



O ÔNUS DA PROVA E O DEPOIMENTO PESSOAL DAS PARTES E TESTEMUNHAS NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO NO CPC E NO NCPC

CRÍTICA À DINÂMICA

Por Ivo Sales

A dinâmica das audiências de instrução no que concerne à colheita dos depoimentos pessoais e da oitiva de testemunhas não parece a mais adequada considerando o ônus processual das partes de se provar diretamente o que postula ou indiretamente, seja por confissão da parte adversa ou de modo inverso.

Explicar-se-á o porquê, analisando de forma simplória o ônus probatório no CPC e no NCPC nesse tocante sem esquecer que o juiz é o destinatário da prova (Artigos 130 do CPC e 370 do NCPC), porque será ele que analisará e ponderará tudo o que constar nos autos para formar seu convencimento aplicando a lei ao caso concreto para assim prestar a jurisdição de modo a distribuir justiça.

O ônus probatório

É sabido que o ônus da prova incumbe ao autor relativamente ao fato em que afirma se fundar seu direito e ao réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (inversão), o que é idêntico nos dois códigos (Artigos 333 do CPC e 373 do NCPC).

Óbvio que há questões referentes à inversão nas causas de consumo (Artigo 6º, VIII do CDC), bem como ensinamentos mais atuais que postulam a distribuição dinâmica de modo diverso desse ônus para que a parte que possui mais condições de produzir determinada prova (não contra si), que busque trazer elementos aos autos de modo a ensejar uma melhor apreciação da lide, visando subsidiar uma decisão de mérito o faça, isso porque o juiz não pode deixar de julgar, pois sua sentença deve ser de procedência ou improcedência e não de dúvida acerca da querela que lhe fora trazida porque encara o artigo 333 de forma estática.

Essa distribuição diferenciada fora adotada de forma explícita pelo NCPC no parágrafo 1º do artigo 373, positivando algo que já era uma corrente doutrinária ascendente, muito adotada nos Tribunais do Brasil e possui como principal ou um dos principais nomes o brilhante Professor Fredie Didier Jr.

Considerando o acima dito, sabe-se ainda que os depoimentos pessoais podem ser requeridos pela parte adversa (Artigos 343 do CPC e 385 do NCPC) e cada qual pode indicar as testemunhas que deseja ouvir (Artigos 400 e seguintes do CPC e 442 e seguintes do NCPC).

Logo, verifica-se que as partes podem se desincumbir dos seus respectivos ônus com a produção dessas provas, seja com o depoimento pessoal que via de regra tem como finalidade conseguir a confissão da parte contrária e ainda com a testemunhal para a comprovação de fatos dos quais essa terceira pessoa presenciou, tomou conhecimento ou sentiu por meio da visão, audição, tato...



Ocorre que, conforme postula o CPC, durante a audiência de instrução o juiz ouve as partes e as testemunhas antes do que quem requereu a produção daquela prova o faça (Artigo 416).

Ou seja, tal fato tira da parte o direito de produzir sua prova com qualidade e não obstante isso, há o inequívoco fato de que o juiz (com todo o respeito à Magistratura) não conhece tão bem os autos quanto as partes (assistidas por seus respectivos advogados), que possuem, ou ao menos deveriam, estratégias para conseguir, seja uma confissão da parte adversa, se beneficiar do depoimento de sua testemunha ou mesmo do da testemunha da parte contrária e até desqualificar o depoimento de quem esteja sem o devido compromisso com a verdade.

Depoimento pessoal das partes

Quanto ao depoimento pessoal, o juiz pode ouvi-las quando bem entender, bastando determinar o comparecimento destas para interrogá-las acerca dos fatos da causa (Artigos 342 do CPC e 139, VIII do NCPC), não sendo, portanto, objeto de prova, mas de convencimento do juiz que busca enriquecer os autos de informações.

Ocorre que no CPC, quando o juiz interroga as partes na audiência de instrução o depoimento pessoal que será feito em razão do requerimento da outra parte, ocorre da mesma maneira que o das testemunhas (Artigo 344), ou seja, se inicia com as perguntas formuladas pelo juiz e acabam servindo como meio de prova.



Ou seja, Estado restringe a capacidade das partes de produzir uma prova que lhe seja mais favorável de maneira mais adequada.

Por que tirar das partes o direito/possibilidade de produzirem a prova primeiro?

Melhor seria, as partes iniciarem as perguntas e após isso, para complementar e esclarecer fatos, o juiz inquirí-las para seu convencimento.

Já o NCPC peca por não estabelecer a maneira pela qual a parte será interrogada, omissa nesse tocante, considerando que o CPC estabelece que isto se dará da mesma forma que para as testemunhas, quando após o juiz, as partes formularão suas perguntas (art. 344).

Logo, não se sabe se a parte poderá perguntar diretamente à outra e se o juiz o fará antes ou depois, o que pode comprometer o devido processo legal e ainda gerar muita celeuma, tornando tumultuada a instrução.

Prova testemunhal

Quanto à prova testemunhal, no CPC, após o juiz, as partes, iniciando-se pela parte que a arrolou, formularão perguntas tendentes a completar ou esclarecer o depoimento (Artigo 416).



Ora, o Estado imputa o ônus à parte, mas a impede de se desincumbir qualitativamente, posto que, não raras vezes, determinados magistrados (não são regra nem exceção, mas não se pode ignorar o que ocorre nos Tribunais), por não conhecerem os autos tão bem quanto as partes ou por outros tantos motivos, fazem perguntas óbvias, previsíveis, de maneira que comprometem em muito a qualidade da prova que se pretendia produzir, haja vista que produzir prova testemunhal não é levar a pessoa à juízo para ser ouvida, mas sim dela extrair, através de inquirição inteligente, as informações que serão úteis a trazer luz aos autos de maneira que se possa resolver o mérito com procedência ou não dos pedidos feitos pelas partes.

Já o NCPC quanto a essa dinâmica trouxe texto inovador, mas nem tanto.

Em seu artigo 456 há a previsão da ordem de oitiva, iniciando-se pelas testemunhas do autor, no entanto essa pode ser invertida caso as partes concordem.

Já o artigo 459 prevê que as partes farão as perguntas às testemunhas diretamente, o que é um avanço, já que muitas vezes os magistrados reformulam as perguntas na dinâmica do CPC atual.

E mais, de certa forma se reconhece que a parte que deseja e necessita produzir aquela prova tem esse direito.

No entanto o parágrafo 1º do referido artigo põe ou pode pôr esse avanço por terra, pois prevê que o juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois das



partes, logo, algo pode mudar ou absolutamente nada, exceto pelas perguntas diretas.

A maneira que entende-se mais adequada, seria propiciar que a parte busque se desincumbir de seu ônus através das perguntas diretas inicialmente e após isso, o juiz inquirí-la para completar o depoimento.

Conclusão

Parece que perdeu-se uma ótima oportunidade de melhorar a dinâmica da audiência de instrução quanto à produção dessas provas, o que contribuiria sobremaneira para a resolução das lides em busca da verdade real, sendo no NCPC ainda pequeno o avanço quanto à oitiva de testemunha ao contrário do que ocorreu com o depoimento pessoal das partes, no qual houve retrocesso pela omissão de como este se dará.