

Fredie Didier Jr.
Paula Sarno Braga
Rafael Alexandria de Oliveira



Curso de Direito
**PROCESSUAL
CIVIL**

Teoria da Prova, Direito Probatório,
Decisão, Precedente, Coisa Julgada e
Tutela Provisória

2 | _____

11ª edição • revista, ampliada e atualizada

2016

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Didier Jr., Fredie
D556 Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 11. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.
v.2.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-442-0663-8

1. Direito processual – Brasil. 2. Prova (Direito). 3. Julgamento – Brasil. 4. Juízes – Decisões. 5. Prova criminal. 6. Prova documental. 7. Prova pericial. 8. Testemunhas - Proteção. I. Braga, Paula Sarno. II. Oliveira, Rafael Alexandria de. III. Título.

CDD: 347.81053

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Sumário

Nota dos autores à 11ª edição	19
Nota dos autores à 10ª edição	21
Prefácio	25
Capítulo 1 ► Audiência de instrução e julgamento	29
1. Conceito e generalidades.....	29
2. Conteúdo e estrutura.....	31
2.1. Considerações iniciais.....	31
2.2. Abertura da audiência. Pregão inicial.....	31
2.3. Tentativa de autocomposição.....	32
2.4. Produção das provas orais.....	33
2.5. Alegações finais. Memoriais (razões finais escritas).....	34
2.6. Sentença.....	35
2.7. Conversão do julgamento em diligência.....	35
3. Documentação da audiência. Lavratura do termo de audiência.....	35
4. Designação, antecipação e adiamento da audiência de instrução e julgamento.....	36
5. A unidade e continuidade da audiência. Casos excepcionais de suspensão.....	39
6. A Audiência pública.....	40
Capítulo 2 ► Teoria Geral da Prova e Parte Geral do Direito Probatório	43
1. Noções introdutórias.....	43
2. Acepções da palavra “prova”.....	44
3. Meios e fontes de prova.....	45
4. O direito fundamental à prova. Relação entre o princípio do contraditório e o direito à prova.....	46
5. Classificação da prova.....	48
6. Prova e busca da verdade.....	50
7. Finalidade da prova.....	55
8. Destinatário da prova.....	57
9. Objeto da prova.....	57
9.1. Observação preliminar.....	57
9.2. Características do fato probando.....	58
9.2.1. Controvérsia.....	58

apreendam as lições nele contidas. Parabéns, leitores, pela oportunidade de terem contato com doutrina de alta qualidade! Parabéns, Fredie, Paula e Rafael pela excepcionalidade do livro escrito! O belíssimo trabalho que realizaram merece nosso reconhecimento e aplauso. Parabéns, Editora JusPodivm, por sempre divulgar material de ótima qualidade!

Bela Sintra/Toro/Taipá, março de 2015.

Leonardo Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP, com pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado. Integrou a Comissão de Juristas formada na Câmara dos Deputados para revisão do novo Código de Processo Civil

Dierle Nunes

Mestre em Direito pela PUCMINAS. Doutor em Direito pela PUCMINAS-Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Professor do PPGD PUCMINAS. Professor adjunto da PUCMINAS e UFMG. Integrou a Comissão de Juristas formada na Câmara dos Deputados para revisão do novo Código de Processo Civil

Luiz Henrique Volpe Camargo

Mestre em Direito pela PUC/SP. Doutorando em Direito pela PUC/SP. Professor da Universidade Católica Dom Bosco de Campo Grande, MS, nos cursos de graduação e especialização. Advogado. Integrou as duas Comissões de Juristas formadas no Senado Federal e na Câmara dos Deputados para revisão do novo Código de Processo Civil

CAPÍTULO 1

Audiência de instrução e julgamento

Sumário • 1. Conceito e generalidades – 2. Conteúdo e estrutura: 2.1. Considerações iniciais; 2.2. Abertura da audiência. Pregão inicial; 2.3. Tentativa de autocomposição; 2.4. Produção das provas orais; 2.5. Alegações finais. Memoriais (razões finais escritas); 2.6. Sentença; 2.7. Conversão do julgamento em diligência – 3. Documentação da audiência. Lavratura do termo de audiência – 4. Designação, antecipação e adiamento da audiência de instrução e julgamento – 5. A unidade e continuidade da audiência. Casos excepcionais de suspensão – 6. A Audiência Pública.

1. CONCEITO E GENERALIDADES

A audiência de instrução e julgamento é a sessão pública, que transcorre de portas abertas, presidida por órgão jurisdicional, com a presença e participação de inúmeros outros sujeitos – partes, advogados, testemunhas e auxiliares da justiça –, e que tem por escopo tentar conciliar as partes, produzir prova oral, debater e decidir a causa¹.

A audiência diz-se de “instrução e julgamento”, porquanto sejam esses seus objetos centrais: *instruir* (produzir provas) e *julgar* (decidir) oralmente – não obstante também contenha uma tentativa de conciliação e um momento de debate (alegações finais)². É designação tradicional na linguagem processual brasileira.

Mas não se trata de ato essencial dentro do processo. Pode ser perfeitamente dispensada quando cabível julgamento antecipado do mérito (art. 355, CPC).

Concorrem para o perfeito desenvolvimento da audiência o juiz, as partes, os advogados e auxiliares da justiça.

O *juiz* exerce os papéis de diretor, investigador e conciliador/mediador na audiência.

O *juiz-conciliador/mediador* tenta fazer com que as partes cheguem à autocomposição (art. 359, CPC). Para tanto, pode valer-se das técnicas de mediação ou

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 3, p. 636-637.
2. “No sistema oral, a audiência é o momento culminante do processo. Por ela se caracteriza o procedimento oral. Os princípios que o definem a informam. Nela se concentra a causa, o juiz se põe em contato direto com as partes e com as fontes de prova; nos atos que então se realizam predomina a palavra falada”. (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 291).

conciliação e, até mesmo, suspender a audiência, se achar conveniente, para que mediadores ou conciliadores exerçam essa tarefa.

O *juiz-investigador* é o que colhe as provas diretamente, tomando depoimento das partes, formulando perguntas para as testemunhas e deduzindo quesitos de esclarecimentos para o perito e os assistentes técnicos. É possível, ainda, a expedição de carta precatória para a colheita de prova.

Convém atentar para o art. 377 do CPC: “A carta precatória, a carta rogatória e o auxílio direto suspenderão o julgamento da causa, no caso previsto no art. 313, inciso V, alínea “b”, quando, tendo sido requeridos antes da decisão de saneamento, a prova neles solicitada apresentar-se imprescindível”. É preciso que o objeto da carta ou do pedido de auxílio direto (art. 30, II, CPC) *apresente-se como imprescindível* ao correto deslinde do processo. “Diligências fora do juízo da causa, não explicadas ou mal explicadas pela parte, ficarão a cargo do requerente, sem comprometer o desenvolvimento normal do processo”³.

Além disso, as cartas não devolvidas no prazo ou concedidas sem efeito suspensivo poderão ser juntadas aos autos a qualquer momento (art. 377, par. único, CPC).

O *juiz-diretor* preside e conduz as atividades empreendidas na audiência, mantendo a ordem e decoro (art. 360, CPC), no exercício do seu *poder de polícia*, determinando os atos a serem praticados, transmitindo aos peritos, assistentes técnicos e testemunhas perguntas formuladas pelos advogados, ouvindo e consignando as respostas no termo de audiência, solucionando questões incidentais, prolatando a sentença, requisitando força policial, ordenando o comportamento adequado a quem estiver assistindo ou participando do ato etc..

As partes comparecem à audiência, sobretudo, para a tentativa de conciliação e, se for o caso, para prestar depoimento pessoal. São atos pessoais das partes – a conciliação não exige a participação do advogado, por não se tratar de ato postulatório. Independentemente disso, a parte “tem o direito de estar presente à audiência e comunicar-se com seu defensor, inclusive para sugerir-lhe perguntas a serem feitas às testemunhas”⁴.

Os advogados participam da audiência apresentando requerimentos e alegações (ex.: contradita de testemunha) e formulando perguntas para partes, testemunhas, perito e assistentes técnicos.

Por fim, os *auxiliares de justiça* são: i) o *oficial de justiça*, responsável pelo pregão inicial; ii) o *escrivão, escrevente ou chefe de secretaria*, a quem incumbe documentar a audiência; iii) eventualmente, *perito, intérprete ou tradutor*.

3. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

4. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 3, p. 637-638.

2. CONTEÚDO E ESTRUTURA

2.1. Considerações iniciais

As principais atividades desenvolvidas na audiência de instrução e julgamento são: a) a tentativa de conciliação; b) a arguição do perito; c) a produção de prova oral; d) a apresentação de alegações finais; e) a prolação de sentença.

O art. 359, CPC, determina a realização de uma *tentativa de conciliação*, a ser conduzida pelo juiz, que deve comunicar-se com as partes, catalisando e incentivando a solução do conflito.

A audiência, segundo Liebman, é o “palco da oralidade”. É por isso que é lá que deve se dar a *produção da prova oral*: a coleta do depoimento pessoal das partes, a oitiva das testemunhas e a prestação de esclarecimentos por parte do perito e dos assistentes técnicos.

Coletadas as provas, abre-se a oportunidade para os advogados deduzirem *alegações finais*, sua manifestação derradeira. É o instrumento de que dispõem para analisar as provas em confronto com os fatos controvertidos, bem como suscitar, reforçar ou reavivar questões jurídicas – exegese da lei, opiniões doutrinárias, entendimentos jurisprudenciais etc.

Em desfecho, prolata o juiz a *sentença*, examinando ou não o mérito da causa.

Visto seu conteúdo, é preciso esboçar sua estrutura.

A audiência é *ato processual complexo*, integrado por uma sucessão de atos coordenados, interdependentes entre si, e sujeitos ao preenchimento de requisitos formais próprios.

Estrutura-se, sequenciadamente, na seguinte ordem: a) a proclamação judicial (abertura); b) o pregão inicial feito pelo servidor (art. 358, CPC); c) a tentativa de conciliação (art. 359, CPC); d) a prestação de esclarecimentos pelo perito e pelos assistentes técnicos (art. 361, I, CPC); e) a coleta de depoimento pessoal – primeiro do autor, depois do réu (art. 361, II, CPC); f) a inquirição de testemunhas – primeira as arroladas pelo autor, depois as arroladas pelo réu (art. 361, III, CPC); g) as alegações finais – primeiro pelo advogado do autor, depois pelo advogado do réu (art. 364, CPC); e, em desfecho, h) a prolação da sentença.

Admite-se a inversão da ordem de produção das provas, tendo em vistas as particularidades do conflito (art. 139, VI, CPC).

Vejamos, passo a passo, como transcorre a audiência de instrução e julgamento.

2.2. Abertura da audiência. Pregão inicial

Na forma do art. 358, CPC, no dia e na hora designados, o juiz declarará aberta a audiência, determinando que se apregoem as partes e seus procuradores.

Algumas notas sobre o tempo e o lugar da audiência.

Deverá ocorrer nos *dias úteis*, dentro do horário de funcionamento do expediente forense. Se até a hora de encerramento do expediente, os trabalhos não tiverem se concluído, o magistrado deve determinar sua continuação em dia próximo (art. 365, parágrafo único, CPC).

Demais disso, a audiência deverá ser realizada na *sede do juízo* ou, em casos excepcionais, no local em que o juiz estabelecer (art. 217, CPC). Se enferma e hospitalizada a parte, por exemplo, pode o juiz determinar que a audiência se realize onde se encontrar.

Na prática, a *abertura da audiência* é muito simples e informal. “Declarar aberta a audiência” é informar ao auxiliar que é chegada a hora de fazer o pregão inicial. O juiz ordena que o auxiliar da justiça convoque (apregoe) as partes e seus respectivos advogados para que ingressem na sala de audiência e acomodem-se, de forma a que possa dar inícios aos trabalhos.

O *pregão inicial* é essa comunicação às partes e aos seus defensores, feita pelo auxiliar de Justiça. “Deve ser feita em voz alta e clara e tem a finalidade de evitar eventuais desatenções e caracterizar a ausência dos que não atenderam a ele”⁵.

Malgrado a lei não seja expressa nesse sentido, impõe-se – e já é de costume – que se apregoem também as testemunhas, o perito e os assistentes técnicos, para que fiquem cientes de que a qualquer tempo serão convocados para depor⁶.

A despeito da simplicidade com que é feito, o pregão é ato essencial para a abertura da audiência, cuja falta pode conduzir à sua invalidade – desde que haja prejuízos, é claro⁷.

2.3. Tentativa de autocomposição

Iniciada a audiência, o juiz tentará fazer com que as partes cheguem à autocomposição ou se valham de outros meios de solução de conflitos, como a arbitragem.

Se estiver representada por advogado, o *comparecimento* da parte na audiência é desnecessário – bastará que o defensor se faça presente. Mas se a parte não estiver representada por advogado com poderes para transigir, considera-se frustrada a tentativa de conciliação (sua presença pessoal não é obrigatória; distingue-se, neste ponto, da audiência de instrução do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, em que a presença da parte é obrigatória)⁸.

5. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3 ed., v. 3, p. 640.

6. Nessa linha de entendimento, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, cit., p. 15.

7. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 294; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 15.

8. Em sentido diverso, entendendo que o comparecimento da parte é obrigatório, sob pena de adiamento da audiência, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 641.

Havendo conciliação, deverá ser reduzida a termo – documentada por escrito – e homologada por sentença judicial.

Não havendo conciliação, o juiz deverá dar início à produção da prova.

Na decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, CPC), o juiz fixou os pontos controvertidos sobre os quais recairá a produção das provas. Se no intervalo entre a decisão de saneamento e a audiência de instrução e julgamento tiver ocorrido a realização de alguma prova – como a perícia, a inspeção judicial, a juntada ulterior de documento –, o objeto da prova (pontos controvertidos) poderá ter sido restringido. A prova oral só será necessária para os pontos de fato ainda não elucidados. Daí a necessidade de o juiz reavaliar quais são os pontos ainda controversos e não corroborados, para que sobre eles incida a prova oral⁹. Essa é uma providência preliminar ao início da colheita da prova em audiência.

2.4. Produção das provas orais

O art. 361, CPC, estabelece em seus incisos a ordem a ser seguida na instrução oral. Relembre-se que, de acordo com o inciso VI do art. 139, CPC, o juiz poderá inverter a ordem de produção das provas, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

O *primeiro passo* (art. 361, I) é tomar os *esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos* (nessa ordem) acerca das omissões e inexatidões constatadas em seus opinativos técnicos. Seus esclarecimentos serão prestados em forma de respostas aos quesitos formulados pelas partes e pelo juiz.

Cândido Dinamarco explica, de forma prática e didática: “As perguntas são lidas pelo juiz, o perito dá suas respostas e ambos os defensores podem dirigir-lhes outras, sempre através do juiz e desde que relacionadas com as respostas dadas; repregunta primeiro o advogado que formulara o pedido de esclarecimento, depois o adversário. Do mesmo modo, são prestados esclarecimentos pelos assistentes-técnicos, sendo que as reperguntas são feitas em primeiro lugar pelo advogado da parte que indicou o assistente e, em seguida, pelo adversário”¹⁰.

Se for o caso, nesse momento será realizada a chamada *perícia simplificada*, com a inquirição do perito e dos assistentes técnicos acerca daquilo que tenham examinado informalmente (art. 464, §§2º e 3º, CPC).

O *segundo passo* (art. 361, II) é tomar o *depoimento pessoal* do autor e, ato contínuo, o depoimento pessoal do réu.

9. Dessa forma, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 642. Athos Gusmão Carneiro diz que, em verdade, na audiência de instrução e julgamento, o juiz irá “manter, ou retificar, a fixação efetivada na audiência preliminar” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 59).

10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 642.

O terceiro e último passo (art. 361, III) é a *inquirição das testemunhas* arroladas pelo autor - na ordem que ele preferir - e, em seguida, aquelas arroladas pelo réu. Sobre a produção da prova testemunhal, ver capítulo respectivo neste volume.

Finda a instrução, iniciam-se os debates orais, com as alegações finais de ambas as partes.

2.5. Alegações finais. Memoriais (razões finais escritas)

Coletadas as provas orais, o juiz deve dar a oportunidade para a dedução de alegações finais: dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por dez, a critério do juiz" (art. 364, *caput*, CPC)¹¹.

O art. 364, §1º, aborda a divisão do prazo no caso de litisconsórcio ou ingresso de terceiro.

Havendo litisconsortes ou terceiro interveniente (assistente simples, por exemplo), somam-se os minutos do prazo legal (vinte minutos) com os minutos facultados a título de prorrogação (dez minutos) e o resultado dessa adição (trinta minutos) deverá ser dividido em partes iguais, entre os procuradores dos litisconsortes. Isso só vale, por óbvio, quando os litisconsortes estão com procuradores distintos.

Se o prazo ficar excessivamente diminuto, porquanto sejam muitos os litisconsortes com advogados diversos, o juiz poderá dilatá-lo, nos termos do art. 139, VI, CPC.

Independentemente disso, nada impede que os litisconsortes convençionem o uso da palavra por um só advogado¹², tendo em vista o art. 190 do CPC.

Quando a causa envolver questões de fato ou de direito complexas (art. 364, §2º, CPC), as alegações finais das partes podem ser deduzidas por escrito, por meio dos chamados *memoriais*, em prazos sucessivos de quinze dias, a começar pelas do autor. Cabe ao juiz definir, à luz do caso concreto, se o nível de complexidade das questões justifica o deferimento de pedido de apresentação de memoriais¹³, sendo raro o magistrado que não os admita. Cumpre lembrar que, com base no art. 139, VI, o juiz pode dilatar os prazos processuais - esse é um caso em que isso acontecerá com frequência.

11. Se o juiz denegar a oportunidade do debate, a audiência será viciada, podendo, pois, ser invalidada. Mas nada impede que as partes renunciem ao direito de deduzir alegações finais. É o que registra Athos Gusmão Carneiro, com base em ponderações de Pontes de Miranda (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 85).

12. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 84.

13. Segundo Moacyr Amaral Santos, a substituição por memoriais pode dar-se por acordo das partes (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 300).

"Ao julgador, pois, pertence a prudente opção no campo procedimental. Ainda que os advogados se declarem prontos ao debate oral, permanece reservado ao juiz o poder de determinar-lhe a conversão em razões escritas; igualmente poderá o juiz indeferir, finda a instrução, o requerimento dos procuradores no sentido da apresentação das razões escritas, concedendo-lhes de imediato a palavra, quando singela a lide".¹⁴

2.6. Sentença

Feitas as alegações finais, oralmente, em mesa de audiência, completa-se a instrução e deve o juiz, desde logo, proferir a sentença, oralmente. Mas o juiz pode optar por proferir a decisão por escrito, posteriormente, em seu gabinete, quando deverá apresentá-la no prazo de trinta dias (art. 366, CPC).

Se a sentença foi prolatada em audiência, após as razões finais, considera-se desde então publicada.

Mas se o juiz optou por registrá-la por escrito, no prazo legal, designará uma data para o prosseguimento da audiência, em que irá pronunciá-la e publicá-la. Normalmente, opta-se pela publicação na imprensa oficial - ou, não havendo, determina-se a intimação das partes do seu teor.

2.7. Conversão do julgamento em diligência

Quando já finda a fase de instrução e oferecidas as razões finais, o juiz pode, em vez de sentenciar, *converter o julgamento em diligência probatória*, retornando à instrução. Pode determinar a produção de novas provas para a elucidação de pontos de fato que restaram obscuros.

Admite-se a produção de qualquer meio de prova, desde que respeitada a garantia do contraditório e os limites do poder instrutório do juiz, já examinados neste volume do *Curso*.

A providência não conta com previsão expressa no CPC, mas é compatível com nosso sistema e amplamente admitida pela doutrina¹⁵.

3. DOCUMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA. LAVRATURA DO TERMO DE AUDIÊNCIA

O servidor, sob ditado do juiz, documentará todos os atos da audiência; o termo deve conter o resumo do ocorrido na audiência e a íntegra dos pronunciamentos judiciais nela proferidos (art. 367, CPC).

As ocorrências em geral - incidentes, questões levantadas, decisões proferidas, providências determinadas etc. - serão registradas no *termo de audiência*, que recebe a designação de *ata*.

14. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, 9ª ed, 2001, p. 91.

15. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 645.

A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica (art. 367, §5º, CPC).

Essa gravação também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial (art. 367, §5º, CPC). Nesse caso, ainda que não haja necessidade de autorização judicial, a parte deve informar a todos os participantes da audiência que procederá à gravação: essa é uma exigência ética que decorre do princípio da boa-fé e do princípio da cooperação (arts. 5º e 6º do CPC).

Há duas regras sobre processo eletrônico que são imprescindíveis para a compreensão da documentação da audiência:

“Quando se tratar de processo total ou parcialmente documentado em autos eletrônicos, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo, que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes” (§ 1º do art. 209 do CPC). Na hipótese de documentação eletrônica, eventuais *contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento de realização do ato, sob pena de preclusão*, devendo o juiz decidir de plano, e ordenar o registro, no termo, da alegação e da decisão (art. 209, §2º, CPC).

Não sendo termo eletrônico, todas as folhas serão subscritas pelo juiz, advogados, partes, Ministério Público, escrivão ou chefe de secretaria; as partes somente o assinarão se houver ato de disposição para cuja prática o respectivo advogado não tenha poder (art. 367, §2º, CPC). Por fim, tais termos, juntamente com documentos eventualmente recebidos pelo magistrado, devem ser acostados aos autos do processo pelo escrivão ou chefe de secretaria (art. 367, §3º, CPC).

Já os esclarecimentos do perito e dos assistentes, bem como o depoimento das partes e das testemunhas serão por ele consignados no denominado *termo de assentada ou assentada*¹⁶.

4. DESIGNAÇÃO, ANTECIPAÇÃO E ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Na decisão de saneamento e organização do processo, deve o juiz designar a data e a hora da audiência de instrução e julgamento (art. 357, V, CPC). A audiência também pode ter sido designada no calendário processual concertado entre partes e juiz (art. 191, CPC).

Ao designá-la, o juiz deve observar o tempo necessário para a realização de eventual perícia ou outras diligências - ex.: exibição de documento a ser periciado por

16. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 647.

terceiro, inspeção judicial etc. Se for o caso, pode até optar por marcar a audiência depois de concluídos tais trabalhos, levando em conta o seu grau de relevância e complexidade¹⁷. Cumpre lembrar que, na decisão de organização da atividade instrutória, o juiz deve fixar o calendário para a realização da perícia (art. 357, §8º, CPC).

Constatando urgência na solução da causa, ou eventual disponibilidade em sua pauta de audiência, pode o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a *antecipação da audiência*.

O art. 362, CPC, prevê, contudo, a possibilidade de *adiamento* da audiência, em três hipóteses: *i) por convenção das partes*; e *ii) pela ausência de sujeitos do processo* que necessariamente deveriam fazer parte da audiência - nesse caso, é preciso que haja motivo justificado para o adiamento, comprovado até a abertura da audiência (art. 362, §1º, CPC); *iii) pelo atraso injustificado do início da audiência*, por tempo superior a trinta minutos do horário marcado - nesse caso, há direito das partes e dos advogados ao adiamento.

A ausência de servidor não obsta a abertura e realização da audiência. Neste caso, cabe ao juiz convocar substituto, ou, se não houver, nomear auxiliar *ad hoc* - o escrivão *ad hoc*, por texto de lei.

Entende a doutrina que não é motivo para adiamento da audiência, o fato de o advogado ter outra audiência designada para o mesmo dia e horário, em outro processo - ainda que a designação tenha sido anterior. A parte contrária não pode responder pela assoberbamento de trabalho do causídico¹⁸.

Não parece que a solução deva ser dada *a priori*: veja, por exemplo, a situação que ocorreu na Bahia, em que o Tribunal de Justiça determinou um mutirão de audiências nos Juizados Especiais, concentradas em curto espaço de tempo, o que levou alguns advogados a ter mais de vinte audiências designadas para um mesmo dia.

Se a *parte* se ausenta sem justo motivo, existem duas consequências de relevo: *i) malograda* será a tentativa de conciliação, salvo se seu advogado estiver presente e investido do poder especial para transigir; *ii) tendo sido intimada* para prestar depoimento pessoal, sofrerá a pena de confesso, com a presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados pela contraparte.

Se o *advogado, defensor público ou Membro do Ministério Público* se ausenta sem justo motivo, o juiz *pode* dispensar as provas requeridas pela parte, na forma do art. 362, §2º, CPC. Fica a critério do juiz a imputação de tal sanção¹⁹. “Um limite

17. Em sentido semelhante, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 289.

18. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 97. Em sentido diverso, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 10ª ed., v. 1, p. 376; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 648; ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 630.

19. Para Athos Gusmão Carneiro, a norma não tem caráter punitivo, apenas visa à economia processual (eficiência), com a dispensa de provas que o juiz reputa inadequadas ou desnecessárias para formar sua

a esse poder é a indisponibilidade dos direitos: seria incoerente com o sistema a dispensa de prova de fatos referentes a direitos indisponíveis, quando em relação a eles não se aplica o efeito da revelia nem a pena de confesso, nem é plenamente eficaz a própria confissão²⁰.

Se ambos os advogados (do autor e do réu) se ausentam injustificadamente, isso não impedirá a abertura e realização da audiência, aplicando-se o citado art. 362, §2º, CPC²¹.

Se o *assistente técnico* se ausenta sem justo motivo, a audiência não será adiada. Realizar-se-á sem a sua participação, em prejuízo das partes que solicitaram esclarecimentos.

No exame da eficácia da *ausência da testemunha*, é preciso distinguir duas situações: a da testemunha que foi intimada e não compareceu e a da testemunha, cuja intimação foi dispensada, e não compareceu.

No primeiro caso, a ausência da testemunha dá ensejo ao adiamento da audiência, com ou sem justificação. Não justificada sua ausência, será conduzida coercitivamente (art. 455, §5º, CPC) – o que se aplica por analogia ao perito²².

No segundo caso, o não comparecimento da testemunha só implica adiamento se houver justificação. Sem justo motivo, a prova não será realizada, como se dela houvesse desistido tacitamente a parte que se comprometeu em trazê-la sem intimação.

Segundo o art. 362, §3º, CPC, responderá pelas custas acrescidas, aquele que der causa ao adiamento da audiência.

Mas subsistem *outras hipóteses de adiamento* previstas em outros dispositivos legais. Veja-se.

Existem prazos para o perito apresentar o laudo e as partes (por seus assistentes técnicos) sobre ele se manifestarem, respectivamente. Tudo isso deve ser feito antes do início da audiência de instrução e julgamento, em tempo de se solicitarem a prestação de esclarecimentos pelos especialistas na assentada.

Assim, o *atraso na entrega do laudo pericial* pelo perito, que pode pedir a prorrogação do seu prazo, conduzirá, não raro, ao adiamento da audiência. Ou, ainda, a *demora na intimação das partes* para se manifestarem (através de seus assistentes técnicos) sobre o laudo pode prejudicar o início da audiência²³.

convicção (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 100).

20. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 649.
21. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 295. Em sentido diverso, Athos Gusmão Carneiro entende que o juiz não deve realizar a audiência (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 99).
22. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 296; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 102.
23. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 648.

É caso de adiamento, ainda, a determinação judicial, de ofício ou a requerimento, de *oitiva de testemunha referida* em algum depoimento (das partes ou testemunhas) – isso porque as testemunhas ainda deverão ser intimadas.

Não se pode olvidar que *imprevistos e intempéries* podem implicar o adiamento da audiência, como, por exemplo, uma greve dos serventuários da Justiça, o prolongamento da audiência anterior que se estenda até o fim do dia etc.

De todo modo, adiada ou antecipada a audiência, o juiz determinará a intimação do advogado ou da sociedade de advogados acerca da nova data (art. 363, CPC).

5. A UNIDADE E CONTINUIDADE DA AUDIÊNCIA. CASOS EXCEPCIONAIS DE SUSPENSÃO

Dita o art. 365, CPC, que a audiência de instrução e julgamento é una e contínua.

Sua *unidade* reside no fato de as atividades de conciliação, instrução, debate e julgamento estarem reunidas em uma só audiência – não existem outras audiências previstas em lei para a sua realização.

Sua *continuidade* revela-se na exigência de que toda a atividade acima descrita se concentre em uma só sessão; que a audiência inicie e termine em uma única assentada, sem interrupções. Privilegia-se o princípio da concentração dos atos processuais, corolário do princípio da oralidade²⁴.

Mas o próprio art. 365, CPC, prevê que, se não for possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará seu prosseguimento para dia próximo, em pauta preferencial. É possível, assim, casos excepcionais de *suspensão*. É o caso da demora que inviabilize o esgotamento de todas as atividades numa só sessão; da ausência de alguma testemunha etc.²⁵

Moacyr Amaral Santos ressalva, contudo, que “não se interromperá o depoimento da parte ou de testemunha, assim como a exposição e os esclarecimentos do perito. Iniciado o debate oral, não poderá ser suspensão”.²⁶

Os sujeitos presentes na audiência suspensa, nesta mesma oportunidade, devem ser cientificados da data designada para seu prosseguimento. Dispensa-se, assim, a trabalhosa e custosa diligência de intimação.

Já os ausentes, por motivo justo, devem ser regularmente intimados.

24. Segundo Alexandre Câmara, havendo interrupção, não se segue uma nova audiência, mas a continuação da anterior. Assim, baseando-se nessa continuidade da audiência, sustenta que a parte presente na primeira sessão da audiência, não pode ser considerada ausente se faltar à segunda sessão, porquanto mera continuação. Não se aplicam, pois, as consequências previstas em lei para sua ausência (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 10ª ed., v. 1, cit., p. 372).
25. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 647-648.
26. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 293.

6. A AUDIÊNCIA PÚBLICA

A audiência pública é, tal como a audiência de instrução e julgamento, uma sessão pública – transcorre de portas abertas, acessível a qualquer pessoa –, que tem por escopo permitir que pessoas com experiência e conhecimento em determinada matéria, ou que de algum modo sejam capazes de contribuir com o assunto discutido, possam externar suas opiniões e pontos de vista, ampliando a participação democrática num determinado processo decisório.

Em determinados casos, a lei exige a realização de audiência pública como requisito de validade do ato final de determinado processo – por exemplo: o processo licitatório que precede a formalização de contrato administrativo de significativo valor deve ser iniciado obrigatoriamente com uma audiência pública (Lei n. 8.666/1993, art. 39²⁷); exige-se audiência pública no processo legislativo de elaboração do plano diretor municipal ou quando houver projeto de implantação de empreendimento de significativo impacto para a comunidade de um município (Lei n. 10.257/2001, art. 40, §4º, I²⁸, e art. 2º, XIII²⁹, respectivamente).

Em outros casos, a lei apenas *faculta* a realização de audiência pública – por exemplo: nos processos administrativos federais, a depender da relevância da questão discutida (Lei n. 9.784/1999, art. 32³⁰); nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, quando houver necessidade de esclarecimento de circunstância de fato (Lei n. 9.868/1999, art. 9º, §1º³¹, e art. 20, §1º³²; Lei n. 9.882/1999, art. 6º,

27. Art. 39, Lei n. 8.666/1993. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, através dos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.
28. Art. 40, Lei n. 10.257/2001. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. [...] § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade.
29. Art. 2º, Lei n. 10.257/2001. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população.
30. Art. 32, Lei n. 9.784/1999. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.
31. Art. 9º, Lei n. 9.868/1999. [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.
32. Art. 20, Lei n. 9.868/1999. [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar

§1º³³); em qualquer ação que tramite junto ao STF, quando houver necessidade de esclarecimento de circunstância de fato com repercussão geral e de interesse público relevante (RISTF, art. 13, XVII³⁴; art. 21, XVII).

O objetivo da audiência pública é dar mais legitimidade e qualidade ao ato final do procedimento, seja ele um ato legislativo, uma decisão administrativa ou uma decisão judicial. Trata-se de valioso instrumento de participação democrática no processo decisório, permitindo a ampliação do leque dos sujeitos envolvidos e tornando o debate de determinada matéria mais permeável à pluralidade de ideias.

Em três passagens o CPC fala em *audiência pública*: quando trata do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) (CPC, art. 983, §1º); quando trata do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC, art. 1.038, II); e quando trata da possibilidade de alteração, pelo tribunal, de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 927, §2º).

O CPC não exige a realização da audiência pública como requisito de validade da decisão final, apenas *faculta* a sua realização. Parece-nos, contudo, que o fato de a audiência pública estar prevista apenas nessas hipóteses não impede a sua realização em situações outras que, por sua relevância e repercussão, reclamem maior participação de pessoas estranhas ao processo, mas com conhecimento e experiência suficientes para contribuir com o aprimoramento do seu resultado.

É o caso, por exemplo, dos processos estruturais³⁵, dos processos em que se discute *leading case*, cuja *ratio decidendi* servirá como precedente para casos futuros, e dos processos submetidos a julgamento por órgão plenário ou por órgão especial de tribunal, cujo resultado há de ser observado por juízes e pelo próprio tribunal

informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

33. Art. 6º, Lei n. 9.882/1999. [...] § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.
34. Art. 13, RISTF. São atribuições do Presidente: [...] XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinadas matérias, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.
35. Segundo Edilson Vitorelli Diniz Lima, "há uma categoria de ações de interesse público, que se valem de ordens judiciais que impõem obrigações de fazer ou não fazer para a realização de direitos fundamentais, reformar instituições inteiras, as ordens judiciais respectivas ficaram conhecidas como *structural injunctions*. Assim, a referência ao processo coletivo estrutural é aplicável aos casos em que a pretensão coletiva não é apenas de imposição de um comportamento, mas a realização de uma alteração estrutural na organização pública, com o objetivo de potencializar o comportamento desejado no futuro" (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2015, p. 566).

(CPC, art. 927, V). É o caso também do incidente de arguição de inconstitucionalidade (CPC, arts. 948 a 950) e do incidente de assunção de competência (CPC, art. 947).

À falta de lei federal que estabeleça o procedimento para realização da audiência pública, a lei estadual ou o regimento interno do tribunal podem discipliná-lo. Caso não haja regulamentação, o art. 154, p. único, do Regimento Interno do STF e a Resolução n. 82/2012 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) podem servir como parâmetros normativos quanto ao procedimento a ser adotado antes e durante a realização de uma audiência pública.

Inicialmente, deve-se dar a mais ampla publicidade à sessão, garantindo-se que a informação sobre a sua designação chegue ao maior número possível de pessoas. Isso pode ser feito por publicação do despacho que designa a audiência pública nos órgãos oficiais de publicação e jornais de grande circulação e também por divulgação nas rádios, canais de televisão, redes sociais e sítios de internet.

É imprescindível que o despacho indique, desde já, a data, a hora e o local em que a audiência acontecerá, bem como o tema que será debatido, o prazo para inscrição dos interessados, o tempo e os recursos de que cada um disporá para expor sua opinião ou ponto de vista e a ordem em que a exposição será feita.

Todos os membros do colegiado que decidirá a questão devem ser informados da data e do local da audiência, para que dela possam participar, inclusive formulando perguntas e pedindo esclarecimentos. A observação é muito importante, pois a audiência serve como importante fonte de informação ao órgão julgador, que não se resume ao relator.

É possível que o julgador, visando a otimizar os trabalhos, limite o número de pessoas habilitadas a prestar depoimento, mas é fundamental que isso seja feito segundo critérios objetivos e explícitos, assegurando-se o debate do maior número possível de opiniões ou pontos de vista. Assim, por exemplo, havendo mais de uma entidade de classe inscrita e que represente o mesmo interesse ou ponto de vista, pode o julgador, para garantir maior eficiência, autorizar que apenas uma delas sustente o seu ponto de vista, se ele coincidir com o que seria sustentado pela outra entidade.

A sessão será conduzida por juiz, desembargador ou ministro, a quem competirá decidir questões que eventualmente surjam durante a sua realização. Desde que possível, é importante que seja ela transmitida em tempo real, por qualquer meio (televisão, rádio, internet, redes sociais etc.), a fim de que possa ser acompanhada mesmo por quem não estiver presente no local de sua realização.

A sua documentação deve ser feita pelos mesmos meios disponíveis para a documentação das audiências em geral (ata, vídeo etc.).

CAPÍTULO 2

Teoria Geral da Prova e Parte Geral do Direito Probatório

Sumário • 1. Noções introdutórias – 2. Acepções da palavra “prova” – 3. Meios e fontes de prova – 4. O direito fundamental à prova. Relação entre o princípio do contraditório e o direito à prova – 5. Classificação da prova – 6. Prova e busca da verdade – 7. Finalidade da prova – 8. Destinatário da prova – 9. Objeto da prova: 9.1. Observação preliminar; 9.2. Características do fato probando; 9.3. Fatos que independem de prova (art. 374, CPC); 9.4. Prova da fonte normativa (“prova do Direito”); 9.5. Prova de fato ocorrido no estrangeiro – 10. Regras da experiência, indícios e presunções: 10.1. As regras da experiência; 10.2. Indícios e presunções judiciais – 11. Procedimento probatório – 12. Natureza jurídica das normas sobre prova – 13. Normas estruturantes do direito probatório: 13.1. Poderes instrutórios do juiz. Considerações sobre o garantismo processual; 13.2. Aquisição processual da prova; 13.3. Atipicidade dos meios de prova. As provas atípicas; 13.4. Proibição de prova ilícita; 13.5. Sistema de valoração da prova pelo juiz: convencimento motivado ou persuasão racional; 13.6. Ônus da prova – 14. Prova emprestada: 14.1. Generalidades; 14.2. Respeito ao contraditório; 14.3. Critérios de valoração da prova emprestada; 14.4. Prova emprestada produzida em segredo de justiça; 14.5. Prova produzida por juízo incompetente; 14.6. Interceptação telefônica autorizada no processo penal como prova emprestada no juízo cível – 15. Preclusão para o juiz em matéria de prova.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana e transcende o campo do Direito¹. É, entre os assuntos da *dogmática processual*, aquele que exige do aplicador e do estudioso maior volume de noções de outras áreas do conhecimento. A interdisciplinaridade, aqui, não é apenas um desejo acadêmico: sem observar essa característica, não há como interpretar e aplicar corretamente as regras do direito probatório.

Qualquer decisão humana, qualquer que seja o ambiente em que tenha sido proferida (em um baile de carnaval, em um *shopping center* ou em um processo jurisdicional), é resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias (de fato ou não); é baseada em diversos elementos de prova.

No processo jurisdicional, o objetivo principal é a efetivação de um determinado resultado prático favorável a quem tenha razão, que seja produto de uma

1. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavallia Editor, 1981, t. 1, p. 9.