lado a depender do tema a ser tratado²⁴. Dependendo, pois, do objeto de análise, a classificação poderia ser tida como pertencente a um ou outro sistema. No presente trabalho, na 2ª parte, buscaremos realizar o exame restringindo-o ao tema

²³ TARUFFO, Michele. Observações sobre os Modelos Processuais de Civil Law e de Common Law. Trad. port. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 110, abr. 2003, p. 141.

²⁴ “A ‘dispositividade’ e a ‘inquisitividade’ podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc. Nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o “princípio dispositivo” e, em relação ao outro, o ‘princípio inquisitivo’. Por exemplo: no direito processual civil brasileiro, a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional) são, em regra, atribuições da parte (arts. 128, 263 e 460, CPC). Já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas ex officio (art. 130 do CPC). Convém transcrever o pensamento de Barbosa Moreira: ‘...fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração.’. Difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da dispositividade ou da inquisitorialidade que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais. Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente dispositivo ou inquisitivo. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc.” DIDIER JUIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, ago. 2011, pp. 209-210.

específico da instrução probatória, primeiro no atual CPC de 1973 e então no novo CPC de 2015.

Fixada a premissa de que os modelos processuais preservam sua pertinência como ferramenta de fins didáticos e comparativos, ainda que não possam ser vistos como tipos puros, mas apenas e tão somente de características predominantes, passamos à breve descrição dos modelos abordados no presente trabalho.

3. O MODELO ADVERSARIAL

Conforme Damaška, o cerne que caracteriza o modelo adversarial reside em uma disputa que se desenvolve no combate entre dois adversários diante de um julgador relativamente pacífico. Neste quadro, os dois combatentes, as partes, comandam a maior parcela da ação processual.²⁵ Taruffo, de modo similar, discorre:

a figura do juiz é a de um “árbitro passivo”, de um *umpire* desinformado e desinteressado, além do que neutro, que tem a única e exclusiva função de assistir ao livre embate das partes garantindo a correção e sancionando os comportamentos *unfair* ou ilícitos.²⁶

Barbosa Moreira aponta que os traços principais deste modelo são o fato de as partes (ou seus advogados) controlarem e configurarem o modo de litigar, atuando o juiz exclusivamente para decidir as questões discutidas por estas. Afirma também que neste modelo se presume, pelo fato de tanto o acusador quanto a defesa poderem apresentar seus argumentos mais persuasivos, que a verdade irá, de fato, ‘triumfar’.²⁷

Importante destacar que diversos autores frisam o fato de o modelo, enquanto tipo ideal, não existir na realidade da maneira como é descrito na teoria. Salientam que estes são apenas os pontos centrais a serem apontados e que a cultura e tradição jurídica de cada povo se encarregará de somar e subtrair características na prática.

²⁵ DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**. New Haven: Yale University, 1986, p. 3

²⁶ TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e *common law*. In MITIDIERO, Daniel (Org.) **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 19.

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e Processo. **Revista da ABLJ**. Rio de Janeiro, n. 23, 2003, p. 118

Ademais este modelo processual é comumente associado a dois elementos: ao princípio dispositivo²⁸⁻²⁹ e à *common law*³⁰.

Quanto ao primeiro, cumpre ressaltar que o termo “princípio”, aqui, não é utilizado no sentido de norma jurídica (critério da estrutura), mas de “fundamento”, como um norte orientador³¹ da atividade procedimental (critério da fundamentalidade)³². José Roberto dos Santos Bedaque foca nos poderes instrutórios

²⁸ “A palavra “dispositivo”, por sua origem, sugere relação imediata com o âmbito das relações jurídicas disponíveis, dos direitos de que os respectivos titulares podem dispor com liberdade, a seu próprio alvedrio. A quem ouça ou leia a expressão e atente na estrutura do adjetivo, é pois natural que ocorra a suposição da coincidência entre o conjunto desses direitos e o das hipóteses submetidas às diversas manifestações do princípio que assim se nomeia. Este se justificaria como projeção lógica e necessária, no campo processual, daquela disponibilidade; os seus múltiplos desdobramentos nada mais seriam, em substância, que corolários de uma proposição fundamental: o que é disponível fora do processo continua a sê-la no processo. “ (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, out. 2011, p. 1203.)

²⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Francisco Mitidiero identificam duas fases na linha do tempo do estudo do princípio dispositivo. Na primeira fase, entendia-se por princípio dispositivo a faculdade das partes de iniciar o processo, estabelecer o seu objeto material, dispor a respeito do próprio direito pretendido ou da demanda e ainda o encargo do ônus de provar os fatos alegados. Posteriormente, contudo, a doutrina demonstrou que existem dois sentidos para o termo princípio dispositivo, o princípio dispositivo em sentido material ou próprio e o princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio. Conforme os autores: “O princípio dispositivo em sentido material, também denominado princípio da demanda, diz respeito ao poder exclusivo da parte de pedir a tutela jurisdicional e fixar o objeto material do processo (arts. 2º, 128 e 262, primeira parte). (...) O princípio dispositivo em sentido processual concerne em geral à técnica e ao desenvolvimento interno do processo e em especial à escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial, e significa que, embora as partes continuem tendo papel preponderante na formação da prova, o juiz também intervém nessas esferas, sendo dotado de poderes instrutórios (=poder de determinar de ofício a realização de meios de prova necessários à instrução do processo; art. 130) e de impulso processual (=determinar medidas que façam o processo caminhar em direção ao seu fim principal).” **Curso de Processo Civil: volume 1**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 64-65.

³⁰ “A *common law* foi formada pelos juizes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem. A regra de direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra de conduta para o futuro. As regras, respeitantes à administração da justiça, ao processo, à prova e as relativas à execução das decisões de justiça têm aos olhos dos *common lawyers* um interesse semelhante, e mesmo superior, às regras respeitantes ao fundo do direito, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade. A *common law* está, pela sua origem, ligada ao poder real; desenvolveu-se nos casos em que a paz do reiuno estava ameaçada, ou quando qualquer outra consideração importante exigia ou justificava a intervenção do poder real; (...) Tal como os direitos romano-germânicos, a *common law* conheceu uma expansão considerável no mundo inteiro por efeito das mesmas causas: colonização ou recepção. (...) Esta última observação apresenta um interesse particular no que se refere à família da *common law*: entre os países da *common law* acontece, como nos Estados Unidos ou no Canadá, que se formou uma civilização muito diferente, em múltiplos aspectos, da civilização inglesa; o direito destes países pode, por esse fato, reivindicar uma larga autonomia no seio da família da *common law*.”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad.port. Hermínio A. Carvalho. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 25-26.

³¹ DIDIER JUNIOR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 214-215, ago. 2011.

³² Nesse sentido, por exemplo, Celso Antonio Bandeira de Mello conceituou princípio como sendo “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão

do juiz ao definir que este princípio dispositivo encerra limitação à iniciativa probatória de ofício por parte do julgador³³ -

(...) o princípio dispositivo, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede tenha ele iniciativa probatória. Fala-se que as partes, tratando-se de direitos disponíveis, têm total liberdade para influir na prova, não contestando, confessando. Esse comportamento amputaria os poderes instrutórios do juiz e seria consequência do princípio dispositivo.

John A. Jolowicz descreve o princípio dispositivo como aquele segundo o qual as partes são, em geral, livres para dispor de seus direitos e que não cabe ao juiz reajustar os termos da lide de modo a torná-la de acordo com sua visão particular acerca da matéria da disputa.³⁴

Quanto à relação entre o modelo adversarial e a *common law*, apesar de esta ser uma associação corriqueira na doutrina, também é severamente criticada. Conforme observa Taruffo, a contraposição entre processo adversarial e a *common law*, assim como o paralelo entre processo inquisitorial e *civil law* (tópico a ser abordado oportunamente neste trabalho) é um tema que acumula muita literatura na doutrina jurídica de diversos países, mas que, em verdade, em muito se trata de propaganda ideológica a favor de um ou outro sistema, inalcançáveis de um ponto de vista científico.³⁵

Delineadas as características gerais do modelo processual, passamos à análise da instrução probatória nos moldes deste modelo.

e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico" (**Curso de Direito Administrativo**. 16^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 817-818). É nessa acepção que usualmente se alude a "princípio dispositivo".

³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

³⁴ JOLOWICZ, J. A. Adversarial and inquisitorial models of civil procedure. **The international and comparative law quarterly**. Cambridge, v. 52, n. 2, p. 289, 2003. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3663110>. Acessado em: 09 de setembro de 2015.

³⁵ TARUFFO, Michele. El proceso civil de 'civil law': Aspectos fundamentales. **Ius et Práxis**. Talca, v. 12, n. 1, p. 71, 2006. No original: "El segundo ejemplo que aquí merece la pena traer a colación es la contraposición entre proceso *adversarial*, considerado como típico de los ordenamientos de *common law*, y proceso *inquisitorial*, que se considera como típico de los sistemas de *civil law*. Sobre estos temas se ha acumulado en el tiempo, en la cultura jurídica de varios países, una literatura muy amplia, de la cual no es posible dar cuenta en un modo exhaustivo. Me permitiría, sin embargo, una observación irrespetuosa: muchas de aquellas páginas son pura propaganda ideológica a favor de uno u otro sistema y son completamente inatendibles desde un punto de vista científico." Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100004&lng=es&nrm=isso. Acessado em: 30 de agosto de 2015.

3.1. A instrução probatória

Como já apontado, no modelo adversarial clássico há acentuada atuação das partes em comparação com o julgador na condução do procedimento. Neste sentido, compete à parte provocar o órgão jurisdicional de modo a romper sua inércia e dar início ao processo, investigando, pesquisando e apresentando seu caso. O juiz permanece isolado, neutro e passivo até o momento de tomada da decisão. Na instrução, o juiz ouve sem fazer perguntas e decide apenas acerca das questões que as partes ventilam.³⁶

Por consequência, no modelo em comento, a instrução probatória ficaria integralmente a encargo das partes litigantes, não cabendo ao juiz nada além de tomar a sua decisão com base nas provas produzidas pelas partes por iniciativa exclusiva delas. Desta premissa sobressaem algumas conclusões, como, por exemplo, a evidente vantagem que teria a parte com capacidade de contratar uma melhor defesa técnica. Sobre a falta de isonomia que a diferença econômica entre as partes pode causar no processo, discorre Barbosa Moreira:

Convida o reparo, ainda uma vez, a meditar sobre as dificuldades que se opõem, de fato, à atuação do princípio da igualdade, e sobre a conseqüente fratura, que a todo instante se manifesta, entre a igualdade legal e a igualdade real. O fator básico, naturalmente, é o econômico. Desnível grande entre as partes, por esse prisma, além dos desequilíbrios que diretamente provoca, em regra constitui matriz de outros desníveis, que também se refletem no processo. Sabe a lugar-comum a observação de que o litigante de melhores recursos quase sempre tem mais fácil acesso a informações relevantes, está em condições mais favoráveis para armar-se de provas, utiliza os serviços de advogados mais competentes, e assim por diante. Ninguém ignora tampouco que ele pode resistir com menor sacrifício aos inconvenientes da longa duração dos pleitos, e até, eventualmente, daí tirar proveito para constranger o adversário a um acordo que este não aceitaria noutras circunstâncias: Pior do que tudo: o alto custo dos serviços judiciários já a priori representa causa de discriminação, na medida em que desestimula o recurso à Justiça por parte de pessoas desprovidas de meios.³⁷

³⁶ SHERRY, Suzanna; TIDMARSH, Jay. **Civil Procedure (Essentials)**. 1ª ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 34.

³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 37, ano 10, jan-mar/1985, pp. 140-150.

Outra conclusão que podemos extrair é de que, não estando o juiz totalmente convencido com as provas já produzidas pelas partes, não seria facultado a ele ordenar a produção de outras.³⁸ No plano abstrato dos tipos ideais, estes e outros aspectos chamam a atenção e parecem bastante criticáveis.

Contudo, o fato que deve ser lembrado é que as proposições subjacentes do modelo adversarial são a autonomia e iniciativa individual. Isso reflete a crença de que aqueles que detêm o maior interesse na disputa – os próprios litigantes – têm também o maior incentivo para investigar os fatos com afincamento de modo a construir seu caso com bases mais sólidas. Com ambos os lados tendo um interesse pessoal no resultado, na lógica adversarial, a presunção é de que todos os fatos que forem realmente relevantes irão ser apresentados e a “verdade” do caso será trazida a lume.³⁹

Como exemplo clássico desse enfoque na igualdade formal em detrimento da igualdade material, temos o processo civil norte-americano, que será analisado no subtópico seguinte. Neste sistema jurídico, um tratamento igualitário de direitos significa que todos os litigantes devem ser tratados da mesma forma sob a lei, seja ele pessoa física, ente público ou uma grande empresa; seja humilde ou abastado; seja forte ou fraco politicamente – todos são tratados sob as mesmas regras.⁴⁰

³⁸ Curiosamente, Mitidiero identifica características bastante similares do *ordo judicarius* medieval: “Dessarte, o procedimento probatório no *ordo judicarius* vinha caracterizado por duas notas essenciais: primeiro, tudo que se fizesse em juízo em tema de prova assumia uma dimensão dialogal; segundo, não tinha o juiz poder para ordenar de ofício a prova de determinada alegação de fato (*iudex non potest in facto supplere*), o que funcionava como uma garantia de imparcialidade e independência jurisdicionais e possibilitava a livre valoração probatória. O processo civil de nossas Ordenações, a propósito, movia-se dentro dessas mesmas balizas, inadmitindo-se a instrução probatória oficial, já que o juiz deveria julgar conforme achasse alegado e provado pelo feito (Afonsinas, Livro III, Título LXIX, § 1o ; Manuelinas, Livro III, Título L, § 1o ; Filipinas, Livro III, Título LXVI, § 1o), consoante já tivemos a oportunidade de observar. Em suma, a prova no *ordo judicarius* medieval vinha condicionada pelo ambiente filosófico-metódico que lhe impunha as vertentes culturais da época, entendida como um argumento que visava ao convencimento do juiz, que nessa sede deveria comportar-se de maneira, por assim dizer, neutra, sendo-lhe vedada qualquer iniciativa a respeito, submetendo ao debate das partes as alegações fáctico-jurídicas e suas respectivas provas.” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *A lógica da prova no *ordo judicarius* medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação*. KNIJNIK, Danilo (coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 78.)

³⁹ SUBRIN, Stephen N.; WOO, Margaret Y. K. **Litigating in America: Civil Procedure in Context**. 1ª ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 22.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 23.

Sobre a igualdade, importante esclarecer que esta pode funcionar como regra, como princípio ou como postulado. Humberto Ávila explica:

“A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critérios de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).”⁴¹

Eis que temos, então, duas situações extremamente distintas. Uma determina um estado inicial de igualdade (igualdade formal, funcionando como regra); outra, um estágio final de igualdade (igualdade material, funcionando como princípio).

A igualdade material, atuante como princípio, determina um estado de coisas igualitário a ser atingido ou mantido. Para tanto, são necessárias abstenções ou ações, isto é, são necessários atos (comissivos ou omissivos) aptos a atingir aquele estado de coisas. Nesse sentido, a igualdade impede que sejam efetivados atos que não implementem o estado de coisas a ser atingido e impõe que se efetivem atos que implementem aquele estado de coisas.

Portanto, com o registro de que há diferença substancial entre igualdade formal e igualdade material, denotamos que o modelo adversarial, em que a iniciativa é exclusivamente atribuída às partes, está intrinsecamente relacionado à igualdade formal. Ao contrário, o modelo inquisitorial se relaciona com a igualdade material, pois permite ao juiz que atue na busca da “mais correta” solução do litígio entre as partes, com o intuito de se aproximar da verdade material, como será visto em seguida neste trabalho.

Exemplo clássico, sempre citado, de sistema processual civil que mais se aproxima do modelo adversarial é o norte-americano, que passamos a investigar nas linhas seguintes.

3.2. O processo civil adversarial norte-americano

⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 171.

O processo civil norte-americano, embora não seja o único⁴², é um caso emblemático de processo adversarial. O objetivo aqui é identificar alguns pontos deste ordenamento, a forma como se relaciona com o modelo adversarial e alguns atributos que tornam este sistema processual singular.

Toni Fine destaca alguns aspectos fundamentais do sistema de direito anglo-americano, dentre eles o fato de as estruturas governamentais serem marcadas por notáveis divisões de poder, tanto verticais como horizontais. O objetivo é a maior descentralização de poder possível, a fim de evitar a acumulação de autoridade em um único organismo ou nas mãos de uma só pessoa – uma maneira de preservar os direitos e liberdades individuais.⁴³ Também Michele Taruffo e Geoffrey Hazzard Jr. corroboram a afirmativa, destacando a importância da divisão de poderes na estrutura de governo norte-americana e aduzindo que existem dois corolários dessa separação: o primeiro é que nenhum ramo do governo pode agir além do escopo dos poderes que lhe forem conferidos pela Constituição. O segundo é que, caso haja extrapolação dessa competência pré-definida pela Constituição – o abuso de poder –, dá-se margem para um controle, em geral na forma de uma ação judicial, para impedir o ato ou para sanar os possíveis danos que possam ter sido causados ao particular. Evidencia-se uma busca de proteção da esfera particular em relação à pública.⁴⁴

Robert Kagan, por sua vez, vê o processo adversarial americano como a decorrência de uma tensão fundamental entre dois elementos. De um lado, a cultura política americana, que demanda proteção governamental no caso de danos, injustiça e perigos ambientais (portanto, um governo poderoso e ativo). De outro, a estrutura governamental que reflete a desconfiança na concentração do poder e que, portanto, limita e fragmenta as autoridades políticas e governamentais. Neste quadro, o legalismo adversarial auxilia a resolver esta pressão. Em sua visão, em um Estado estruturalmente fragmentado, processos judiciais e tribunais oferecem um mecanismo “não-político” através do qual indivíduos podem exigir altos padrões de justiça do

⁴² Sobre outro caso paradigmático de processo civil nos moldes adversariais, ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁴³ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Trad. Port. Eduardo Saldanha. 1ª ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011, pp. 1-2.

⁴⁴ HAZZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure: an introduction**. 1ª ed. New Haven: Yale University, 1993, p. 29-33.

governo – tanto mais em um judiciário fundamentalmente adversarial, onde as partes detêm acentuada autonomia.⁴⁵

A seu turno, Chase identifica um grupo de fatores peculiares ao procedimento civil americano que classifica como a “excepcionalidade americana”, os quais ele enxerga como um reflexo da singular cultura americana. Utilizando a ótica de Seymour Martin Lipset, o autor traça um rápido esboço dessa cultura, delineando então o que configura esta diferença. Nesse sentido, a ideologia americana é descrita em cinco atributos básicos: liberdade, igualitarismo, individualismo, populismo e *laissez-faire*. Estes valores refletem em diversos aspectos da sociedade americana, tais como o governo central americano rarefeito, os baixos níveis de regulação econômica e social e – voltamos ao objeto da análise – o modo de resolver disputas judiciais.⁴⁶

É nessa conjuntura que Chase arrola os itens da excepcionalidade processual americana: o júri civil, a investigação no *pretrial* controlada pelos litigantes, o papel relativamente passivo do juiz durante o julgamento ou audiência e, por fim, a faculdade de os litigantes escolherem o perito que testemunhará acerca das questões técnicas.⁴⁷

Ao esmiuçar cada um desses elementos “excepcionais”, Chase aduz que uma diferença significativa entre os litígios americanos e os típicos do sistema de *civil law* reside no papel do julgador: o juiz americano permanece, em geral, passivo durante o julgamento, exceto quando convocado pelas partes para tomar uma decisão, ao passo que o juiz continental desempenha um papel expressivamente mais ativo na audiência. No julgamento americano é a parte – o advogado – e não o juiz quem decide qual a prova necessária, e é o advogado quem apresenta a prova através do exame de testemunhas e apresentação de documentos.⁴⁸ Para concluir, no sentido de corroborar essa ideia, Barbosa Moreira leciona que:

Por outro lado, nos Estados Unidos, a pesquisa e reunião de dados úteis à formação do juízo sobre os fatos compete precipuamente aos advogados dos litigantes. O instrumento empregado para tal fim é a chamada *discovery*,

⁴⁵ KAGAN, Robert A. **Adversarial legalism: the American way of law**. 2a. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2003, pp. 14-16.

⁴⁶ CHASE, Oscar G. **Law, Culture, and Ritual: disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005, pp. 50-52.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 62.

procedimento que pode consistir na colheita de depoimentos de partes ou de testemunhas, mediante perguntas orais ou escritas, em interrogatórios, na busca de documentos ou de outras coisas, em exames físicos e mentais das partes e assim por diante. Importa frisar aqui a característica primordial de todas essas atividades: elas se realizam, no comum dos casos, *extrajudicialmente, sem participação do magistrado*, que só intervém quando se torna preciso dirimir questão decorrente de abusos ou recalcitrâncias. Quanto à sessão de julgamento (*trial*), é notória a atitude geralmente passiva do juiz norte-americano, que se limita a fiscalizar a observância das “regras do jogo” por parte dos advogados, aos quais se confia a tarefa de conduzir a tomada das provas orais.⁴⁹

Destarte, o modelo adversarial se adequa às necessidades e ao contexto cultural americano, ao passo que ambos têm elementos basilares semelhantes e já mencionados, como o individualismo, a autonomia do particular e o *laissez-faire*. À vista disso, o processo civil norte-americano, ao longo do tempo, desenvolveu-se no sentido de dar maior ênfase ao princípio dispositivo, modelando suas regras e criando peculiaridades de modo a alcançar uma igualdade formal e obter maior liberdade em relação ao poder público.

Portanto, chegamos ao fim deste tópico para concluir que o modelo processual adversarial se integra com uma visão cultural e social que prioriza a individualidade e liberdade, sustentando assim uma atuação coadjuvante do julgador em relação às partes litigantes.

Analisado o modelo processual adversarial em seus aspectos essenciais, passamos ao exame do modelo inquisitorial.

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil Brasileiro entre dois mundos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, 2001, pp. 19-20.

4. O MODELO INQUISITORIAL

Embora seja comumente utilizado no processo penal, em contraposição ao modelo acusatório, no processo civil é comum a comparação do modelo inquisitorial com o modelo adversarial, por serem diametralmente opostos no que diz respeito ao papel das partes e do juiz. Cabe lembrar neste ponto, novamente, que não existe sistema jurídico algum que seja puramente inquisitorial, de modo que apenas apresentam em maior ou menor medida características deste modelo. Nesse sentido, Barbosa Moreira⁵⁰:

O confronto entre *civil law* e *common law* tem sido feito por diversos prismas. No campo do processo, é critério recorrente o que se tira da “divisão do trabalho” entre juiz e partes (*rectius*: entre juiz e advogados das partes) na instrução probatória. Adverte-se aí uma diferença de acentuação: os ordenamentos anglo-saxônicos atribuem a tarefa principalmente aos advogados, enquanto nos da família romano-germânica assume relevância maior o papel do órgão judicial. Cunharam-se até denominações, no âmbito do *common law*, para assinalar o contraste: ao processo do tipo dominante na família romano-germânica chama-se “*inquisitorial*”, ao outro tipo “*adversarial*”. À evidência, jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual “quimicamente puro”: todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos. Apesar do generalizado reconhecimento desse fato, porém, subsistem na literatura a noção da diversidade e o uso das expressões tradicionalmente empregadas para indicá-la.

Sendo assim, paralelamente ao modelo adversarial, o inquisitorial figura como um dos modelos processuais tradicionais estudados pela doutrina. Sobre o processo inquisitorial, Damaška o caracteriza como uma “investigação oficial”, na qual o protagonista dos atos processuais é o órgão jurisdicional.⁵¹

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: um enfoque comparativo. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003, p. 57.

⁵¹ DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**. New Haven: Yale University, 1986, p. 3

Rodrigo Antônio Tenório⁵², em breve análise histórica, expõe que o termo inquisitorial deriva de “Inquisição” – ferramenta utilizada pela Igreja Católica para eliminar hereges. Observa o autor:

A descrição dos procedimentos aplicados pela Inquisição ilustra um dos mais importantes traços dos sistemas inquisitoriais: a concentração de poderes no juiz, o qual carrega a responsabilidade de coletar provas e julgar o caso. A quantidade de poderes dados aos juizes é inversamente proporcional à alocada nas partes.⁵³

Enquanto o modelo adversarial é usualmente relacionado ao princípio dispositivo e à *common law*, o inquisitorial costuma ser vinculado ao princípio inquisitivo e à *civil law*⁵⁴. Como já apontado neste trabalho, Taruffo entende que tal tipo de associação tem um caráter de “propaganda ideológica” a favor de um ou outro sistema, sendo intangíveis de um ponto de vista científico.⁵⁵

Acerca do princípio inquisitório, Ovídio Araújo Baptista da Silva expôs que este, costumeiramente contraposto ao princípio dispositivo, preceitua que compete ao juiz o poder de iniciativa probatória, com a finalidade de determinar os fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda. Logo, ao juiz é conferido um papel maior do que o de mero espectador do processo. Este deixa de ser somente construído pelas ferramentas das partes – autor e réu –, para ser também por aquelas que o magistrado julgar importantes para a solução da lide. Frisa o autor que não existe ordenamento jurídico onde algum dos dois princípios ocorra de forma exclusiva,

⁵² TENÓRIO, Rodrigo Antônio. **A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial**. 1a. ed. Curitiba: Juruá Editoria, 2011, pp. 19-21.

⁵³ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁴ A propósito da *civil law*, é nesta família que o direito brasileiro é comumente alocado pela doutrina, como se evidencia em Barbosa Moreira: “A esta altura já é possível concluir com segurança que, nos alicerces e na estrutura básica, o processo civil brasileiro é fruto genuíno do sistema jurídico chamado romano-germânico. Filia-se, pois, à família a que tradicionalmente se vem aplicando a denominação inglesa de *civil law*, em oposição à de *common law*, pela qual se designa o direito dos países anglo-saxônicos e daqueles que o assimilaram em razão de vicissitudes históricas.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, 2001, p. 13.)

⁵⁵ TARUFFO, Michelle. El proceso civil de ‘civil law’: Aspectos fundamentales. **Ius et Práxis**. Talca, v. 12, n. 1, p. 70-71, 2006. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100004&lng=es&nrm=iso> acessado em 30 de agosto de 2015.

havendo, portanto, alguma medida do princípio inquisitivo mesmo nos sistemas mais voltados ao princípio adversarial.⁵⁶

Quanto ao sistema de *civil law*, esta é a denominação atribuída pelos *common lawyers* à tradição romano-germânica. De acordo com René David, essa tradição se formou na Europa continental a partir do século XII d.C. e decorre dos princípios e regras dos antigos direitos romano e canônico. Estes, associados aos costumes dos povos germânicos que ocuparam a Europa central após o século V d.C. formaram um conjunto elaborado de normas jurídicas que estão na base dos ordenamentos dos países direta ou indiretamente influenciados pelas nações do continente europeu.⁵⁷

Não obstante muitos autores tratem da história de formação desta família, bem como de suas características, é tarefa árdua e complexa definir traços comuns a todas as ramificações da referida família. Neste sentido, ao analisar a *common law* e a *civil law* como possíveis “icebergs”, no ponto específico da *civil law*, refere Taruffo:

Por um lado, diria que o iceberg *civil law*, na realidade, não existe, e não creio que jamais tenha existido. Seja na história dos últimos dois séculos, seja no momento atual, revela-se impositivo reconhecer a presença de, no mínimo, três modelos fortemente diferenciados, cada um dos quais teve, por sua vez, vários desmembramentos: o modelo austro-alemão, o modelo franco-italiano e o modelo espanhol. Se, portanto, fala-se de um iceberg do *civil law*, realiza-se um nível de abstração excessivo, no qual se colhem poucos traços comuns de caráter muito geral – senão que genérico – mas se perdem de vista as características peculiares – que são as mais importantes – dos modelos singulares.⁵⁸

Delineados os traços gerais do modelo, passamos a uma definição da instrução probatória no modelo inquisitorial.

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civi**, vol. I. 6a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 61-62

⁵⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. port. Hermínio A. Carvalho. 4^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 55-58.

⁵⁸ TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Trad. port. Hermes Zaneti Junior. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 181, mar. 2010, pp. 167-168.

4.1. A instrução probatória

Como já referido, no modelo em comento a atuação do juiz no andamento do processo é sensivelmente superior à das partes. Com efeito, Hermes Zaneti Júnior alude ao ativismo judicial preponderante como característico do modelo. Se no adversarial o julgador pode ser considerado um “convidado de pedra”, aqui ele se torna um “juiz burocrata”, participante ativo da instrução probatória. Neste sentido o autor utiliza o termo “assimétrico” para caracterizar o procedimento que adota este modelo, considerando que a posição de destaque do juiz “acaba por desigualar a relação de isonomia entre as partes”.⁵⁹ Conforme o autor, “ao tomar para si a responsabilidade de lidar com o material probatório o Estado-juiz verticaliza a relação processual, tornando-se o vértice do discurso institucional.”⁶⁰

Assim, o desempenho do juiz se justifica na medida em que, aqui, o objetivo é a isonomia substancial, real, não mais seu aspecto puramente formal. Busca-se, desta feita, atingir a verdade real, o que apenas seria possível com a intervenção do juízo na instrução.

Sobre a importância da verdade real, Arenhart e Marinoni asseveram:

Se a regra jurídica pode ser decomposta em uma hipótese fática (onde o legislador prevê uma conduta) e em uma sanção a ela atrelada, não há dúvida de que o conhecimento dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a aplicação do direito positivo, sob pena de ficar inviabilizada a concretização da norma abstrata. Tamanha é a importância da verdade (e da prova) no processo, que Chiovenda ensinava que o processo de conhecimento trava-se em dois termos (a demanda e a sentença), por uma série de atos, sendo que “esses atos têm, mais ou menos diretamente, por objeto, colocar o juiz em condições de se pronunciar sobre a demanda e enquadram-se particularmente no domínio da *execução das provas*”. Na mesma linha de pensamento, Liebman, ao conceituar o termo “julgar”, assevera que tal consiste em valorar determinado fato ocorrido no passado, valoração esta feita com base no direito vigente, determinando, como consequência, a norma concreta que regerá o caso. Ora, partindo-se desse pressuposto, nada mais natural do que eleger, como um dos princípios essenciais do processo

⁵⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil. **Revista de processo**. São Paulo, v. 116, ano 29, jul-ago/2004, p. 356.

⁶⁰ *Idem*.

– senão a função principal do processo de conhecimento –, a busca da verdade substancial.⁶¹

Por conseguinte, no que diz respeito à instrução probatória, o juiz tem por obrigação buscar provas para confirmar as afirmativas das partes no processo: sob a ótica deste modelo, considerando o juiz haver indícios suficientes de um fato controverso, deve, *ex officio*, buscar a prova que fundamente seu convencimento. As provas devem corroborar com exatidão o resultado, de modo que o objetivo da busca pela verdade real seja – ao menos aparentemente – alcançado.

Essa é a configuração básica do processo inquisitivo, que concede poderes ilimitados ao magistrado para suprir a insuficiente atividade processual das partes e encontrar a verdade substancial do caso.

A seguir, analisaremos brevemente o processo civil austríaco fundado no Código de Processo Civil idealizado por Franz Klein. Embora não seja considerado pela doutrina como um ordenamento inquisitorial, buscaremos evidenciar traços deste modelo processual no tema da instrução probatória.

4.2. O código de processo civil austríaco de Franz Klein

Foi na busca de um processo mais eficiente na aplicação e realização do direito que Franz Klein idealizou a reforma processual austríaca no final do século XIX.

Na visão de Klein, o processo era um “mal social” que gerava influência na economia nacional, devendo, portanto, ser extinto da maneira mais rápida, simples e barata.⁶² Nessa esteira, em 1895, o Código de Processo Civil austríaco aumentou os poderes do juiz quanto à formação e valoração das provas. Foram atribuídos ao juiz todos os poderes necessários para tornar a igualdade das partes no processo não apenas formal e aparente, mas efetiva e válida – trata-se aqui da igualdade material.⁶³ Desta sorte, a atividade mais aguda do magistrado, estimulado a participar de forma

⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 297-298.

⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 90, v. 30, jun. 2003, p. 58.

⁶³ CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 141.

mais intensa no processo e em particular na investigação dos fatos, possibilitaria a execução do processo como ferramenta para o bem-estar social.⁶⁴

Por óbvio, não se fala aqui de um processo civil integralmente inquisitorial; em verdade, não foi este o objetivo de Klein e, na presente análise, são apenas alguns pontos de convergência com as características essenciais do modelo inquisitorial que são ressaltados.

Em que pese a doutrina costume considerar o modelo austríaco como misto, sob o ponto de vista da instrução probatória, evidencia-se clara tendência inquisitorial – especificamente, sobre a iniciativa do juiz. Nesse sentido, podemos destacar dois dispositivos do *Zivilprozessordnung* – o §183⁶⁵ e o §432⁶⁶, do Código Processual Civil austríaco. O primeiro oportuniza que o presidente do órgão colegiado de primeiro grau atue *ex officio* em alguns atos, como a intimação das partes para que compareçam pessoalmente na audiência e para determinar a apresentação de certos documentos de interesse para a causa.⁶⁷ Quanto ao §432, evidencia a possibilidade de atuação do

⁶⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 05.

⁶⁵ REPÚBLICA DA ÁUSTRIA. *Zivilprozessordnung* §. 183.: (1) Behufs Erfüllung der dem Vorsitzenden nach §. 182 obliegenden Verpflichtungen kann der Vorsitzende insbesondere: 1. die Parteien zum persönlichen Erscheinen bei der mündlichen Verhandlung auffordern; 2. verfügen, dass die Parteien in ihren Händen befindliche Urkunden, auf welche sich die eine oder die andere berufen hat, Acten, Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenstände, ferner Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen und Zusammenstellungen vorlegen und eine bestimmte Zeit bei Gericht belassen; 3. Die Herbeischaffung der bei einer öffentlichen Behörde oder bei einem Notar verwahrten Urkunden, auf welche sich eine der Parteien bezogen hat, der Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände veranlassen; 4. die Vornahme eines Augenscheines unter Zuziehung der Parteien und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen, sowie Personen, von denen nach der Klage oder dem Gange der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Tatsachen zu erwarten ist, als Zeugen laden oder, falls bereits eine Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung abgehalten wurde, durch den ersuchten Richter unter Zuziehung der Parteien vernehmen lassen. Disponível em: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699>. Acesso em 07 de setembro de 2015.

⁶⁶ REPÚBLICA DA ÁUSTRIA. *Zivilprozessordnung* §. 432.: (1) Der Richter hat Parteien, welche rechtsunkundig und nicht durch Rechtsanwälte vertreten sind, erforderlichenfalls die zur Vornahme ihrer Processhandlungen nöthige Anleitung zu geben und dieselben über die mit ihren Handlungen oder Unterlassungen verbundenen Rechtsfolgen zu belehren. (2) Insbesondere hat der Richter solche Parteien bei Verkündung seiner Entscheidungen auf die Frist, binnen welcher eine Entscheidung durch ein Rechtsmittel angefochten werden kann, und auf die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Bestellung eines Rechtsanwalts als Processbevollmächtigten für die Ergreifung des Rechtsmittels vorschreiben, aufmerksam zu machen. (3) Einer Partei, die sich in einem Schriftsatz nicht verständlich auszudrücken vermag, ist unter Setzung einer angemessenen Frist der Auftrag zu erteilen, den Schriftsatz nach Bestellung eines geeigneten Bevollmächtigten, erforderlichenfalls eines Rechtsanwalts, neuerlich einzubringen, andernfalls der Schriftsatz als nicht eingebracht anzusehen ist. Disponível em: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699>. Acesso em 07 de setembro de 2015.

⁶⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 05-06.

jugador no caso de considerar que alguma ou todas as partes não estão apropriadamente preparadas ou defendidas, de modo a “protegê-las” e garantir a igualdade material. O dispositivo estabelece a possibilidade de o juiz instruir as partes ignorantes do direito ou não representadas por advogado, bem como aconselhá-las sobre as consequências jurídicas de seus atos ou omissões.⁶⁸

Portanto, dessa análise, pode ser inferido que o Código de Processo Civil austríaco aumentou profundamente os poderes do magistrado quanto à formação e à valoração das provas e atribuiu ao julgador todos os poderes e deveres considerados necessários para tornar a igualdade das partes no processo, não apenas formal e aparente, mas efetiva e válida – um dos objetivos essenciais do princípio inquisitório.⁶⁹

Encerramos o tópico averiguando que o modelo inquisitorial se sustenta na premissa de que um processo correto e adequado necessita de um julgador atuante e ativo. Neste quadro, torna-se imprescindível atribuir ao mesmo poderes para atuar *ex officio*, na medida em que este, como sujeito imparcial, é o mais indicado para definir uma melhor condução processual.

Fica clara aqui a razão por que os modelos adversarial e inquisitorial são tidos como diametralmente opostos pela doutrina tradicional: cada qual, com seus próprios fundamentos, estabelece sua visão acerca do escopo da atividade jurisdicional e da maneira mais propícia para atingi-lo. Logo, não se trata de mera coincidência o fato de o modelo adversarial estar calcado no protagonismo das partes, ao passo que o modelo inquisitorial demanda um juiz ativo. Ambos possuem uma série de características que desaguam nessa diferença essencial.

Feitas essas considerações, passamos agora ao estudo de um modelo que, embora relativamente recente, já tem sido estudado e adotado em alguns ordenamentos jurídicos – a exemplo do português, como analisaremos a seguir.

⁶⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. A Ideologia no Processo Civil. Trad. Port. Athos Gusmão Carneiro. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, ano IV, n. 13, 1969, pp. 25-26.

5. O MODELO COOPERATIVO

Abordaremos agora o modelo processual cooperativo, que tem sido consagrado pela doutrina como modelo propício para se alcançar um processo efetivo e a verdade necessária para que o julgador possa formar sua convicção.⁷⁰

Ao apresentar este modelo processual, Fredie Didier Júnior explica que o modelo cooperativo tem como característica o redimensionamento do princípio do contraditório, que deixa de ser mera regra formal a ser observada, de forma a haver o aprimoramento da decisão judicial. Nesse sentido, ocorre a “inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo do processo”. Conforme o autor:

A condução do processo deixa de ser *determinada* pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição *assimétrica* em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais.⁷¹

No mesmo passo:

(...) o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões.⁷²

Consoante Daniel Mitidiero, o modelo cooperativo se estrutura com base em pressupostos culturais, que podem ser analisados sob a ótica de pressupostos sociais, lógicos e éticos.

No que tange às bases sociais, por exemplo, o autor aponta a figura do “Estado

⁷⁰ GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, dez. 2013, p. 115.

⁷¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 216, ago. 2011.

⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 136.

Constitucional Cooperativo”⁷³ e explica que o modelo cooperativo organiza as relações entre Estado, sociedade e indivíduo de maneira diversa dos outros modelos. Isso reflete no processo civil na medida em que se forma, parafraseando o autor, uma “comunidade de trabalho entre as pessoas do juízo”.⁷⁴ Afirma, ainda:

Nessa quadra, coloca-se o órgão jurisdicional como um dos participantes do processo, igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento. O juiz converte-se em um de seus sujeitos. Por força do contraditório, vê-se obrigado ao debate, ao diálogo judiciário. Vê-se na contingência, pois, de dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, estando gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes.⁷⁵

Sobre os supramencionados deveres atribuídos ao magistrado, o dever de esclarecimento tem o objetivo de que não sejam compreendidas de maneira deturpada as posições das partes quanto a suas próprias alegações pelo Tribunal; o dever de auxílio fixa ao órgão jurisdicional o dever de colaborar com as partes na performance de seus ônus processuais; é designado ao Estado que oriente as partes de que o direito material afirmado em juízo pode tombar em face do uso inadequado do processo de acordo com o dever de prevenção; e, por fim, o dever de consulta estabelece que deve o juiz consultar as partes sobre quaisquer questões antes de decidir.⁷⁶

No que refere aos pressupostos lógicos, o autor esboça um quadro que inspira

⁷³ “O conceito “Estado Constitucional” somente pode ser esboçado aqui como o Estado em que o poder público é juridicamente constituído e limitado através de princípios constitucionais materiais e formais: Direitos Fundamentais, Estado Social de Direito, Divisão de Poderes, independência dos Tribunais, - em que ele é controlado de forma pluralista e legitimado democraticamente. É o Estado no qual o (crescente) poder social também é limitado através da “política de Direitos Fundamentais” e da separação social (por exemplo, “publicista”) de poderes. O Estado Constitucional é o tipo ideal de Estado da “sociedade aberta”. Abertura tem, também, uma crescente dimensão internacional ou “supranacional”- dela faz parte a responsabilidade. O Estado Constitucional cooperativo trata, ativamente, da questão de outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos “estrangeiros”: sua “abertura ao meio” é uma “abertura ao mundo”. A cooperação realiza-se política e juridicamente. Ela é, sobretudo, um momento de configuração. O Estado Constitucional Cooperativo “corresponde” a desenvolvimento de um “Direito Internacional Cooperativo”. (HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. port. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 6-7)

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 79-81

⁷⁵ *Ibidem*, p. 84.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 85.

a estruturação de um novo formalismo processual. Este permite a criação de um ambiente de cooperação com um rigor formal restringido e com redistribuição de tarefas entre os sujeitos processuais. Aponta, nesse aspecto, uma reabilitação da feição argumentativa do Direito.⁷⁷

Finalmente, as bases éticas do modelo cooperativo são delineadas pelo respeito dos participantes do processo (logo, inclui-se aqui o juiz) à boa-fé em suas perspectivas subjetiva e objetiva.⁷⁸

De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a ideia de cooperação não apenas implica um juiz ativo, mas também o restabelecimento do caráter isonômico do processo, na busca de um ponto de equilíbrio. Para alcançar tal objetivo, temos a intensificação dos poderes das partes, através de uma participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão. Assim, encontramos um quadro em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes, legitimando o exercício da jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo, pela colaboração, vivificada por permanente diálogo, e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e de seus representantes.⁷⁹

Imprescindível mencionar aqui a ressalva de Mitidiero sobre a colaboração entre os sujeitos processuais: em verdade, o auxílio se dá do juiz para com as partes, não se falando aqui em colaboração entre as partes. É o que se depreende no seguinte excerto:

E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo não implica a colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. **Revista do advogado**. V. 35, n. 126, maio 2015, p. 48.

⁷⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 87-111.

⁷⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, n. 90, v. 30, jun. 2003, p. 64.

do litígio.⁸⁰

Ainda sobre a boa-fé, a doutrina compara o modelo cooperativo com os modelos tradicionais, destacando a presença deste instituto em sua dupla acepção⁸¹ no modelo cooperativo, enquanto nos modelos tradicionais prevalece apenas a boa-fé em seu aspecto subjetivo. Inclusive, nestes últimos, a boa-fé é exigida apenas nas ações das partes, não havendo exigência da mesma nos atos do julgador. De maneira diversa é encarada a boa-fé nos moldes cooperativos, onde, além de ser aplicado em ambos sentidos, também existe a expectativa de ser observada tanto pelas partes quanto pelo julgador.⁸²

5.1. A instrução probatória

Feitas as considerações supramencionadas, é possível traçarmos, à primeira vista, uma linha de comunicação entre o modelo inquisitorial e o modelo cooperativo. Isto porque, na perquirição de seus objetivos, ambos os modelos atribuem, em diferentes medidas, protagonismo à atuação do juiz. Todavia, se de um lado este papel principal domina toda a instrução probatória inquisitorial, na instrução cooperativa o caminho é diverso. Mitidiero utiliza o termo *ativismo judicial* no sentido de caracterizar um juiz contemporâneo, que detém posição ativa e participativa no

⁸⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. **Revista do advogado**. V. 35, n. 126, maio 2015, p. 49.

⁸¹ “A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem. Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subjuntivo.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp.411-412.

⁸² DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 49; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 105-108.

procedimento.⁸³

Com efeito, no caso do modelo processual cooperativo, não se trata de menos poderes ao juiz, mas sim de distribuição de poderes e deveres também a todos os sujeitos processuais – frise-se aí, também, ao órgão judicial. A condução assimétrica do processo é suplantada pela condução cooperativa, marcada pela presença de um julgador isonômico⁸⁴: perfectibiliza-se, assim, a comunidade de trabalho entre as partes e o juiz. A respeito, esclarece Mitidiero:

A isonomia está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, agindo ativamente, fá-lo de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões (de modo que o *iudicium* acabe sendo efetivamente um ato *trium personarum*, como se entendeu ao longo de toda a praxe do direito comum). Toda a condução do processo dá-se com observância, inclusive com relação ao próprio juiz, do contraditório.⁸⁵

Assim sendo, no que refere à formação da estrutura probatória em particular, resta evidente que esta deve envolver a comunidade de trabalho em que se apoia o modelo sob análise. A visão individualista do processo é superada ao se conferir iniciativa oficial ao julgador no terreno probatório, com o fito de atenuar as desigualdades materiais entre as partes. É o que relata Sérgio Mattos:

Sem embargo, não se conseguirá jamais suprimir ou reduzir a desigualdade das partes sem que o juiz assuma decididamente um papel mais ativo no processo. Em outras palavras, não basta, para tanto, que as partes “ludem com as armas” de que disponham, sob a fiscalização de um juiz preocupado exclusivamente em prevenir ou reprimir as eventuais infrações das regras da “disputa”. O contraditório, entendido como “*garantia di sostanziale parità delle parti nel processo*”, exige, para efetivar-se, um juiz capaz de assegurá-lo. Nessa medida, forçoso reconhecer que os poderes do juiz “integram-no e o disciplinam, temperando em certos casos o desequilíbrio dinâmico que pode criar-se entre as partes devido a imperfeições na organização dos ofícios da acusação e da defesa”.

⁸³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

⁸⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 47.

⁸⁵ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 82.

Trata-se, em grande parte, de confiar ao juiz, para além do poder de direção formal, o de direção material do processo civil.⁸⁶

Acrescenta ao tema Mitidiero que a “comunhão de trabalho” dos sujeitos do processo se revela porquanto é possibilitado às partes influir sobre a valoração das provas, as quais são submetidas à sua análise.⁸⁷ Nesta senda, para que sejam aferidas as dimensões da matéria a se provar, deve haver o diálogo, de modo que o juiz possa filtrar, dentre as alegações de fato, aquelas que devem ser objeto de prova.⁸⁸

Quanto à distribuição do ônus probatório, a dinamização do encargo da prova se coaduna perfeitamente com as diretrizes do processo cooperativo. Prossegue Mitidiero afirmando que:

Seu fundamento [do processo cooperativo] está na necessidade de velar-se por uma efetiva igualdade entre as partes no processo e por uma esmerada observação dos deveres de cooperação nos domínios do direito processual civil, notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional com as partes.⁸⁹

Por fim, cumpre ressaltar que essa isonomia entre os sujeitos processuais se restringe à condução do processo, durante a atividade cognitiva do mesmo, mas somente até o momento da decisão, no qual não há paridade. Não há que se falar nas partes decidirem com o juiz, haja vista que esta função é exclusiva sua. Sendo a decisão uma consequência de todo o trabalho realizado em cooperação na condução do procedimento, a sua prolação, especificamente, é atividade privada do poder público, não havendo, aqui, a atuação das partes. Afirma Didier Júnior que:

(...) a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder. Em um processo autoritário/inquisitorial, há essa assimetria

⁸⁶ MATTOS, Sérgio Luís Wetzell de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 78-79.

⁸⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 138-139.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 140-143.

também na condução do processo.⁹⁰

Traçadas as características gerais deste modelo, analisaremos agora o processo civil português, que adotou o princípio cooperativo como elemento essencial de seu ordenamento.

5.2. O caráter cooperativo do processo civil português

Quando se fala em processo civil nos moldes cooperativos, é comum que o processo civil português seja apontado pela doutrina. De fato, devido à reforma empreendida no processo civil daquele país, nos anos de 1995 e 1996, o princípio da cooperação passou a ser elemento essencial naquela ordem jurídica.

Assim, este princípio foi consagrado expressamente no art. 266º do CPC português com a reforma de 95/96, sendo tal redação repetida no NCPC português no art. 7º, nos seguintes termos:

Artigo 7.º: Princípio da cooperação

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.⁹¹

Destarte, evidenciam-se aí alguns dos deveres supramencionados, decorrentes do princípio da cooperação, como o dever de esclarecimento (art. 7º, 2)

⁹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 48-49.

⁹¹ REPÚBLICA PORTUGUESA. Código de Processo Civil – Lei 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação 36/2013, de 12 de agosto. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 02 de setembro de 2015.

e o dever de auxílio (art. 7º, 4). Didier Júnior identifica ainda outros reflexos do princípio da cooperação no ordenamento processual civil português, como os arts. 508º, 1, “b”⁹², 508º-A, 1, “c”⁹³, 690º, 4⁹⁴ e 701º, 1⁹⁵, do CPC de 1963, que concretizam o dever de cooperação no processo, por meio do convite ao aperfeiçoamento pelas partes de seus articulados ou das conclusões das suas alegações de recurso.⁹⁶

É mencionado também o efeito deste princípio na instrução probatória, ao passo que as partes ficam incumbidas do dever de colaborar com a descoberta da verdade, conforme se depreende do art. 519º, 1 do CPC de 1969, cujo texto foi mantido no atual CPC (art. 417º), estabelecendo o seguinte:

Artigo 417.º: Dever de cooperação para a descoberta da verdade

1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.⁹⁷

⁹² REPÚBLICA PORTUGUESA. Código de Processo Civil – Lei 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação 36/2013, Artigo 508.º: 1 - Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a: b) Convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 02 de setembro de 2015.

⁹³ REPÚBLICA PORTUGUESA. Código de Processo Civil – Lei 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação 36/2013, Artigo 508.º-A: 1 - Concluídas as diligências resultantes do preceituado no n.º 1 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência preliminar, a realizar num dos 30 dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes: c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 02 de setembro de 2015.

⁹⁴ REPÚBLICA PORTUGUESA. Código de Processo Civil – Lei 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação 36/2013, Art. 690.º: 4 - Quando as conclusões faltarem, sejam deficientes, obscuras, complexas ou nelas se não tenha procedido às especificações a que alude o n.º 2, o relator deve convidar o recorrente a apresentá-las, completá-las, esclarecê-las ou sintetizá-las, sob pena de não se conhecer do recurso, na parte afectada; os juízes-adjuntos podem sugerir esta diligência, submetendo-se a proposta a decisão da conferência. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 02 de setembro de 2015.

⁹⁵ REPÚBLICA PORTUGUESA. Código de Processo Civil – Lei 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação 36/2013, Art. 701.º: 1 - Distribuído o processo, o relator aprecia se o recurso é o próprio, se deve manter-se o efeito que lhe foi atribuído, se alguma circunstância obsta ao conhecimento do seu objecto, ou se as partes devem ser convidadas a aperfeiçoar as conclusões das alegações apresentadas. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 02 de setembro de 2015.

⁹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 19.

⁹⁷ REPÚBLICA PORTUGUESA. Código de Processo Civil – Lei 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação 36/2013, de 12 de agosto. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 02 de setembro de 2015.

Observamos aqui um dispositivo que tem o objetivo de atribuir expressamente o caráter cooperativo à descoberta da verdade no processo.

Além disso, Didier Júnior salienta o importante papel das cláusulas gerais⁹⁸ neste dispositivo e no Código de Processo Civil português em geral. O autor aponta a flexibilidade do processo civil lusitano em decorrência desses dispositivos, que se localizam no início da codificação, formando uma introdução para a compreensão do processo civil português como um todo. Aduz que, ainda que deva haver um equilíbrio entre cláusulas casuísticas e cláusulas gerais, um sistema composto destas últimas convida o julgador a participar mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, intensificando o seu poder criativo.⁹⁹

Retomando o propósito que tencionamos no início deste trabalho, encabeçaremos à análise do papel dos sujeitos processuais dentro da instrução probatória nos limites do Código Processual Civil vigente e do Novo Código, já sancionado (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) e com vigência projetada para março de 2016.

Faremos tal exame porquanto enxergamos que a maneira mais acertada de tentar enquadrar determinado sistema processual em um ou outro modelo é aquela que parte da análise da atuação dos sujeitos processuais dentro do ordenamento processual. Como forma de reforçar tal assertiva, transcreve-se Barbosa Moreira:

O núcleo característico de um sistema processual reside fundamentalmente na relação entre os papéis atribuídos ao juiz e às partes, em si mesmas ou enquanto representadas por seus advogados. Cada sistema, em função das premissas ideológicas em que assente e dos fins primordiais que pretenda atingir, opta por um modo de equilibrar os movimentos dessas peças; e o tipo

⁹⁸ Uma cláusula geral é um texto normativo que não estabelece o significado do termo (pressuposto), tampouco as conseqüências jurídicas da norma (conseqüente). Há indeterminação legislativa tanto na hipótese fática quanto no seu efeito jurídico. Conforme Judith Martins-Costa: “As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei “clara, uniforme e precisa”, como na célebre dicção voltaireana –, foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana”. MARTINS-COSTA, Judith. O direito Privado como um “sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 753, jul. 1998, p. 5.

⁹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 59.

de equilíbrio adotado define o sistema.¹⁰⁰

Encerramos a 1ª parte, portanto, com o exame dos modelos processuais, bem como a conceituação e definição de prova e instrução probatória. Iniciamos agora a 2ª parte deste estudo, para analisar a instrução probatória conforme o atual CPC e, por fim, conforme o NCPC.

¹⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil Brasileiro entre dois mundos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, 2001, pp. 16-17.

2ª PARTE – COMPARAÇÃO: A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO NCPC E OS MODELOS PROCESSUAIS

1. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL DE 1973 E O PAPEL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Agora passaremos ao enfoque das atividades dos sujeitos processuais na instrução probatória sob a égide deste Código Processual Civil, com a finalidade de descobrir se podemos relacioná-lo a algum dos modelos processuais. Dessa maneira, teremos uma base de comparação para o próximo tópico.

José Carlos Barbosa Moreira caracteriza como uma “aberração” a postura de inércia judicial no campo da instrução probatória no processo civil pátrio, considerando o ordenamento vigente, que atribui poderes-deveres diametralmente opostos a essa inércia.¹⁰¹ O autor destaca alguns dispositivos do CPC/1973 que evidenciam isto, os quais serão a base de nosso exame e que seguem transcritos abaixo:

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.

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

Art. 416. O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento.

Art. 426. Compete ao juiz:

(...)

II - formular os [quesitos] que entender necessários ao esclarecimento da causa.

Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

¹⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil Brasileiro entre dois mundos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, 2001, p. 19.

Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.¹⁰²

De fato, os dispositivos acima reproduzidos revelam, hoje, no direito brasileiro, o protagonismo da atuação do juiz na instrução probatória: clara tendência inquisitorial, como pode se inferir com base no perfil traçado no tópico 4 da 1ª parte deste trabalho. A respeito:

No ordenamento jurídico brasileiro, nada obstante ainda se perceba, na doutrina e na jurisprudência, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado – fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual – pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de conferir ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios. Segue-se a tendência de adoção do *inquisitorial system* observada nos países latino-americanos, conferindo-se maior relevância à iniciativa probatória oficial.¹⁰³

Nesse contexto, Bedaque identifica como finalidade básica da jurisdição a atuação correta das normas, a “manutenção da integridade do ordenamento jurídico”, nas palavras do autor. Explana que se trata de função social do processo a maior aproximação do resultado da atividade jurisdicional da vontade do direito substancial – assim, na medida em que o julgador tiver condições de contribuir para a formação do conjunto probatório, deverá fazê-lo mediante iniciativa instrutória.¹⁰⁴ Ademais, aduz que o juiz, a quem cabe o julgamento, é o mais indicado para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova, justamente por ser o destinatário da mesma: ele é quem pode avaliar quais são os meios imprescindíveis para a formação do seu convencimento, de modo que o escopo da atividade jurisdicional possa ser auferido.¹⁰⁵

¹⁰² BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

¹⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 2, pp. 22-23.

¹⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 15.

¹⁰⁵ “Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com a consequente pacificação, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-la, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele

Validando estas afirmações, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que justificativas que outrora obstaculizavam a atuação oficiosa do juiz no campo probatório restam afastadas pela doutrina. O autor refuta o argumento de que a igualdade das partes resta ameaçada diante da atuação probatória oficiosa do magistrado. Aduz:

A igualdade de partes desiguais em termos econômicos ou técnicos só poderá ser efetivada no processo com a permissão da atividade instrutória de ofício, o que evitará que a vitória ocorra em razão de superioridade econômica ou técnica de uma delas. A paridade de armas, exigência fundamental do contraditório efetivo, muitas vezes exige do juiz uma posição mais ativa na instrução probatória, como forma de igualar concretamente as chances de ambas as partes se sagrarem vitoriosas na demanda.¹⁰⁶

Mattos analisa a amplitude dos poderes instrutórios do juiz. Primeiramente, assevera que isso não está ligado à natureza disponível ou indisponível do direito material: se, em um primeiro momento, a parte dispõe de plena liberdade para pedir a tutela jurisdicional e fixar o objeto do processo, independentemente da natureza do direito controvertido, em um segundo momento, depois de instaurado o processo, o poder de direção formal do processo é subtraído das partes, que se revelam, então, colaboradoras do juiz. Este, por sua vez, fica incumbido de “controlar o rápido, leal e regular desenvolvimento do processo e, de modo particular, assumir de ofício meios probatórios, dentro dos limites dos fatos alegados pelas partes.”¹⁰⁷

Resta claro aí que o princípio dispositivo guarda relação essencialmente com a propositura da demanda e fixação do objeto do processo, mas não com a instrução probatória. Barbosa Moreira também ponderou acerca da inexistência de correlação entre a natureza do direito controvertido e os poderes instrutórios do juiz:

“Dir-se-á que os litigantes hão de conservar o poder de dispor de seus

assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessário.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 16-18.

¹⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – volume único**. 6a ed. São Paulo: Método, 2014, p. 485.

¹⁰⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 22.23.

direitos. Ora, ninguém é forçado a invocar um direito em juízo, nem, por conseguinte, a alegar o fato de que ele se originaria. Mas aí cessa o poder de disposição. Se a parte alega o fato, é porque quer que dele se extraia esta ou aquela consequência jurídica. Impedir o juiz de fazer o possível – observados sempre os limites do pedido e causa de pedir – para certificar-se de que o fato alegado realmente ocorreu (ou não ocorreu) será atitude manifestamente contraditória. Caso lhe resulte inconveniente, por tal ou qual motivo, a averiguação, tem ainda o litigante, no âmbito das relações jurídicas disponíveis, a opção de renunciar ao direito postulado, e com isso barrar o caminho à cognição judicial. O que de jeito nenhum se afigura razoável é pretender a tutela jurisdicional e, ao mesmo tempo, objetar a que o juiz se muna dos elementos necessários para verificar se deve ou não prestá-la nos termos requeridos.”¹⁰⁸

Ainda, Mattos toca na questão da imparcialidade do juiz: registra que é comum na doutrina pátria ser referido sobre a necessidade da preservação da imparcialidade do julgador diante dos seus poderes instrutórios, que devem, portanto, ser limitados.¹⁰⁹

A respeito desta questão, Taruffo elucida que a garantia da imparcialidade decorre de alguns aspectos processuais, tais como da exigência de contraditório efetivo, de fundamentação da decisão e da previsão do duplo grau de jurisdição, com o que se possibilita o controle das decisões pela instância superior.¹¹⁰ É justamente nesta vereda que caminha Mattos:

Além disso, a observância do dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição de 1988) e o eventual reexame da decisão em segundo grau de jurisdição permitem o controle de desvios na conduta do juiz. Isso para não dizer que o respeito ao contraditório (art. 5º, LIV, da Constituição de 1988) é a mais eficaz garantia contra o risco de uma atuação parcial do juiz, no campo da instrução probatória. Portanto, o órgão judicial não empenna a sua imparcialidade com a assunção de meios de prova.¹¹¹

Para além da doutrina, a jurisprudência também notoriamente demonstra haver caráter inquisitorial na instrução probatória. A seguir, alguns exemplos:

¹⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. **Temas de Direito Processual, Nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97.

¹⁰⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 24-30.

¹¹⁰ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. **Ius et Praxis**. Talca, v. 12, n. 2, p. 95-122, 2006. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso>. Acessado em 11 de novembro de 2015.

¹¹¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 29.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. DISCUSSÃO ACERCA DO DIREITO DAS AUTORAS À NOMEAÇÃO. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS DEFERIDO PELO MAGISTRADO DE ORIGEM. ART. 130 DO CPC. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que o Tribunal de origem é soberano na análise das provas, podendo, portanto, concluir pela necessidade ou desnecessidade da produção de provas periciais e documentais. Isso porque, o art. 130 do Código de Processo Civil consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado fica habilitado a valorar, livremente, as provas trazidas à demanda.

2. A alteração do entendimento da Corte de origem quanto à necessidade, ou não, de apresentação dos documentos requeridos pelas recorridas, na forma pretendida, demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Contudo, tal medida encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

3. Agravo Regimental da PETROBRAS desprovido.¹¹²

O julgado acima se funda no artigo 130 do atual CPC. Sobre este, assevera Neves que “admite que o juiz determine de ofício a produção de provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.¹¹³

O autor identifica duas partes do dispositivo, explanando que a primeira dá a possibilidade ao juiz de determinar a produção de ofício da prova, ainda que haja inércia de autor e réu, estando o julgador, contudo, restrito aos fatos jurídicos por eles aventados; a segunda é relativa à faculdade de o juiz indeferir as provas requeridas quando estas forem claramente inúteis ou protelatórias – não podendo se falar aí em cerceamento de defesa.¹¹⁴ Abaixo, exemplos de julgados nesses dois aspectos do art. 130, CPC/73:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL DETERMINADA EX OFFICIO PELO TRIBUNAL A QUO. INDISPENSABILIDADE PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ. CABIMENTO E EXIGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Justifica-se a discricionariedade do Juiz para evitar que a parte vulnerável da relação processual seja tolhida no seu direito, por insuficiência financeira.

¹¹² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 1381319 / RJ. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 04/11/2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1455428&num_registro=201002094494&data=20151104&formato=HTML

Acesso em: 06 de dezembro de 2015.

¹¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – volume único**. 6a ed. São Paulo: Método, 2014, p. 486.

¹¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – volume único**. 6a ed. São Paulo: Método, 2014, p. 486.

Nesses casos, o Magistrado tem o dever de ser sensível às vicissitudes da vida humana, tendo a prerrogativa de agir de ofício quando preciso, protegendo determinada pessoa que se encontre em desproporção econômica, assim como se justifica a criação do direito das crianças, dos idosos e dos incapazes por qualquer enfermidade que ostentem.¹¹⁵

2. Agravo Regimental a que se nega provimento.¹¹⁵

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, 130 E 458 DO CPC. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. MERA REPETIÇÃO DOS ARGUMENTOS DO RECURSO ESPECIAL NAS RAZÕES RECURSAIS DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. Não configura o cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção de provas requeridas pelas partes, quando o tribunal de origem entender que o feito foi corretamente instruído, declarando a existência de provas suficientes para o seu convencimento.

2. A matéria referente ao artigo 51 do CPC, tido por violado, não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmulas 282 do STF e 211 do STJ).

3. O acolhimento da pretensão recursal demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos e interpretação de cláusula contratual. Incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

4. Ao repisar os fundamentos do recurso especial, a parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

5. Agravo regimental não provido.¹¹⁶

Nos julgados acima, enquanto o AgRg no REsp 1295025 / MT confirma a possibilidade de o magistrado ordenar, de ofício, a produção de prova pericial, o AgRg no AREsp 746415 / MS evidencia a possibilidade de o magistrado indeferir a produção de provas requeridas pelas partes. Acrescenta ainda o julgado que não ocorre aí cerceamento de defesa, porquanto o magistrado entende que já existem provas suficientes para seu convencimento. Vale conferir, ainda:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535 E 458 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ART. 512 DO CPC. AUSÊNCIA DE

¹¹⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1295025 / MT. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 15/10/2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1447120&num_registro=201102829022&data=20151015&formato=HTML

Acesso em: 30 de novembro de 2015.

¹¹⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 746415 / MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1447120&num_registro=201102829022&data=20151015&formato=HTML

Acesso em: 30 de novembro de 2015.

VIOLAÇÃO.

1. Revela-se improcedente argüição de negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem tenha adotado fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio, ainda que suas conclusões não tenham merecido a concordância da parte recorrente.
2. O destinatário da prova é o próprio Juiz, que pode determinar, inclusive de ofício, a produção da prova que julgar necessária.
3. Em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, deve ser admitida a possibilidade de o Tribunal, desde já, determinar a produção da prova técnica, baseando-se no que fora deduzido na inicial e, não apenas decretar a reabertura do prazo para especificação de provas.
4. Recurso especial improvido.¹¹⁷

Da fundamentação do acórdão concernente à ementa acima, relevante para nossa análise o seguinte trecho:

Entendo que o destinatário da prova é o próprio Juiz, que poderia ter determinado, inclusive de ofício, a produção da prova pericial (art. 130 e 342 do CPC) se julgasse necessária, como pareceu pelo exposto nos fundamentos do acórdão recorrido. E, por isso, não me parece razoável que o recorrente sustente como um dos fundamentos de seu recurso que o acórdão recorrido não poderia determinar a realização da perícia.

Enfim, ainda outro julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. NÚMERO DE TESTEMUNHAS. UNIFICAÇÃO. OITIVA DE MAIS DE 3 (TRÊS) TESTEMUNHAS PARA CADA FATO PROBANDO. PODER INSTRUTÓRIO DO MAGISTRADO. TESTEMUNHAS DO JUÍZO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 130 E 407, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do CPC quando as razões do recurso especial aduzem, genericamente, ofensa ao referido dispositivo legal. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.
2. Se a parte apresentar mais de 3 testemunhas para provar cada fato, facultar-se-á ao magistrado dispensar as que excedam a esse número, ou seja, o juiz poderá dispensar as testemunhas restantes quando já se dê por habilitado a formar convicção sobre determinado fato probando.
3. A limitação das 3 testemunhas constante do parágrafo único do art. 407 do CPC se restringe ao número de testemunhas a serem indicadas pelas partes, não se aplicando ao arbítrio do juiz em decidir quantas testemunhas serão por ele ouvidas para cada fato probando.
4. Se entender pertinente à instrução processual, o magistrado poderá ouvir mais pessoas como testemunhas do juízo, providência esta que não segue as restrições do parágrafo único do art. 407 do Diploma Processual Civil, e sim os ditames do art. 130 do mesmo Codex.

¹¹⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 628018 / MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2007, DJ 19/03/2007, p. 306. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=675927&num_registro=200302253943&data=20070319&formato=HTML
Acesso em: 30 de novembro de 2015.

Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, improvido.¹¹⁸

Importante salientar, relativamente ao REsp 1.371.246/RS, *supra*, que o julgado denota caráter cooperativo entre os sujeitos processuais na medida em que permite a dispensa do decêndio legal prévio à oitiva de testemunho requisitado pelo juízo, *ex officio*, mediante concordância conjunta das partes. Embora não expressamente, incorrem nesse mesmo sentido os dizeres de Marinoni e Mitidiero:

Como o juiz pode determinar prova de ofício, pode determinar a oitiva de testemunha independentemente de requerimento de qualquer das partes ou do Ministério Público. É preciso, contudo, harmonizar os arts. 130 e 407, CPC, sob pena de violada uma das finalidades deste último, qual seja assegurar às partes a prévia ciência a respeito de quem testemunhará em juízo. De duas, uma: ou as partes concordam, conjuntamente, com a oitiva da testemunha mesmo sem a observância de prazo do art. 407, CPC, por força da determinação judicial, ou tem o juiz o dever de marcar nova audiência para oitiva da testemunha, cientificando-se as partes com respeito ao decêndio legal sobre o depoimento. Fora daí há surpresa, com violação da confiança legítima e do direito ao contraditório.¹¹⁹

Diante de tais alegações, concluímos que a instrução probatória, no CPC vigente, é eminentemente inquisitorial: nesse sentido, a investigação probatória revela-se como uma “pesquisa oficial”, tendo o julgador o protagonismo deste momento processual. Portanto, ainda que não seja integralmente projetada nos moldes do sistema inquisitorial, a instrução probatória no atual Código de Processo Civil se coaduna de forma expressiva com tal modelo processual. Esta premissa é corroborada na lição de diversos autores pátrios, dentre os quais Didier Junior, Braga e Oliveira¹²⁰ e também na de Bedaque, que se transcreve abaixo:

No que se refere à participação do juiz na formação do conjunto probatório, o Código de Processo Civil brasileiro adotou, sem qualquer sobra de dúvida, o modelo europeu-continental do *inquisitorial system*, repelindo o *adversarial system* do sistema anglo-saxão.

Ao contrário do sistema italiano, onde vige o denominado princípio dispositivo atenuado, em que prevalece a iniciativa da parte quanto à produção da prova, exercendo o juiz papel meramente subsidiário – nas hipóteses

¹¹⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.371.246/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300567818&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 181.

¹²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 2, pp. 22-23.

expressamente previstas pelo legislador – no Brasil, existe regra geral conferindo-lhe papel ativo na formação do conjunto probatório.¹²¹

Concluído este primeiro tópico e definida a instrução probatória no CPC/73 como, predominantemente, inquisitorial, passaremos à análise da instrução probatória no Novo Código de Processo Civil.

¹²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104.

2. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO NOVO CPC E O PAPEL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

No dia 16 de março de 2015, foi sancionada a Lei 13.105/15 – o Novo Código de Processo Civil –, com vigência postergada para um ano após sua promulgação. Aqui, se buscará entender como se dá a atuação dos sujeitos processuais no que tange, em específico, à instrução probatória no processo civil modelado pela novel legislação. Contudo, para que possamos focar nesse ponto precisamente, impende antes uma concisa análise acerca de alguns aspectos a ele pertinentes. Sobre a nova legislação, a doutrina aponta a implementação de um sistema cooperativo/comparticipativo:

Implementa-se um sistema cooperativo/comparticipativo pautado nos direitos fundamentais dos cidadãos e no qual todos os sujeitos processuais assumem responsabilidades e possibilidade de interlocução ativa. Como exemplo, se de um lado ocorre uma otimização da direção dos juízes, mediante técnicas de gestão processual do conflito, de outro permite o exercício da autonomia privada das partes mediante o uso de convenções de procedimento (cláusula de negociação processual – art. 189). Amplia-se o debate contraditório (art. 10) e, com isso, fortalece-se a fundamentação adequada (art. 486), de modo a que as decisões possam melhor servir de substrato para um sistema que se vale dos precedentes como técnica decisória (arts. 924-925).¹²²

Klaus Cohen-Koplin analisa o NCPD ponderando acerca de sua afinidade e conformidade com os direitos fundamentais processuais elencados pela CRFB/88. O autor identifica, com fundamento já na exposição de motivos do anteprojeto, que o NCPD busca prosperar o diálogo efetivo com a norma constitucional – diversamente do CPC de 1973 que não revelou diálogo algum com a CFRB/88 e os direitos fundamentais processuais nela instituídos.¹²³

¹²² THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 22.

¹²³ COHEN-KOPLIN, Klaus. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. In: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto. (Orgs.). **Grandes Temas Do Novo Código De Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 17-19.

Klaus Cohen-Koplin¹²⁴, Humberto Theodoro Júnior¹²⁵ e Daniel Mitidiero¹²⁶ apontam o “processo justo” como escopo essencial do processo, que visa assegurar as garantias fundamentais processuais, afirmando o primeiro que “o direito ao processo justo desdobra-se em vários outros direitos fundamentais consagrados no texto constitucional”. Prossegue afirmando que o conjunto desses direitos fundamentais, sintetizado na expressão “processo justo” encerra as diretrizes mínimas e fundamentais da própria atuação do Poder Judiciário.¹²⁷

Seguindo nesta senda, Cohen-Koplin explana como os direitos fundamentais processuais são concretizados no NCP, chamando a atenção para o Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral, sob a denominação de “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”. Reparamos, entre os artigos 1º e 12º, a intenção do legislador de evidenciar alguns dos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais a respeito do processo civil – o que inexistia na atual codificação. De fato, tal atitude contribuiu para o processo de concretização dos princípios constitucionais na medida em que confere maior destaque aos direitos fundamentais do cidadão em juízo, especificando-os detalhadamente.¹²⁸

Dentre tais dispositivos, destacamos o que parece mais pertinente para a análise aqui pretendida. O artigo 6º do Código vindouro traz a seguinte redação:

¹²⁴ *Ibidem*, p. 20. Sobre o direito ao processo justo, Klaus Cohen-Koplin elucida que “O direito ao processo justo desdobra-se, portanto, em vários outros direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, abrangendo, fundamentalmente, os seguintes (na esfera do processo civil): direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (CF, art. 5º, XXXV); direito ao contraditório, à ampla defesa e à prova (CF, art. 5º, LV), assim como à proibição da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI); direito à isonomia (CF, art. 5º, *caput* e inciso I); direito ao juiz natural e imparcial e ao promotor natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII); direito à publicidade e à motivação das decisões judiciais (CF, art. 5º, LX e art. 93, IX e X); direito à segurança jurídica no processo (especialmente ao respeito à coisa julgada, CF, art. 5º, XXXVI); direito à assistência por advogado (CF, art. 133) e à assistência jurídica integral e gratuita (CF, art. 5º, LXXIV e art. 134); direito à duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII)”.

¹²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n. 102, 2011, p. 63.

¹²⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. **Revista do advogado**. V. 35, n. 126, maio 2015, p. 48.

¹²⁷ COHEN-KOPLIN, Klaus. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. In: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto. (Orgs.). **Grandes Temas Do Novo Código De Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 21.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 22.

Art. 6º: *Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*¹²⁹

Este dispositivo incorpora ao ordenamento processual civil brasileiro o dever e o princípio da cooperação. É nesse sentido que leciona Mitidiero:

Nosso Novo Código de Processo Civil (CPC) segue nesse particular esse último caminho: desde o início, o legislador entorna **normas fundamentais** que servem para densificar o direito ao **processo justo** previsto na Constituição (art. 5º, inciso LIV) e dar as **linhas-mestras** que o estruturam. Dentre essas normas, consta o art. 6º: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Se adotada uma chave de leitura apropriada, trata-se de norma da mais alta importância que ao mesmo tempo visa a caracterizar o processo civil brasileiro a partir de um **modelo** e fazê-lo funcionar a partir de um **princípio**.¹³⁰ (o destaque consta do original)

Com efeito, “a opção normativa mostra que mediante o novo texto não é mais possível cogitar em centralidade do juiz ou das partes; o Novo CPC é um código de todos os sujeitos processuais, é, portanto, policêntrico.”¹³¹

O modelo cooperativo já foi estudado no tópico 5 da 1ª parte deste trabalho, mostrando-se despendida a reprodução. Contudo, algumas considerações pontuais não de ser refeitas, para que a análise pretendida possa ser realizada a contento.

A cooperação vem a impactar e redefinir, precisamente, a relação entre os sujeitos processuais. Contudo, não significa isso que surge um dever de colaboração entre as partes, o que seria irrazoável, de certo modo. Neste aspecto, segundo observa Theodoro Júnior:

Essa cooperação, naturalmente, é muito mais significativa entre as partes e o juiz, do que entre uma parte e outra, já que nesta última hipótese, sendo antagônicos os interesses em conflito, não seria razoável que um litigante tivesse de cooperar com o adversário para facilitar-lhe o sucesso processual. Se, porém, a cooperação ativa entre as partes não é exigível, o mesmo não se passa com a cooperação passiva. Se um litigante não tem de agir para coadjuvar a contraparte, tem, sim, de abster-se das resistências e embaraços

¹²⁹ BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

¹³⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. **Revista do advogado**. V. 35, n. 126, maio 2015, pp. 47-48.

¹³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 130,

maliciosos, fraudulentos, capazes de tumultuar e prolongar o desate do processo.¹³²

Ademais, é forte na doutrina brasileira e estrangeira a visão de que do princípio e dever de cooperação decorrem diversos deveres secundários imputados ao juiz, sendo que os quatro principais visam à prevenção, ao esclarecimento, à consulta e ao auxílio. Porém, ainda que tenha incorporado o princípio da cooperação ao ordenamento processual, o Novo CPC não disciplinou de forma sistemática como tais deveres devem ser incorporados.

Embora não haja uma sistemática expressa dos deveres em relação ao NCPC, Mitidiero aduz que o legislador estruturou o procedimento a partir destes deveres do juiz, expondo assim alguns exemplos:

Quanto ao dever de esclarecimento, o legislador deixou claro que o juiz pode, a qualquer tempo, convocar as partes para comparecer em juízo, a fim de prestar esclarecimentos sobre os fatos da causa, “hipótese em que não incidirá a pena de confesso” (Art. 139, inciso VIII). O legislador, ainda, viu a emenda à petição inicial como uma hipótese de concretização do dever de esclarecimento judicial, tanto é que determinou ao juiz que indique “com precisão o que deve ser corrigido ou completado” (art. 321). Em ambos os casos, o esclarecimento tem a ver com a melhor compreensão dos argumentos das partes pelo juiz – isto é, com a compreensão do sentido adequado das alegações fático-jurídicas das partes. O esclarecimento é pensado como uma ferramenta que visa a evitar mal-entendidos na comunicação processual.

Quanto ao dever de prevenção, o legislador entendeu que, “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício” (art. 317). Na mesma linha, determinou que, “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível (art. 932, parágrafo único). Vale dizer: tem o juiz de alertar a parte de que o uso equivocado do processo – ou o equívoco na forma processual – pode obstar ao exame do mérito.

Quanto ao dever de diálogo, o legislador não só vedou qualquer decisão definitiva sobre a causa sem prévio contraditório (arts. 7º, 9º e 10), como também determinou expressamente que a fundamentação da decisão tem de guardar congruência com os argumentos determinantes formulados pelas partes (art. 489, §1º, inciso IV). Isso não só condiciona a aplicação do brocardo *lura Novit Curia* pelo juiz ao prévio diálogo da nova visão jurídica da causa com as partes, como também veda que a fundamentação seja vista como simples demonstração do raciocínio pelo qual o juiz chegou ao dispositivo, o que muitas vezes é feito sem a devida atenção aos fundamentos arguidos pelas partes. Ainda, em homenagem ao diálogo no processo, o legislador permitiu a calendarização do procedimento pelo comum acordo entre o juiz e as partes (art. 191) e saneamento em “cooperação com as partes” nas causas complexas (art. 357, §3º).

¹³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n. 102, 2011, p. 64.

Por fim, quanto ao dever de auxílio, o legislador instituiu a dinamização do ônus da prova (art. 373, §1º), que visa a auxiliar uma das partes a se desincumbir de *probatio diabólica*, bem como o poder de o juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, inciso IV), o que obviamente engloba a possibilidade de o juiz determinar que o executado apresente bens suscetíveis de penhora. O mesmo espírito de colaboração do juiz para com o exequente anima o art. 772, inciso III, em que se prevê o poder de o juiz “determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável.”¹³³

Constata-se, assim, que as diretrizes do processo colaborativo se encontram impressas em alguns institutos do NCPC.

Feitas tais ponderações, estreitamos aqui a análise de modo a focar no objeto principal do presente trabalho, passando ao exame da atuação dos sujeitos processuais na instrução probatória no NCPC, e sua possível identificação com os modelos processuais. Num quadro comparativo entre os artigos destacados na instrução probatória no tópico anterior e sua correspondência no NCPC, a semelhança entre as redações dos dispositivos do CPC/73 e do NCPC/2015 é evidente.

De fato, o *caput* do art. 459 do NCPC¹³⁴ se afigura como a mais expressiva – se não a única – mudança no que tange a instrução da prova no processo civil: no Código vigente, o protagonista da inquirição é o juiz, cabendo às partes a função secundária de complementar ou de esclarecer o depoimento, conforme se depreende da leitura do art. 416 da atual lei. Portanto, no sistema vigente, as perguntas são dirigidas ao magistrado, que as examina e pode ou não as deferir, competindo-lhe reformular as questões propostas pelas partes - sem, contudo, alterar o seu conteúdo – para então dirigi-las às testemunhas. Reforce-se, o papel das partes é meramente complementar neste procedimento.¹³⁵

¹³³ MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. **Revista do advogado**. São Paulo: AASP, v. 35, n. 126, maio 2015, pp. 50 – 51.

¹³⁴ BRASIL. Novo Código de Processo Civil. 459. 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 as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

¹³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 2, pp. 220 - 221.

De outro lado, o NCPC inova conferindo maior protagonismo às partes na realização da prova testemunhal: prevê na redação do art. 459 que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas, sem a intermediação do juiz. Sobressai, assim, um traço adversarial à realização da prova testemunhal, que no Código vigente tem caráter inquisitorial, revelando uma aproximação com o modo como a mesma é realizada no processo civil norte-americano, conforme abordado no tópico 3.2. da primeira parte deste estudo. No entanto, não é novidade essa configuração de tarefas das partes no ordenamento jurídico brasileiro, conquanto já é prática usual no processo penal pátrio. Ensinam, sobre esse ponto, Didier Júnior, Braga e Oliveira:

Corroborando a lição, as Leis n. 11.689/2008 e 11.690/2008 alteraram o Código de Processo Penal para permitir expressamente a arguição direta das testemunhas pelas partes (arts. 212 e 473, CPP). Ora, se no processo penal, onde as garantias para o acusado são observadas com ainda mais atenção, permitia-se, ainda na vigência do CPC-1973, a inquirição direta pelas partes, nada justificava a manutenção dessa formalidade obsoleta no processo civil.

No direito anglo-americano, a inquirição das testemunhas é feita pelo advogado diretamente à testemunha. A *direct-examination* (inquirição pela parte que arrolou a testemunha) e a *cross-examination* (inquirição pela parte contrária) são feitas sem a intermediação do magistrado, a quem cabe principalmente controlar a regularidade da inquirição (EUA, Federal Rules of Evidence, rule n. 611, “a”). Permite-se que o magistrado formule perguntas com o objetivo de integrar as perguntas formuladas pelas partes e esclarecer pontos duvidosos do depoimento – trata-se de poder escassamente exercido, porém.

O art. 459 do CPC torna o sistema de produção de prova testemunhal no ordenamento processual brasileiro mais próximo daquele existente no direito anglo-americano.

Esse modo de produção da prova é manifestação da ideologia liberal que orienta o processo da *common law*, principalmente o processo estadunidense, de caráter marcadamente adversarial (dispositivo), em que deve prevalecer a habilidade das partes sem a interferência do magistrado.¹³⁶

Em outra senda, temos o artigo 370 do NCPC¹³⁷, que apresenta redação

¹³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Reescrito com base no NOVO CPC**. 10^a ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, pp. 251-252.

¹³⁷ BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

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

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

notadamente semelhante ao art. 130 do CPC de 1973. Ao seguir a linha da legislação pretérita, conferindo amplos poderes instrutórios ao juiz, o NCPC assume evidente identidade com o modelo inquisitorial – de maneira análoga à disciplina da instrução probatória no NCPC de um modo geral.¹³⁸

Neste quadro, cumpre lembrar que a colaboração, como princípio jurídico (e aqui, ao revés do “princípio” dispositivo, está-se a tratar efetivamente de uma norma-princípio), conforme preceituado por Mitidiero, forte nas lições de Humberto Ávila – notadamente em sua *Teoria dos princípios*¹³⁹ –, impõe um “estado de coisas que tem que ser promovido: o fim da colaboração está em servir de elemento para organização do processo justo, idôneo a alcançar em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.¹⁴⁰

Por conseguinte, impera que os participantes do processo tenham posições equilibradas e justas ao longo do curso processual: trata-se de novo dimensionamento de poderes dos sujeitos processuais. Conclui-se que para que o processo seja organizado de forma justa, os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento.¹⁴¹ Neste raciocínio, a instrução probatória no NCPC não parece estar imune ao alcance do princípio cooperativo, ainda que não haja disposição expressa no novo Código acerca do alcance deste princípio no referido instituto. De maneira semelhante:

Mas também não nos parece que a autonomia privada e o modelo cooperativo do processo devam ser esquecidos na análise da extensão do poder atribuído pelo art. 370 do CPC. O juiz não é o protagonista do processo; ao menos, não é o único. É preciso reconhecer às partes o papel que lhes cabe desempenhar – é disso que trata a valorização da autonomia privada no processo. Não se quer um processo em que o juiz seja mero fiscal da observância das regras do embate, mas também não se quer um processo em que se negligencie o papel das partes. Se o modelo de processo está baseado na cooperação, não deve haver protagonismo durante a tramitação do processo.

A melhor interpretação que se pode dar o art. 370 do CPC, segundo parece, é aquela que privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em

¹³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Reescrito com base no NOVO CPC**. 10^a ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 85.

¹³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁴⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. **Revista do advogado**. v. 35, n. 126, maio 2015, p. 49.

¹⁴¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**. Brasília, v. 78, n. 1, jan. – mar. 2012, p. 71.

linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade complementar – uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la. Não se pode esquecer que, embora não seja finalidade do processo revelar a verdade, constitui imposição ética buscá-la, a fim de que a decisão seja a mais justa possível.¹⁴²

Entendemos que tal consideração pode ser estendida aos dispositivos concernentes à instrução probatória em geral.

Ora, se “quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo”, e se “tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será”,¹⁴³ o que se pode dizer quando o processo confere às partes e ao magistrado não apenas poderes, mas também deveres?

Em linha de princípio, a distinção se dá apenas e tão somente com relação aos poderes do juiz:

A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”.¹⁴⁴

Mas apenas em princípio é que se pode assim dizer. Porque, no caso do NCPC, o art. 370 atribui poderes ao juiz, mas o art. 6º demanda a promoção de um estado de coisas e, com isso, imputa deveres. O processo – e assim também a instrução probatória – não está centrado em um único sujeito, mas em uma “comunidade de trabalho”.

¹⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Reescrito com base no NOVO CPC**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, pp. 89 – 90.

¹⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Processo Civil: introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 85 - 86.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 86.

Nesse sentido:

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida.

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais.¹⁴⁵

Portanto, se de um lado os dispositivos do NCPC acerca da instrução probatória, individualmente considerados, em muito pouco diferem dos do CPC/73, de outro, a princiologia subjacente tende a provocar alterações na praxe forense. Assim, o art. 6º do NCPC como explicitação da boa-fé processual (em seus aspectos subjetivo e objetivo) e do diálogo entre os sujeitos processuais, parece conferir à instrução probatória – mas não só a ela –, sob império do Novo Código, um caráter cooperativo.

Não à toa Marinoni e Mitidiero, ainda enquanto tramitava o Projeto do NCPC nas Casas do Congresso, expuseram:

O Projeto é fértil em normas sobre colaboração. É possível afirmar sem qualquer sombra de dúvida que o modelo de processo civil proposto pelo Projeto é indubitavelmente um modelo de processo civil cooperativo. No Estado Constitucional, o direito fundamental ao processo justo implica à colaboração no processo civil.¹⁴⁶

E mais adiante:

O Projeto resente-se, no entanto, de uma norma que explicita de maneira mais aberta a colaboração, consagrando-a atipicamente em toda a sua extensão. O ideal é que semelhante norma seja enunciada logo a título de princípios fundamentais, já que a colaboração figura mesmo como uma das vigas mestras que sustentam o nosso direito ao processo justo e determinam fins a alcançar no processo e pelo processo: a sua justa organização e a sua

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 88 – 89.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

justa solução.

O art. 5º refere que “as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência. É conveniente que o art. 5º ganhe nova redação.¹⁴⁷

A nova redação reclamada pelos autores veio com o art. 6º da Lei 13.105/2015, muito embora não em integral conformidade com a proposta por eles defendida na oportunidade. Com efeito, o art. 6º do NCPC traz norma jurídica destinada a todos os sujeitos processuais, sejam partes, sejam participantes. Demanda agir leal e pautado pela boa-fé processual, imputando implícita ou explicitamente deveres de colaboração para que se obtenha uma decisão justa.

Importa considerar, para os fins a que nos propusemos, é que o NCPC, visto como um todo, traz nítida inspiração cooperativa. Analisando seus institutos individualmente, por outro lado, é possível vislumbrar características ora mais adversariais, ora mais inquisitórias. E, nesse aspecto, temos que a instrução probatória, vista a olho nu, permanece em conformidade com o ordenamento processual de 1973, a saber, de marca inquisitorial.

Em outras palavras, a interpretação meramente literal dos preceitos pode conduzir à inteligência de que não se alterou o panorama normativo e que, por conseguinte, não há inovação no tratamento da instrução probatória. Contudo, a interpretação sistemática do diploma processual¹⁴⁸, isto é, a interpretação dos arts. 370, 139, VIII, 396, 459, 470, 480 e 481¹⁴⁹ não levada a efeito de modo isolado, mas

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.

¹⁴⁸ “Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 104). Toda e qualquer atividade interpretativa depende de um contexto, sem o qual a possibilidade de erro é imensa. E é nesse sentido que Humberto Ávila coloca a importância do postulado da unidade do ordenamento jurídico, “a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade” (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, 144-145). Não sem razão a importância desse postulado. A ausência de uma interpretação sistemática do direito pode levar a conclusões absurdas. E, ressaltamos, qualquer análise sobre o texto processual civil demanda interpretação sistemática, sob pena de se possibilitar ofensa à cláusula do *due process of law*.

¹⁴⁹ BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Art. 139, VIII: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

dentro do contexto de todo o Novo Código – que abriga nítida inspiração cooperativa – é capaz de dispensar aos sujeitos processuais, inclusive ao juiz, novos deveres (de consulta, de prevenção etc.), os quais tendem a influenciar sobremaneira o tratamento da produção de provas no processo.

Sob esse enfoque, mister ressaltar que é prática mais do que comum no Judiciário o julgamento de improcedência por ausência de provas do fato constitutivo do direito alegado, as quais, em regra, estão a cargo do autor no império do CPC/73 (art. 333, I). Ou, ainda, de procedência por ausência de prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele, cuja produção cabe, em regra, ao réu (art. 333, II).

As ementas a seguir exemplificam a assertiva:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. SALÁRIOS ATRASADOS. PROVA DO VÍNCULO. SÚMULA 7/STJ. INVERSÃO ÔNUS PROBANDI. IMPOSSIBILIDADE.

1. Existência de vínculo da servidora com o Estado. Efetiva prestação de serviços. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. De acordo com o art. 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I); e ao réu, invocar acontecimento capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas do fato invocado pela parte autora.

3. Da análise do acórdão recorrido, verifica-se que o Município não trouxe qualquer prova de suas alegações, qual seja, a ausência de prestação de serviços da recorrida nos períodos ora reclamados. Nem uma folha de ponto e frequência, nem recibos de quitação, nada.

Agravo regimental improvido.¹⁵⁰

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR. ART. 535 DO CPC. CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA. MÉRITO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF.

Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder;
Art. 459. 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 as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

Art. 470. Incumbe ao juiz:

I - indeferir quesitos impertinentes;

II - formular os quesitos que entender necessários ao esclarecimento da causa;

Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 01 de dezembro de 2015.

¹⁵⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 30.441/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 04/11/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1100185&num_registro=201100983690&data=20111104&formato=HTML Acesso em: 29 de setembro de 2015.

REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. Não é contraditório o acórdão que reconhece a necessidade de perícia para a demonstração da veracidade dos argumentos, mas nega o direito postulado em razão de não ter a parte requerido, a tempo e modo, a realização dessa prova técnica.
2. O acórdão negou a pretensão da parte, entre outras razões, pela necessidade de perícia sobre os documentos trazidos a juízo – o que não foi requerido a tempo e modo –, bem como pela insuficiência probatória quanto à demonstração do direito ao gozo do benefício fiscal. Esses fundamentos conduzem, necessariamente, ao não-provimento do apelo, não havendo contradição alguma entre a fundamentação do aresto recorrido e a parte dispositiva.
3. A existência de fundamento legal do acórdão recorrido não impugnado impede a admissão do apelo, nos termos da Súmula 283/STF.
4. Examinar o preenchimento dos requisitos previstos no art. 55 da Lei 8.212/91 para o gozo da imunidade do art. 195, § 7º, da CF/88, quando o acórdão recorrido expressamente o tenha negado, impõe o reexame de matéria fática, o que é incompatível com a natureza e a função do recurso especial, nos termos do óbice consagrado na Súmula 7/STJ. Precedente.
5. A ausência de prequestionamento inviabiliza o conhecimento do recurso especial, nos termos da Súmula 211/STJ.
6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.¹⁵¹

Nesse contexto, ainda que o art. 130 do atual CPC preveja a possibilidade de o juiz determinar, *ex officio*, a produção de outras provas além daquelas já trazidas aos autos pelas partes, a praxe forense demonstra a ineficácia do dispositivo, tendo em vista a existência de diversos julgamentos contrários à pretensão de determinada parte por insuficiência de provas dos fatos por ela alegados, com fundamento nos ônus estabelecidos pelo art. 333 em seus incisos I e II.

Contudo, os deveres de colaboração explicitados pelo NCPD, ao menos em tese, tendem a impedir essa *práxis*.

Como antes visto, o princípio da cooperação impõe deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Segundo Marcus Vinícius Furtado Coêlho, “prevenir para advertir à parte que determinada atitude pode gerar a concessão ou denegação de tutela almejada”¹⁵². Fredie Didier Júnior, por sua vez (e com amparo nas lições do jurista português Miguel Teixeira de Sousa e no CPC português), assim aborda o

¹⁵¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1042525/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 29/08/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=795214&num_registro=200800643671&data=20080829&formato=HTML Acesso em: 29 de setembro de 2015.

¹⁵² COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. O contraditório cooperativo no novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: v. 48, n. 190, jun. 2011, p. 47.

dever de prevenção:

Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado *dever de prevenção*.

O dever de prevenção está concretizado no dever de convite ao aperfeiçoamento pelas partes dos seus articulados (arts. 508.º, 1, “b”, 508.º-A, 1, “c”) ou das conclusões das suas alegações de recurso (arts. 690.º, 4, e 701.º, 1).

O dever de prevenção tem, porém, um âmbito mais amplo para Teixeira de Sousa: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição de fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte.

“Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro.”

O autor adota, aqui, a compreensão do dever de prevenção no Direito alemão. Neste ponto, a sua abordagem destoa do restante de sua análise, pois parece identificar a existência de um dever geral de prevenção, posicionamento ao qual aderimos.¹⁵³

Exemplificando, Didier Júnior destaca que “no Direito brasileiro, esse dever de prevenção está consagrado no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial”¹⁵⁴. Assim, caso o magistrado receba a inicial e verifique algum vício, não poderá indeferir-la de plano; é necessário, por expressa previsão legal, que conceda à parte autora prazo para que o vício seja sanado. A legislação processual civil, nesse sentido, impõe um dever ao juiz.

À semelhança, podemos entender que o art. 130 do atual impede o julgamento de improcedência por insuficiência de provas com base nos ônus do art. 333, I e II. E isso porque o art. 130 impõe também um dever ao juiz, o de “determinar as provas necessárias à instrução do processo”. Frisamos: para as partes, há um ônus; para o

¹⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 19 – 20.

¹⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 20.

juiz, um dever.¹⁵⁵

Esse mandamento, no entanto, parece insuficiente na atual codificação. Vem a calhar, portanto, o art. 6º do NCPC a exigir cooperação de todos os sujeitos do processo para que se obtenha “decisão de mérito justa e efetiva”. Parece-nos mais evidente que não é facultado ao magistrado negar à parte a decisão de mérito justa e efetiva sob o argumento de que as alegações não restaram suficientemente comprovadas, pois há nítido dever do juiz de, caso constatada essa situação, colaborar para a solução justa do litígio. E a colaboração, nesse caso, impõe um dever ao julgador, semelhante ao que impede o indeferimento de plano da petição inicial em caso de vício sanável ou, ainda, àquele que impede o relator de agravo de instrumento de negar seguimento ao recurso por ausência de documentos necessários à resolução da lide recursal¹⁵⁶ (art. 1.017, § 3º, do NCPC). Trata-se, pois, de dever consistente em, uma vez verificada a insuficiência probatória, determinar a produção das provas necessárias à resolução justa e efetiva do mérito da contenda. Não é dado ao magistrado negar essa colaboração ao jurisdicionado, sobretudo à luz do NCPC.

Em síntese, o NCPC segue a linha do CPC/73 quanto à instrução probatória, como concatenada com o modelo processual inquisitorial, cabendo ainda ao magistrado a atuação *ex officio* nas fases de proposição, de admissão e de produção da prova. Sem embargo, é evidente a propensão cooperativa que este tema

¹⁵⁵ Sobre a diferenciação entre *dever* e *ônus*, Eros Roberto Grau: “Foi Carnelutti, no entanto, quem de modo mais complete colocou as linhas acabas da noção de ônus. Segundo ele, falamos de ônus quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse. E esclarece: dever e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo à vontade, mas diverso o elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando se trata de dever, no interesse alheio, e, tratando-se de ônus, para a tutela de um interesse próprio. O ônus, destarte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do dever – e da obrigação – que consubstancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do ônus não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido. Já o não-cumprimento do dever – ou da obrigação – acarreta sanção jurídica para o sujeito. Neste último caso, o interesse a cuja tutela aproveita o cumprimento do dever é alheio à pessoa do sujeito a ele vinculado; no primeiro caso, o interesse a que respeita a vinculação pelo ônus é do próprio sujeito vinculado. (GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 77, 1982, pp. 180 – 181)

¹⁵⁶ Merece menção o REsp 1.102.467/RJ, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, no qual o STJ, em flexibilização da jurisprudência defensiva e em homenagem implícita à cooperação, definiu a tese de que “no agravo do artigo 522 do CPC, entendendo o Julgador ausente peças necessárias para a compreensão da controvérsia, deverá ser indicado quais são elas, para que o recorrente complemente o instrumento”.

apresenta, haja vista que o princípio cooperativo positivado no art. 6º do NCPC, como “estado de coisas que tem que ser promovido” tem o condão de influenciar o modo como se relacionam os sujeitos processuais ao longo do procedimento.

CONCLUSÃO

A partir de todas as considerações elaboradas neste trabalho, destacam-se as seguintes ponderações acerca dos modelos processuais e a instrução probatória no novo Código de Processo Civil:

1. Dada a ressalva da natureza de “tipo ideal” dos modelos processuais, estes não se reproduzem na realidade à maneira como são retratados na teoria. Todavia, resta evidenciada sua relevância enquanto ferramenta para fins didáticos e comparativos. Isto porque a presença, em maior ou menor grau, das características concernentes a cada um dos modelos em um dado regime legal permite uma mensuração e avaliação deste em relação a outro dado regime legal, facilitando assim a identificação e classificação dos sistemas processuais que venham a ser objeto de análise.

2. Embora sejam alvos de duras críticas e apontados como modelos em desuso, os modelos processuais tradicionais – adversarial e inquisitorial – mantêm seu valor enquanto ferramenta de comparação, haja vista que suas características mais essenciais representam pontos diametralmente opostos.

3. Um terceiro modelo processual está consolidado na doutrina contemporânea: o modelo cooperativo. De fato, este modelo se coaduna com as necessidades de um Estado Constitucional de Direito, na medida em que garante um processo justo, fundado no diálogo e na isonomia na condução do mesmo.

4. Uma das características do modelo cooperativo é que este gera deveres não somente para as partes, mas também para o juiz. Quer dizer, conforme a doutrina brasileira e estrangeira, do princípio e dever de cooperação decorrem diversos deveres secundários, sendo que os quatro principais visam à prevenção, ao esclarecimento, à consulta e ao auxílio.

5. Numa análise acerca da instrução probatória no CPC vigente, feitas as devidas ressalvas, podemos inferir que é predominantemente inquisitorial, tendo em vista a preponderância conferida pela legislação à atuação do juiz.

6. Com a promulgação do NCP, temos a incorporação do princípio da cooperação ao ordenamento processual civil brasileiro. Este princípio, enquanto norma jurídica, possui o condão de influenciar o procedimento civil brasileiro como um todo.

7. No que tange os dispositivos que disciplinam a instrução probatória no NCPC, numa comparação com os correspondentes dispositivos no atual CPC, não se constata diferenças significativas. De fato, as mudanças na redação dos dispositivos foram sutis e não denotaram a adoção de um perfil diferente do já praticado. A instrução probatória no NCPC se coaduna, de um modo geral, com o modelo processual inquisitorial.

8. Uma alteração notória no instituto da instrução probatória apresenta-se com o art. 459 do NCPC. Este designa maior protagonismo às partes – através de seus procuradores – que podem formular as perguntas diretamente às testemunhas na realização da prova testemunhal. Neste ponto, a instrução probatória se aproxima do modelo adversarial, de modo similar ao processo civil norte-americano.

9. O modo como se configura a atuação das partes em um processo judicial tem direta correlação com o objetivo que se busca dar a este processo. O fato de os legisladores terem optado pela adoção do princípio da cooperação no NCPC denota claro intuito de encarar o processo civil não apenas como mero instrumento rígido de resolução de conflitos, mas como um meio dialético de composição visando o alcance do processo justo e garantia dos direitos processuais fundamentais.

10. Por fim, ainda que se possa afirmar que, *prima facie*, a instrução probatória no NCPC, à semelhança da instrução probatória no CPC vigente, mantém eminente caráter inquisitorial, restou evidente que, seja como modelo, seja como princípio, a colaboração foi incorporada pelo legislador na redação do Novo CPC. Logo, ainda que apenas a praxe forense possa demonstrar se haverá modificação substancial neste sentido na instrução probatória, há de se concluir que o modelo cooperativo é o caminho natural a se tomar considerando a principiologia que norteia o NCPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 90, v. 30, jun. 2003, pp. 55-84.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil: volume 1**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Prova**. 2a. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 37, ano 10, jan-mar/1985, pp. 140-150.

_____. Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 116, 2014, pp. 313-323.

_____. Duelo e Processo. **Revista da ABLJ**. Rio de Janeiro, n. 23, 2003 pp. 115-125.

_____. O neoprivatismo no processo civil. **Temas de Direito Processual, Nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 87-101.

_____. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, out. 2011, pp. 1203 – 1209.

_____. O processo civil Brasileiro entre dois mundos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, 2001, pp. 11-22.

_____. O processo civil brasileiro: um enfoque comparativo. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003.

_____. Processo civil e processo penal: mão e contramão? **Temas de direito processual - sétima série**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201-215.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 1.381.319 / RJ. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 04/11/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1455428&num_registro=201002094494&data=20151104&formato=HTML. Acesso em: 06 de dezembro de 2015.

_____. AgRg no REsp 1.295.025 / MT. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 15/10/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1447120&num_registro=201102829022&data=20151015&formato=HTML. Acesso em: 30 de novembro de 2015.

_____. AgRg no AREsp 746.415 / MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1447120&num_registro=201102829022&data=20151015&formato=HTML. Acesso em: 30 de novembro de 2015.

_____. REsp 628.018 / MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2007, DJ 19/03/2007, p. 306. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=675927&num_registro=200302253943&data=20070319&formato=HTML. Acesso em: 30 de novembro de 2015.

_____. REsp 1.371.246/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300567818&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

_____. AgRg no AREsp 30.441/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 04/11/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1100185&num_registro=201100983690&data=20111104&formato=HTML. Acesso em: 29 de setembro de 2015.

_____. REsp 1.042.525/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 29/08/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=795214&num_registro=200800643671&data=20080829&formato=HTML. Acesso em: 29 de setembro de 2015.

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

CAPPELLETTI, Mauro. A Ideologia no Processo Civil. Trad. Port. Athos Gusmão Carneiro. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 23, nov. 1981, pp. 16-33.

CHASE, Oscar G. A 'Excepcionalidade' Americana e o Direito Processual Comparado. **Revista de Processo**. Trad. Port. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo, v. 110, abr. 2003, pp. 115 - 139.

_____. **Law, Culture, and Ritual: disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. O contraditório cooperativo no novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: v. 48, n. 190, jun. 2011, pp. 45 – 48.

COHEN-KOPLIN, Klaus. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. In: RUBIN, Fernando; REICHELTL, Luis Alberto. (Orgs.). **Grandes Temas Do Novo Código De Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**. New Haven: Yale University, 1986.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. port. Hermínio A. Carvalho. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Processo Civil: introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
_____. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 198, ago. 2011, pp. 213-225.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 2.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Reescrito com base no NOVO CPC**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Trad. Port. Eduardo Saldanha. 1ª ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. **American Law in a Global Context**. 1ª ed. New York: Oxford University Press, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 77, 1982, pp. 177 – 183.

GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, dez. 2013, pp. 115-145.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. port. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAZZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure: an introduction**. 1ª ed. New Haven: Yale University, 1993.

JOLOWICZ, J. A. **Adversarial and inquisitorial models of civil procedure**. The international and comparative law quarterly. Cambridge, v. 52, n. 2, pp. 281-295, 2003. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3663110>> em 09 de setembro de 2015.

KAGAN, Robert A. **Adversarial legalism: The American way of law**. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. _____ . **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. _____ . O direito Privado como um “sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 753, jul. 1998, p. 5-22.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011.

MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. **Revista do advogado**. São Paulo: AASP, v. 35, n. 126, maio 2015, p. 47-52.

_____. A lógica da prova no ordo judicarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 69-92.

_____. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**. Brasília, v. 78, n. 1, jan. – mar. 2012, pp. 67-77.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – volume único**. 6a ed. São Paulo: Método, 2014.

QUINTANEIRO, Tânia. BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira. OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

REPÚBLICA DA ÁUSTRIA. *Zivilprozessordnung* Disponível em: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699>. Acesso em 07 de setembro de 2015.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Código de Processo Civil – Lei 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação 36/2013, de 12 de agosto. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 02 de setembro de 2015.

SHERRY, Suzanna; TIDMARSH, Jay. **Civil Procedure (Essentials)**. 1ª ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civi**, vol. I. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SUBRIN, Stephen N.; WOO, Margaret Y. K. **Litigating in America: Civil Procedure in Context**. 1ª ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

TARUFFO, Michelle. El proceso civil de ‘civil law’: Aspectos fundamentales. **Ius et Práxis**. Talca , v. 12, n. 1, pp. 69-94, 2006. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100004&lng=es&nrm=iso> . Acessado em 30 de agosto de 2015.

_____. Evidence, Truth and the Rule of Law. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 238, dez. 2014, pp. 87-98.

_____. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Trad. port. Hermes Zaneti Junior. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 181, mar. 2010, pp. 167-172.

_____. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Trad. esp. Juan Andrés Varas Braun. **Revista de Derecho**. Valdivia, v. 15, dec. 2003, pp. 205-213.

_____. **La prueba, artículos y conferencias**. Santiago: Metropolitana, 2009.

_____. Observações sobre os Modelos Processuais de Civil Law e de Common Law. Trad. port. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 110, abr. 2003, pp. 141-158.

_____. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. **Ius et Praxis**, Talca , v. 12, n. 2, 2006 pp. 95-122. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso>. Acessado em: 13 de novembro de 2015.

TENÓRIO, Rodrigo Antônio. **A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editoria, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Processo Civil – volume 1**. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais – parte 1**. Trad. port. Augustin Wemet. 4a ed. São Paulo: Cortez, 2001.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil. **Revista de processo**. São Paulo, v. 116, ano 29, jul-ago/2004, pp. 334-371.