

**A REFORMA DO DIREITO PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO- ANTEPROJETO DO GRUPO DE PESQUISA
“OBSERVATÓRIO DAS REFORMAS PROCESSUAIS” DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

APRESENTAÇÃO

Leonardo Greco

Professor Coordenador do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1. *Antecedentes.* É bastante antiga a origem do meu interesse pelo Direito Probatório, que remonta ao fecundo período de intensa convivência de que desfrutei junto ao Prof. Moacyr Amaral Santos, nos idos de 1968/1969, quando, depois de ter sido por três anos seu aluno de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, fui, por mais dois anos, seu Secretário Jurídico no Supremo Tribunal Federal. Moacyr foi indiscutivelmente o maior tratadista brasileiro do tema, cuja obra majestosa *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, em cinco densos volumes, somente encontra paralelo em poucas outras da literatura universal, como o *Tratado* de Lessona.

Mais tarde, já no Rio de Janeiro, como promotor de justiça e como advogado, adquiri minha própria experiência, algumas vezes com sincera frustração, de como as regras legais do direito probatório dificultam a busca da verdade e são manuseadas com frieza na cotidiana administração da justiça, transformando o processo num jogo de espertezas, retrato desfigurado do processo racionalizado e tecnicamente perfeito dos livros de doutrina.

A leitura do livro de Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione*, no final da década de 80, renovou minhas esperanças de que seria possível tentar reformar o Direito

Probatório, mas que, para tanto, seria necessário rever as suas premissas teóricas. Era preciso implementar efetivamente o direito de defender-se provando. O juiz não deveria mais ser considerado o único destinatário das provas.

Os estudos de Mauro Cappelletti sobre o depoimento pessoal, de Michele Taruffo, especialmente sobre a prova e a motivação da sentença, de Gian Franco Ricci sobre as limitações probatórias, de Federico Stella sobre a avaliação da prova científica, assim como a evolução da jurisprudência americana a partir do caso *Daubert*, foram alguns fatores que me estimularam a enveredar no aprofundamento da reflexão sobre o direito probatório e a incentivar inúmeros alunos em estudos e pesquisas sobre o tema.

Nos últimos vinte anos, orientei inúmeras dissertações de mestrado e teses de doutorado sobre o direito probatório, em especial sobre as provas ilícitas, sobre a atividade probatória das partes, sobre a prova pericial, sobre a prova científica e o exame de DNA, sobre a prova pericial no processo penal, sobre a prova no processo administrativo, sobre o ônus da prova no Direito Processual Público, sobre a iniciativa probatória no processo penal e sobre a fase pré-processual de preparação da demanda, entre outras.

Em alguns estudos, delineei as diretrizes que me parecem indispensáveis de uma possível reforma, que me parece imperiosa e inevitável, do direito probatório, entre os quais: *A prova no Processo Civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil*¹; *O conceito de prova*²; *As provas no processo ambiental*³; *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*⁴; *Limitações probatórias no processo civil*⁵; e *A verdade no Estado Democrático de Direito*⁶.

¹ In: Revista Dialética de Direito Processual, nº 15, São Paulo: Dialética, jun. 2004, pp. 76-94.

² In: *Estudos de Direito Processual Civil* – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, coord. Luiz Guilherme Marinoni, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 366-388.

³ In: *Revista de Processo*, ano 30, nº 128, outubro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.40-58.

⁴ In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJ*, nº 35, outubro-dezembro de 2006, Brasília, pp. 20-27.

⁵ In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, nº 4, Jul./Dez. 2009, pp.4-28. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 10.06.2013. Trata-se de Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - linha de pesquisa de Direito Processual, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

⁶ In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo 15-340, janeiro a junho de 2005.

2. *As premissas teóricas.* As críticas que fiz nesses estudos à disciplina das provas no direito positivo brasileiro serviram de suporte ao tratamento sistemático que procurei conferir ao tema no 2º volume das minhas *Instituições de Processo Civil*⁷, em que desenvolvi em oito capítulos (Capítulo IV – Provas em geral; Capítulo V – Limitações Probatórias; Capítulo VI – Confissão e Depoimento Pessoal; Capítulo VII – Prova Documental; Capítulo VIII – Prova Testemunhal; Capítulo IX – Prova Pericial; Capítulo X – Presunções e Índícios; e Capítulo XI – Inspeção Judicial) a exposição dogmática do direito probatório vigente, sempre analisado à luz das promessas constitucionais do Estado de Direito Contemporâneo de efetividade da jurisdição e da imperiosa observância das garantias fundamentais do processo, às quais já havia eu dedicado um estudo específico, *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*⁸.

Recordo aqui que a minha exposição sobre o tema, no capítulo IV do 2º volume das minhas *Instituições*, se iniciou com a constatação de que a promessa democrática de tutela efetiva dos direitos de todos seria ilusória se o processo não fosse capaz de reconstruir os fatos como eles são, porque destes é que resultam os direitos cuja tutela é buscada pela provocação do exercício da função jurisdicional. Os sistemas processuais se preocuparam, durante séculos, em estabelecer regras minuciosas de admissibilidade e avaliação das provas, como se a verdade processual tivesse uma essência própria, pouco ou nada dependente daquela que se encontra no mundo real, quando, ao contrário, como evidenciou Jeremias Bentham⁹, a busca da verdade não é uma atividade privativa do juiz, e o resultado que o juiz deve buscar deve ter a mesma consistência daquele que é objeto da investigação dos fatos em qualquer outra área do conhecimento humano. Afinal, como acentua Tuzet, a verdade é relevante para o processo, porque não interessam quaisquer decisões, mas sim decisões justas e a verdade fática é uma das condições da justiça substancial¹⁰.

Essa concepção se distancia das provas legais, porque, enquanto estas constituem um sistema fechado, que submete o juiz às regras da lei, aquela se baseia

⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, pp. 101-311.

⁸ In: *Os princípios da Constituição de 1988*, orgs. Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp.369-406.

⁹ BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Granada: Comares, 2001, p. 15.

¹⁰ TUZET, Giovanni, *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli editore, 2013, p. 60. V. também TARUFFO, Michele, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 2002, p. 205.

num sistema aberto, em que o juiz deve recorrer aos métodos e critérios de todas as outras áreas de conhecimento para descobrir a verdade, porque o Direito não é capaz de, por si só, fornecer os meios e as diretrizes para apurar com segurança todos os fatos.

Por outro lado, essa concepção não se harmoniza com o livre convencimento puramente retórico, porque é preciso cercar a cognição probatória da mais estrita precisão para assegurar o caráter demonstrativo da definição dos fatos, com o emprego da epistemologia - como teoria do conhecimento empírico fundado na experiência científica e na lógica do razoável -, do senso comum e da própria lógica formal, através do respeito aos princípios da não-contradição e da racionalidade interna da decisão probatória¹¹.

Daí decorre a crítica inevitável às limitações probatórias e ao artificialismo normativo, que sobrevivem em muitos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, que as reformas processuais não têm tido a disposição de enfrentar e que exigirão a formulação de um novo conjunto de regras para o direito probatório.

Como pressuposto do acesso à tutela jurisdicional efetiva, a prova deixa de ser o domínio do juiz, tornando-se elemento essencial do direito de defesa e, como este, do contraditório participativo. O destinatário das provas não pode mais ser apenas o juiz. Se ao juiz é lícito indeferir provas inúteis ou manifestamente procrastinatórias (CPC, art. 130), não lhe é lícito, entretanto, indeferir qualquer prova que, ainda que remotamente, tenha a potencialidade de demonstrar a procedência das alegações de cada uma das partes, porque essa prerrogativa se insere no direito destas de defender-se provando.

A busca da verdade por meio das provas adota, portanto, significados garantístico e político e o sistema normativo não pode constituir obstáculo que dificulte a reconstrução objetiva dos fatos. Nem a exigência de celeridade pode ser um obstáculo. Um bom sistema probatório deve estruturar eficientes procedimentos preparatórios que

¹¹ Di GIORGIO, Alfredo, e CHIFFI, Daniele, *Prova e giustificazione – introduzione*, Torino: G. Giappichelli editore, 2013, pp. 10-15.

favoreçam a aceleração da apuração dos fatos, possibilitando a auto-composição e a solução do litígio com cognição melhor e mais rápida.

Com crescente frequência na sociedade contemporânea a investigação e avaliação dos fatos depende de conhecimentos científicos ou especializados de outras áreas de conhecimento. Toda a filosofia da ciência já abandonou a crença de outrora de que o conhecimento científico é absoluto e infalível. Ao contrário, grande parte do que consideramos conhecimento científico tem fundamento eminentemente empírico e probabilístico, sujeitando-se a maior ou menor margem de erro e a interpretações diversas, de acordo com a escola de pensamento a que se filie o pesquisador ou com o método adotado¹².

Para que a busca da verdade no processo judicial, especialmente a verdade revelada pela ciência, seja tão confiável quanto aquela que é alcançada em qualquer outra área de conhecimento, é preciso, de um lado, respeitar o pluralismo da ciência, dando espaço para a sua explicitação no processo, e, de outro, munir o juiz de meios para controlar a confiabilidade da prova científica.

A primeira exigência impõe a superação do modelo autoritário de perito único nomeado pelo juiz e a outorga às partes da faculdade de nomeação dos seus próprios peritos, não de meros assistentes técnicos, com a mesma isenção do perito do juiz, e a cujos laudos, constatações e opiniões o juiz deverá na sentença conferir a mesma relevância e atenção que confere aos do seu próprio perito. O pluralismo do conhecimento científico também deve facultar ao juiz nomear mais de um perito para a mesma investigação ou avaliação, ou determinar a realização de nova perícia com esse fundamento. Afinal, ao juiz caberá escolher entre a boa e a má ciência e, para isso, ele precisa dispor de instrumentos de controle confiáveis.

Quanto ao controle da confiabilidade da prova pericial, a Corte Suprema dos Estados Unidos, em alguns julgados paradigmáticos, como os dos casos *Daubert* (1993) e *Kumho* (1999), apontou seguras diretrizes a serem seguidas por qualquer julgador e a

¹² TOURNIER, Clara. *L'intime conviction du juge*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix, 2003, pp. 21 e 136.

serem observadas na apresentação dos trabalhos periciais, o que ensejou o desenvolvimento de intensa reflexão doutrinária, direcionada a propiciar que o juiz consiga evitar ou, pelo menos, reduzir os riscos da utilização da falsa ciência e aferir o grau de credibilidade das conclusões daqueles trabalhos, para mais racionalmente sopesá-los no exame conjunto com as demais provas¹³.

A distribuição da iniciativa probatória entre as partes e o juiz deve continuar a ser tratada com flexibilidade, consideradas as desigualdades, das mais variadas espécies, entre os sujeitos parciais do processo, que impulsionam o juiz a adotar uma postura ativa, e não simplesmente reativa, na apuração da verdade. Entretanto, esse ativismo salutar pode tornar-se nocivo, se o juiz passar a ser um investigador sistemático, comprometendo a própria imparcialidade e a liberdade das partes. O artigo 130 do Código de 1973 muitas vezes é interpretado no sentido de conferir ao juiz um poder absoluto de iniciativa probatória. Daí a necessidade de que a lei defina com clareza os limites dessa iniciativa e os fundamentos, a serem concretamente verificados, que a justifiquem. O princípio dispositivo deve prevalecer, mas a iniciativa oficial subsidiária precisa sobreviver, especialmente nos litígios sobre interesses indisponíveis e nos litígios entre desiguais.

¹³ DALBIGNAT-DEHARO, Gaëlle. *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris: LGDJ, 2004; LEDESMA IBÁÑEZ, Pilar, *La prueba pericial en el proceso civil*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006; BEECHER-MONAS, Erica, *Evaluating Scientific Evidence – an interdisciplinary framework for intellectual due process*, Cambridge University Press, 2007; ANDO, Valeria e NICOLACCI, Giuseppe, *Processo alla prova - modelli e pratiche di verifica dei saperi*, Roma: Carocci, 2007; FUSELLI, Stefano, *Apparenze – accertamento giudiziale e prova scientifica*, Milano: FrancoAngeli, 2008; MARTINS, Samir José Caetano, *A prova pericial civil*, Salvador: Juspodivm, 2008; PEREZ GIL, Julio, *El conocimiento científico en el proceso civil - ciencia y tecnología en tela de juicio*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010; JURADO BELTRAN, David, *La prueba pericial civil*, Barcelona: Bosch, 2010; FOSTER, Caroline E., *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2011; BORRELLO, Maria, *Sul giudizio – verità storica e verità giudiziaria*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011; Federal Judicial Center, *Reference Manual on Scientific Evidence*, 3. ed., The National Academic Press, Washington, 2011; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, *A prova pericial no Processo Civil – o controle da ciência e a escolha do perito*, Rio de Janeiro: Renovar, 2011; MANZANO, Luis Fernando de Moraes, *Prova Pericial – admissibilidade e assunção da prova científica no processo brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2011; FIGUEROA NAVARRO, Carmen, *La prueba pericial científica*, Madrid: Edisofer, 2012; VAZQUEZ, Carmen (ed.), *Estandares de prueba y prueba científica, ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013; TUZET, Giovanni, *Filosofia della prova giuridica*, Torino: G. Giappichelli editore, 2013; SANJURJO RIOS, Eva Isabel, *La prueba pericial civil*. Procedimiento y valoración, Madrid: Editorial Reus, 2013; CHAVES, Manoel Matos Araujo, *La prueba pericial – criterios de valoración y su motivación en la sentencia civil*, Lisboa: Juruá, 2013.

Também a distribuição do ônus da prova precisa ser aperfeiçoada, para não se tornar instrumento de tratamento injusto da parte que tenha dificuldade de produzi-la. E a inversão desse ônus deve deixar de ser uma regra especial do direito do consumidor para constituir técnica de compensação de desigualdades e de efetivação da paridade de armas, em quaisquer espécies de causas, sem transformar-se, entretanto, em instrumento preconceituoso de pré-julgamento em favor da parte mais fraca, porque nem sempre o seu adversário tem facilidade de acesso à prova e a ambas as partes devem ser asseguradas as mesmas garantias de acesso à justiça, de alegação e comprovação dos fatos relevantes.

Capítulo importante do meu estudo dediquei às denominadas *limitações probatórias*, que defini como todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas¹⁴. Embora restritivas da investigação da verdade, essas limitações são tradicionalmente justificadas: na necessidade de assegurar a celeridade do procedimento, como ocorre na imposição de prazos e de preclusões e na vedação de provas inúteis ou procrastinatórias; na segurança de certas relações jurídicas, como a apresentação da certidão do registro público para a prova de determinados fatos; na proteção de direitos fundamentais do homem, como a intimidade, a integridade física e a honra, ou o próprio interesse público, como ocorre em muitas provas consideradas ilícitas; ou na inconveniência na produção de provas que a própria lei considera suspeitas, como nos casos de incapacidades, impedimentos ou motivos de suspeição de pessoas arroladas como testemunhas.

Depois de apresentar um extenso rol das diversas espécies de limitações encontradas no Código de Processo Civil e de analisar os seus variados fundamentos, propus alguns critérios para harmonizar essas limitações com a necessidade de assegurar a mais ampla apuração da verdade, em igualdade de condições com os métodos de investigação dos fatos adotados em todas as áreas de conhecimento. Se a dignidade e o respeito a direitos fundamentais podem impor limites à investigação da verdade, é preciso reduzir essas restrições ao mínimo, maximizando a veracidade do conhecimento judicial sobre os fatos e, portanto, também a validade das decisões

¹⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, pp. 113-148.

judiciais, pois são graves e irremediáveis os danos à tutela efetiva dos direitos dos cidadãos e à própria sociedade que resultam de uma cognição errônea.

Quanto às proibições de provas suspeitas, entendo que devam ser interpretadas como meras recomendações ou alertas ao juiz, que não podem impedi-lo, entretanto, de investigar a verdade, com os meios de que dispõe, quando se afigurar relevante uma dessas provas como instrumento de sua apuração. As partes têm o direito de produzi-las, quando necessárias ou úteis, levando o juiz em consideração a sua suspeição na sua avaliação em conjunto com todas as demais provas produzidas. Citei como exemplos atualmente existentes no direito positivo brasileiro: a proibição de depoimento pessoal de pessoas incapazes; a limitação do depoimento pessoal à forma oral (CPC, art. 344); a forma escrita da confissão extrajudicial (CPC, art. 353); a subordinação da força probante do documento particular à assinatura; as incapacidades, os impedimentos e motivos de suspeição das testemunhas (CPC, art.405; Código Civil, art.228); a não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC, art. 401; Código Civil, art. 227); e a não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado.

Quanto às limitações procedimentais, prazos e preclusões e ao indeferimento de diligências inúteis e procrastinatórias, além da proposição de um critério de predominante tolerância, para que sejam amplamente admitidas todas as provas que na perspectiva da parte que as requereu tenham alguma possibilidade de demonstrar a procedência da versão fática por ela sustentada, defendi a flexibilização da rigidez dos prazos e preclusões para que, sempre que houver uma justificativa humanamente razoável, desde que não haja desrespeito à confiança legítima e não existam indícios veementes de má fé, possa a parte trazer novos elementos de convicção para que a decisão judicial, ao fim e ao cabo, esteja mais próxima possível da verdade como ela é. O juiz deve estar sempre aberto a adquirir novos conhecimentos sobre os fatos sobre os quais vai exercer a sua jurisdição. Desde que a proposição ou produção de novos elementos não tenha intuito manifestamente protelatório, nem colha de surpresa a parte contrária de modo a reduzir as suas potencialidades defensivas, deve ser sempre

admitida, para que o acerto final dos fatos esteja o mais próximo possível da realidade tal como ela existe.

Nas limitações fundadas em direitos fundamentais, a técnica da ponderação é universalmente aceita, mas é preciso dar objetividade à chamada *ponderação em concreto*, para libertá-la de inevitáveis subjetivismos, não só com a importação da teoria dos diferentes graus de privacidade do Tribunal Constitucional alemão¹⁵, mas também com uma legislação, de que carecemos no Brasil, que explicita e discipline os diversos níveis de proteção dos variados e complexos conteúdos do chamado direito à privacidade. No âmbito estritamente processual, a concentração desse juízo de proporcionalidade em apenas um órgão jurisdicional no âmbito de cada tribunal ou de determinada área geográfica, serviria de filtro para que a privacidade não fosse devassada além do limite estritamente necessário e asseguraria igualdade de tratamento em todas as causas semelhantes. As limitações fundadas no interesse público e num possível direito a não se auto-incriminar também mereceriam um tratamento análogo.

A ponderação também seria a solução para a admissibilidade das provas reputadas ilícitas, nas quais inclui as ilícitas por derivação.

Sob a perspectiva desse arsenal principiológico, procedi à análise dos meios de prova em espécie.

3. *O surgimento do anteprojeto de reforma.* Nas aulas do Mestrado e do Doutorado da UERJ, assim como nas da Graduação, embora naquelas com mais tempo e mais profundidade, apresentei desde 2006 essas ideias, que influenciaram inúmeros trabalhos, o que me levou a incluir o Direito Probatório como uma das linhas de pesquisa do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, por mim coordenado. Nesse Grupo, a partir de 2007, tive a ventura de acolher um grupo de jovens e talentosos pesquisadores, de diversas formações e atividades profissionais, que, após alguns anos de debates livres sobre temas por eles mesmos escolhidos no âmbito

¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2006, reimp., pp. 81-116.

das linhas de pesquisa adotadas, e aproveitando o movimento de reforma processual civil em curso no Brasil a partir de 2010, abraçaram com entusiasmo e dedicação a execução de um extenso projeto de pesquisa visando à reforma do direito probatório no nosso ordenamento processual.

Na primeira etapa do projeto, fiz para o grupo uma série de palestras de problematização, seguidas de discussões, sobre as principais questões que deveriam ser abordadas no futuro anteprojeto.

Distribuídas entre os participantes do grupo as tarefas de localização na legislação e na doutrina de outros países da disciplina dessas questões ou, eventualmente, de outros subsídios que pudessem ser úteis, foram examinados diplomas legislativos e textos doutrinários sobre os direitos americano, inglês, francês, italiano, espanhol, português e suíço. Seguiram-se apresentações temáticas pelos participantes, nas quais foram delineadas as diretrizes do futuro anteprojeto. Essa primeira etapa se desenvolveu de março de 2012 a maio de 2013 e a divisão temática adotada foi a seguinte: Tema 1: Objeto e finalidade da prova; meios de prova; deveres das partes e de terceiros; Tema 2: Princípios dispositivo e inquisitório; poderes instrutórios do juiz; livre convicção; ônus da prova; Tema 3: Procedimento probatório; provas pré-constituídas; *fact-finding*; *discovery*; produção antecipada de provas; justificação; Tema 4: Limitações probatórias: provas suspeitas; Tema 5: Limitações probatórias: celeridade, procedimento, prazos e preclusões; Tema 6: Limitações probatórias: privacidade, não autoincriminação, interesse público; Tema 7: Confissão e depoimento pessoal; Tema 8: Prova documental: regras gerais; espécies; documento eletrônico; cópias; ato notarial; Tema 9: Arguição de falsidade; exibição de documentos; procedimento; documento novo; Tema 10: Prova testemunhal: limitações; deveres; Tema 11: Prova testemunhal: procedimento; Tema 12: Prova pericial; e Tema 13: Presunções e indícios; e inspeção judicial.

Com base nas exposições parciais e nas respectivas discussões, cada um dos expositores se tornou relator da sua parte e teve a responsabilidade de redigir uma minuta dos artigos de lei que viessem a regulamentá-la.

Passamos então à segunda etapa do projeto, que se desenvolveu de maio a dezembro de 2013, na qual os textos dos diversos capítulos propostos pelos respectivos relatores foram discutidos e aperfeiçoados para integrarem a versão preliminar do anteprojeto de lei de reforma do Direito Probatório.

À medida em que foram sendo aprovados os textos parciais, seus relatores passaram a redigir as respectivas justificativas, que foram igualmente examinadas e revisadas, juntamente com a presente apresentação.

No mês de março de 2014, o Grupo aprovou as justificativas que acompanharam a versão preliminar do anteprojeto, dando início à terceira etapa da pesquisa, consistente na sua discussão pública. Nessa etapa, a versão preliminar, a apresentação e as justificativas foram divulgadas junto à comunidade jurídica, por meio do Instituto Brasileiro de Direito Processual, dos professores de Direito Processual dos programas de pós-graduação, das escolas da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, solicitando comentários e sugestões. Nos meses de abril e maio de 2014, essa etapa foi enriquecida com uma série de sessões de debates com a participação de professores convidados.

Nos meses de junho a agosto de 2014, o Grupo levou adiante a quarta e última etapa da pesquisa, com a revisão e aprovação da versão definitiva do anteprojeto, da apresentação e das justificativas, à luz dos comentários e sugestões apresentados no curso da discussão pública, que, com a autorização dos respectivos autores, também estão sendo divulgados em anexo ao relatório final da pesquisa.

4. *A estrutura do anteprojeto.* Nosso primeiro dilema foi o de definir se daríamos nova redação ao capítulo VI do título VIII do Livro I do Código de Processo Civil de 1973 ou se elaboraríamos um anteprojeto de lei à parte.

Se o nosso estudo tivesse se inserido num anteprojeto de reforma global do Código de Processo Civil, seria natural e desejável que ele correspondesse a uma parte desse mesmo anteprojeto geral, o que permitiria com mais adequação harmonizar as

suas disposições com o ordenamento processual civil no seu todo e equacionar com mais precisão os seus reflexos em outros institutos.

Mas o nosso anteprojeto é eminentemente acadêmico e o público ao qual o oferecemos é a comunidade jurídica e judiciária brasileira, composta especialmente por aqueles que, como nós, se dedicam ao ensino, à pesquisa e à aplicação do Direito Processual Civil. As ideias que aqui apresentamos, embora frutos de cuidadosa reflexão, são apenas a nossa opinião de como deveria estar regulado o direito probatório. Será preciso discuti-las, cotejá-las com outras visões, avaliá-las, aperfeiçoá-las, se merecedoras de apoio, ou abandoná-las, se se concluir que são impróprias. Estamos confiantes de que o público ao qual dedicamos o anteprojeto fará essa depuração, que acompanharemos com vivo interesse. Se, ao final de tudo, algumas dessas ideias merecerem ser incorporadas ao código de hoje ao que atualmente está sendo elaborado ou a algum outro no futuro, ótimo. Caso contrário, esperamos que a sua discussão contribua de algum modo para que surjam uma nova concepção e uma nova disciplina do direito probatório, ainda que não inspiradas necessariamente nas propostas aqui formuladas.

Preferimos, por essas razões, elaborar um anteprojeto autônomo, o que, muitas vezes nos obrigou a regular matérias que deveriam estar em outros capítulos de um Código, que não o das provas. Esse exercício serviu para nos convencer de que a reforma do direito probatório vai muito além da nova redação dos artigos do capítulo próprio do processo de conhecimento, afetando intensamente o procedimento e o conteúdo dos principais atos postulatórios e decisórios, inclusive nas instâncias recursais.

Demos ao anteprojeto a seguinte estrutura: TÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS; Capítulo I – Objeto e finalidade da prova; meios de prova; deveres das partes e de terceiros; Capítulo II – Princípios dispositivo e inquisitório, poderes instrutórios do juiz; livre convicção; ônus da prova; Capítulo III – Limitações probatórias: provas suspeitas; Capítulo IV – Limitações probatórias: celeridade, procedimento, prazos e preclusões; Capítulo V – Limitações probatórias: privacidade, não autoincriminação e interesse público; Capítulo VI – Procedimento Probatório Extrajudicial; Capítulo VII –

Procedimento Probatório Judicial; TÍTULO II – PROVAS EM ESPÉCIE; Capítulo I – Depoimento pessoal e confissão; Seção I - Dos depoimentos das partes; Seção II - Da confissão; Capítulo II – Da Prova Documental; Seção I – Disposições Gerais; Seção II - Da Declaração de Falsidade; Seção III - Da Exibição de Documento ou Coisa e Fornecimento de Informações ou Reproduções; Capítulo III – Da Prova Testemunhal; Capítulo IV – Da Prova Pericial; Seção I – Da Escolha do Perito; Seção II – Da Produção da Prova Pericial; Capítulo V – Da Inspeção Judicial; TÍTULO III – DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS.

5. *As diretrizes gerais do anteprojeto.* No capítulo I do título I são definidos o objeto e a finalidade da prova (art. 1º), é adotado o princípio da não exaustividade dos meios legais de prova e são apontados os limites genéricos à sua utilização, entre os quais a sua ilicitude (art. 2º). Os artigos 3º e 4º regulam os indícios e presunções, pois o Grupo entendeu que não são meios autônomos a merecerem um capítulo específico no título II do anteprojeto. O artigo 5º proclama um dever genérico e recíproco de colaboração de todas as pessoas, órgãos, instituições e entes despersonalizados, públicos e privados no descobrimento da verdade. Os arts. 6º e 7º enumeram os principais deveres das partes e de quaisquer outros sujeitos em matéria probatória, que em grande parte se inspiram no princípio da lealdade e no dever de colaboração mencionado no artigo anterior, regulando pormenorizadamente as sanções a que está sujeito o seu descumprimento.

No capítulo II, o anteprojeto adota o princípio dispositivo, conferindo preferencialmente às partes a iniciativa de proposição e produção das provas, iniciativa que define como um direito que não pode ser desrespeitado com fundamento na reduzida probabilidade de êxito da prova, na celeridade ou na economia processual (art. 9º). A iniciativa probatória do juiz, salvo em hipóteses taxativas entre as quais sobressai a existência de direito indisponível, passa a ser subsidiária (art. 10), devendo ser antecedida de advertência à parte interessada sobre a conveniência da produção da prova (§ 2º). Essa fórmula procura instaurar um diálogo humano entre o juiz e as partes, restando qualquer impulso autoritário do magistrado e permitindo-lhe mais bem avaliar a necessidade da sua própria iniciativa.

Preocupa-se o anteprojeto em definir o campo em que, nas causas do Estado, o interesse público deva ser reputado indisponível (§ 1º), matéria que até agora resultou entre nós bastante nebulosa, preservando assim, com mais vigor, a *terzietà* do julgador nessas causas.

A disciplina do ônus da prova abandona a sua vinculação a uma ou outra parte em função da natureza constitutiva, extintiva, modificativa ou impeditiva dos fatos em que se fundamenta o direito material do autor ou do réu. Afinal, não só os fatos geradores do direito material das partes, mas também aqueles que atestam o preenchimento dos pressupostos processuais e das condições da ação, dependem de prova e devem, na dúvida, sujeitar-se às regras de distribuição do ônus da prova.

Por outro lado, com frequência um fato é constitutivo do direito do autor e a sua negativa é extintiva desse direito ou vice-versa. Nesses casos, a quem caberia o ônus da prova? Parece conveniente, portanto, voltar à doutrina germânica da *Normentheorie*, de que a cada parte incumbe o ônus da prova dos fatos que alega em seu favor – *ei incumbit probatio qui dicit* -, independentemente da sua natureza (art. 11), porque, como bem observa Vittorio Occorsio, há uma dificuldade insuperável de efetuar uma distribuição em abstrato do ônus da prova, particularmente em decorrência da fragilidade de quem vem a juízo¹⁶. Mas, em contrapartida, flexibiliza-se essa regra, com a adoção do princípio da carga dinâmica, imputando o ônus probatório à parte com mais facilidade de acesso à prova e desde que, para esta, não constitua encargo de impossível cumprimento (§ 1º).

Conforme leciona Picó i Junoy, invocando Roberto Berizonce, é uma exigência da boa fé a imposição do ônus da prova à parte que, segundo as circunstâncias e a situação do litígio, se encontre em condições técnicas, profissionais ou fáticas mais favoráveis para produzi-la¹⁷.

¹⁶ OCCORSIO, Vittorio. “Cartella clinica e ‘vicinanza’ della prova”, In: *Rivista di Diritto Civile*, n. 5, setembro-outubro de 2013, Milano: Giuffrè, p. 1259.

¹⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*, 2. ed., Barcelona: Bosch, 2013, pp. 173-174.

O art. 12 aumenta a possibilidade de convenções probatórias entre as partes, pois muitas vezes elas próprias se encontram em posição mais favorável do que o juiz para definir as provas mais idôneas à comprovação de determinados fatos, ressalvado em qualquer caso o respeito à iniciativa probatória do magistrado, nas hipóteses em que a lei taxativamente a prevê.

É constante preocupação do anteprojeto a disciplina do modo de incidência das suas regras sobre as causas do Estado. Não existe no Brasil um ramo especializado do Direito Processual Civil que se dedique precipuamente às causas das pessoas jurídicas de Direito Público. Alguns estudos têm sido elaborados no Brasil sobre essa questão¹⁸. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e a evolução da disciplina do contencioso administrativo ou da jurisdição administrativa na Europa evidenciam que nessas causas também deve ser assegurado o respeito à independência e imparcialidade do juiz, ao contraditório, e à ampla defesa em condições isonômicas. Na verdade, violaria essas garantias subtrai-las do alcance do princípio dispositivo¹⁹. Entretanto, para atingir esse resultado, é necessário regular expressamente certas situações que, à luz das regras processuais de caráter geral, podem se afigurar duvidosas. Por isso, o artigo 13 do anteprojeto estatui que no litígio sobre a validade do ato administrativo o ônus da prova da sua causalidade incumbe ao Estado, independentemente da sua posição como autor ou como réu, reconhecendo que aquele se encontra em posição mais favorável para justificar o preenchimento dos pressupostos legais dos seus próprios atos.

Os fatos notórios e os fatos incontroversos não são mais retirados do objeto da prova, mas definidos como presunções a serem avaliadas pelo juiz em conjunto com as demais provas (art. 14).

Também as declarações das partes, assim como a confissão, passam a ser como regra retratáveis, ponto de ouro que se constrói para estimular a mais sincera colaboração dos litigantes no esclarecimento dos fatos e desfazer temores de que as suas

¹⁸ V., entre outros: GRECO, Leonardo, A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa, In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJ*, nº 35, outubro-dezembro de 2006, Brasília, pp. 20/27; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da., *et alii (coords.)*, *Código de Jurisdição Administrativa (o modelo alemão)*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009; CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *A Fazenda Pública em Juízo*, 8. ed., São Paulo: Dialética, 2010.

¹⁹ RICCI, Gian Franco, *Principi di diritto processuale generale*, 5. ed., Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 356.

afirmações possam vir a ser interpretadas em seu prejuízo, respeitada a boa fé e ressalvados os efeitos que tais declarações tenham produzido na esfera jurídica do adversário (art. 15).

O custeio dos atos probatórios também mereceu a nossa atenção, porque as regras tradicionais têm se mostrado insuficientes para conciliar a necessidade da sua produção com a hipossuficiência econômica de um número muito elevado de litigantes. Por outro lado, pareceu-nos mais justo dividir entre os litigantes as despesas dos atos determinados de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público como fiscal da lei (art. 16).

Sem abandonar a livre convicção, como sistema de avaliação das provas, o anteprojeto impõe seja ela antecedida do mais amplo contraditório, exigindo, para o necessário controle da sua racionalidade, que a sua fundamentação explique precisamente os motivos, vinculando-os à importância concretamente atribuída a cada prova produzida (art. 17), porque, como explica Tuzet²⁰, o juiz que decide não está só, eis que às partes é assegurado participar ativamente na elaboração do juízo nas suas várias fases e componentes.

O capítulo III confere configuração inteiramente inovadora às provas consideradas suspeitas, até aqui sujeitas a inúmeras restrições e a indesejáveis preconceitos na sua avaliação. Deixarão de existir as vedações à sua admissibilidade, ressalvada a prova pericial, suas hipóteses são taxativamente enumeradas e a sua credibilidade deverá ser aferida pelo juiz em conjunto com as demais provas, no momento em que tiver de decidir se ocorreram ou não os fatos a que se referem (art. 18).

No capítulo IV as limitações procedimentais são tratadas com bastante tolerância, admitida a produção da prova tardiamente requerida sempre que a parte demonstrar um motivo justificável e não houver prova de intuito procrastinatório ou de má fé. Às preclusões o anteprojeto prefere a solução lusitana da aplicação de multa²¹ e o

²⁰ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli editore, 2013, p. 27.

²¹ V. o artigo 423º do Código de Processo Civil português (Lei nº 41/2013).

ressarcimento das custas, caso a produção tardia prejudique o calendário anteriormente estabelecido (art.19).

Deixa a parte de ter a plena disponibilidade da prova por ela requerida, cuja desistência somente poderá ser acolhida nos casos de evidente inutilidade, de impossibilidade material ou, se versando a causa sobre direito disponível, houver expressa concordância da parte contrária (art. 20), porque, consoante Picó i Junoy a desistência da prova anteriormente proposta é uma das manifestações mais claras da litigância de má fé, devendo o juiz coibi-la para não frustrar a expectativa legítima da parte contrária de que os fatos que a ela interessam sejam efetivamente esclarecidos²².

O capítulo V é dedicado às limitações probatórias fundamentadas na privacidade, na proibição de autoincriminação e no interesse público, procurando reduzir ao mínimo a possibilidade de que se tornem obstáculos à apuração da verdade e definindo regras objetivas que possam ser adotadas de modo homogêneo em todos os casos análogos, para conciliar essas situações com a mais ampla produção das provas, conferindo ao respeito que o processo civil deva prestar aos direitos da personalidade e ao segredo de Estado o mesmo nível de proteção observado nas demais áreas de conhecimento, em particular nas de conhecimento científico. Neste capítulo é também tratado o tema das provas ilícitas.

Quanto a estas, adota o anteprojeto conceito que as vincula à violação de direito fundamental, nelas incluídas as chamadas provas ilícitas *por derivação* (art. 21, §§ 1º e 2º).

O segredo de Estado, como limitação probatória, é definido de modo bastante mais restrito (§ 3º) do que é adotado na lei de acesso a informações (Lei 12.527/2011, art. 23), circunscrito apenas às consideradas imprescindíveis à defesa da integridade do território ou à soberania nacionais, às que ponham em risco relações internacionais ou operações das Forças Armadas em tempo de guerra, em benefício da mais ampla

²² PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, 2. ed. Barcelona: Bosch, 2013, pp. 175-180.

transparência da Administração Pública e do amplo acesso às provas que se encontram em seu poder e que possam ter alguma utilidade para a instrução de processos judiciais.

Em razão da heterogeneidade dos seus limites, a disciplina do sigilo profissional é remetida à legislação correspondente à regulamentação de cada profissão (§ 4º).

Já o sigilo religioso fica restrito apenas à preservação da liberdade de consciência e de crença (§ 5º).

Os artigos 23 a 25 regulam a proteção da privacidade, definindo um núcleo mais intenso da sua proteção, necessária à preservação da inviolabilidade psíquica do ser humano, do conhecimento do próprio corpo, dos registros pessoais e da produção intelectual inédita; e, de outro lado, num plano menos severo, que não pode constituir obstáculo intransponível à apuração da verdade, salvo num juízo de ponderação bastante rigoroso, as informações a respeito de relações do sujeito com terceiros, assim como as acobertadas pelos sigilos fiscal, comercial, industrial e financeiro.

O chamado direito a não se auto-incriminar também é regulado de modo a preservar a privacidade da parte e dos seus familiares pela imposição do sigilo das informações, mas sem facultar que esse direito constitua obstáculo à apuração da verdade (art. 26)²³.

No intuito de assegurar a conciliação da proteção da privacidade, do segredo de Estado e do direito a não se auto-incriminar com as exigências da necessária e consistente investigação dos fatos, e à adoção pelo próprio Judiciário de critérios uniformes que resguardem a paridade de tratamento em casos análogos, recomenda o anteprojeto a instituição de um órgão jurisdicional especializado com competência funcional para decidir a admissão de provas em poder de terceiros que possam pôr em risco o respeito a direitos fundamentais ou ao segredo de Estado (art. 28).

²³ Nesse sentido, o princípio 16.2 dos Principles of Transnational Civil Procedure, aprovados pelo American Law Institute e pelo International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT (ed. Cambridge University Press, 2004, p. 36): “16.2. Upon timely request of party, the court should order disclosure of relevant, nonprivileged, and reasonably identified evidence in the possession or control of another party or, if necessary and on just terms, of a nonparty. It is not a basis of objection to such disclosure that the evidence may be adverse to the party or person making the disclosure.”

No capítulo VI se encontra uma das principais inovações do anteprojeto, que é a criação de um procedimento probatório extrajudicial, desvinculado de qualquer demanda futura, com a finalidade de troca de informações entre as partes em eventual controvérsia para que o esclarecimento dos fatos propicie uma avaliação mais precisa da conveniência da instauração de um processo judicial, facilitando a busca de uma solução negociada sem a intervenção judicial e preparando, se for o caso, uma demanda futura mais consistentemente fundamentada. O direito anglo-americano oferece uma experiência muito rica de preparação da demanda, que já se dissemina por vários países do continente europeu²⁴, e estamos convencidos de que a sua adoção entre nós, já defendida em recente trabalho acadêmico²⁵, constituirá um instrumento muito útil para evitar litígios mal formulados, instituindo um canal de cooperação extrajudicial que, bem explorado pelos advogados, propiciará processos judiciais mais céleres e mais bem instruídos, evitando tantos outros pela prévia avaliação concreta da sua reduzida probabilidade de êxito ou pelo desfecho desse diálogo pré-processual em conciliações ou acordos que, dispensando os ônus, os riscos e as demoras da via judicial, equacionem a controvérsia sem necessidade de atuação do juiz.

Esse procedimento, de instauração facultativa, é de iniciativa e condução pelas partes, recorrendo qualquer delas ao juiz apenas em caráter excepcional, quando se afigurar necessário para coibir abusos, para a eventual implementação de alguma medida coercitiva, para obrigar terceiro à prestação de informações ou para o arbitramento das despesas (arts. 29, § 2º, 36, 37, 40, § único, e 42, § 4º).

Na trilha dos exemplos europeus, o anteprojeto também prevê a celebração de convenções coletivas, estimuladas pelos próprios tribunais, com a colaboração da Ordem dos Advogados, do Ministério Público e da Defensoria Pública, para a modelagem das informações e documentos, que, em controvérsias com as mesmas

²⁴ ANDREWS, Neil, *Andrews on civil processes*, vol.I – Court proceedings, Cambridge: Intersentia, 2013, pp. 65-67; ANDREWS, Neil, *The three paths of Justice*, London: Springer, 2012, pp. 8-13; FICCARELLI, Beatrice, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

²⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

características, possam ser previamente exigidos pelos potenciais litigantes, assim como do próprio procedimento a ser adotado.

Para incentivar a utilização desse procedimento prévio em ambiente de franca cooperação, o anteprojeto prescreve, como regra, que em procedimento judicial subsequente as partes não estarão vinculadas às suas declarações feitas no procedimento probatório extrajudicial (art. 38).

No capítulo VII se situa outra proposta, que o Grupo considerou fundamental, para o êxito de qualquer reforma do direito probatório no sentido do aperfeiçoamento da instrução probatória. Nele esboçamos a disciplina de um novo procedimento probatório judicial, inspirado nas ideias de um procedimento bifásico, que se caracteriza pela valorização da fase inicial de articulados, em que as partes são obrigadas a *colocar as suas cartas na mesa*, o que vai propiciar que na audiência preliminar se consume com mais facilidade eventual conciliação ou, caso esta se frustrasse, que a instrução subsequente se concentre na prática de atos probatórios de conteúdo em grande parte previsível, vinculados precisamente a fatos determinados.

É preciso densificar a consistência fática e probatória dos atos postulatórios iniciais, exigindo que as partes descrevam com precisão os elementos individualizadores da demanda, que descrevam objetivamente os fatos em que fundamentam as suas alegações e que indiquem desde logo as provas que pretendem produzir, correlacionando-as precisamente com os fatos probandos. A falta dessas definições tem inúmeros efeitos negativos, que um processo judicial de qualidade deve evitar. A má definição dos fatos e a proposição genérica de provas frustra os objetivos da audiência preliminar. As partes resistem à conciliação, porque, não podendo efetuar um exame prévio do possível conteúdo dos atos probatórios subsequentes, especialmente dos que vão ser produzidos pelo adversário, têm dificuldade de avaliar as suas próprias probabilidades de êxito. O juiz fica impossibilitado de deferir provas, avaliando objetivamente a sua utilidade para a demonstração dos fatos controvertidos. Sem conciliação e com o deferimento amplo de provas orais e documentais supervenientes, chegam o juiz e as partes às cegas à audiência final, sem ter a menor previsibilidade do que vai acontecer, sem conhecer as testemunhas arroladas, sem saber

sobre que fatos vão elas depor. Sem falar nas incontáveis audiências finais em que, apesar de requeridas e deferidas provas orais, nenhuma prova útil é produzida, tendo sido absolutamente desnecessário o prolongamento do processo e o retardamento do seu desfecho. Toda essa indefinição favorece, ainda, a procrastinação.

Para robustecer a fase postulatória e propiciar um julgamento conforme o estado no processo efetivamente proveitoso, por ocasião da audiência preliminar, foi inevitável interferir na enumeração dos requisitos da inicial e da contestação (art. 44), assim como na sequência dos atos processuais do procedimento ordinário entre a propositura da ação e a audiência preliminar (arts. 45 a 47).

Quanto à sequência dos atos, propõe o anteprojeto que, salvo por necessidade de apreciação de algum requerimento de tutela de urgência, essa primeira fase se desenvolva numa sequência de atos e prazos previamente estabelecidos junto ao escrivão, de modo que se assegure a ambas as partes o contraditório sobre as respectivas postulações, chegando, assim, o processo à audiência preliminar amplamente instruído para propiciar com proveito a tentativa de conciliação, o julgamento conforme o estado do processo e o deferimento das provas subsequentes (arts. 45 e 46).

A proposição de cada prova deverá ser correlacionada com os fatos que com ela se pretende demonstrar. Para auxiliar na objetividade das alegações e da proposição de provas, acompanharão a inicial e a contestação formulários que sintetizarão os elementos da demanda e os fundamentos da defesa, resumirão o conteúdo previsto de cada prova requerida, vinculando-a ao fato a que ela corresponde e apresentarão um índice dos documentos anexados (art. 44, §§ 3º a 5º).

O capítulo, rico de inovações, também contempla alterações que vêm sendo adotadas com êxito em sistemas processuais europeus, como o calendário (art. 48, IV, e § 3º), dando ênfase a que as decisões sobre a admissibilidade das provas sejam adotadas pelo juiz com a estreita colaboração das partes (art. 48, I, e § 8º) e agravando a responsabilidade do magistrado que, de forma injustificada, não respeitar a dinâmica previamente adotada no procedimento (art. 48, § 5º).

O título II do anteprojeto trata em capítulos específicos dos meios legais de prova, a saber, no capítulo I do depoimento pessoal e da confissão, no capítulo II da prova documental, no capítulo III da prova testemunhal, no capítulo IV da prova pericial e no capítulo V da inspeção judicial.

No capítulo I, o depoimento pessoal é integralmente reformulado, deixando de constituir simples instrumento de confissão, para ganhar força como meio de defesa e oportunidade propícia ao mais amplo esclarecimento dos fatos e ao exercício do diálogo humano, característico do contraditório participativo²⁶. Nessa nova feição, a parte pode requerer o seu próprio depoimento pessoal (art. 52), e o advogado do depoente também pode formular-lhe perguntas (art. 54, § 1º). O depoimento não se limita a responder às questões propostas, mas também representa para a própria parte o seu *dia na corte*, propiciando-lhe formular quaisquer outros comentários que considerar pertinentes para o esclarecimento das circunstâncias da causa (art. 53, § 2º).

O intuito de clarificação e de diálogo também sobressai nas disposições do anteprojeto segundo as quais as partes, em regra, prestarão depoimento pessoal na presença das demais, podendo ainda ser confrontadas com estas, com testemunhas, peritos ou assistentes técnicos (art. 54, §§ 4º e 5º).

Nesse passo, como em outros, o anteprojeto entendeu necessário regular a informatização da prática e da documentação do ato processual, procurando favorecer a sua adoção, sem prejuízo do respeito ao contraditório e da ampla defesa e às formas mínimas impostas pela necessidade de conservar o registro seguro do seu conteúdo (art. 55).

A contumácia da parte no depoimento pessoal, assim como em qualquer outra declaração por ela feita, de que se possa extrair o reconhecimento de fatos

²⁶ Quanto à indispensável função informativa do conhecimento das partes, são imorredouras as palavras de Mauro Cappelletti, que vale a pena recordar: “Il soggetto meglio informato della fattispecie dedotta in giudizio è, normalmente, la parte...Appare evidente l’insufficienza di un ordinamento, nel quale tutti quei fatti, che siano noti soltanto alla parte o che per ragioni a questa non imputabili non si possano provare convenientemente con prove diverse dalla dichiarazione rappresentativa della parte, dovessero ineluttabilmente esser considerati in giudizio come insussistenti. Di qui la inderogabile necessità, sentita da tutti gli ordinamenti civili, di *utilizzare le parti come fonti di prova*” (CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 3).

desfavoráveis, passará a ser apreciada pelo juiz em conjunto com as demais provas, afastando-se qualquer exclusão desses fatos do rol dos que constituem objeto de prova (art. 56).

A confissão, como meio de prova, recebe disciplina mais rigorosa, acrescidos os requisitos da voluntariedade e da consciência das suas consequências para que aquele reconhecimento gere a presunção de veracidade (art. 57).

A chamada confissão extrajudicial não é mais equiparada à judicial, devendo ser livremente apreciada pelo juiz, de acordo com todas as circunstâncias que na atualidade fortemente influenciam as pessoas a fazerem declarações sobre fatos sem a consciência de todas as suas consequências jurídicas e sem a imediata previsão de que tais declarações possam vir a ser utilizadas em processo futuro. Numa sociedade como a brasileira, em que a imensa maioria da população, embora se envolva em inúmeras relações jurídicas complexas, possui um nível de educação extremamente baixo, é preciso conferir ao juiz uma larga margem para dar às declarações extrajudiciais o valor que merecerem, de acordo com as circunstâncias concretas que cercam a relação jurídica material (art. 59).

O anteprojeto abandona a regra tradicional da indivisibilidade da confissão, pouco justificável num sistema de avaliação racional das provas, substituindo-a pela proclamação de que a confissão deve ser interpretada restritivamente, não podendo extrair-se a intenção de confessar por ilações ou inferências decorrentes de outros fatos que tenham sido expressamente confessados (art. 61).

No capítulo II a prova documental foi também substancialmente alterada, a começar pelo próprio conceito de documento, para abranger não só objetos físicos mas também eletrônicos, nestes incluídos os extratos digitais de bancos de dados (art. 63).

Deu-se maior rigor à caracterização da fé pública do documento público e à prova da autenticidade do documento particular, bem como maior segurança às regras sobre a força probante das reproduções, especialmente as digitalizadas (arts. 64 a 71).

A arguição incidental de falsidade passou a ser admitida em todo o curso do processo (art. 78).

A exibição de documento ou coisa foi ampliada para abranger o fornecimento de informações ou reproduções e para dar maior efetividade ao acesso às informações em poder da parte contrária ou de terceiro, inclusive de órgãos públicos (arts. 83 s 92).

Da prova testemunhal, regulada no capítulo III, são eliminadas atuais restrições, admitindo-se a sua utilização para a oitiva de quaisquer pessoas, ainda que suspeitas, mesmo que tenham atuado em qualquer outra qualidade como sujeitos do processo, desde que tenham conhecimento próprio de fatos relevantes para o julgamento da causa (art. 93).

As questões relativas à capacidade ou à isenção de testemunhas deixam de constituir obstáculos ao seu depoimento, passando a ser consideradas no momento da avaliação da sua força probante, em conjunto com as demais provas.

A vedação do depoimento fica restrita aos árbitros, conciliadores e mediadores quanto aos fatos e provas relativos ao direito material das partes que tenha sido objeto do procedimento do qual participaram (art. 93, parágrafo único), aos mentalmente incapazes e aos menores de 16 anos, caso, nestes dois últimos casos, haja risco de que a prestação do depoimento possa ser prejudicial aos seus próprios interesses (arts. 94 e 95).

A intimação da testemunha passa a ser de responsabilidade do advogado da parte que a arrolou, que utilizará formulário oficial que informe de modo claro quais são os fatos sobre os quais está sendo ela chamada a depor (art. 102).

Elimina-se a limitação numérica da prova testemunhal e, seguindo o exemplo de outras legislações, admite-se a substituição do depoimento oral por declaração escrita ou gravada, com as devidas cautelas para assegurar a sua credibilidade e sem prejuízo do depoimento oral, se for exigido pelo juiz ou pela parte contrária (art. 108).

A gravação dos depoimentos passou a ser exigida, não como substitutiva da redução a termo, mas como complemento (art. 109, § 1º).

Apenas na inquirição por carta passa a admitir-se a utilização da videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens, recomendando-se a presença do juiz deprecado na tomada do depoimento para a mais rigorosa conscientização dos deveres da testemunha e, na sua ausência, a adoção pelo funcionário presente de todas as cautelas que assegurem a confiabilidade do depoimento (art. 110).

À prova pericial, objeto do capítulo V do título II, o anteprojeto propõe reformulação profunda. No atual estágio de incremento do saber humano que caracteriza o último cinquentenário e que ainda se projetará, seguramente e em progressão geométrica, nas próximas décadas, não há mais qualquer dúvida de que a verdade da ciência é vulnerável e falível em todas as áreas de conhecimento e de que a ciência e a técnica de que o juiz necessita para apurar e interpretar os fatos é frequentemente polêmica, sujeita a escolas de pensamento e a correntes de opinião, especialmente porque a maior parte das suas conclusões tem como suporte teorias construídas sobre observações empíricas de determinados fenômenos dos quais os especialistas extraem inferências e juízos de probabilidade sujeitos a margens de erro, de acordo com variáveis metodologias. Se é importante aproximar a verdade jurídica da verdade científica, por outro lado é necessário impedir que a ciência exproprie o direito ou que o direito ignore ou renegue a ciência, como acentuou lapidarmente Fiandaca²⁷.

Assim, o pluralismo da ciência deve necessariamente refletir no método de produção da prova pericial, não sendo mais possível acreditar que uma decisão judicial fundada no saber técnico ou científico de um especialista aleatoriamente escolhido pelo juiz garanta aos jurisdicionados um julgamento conforme a verdade ou o mais próximo possível desse ideal. A escolha dos peritos pelo juiz precisa ser modificada, responsabilizando-se os tribunais pela formação de plantéis e cadastros de especialistas qualificados e treinados para a realização dos trabalhos periciais. E às partes deve

²⁷ FIANDACA, G., *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*. Il diritto e il processo penale, 2005, p. 23, *apud* TUZET, Giovanni, *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli editore, 2013, p. 57.

também ser assegurado o direito de indicar peritos, com as mesmas qualificações e a mesma isenção dos peritos do juízo, cujos laudos os juízes sejam forçados a examinar. Para propiciar o controle do grau de credibilidade da prova pericial em face das demais provas, os peritos devem ser obrigados a revelar nos seus laudos o método utilizado nas suas observações e na elaboração de suas opiniões, comprovando a sua relevância e a sua aceitação pelos especialistas da sua área de conhecimento, e indicando ainda a margem de erro de suas conclusões.

O anteprojeto exige que os tribunais de segundo grau criem cadastros de peritos, aferindo previamente a qualificação dos profissionais que nele pretenderem ser incluídos, acompanhando o seu desempenho, e que entre esses profissionais, como regra, recaia a escolha dos peritos do juízo (art. 116).

Independentemente da indicação de assistentes técnicos, as partes também poderão escolher peritos imparciais, com os mesmos requisitos de capacidade, idoneidade e isenção dos peritos do juízo (art. 117). Como garantia de que os peritos das partes adotarão na prática uma postura isenta, determina o anteprojeto que os seus honorários serão arbitrados pelo juiz, equiparando-os a lei ao funcionário público para fins penais (art. 124, §§ 1º e 6º), o que significa que não poderão perceber qualquer outra vantagem em razão do exercício da sua função. Por outro lado, recaindo a sua escolha em profissional cadastrado, o seu desempenho será acompanhado pelo tribunal que administra o cadastro, para efeito de renovação do seu credenciamento e futura designação para outras perícias. Também no sentido de assegurar esse controle milita a disposição do § 6º do art. 116 que impõe que as decisões judiciais mencionem expressamente em que medida acolhem o conteúdo dos laudos periciais produzidos no processo.

Seguindo as diretrizes da jurisprudência da Corte Suprema norte-americana já mencionada, para controle da credibilidade da prova pericial e avaliação da sua força probante em face das demais provas, o anteprojeto exige que todo laudo pericial contenha “a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área de conhecimento da qual se

originou, incluindo a margem de erro, se houver, e as fontes nele utilizadas” (art. 129, III).

Como meio de prova autônomo, a inspeção judicial, objeto do capítulo V, não pode mais ser vista como uma mera faculdade do juiz à luz do direito de defender-se provando que rege a admissibilidade da produção de provas. Deve, portanto, o magistrado deferi-la ou determiná-la de ofício nos limites do art. 10, sempre que a observação pessoal de pessoas, coisas, lugares ou documentos puder ser útil à apuração ou interpretação dos fatos. É evidente que, com muita frequência, essa observação poderá estar contida na produção de algum outro meio de prova, como a prova pericial, testemunhal ou o depoimento pessoal, desonerando o juiz do encargo de promovê-la em separado²⁸. Nas simples constatações, o juiz deve poder delegar essa observação a um servidor ou a um terceiro por ele designado, dispensada a prova pericial (art. 139, § 2º). Em qualquer caso, procedida pelo juiz ou por um preposto, terão as partes ampla possibilidade de participar da diligência, pessoalmente ou acompanhadas de seus advogados, peritos e outros técnicos ou pessoas de sua confiança (§ 4º).

O anteprojeto se encerra com um título III dedicado a disposições finais e transitórias, em que são abordados os possíveis problemas que poderão ocorrer por ocasião da sua entrada em vigor, e se ensaia a solução de possíveis antagonismos das suas disposições com as do Código de Processo Civil, do Código Civil e de leis processuais extravagantes. Em anexo são sugeridos modelos de formulários, a fim de propiciar a mais completa objetivação das questões fáticas e jurídicas constantes dos articulados iniciais e dos atos de proposição de provas, assim como para padronizar o preenchimento dos requisitos das declarações escritas ou gravadas de testemunhas e dos laudos periciais, parecendo ao Grupo que a complementariedade desses formulários constituirá um mecanismo indispensável para o êxito do almejado procedimento bifásico e a melhoria da qualidade da cognição probatória.

7. *Conclusão.* Na sequência deste relatório, os participantes do Grupo, que atuaram como relatores dos diversos capítulos do anteprojeto, expõem as justificativas

²⁸ ABEL LLUCH, Xavier. Reconocimiento judicial, In: ABEL LLUCH, Xavier e PICÓ i JUNOY, Joan (dirs.), *La prueba de reconocimiento judicial*, Barcelona: Bosch, 2012, pp. 29-48.

dos seus dispositivos, explicando particularmente as razões que determinaram todas as suas inovações.

Não posso deixar de agradecer a eles pela valiosa colaboração prestada na execução da presente pesquisa, da qual são comigo os co-autores, a saber: Márcio Carvalho Faria, Mauricio Vasconcelos Galvão Filho, Guilherme Kronenberg Hartmann, Clarissa Diniz Guedes, José Aurélio de Araújo, Franklyn Roger Alves Silva, Iorio Siqueira D’Alessandri Forti, Marcella Mascarenhas Nardelli, José Quirino Bisneto, Baltazar José Vasconcelos Rodrigues, Andre Vasconcelos Roque, Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Paula Bezerra de Menezes, Odilon Romano Neto, Cintia Regina Guedes e Marcela Kohlbach de Faria.

Estendo o meu agradecimento a todos os demais professores e alunos da Graduação e da Pós-Graduação em Direito da UERJ que, em algum momento destes dois anos de trabalho, participaram da pesquisa, em especial: Flávio Mirza Maduro, Carolina Tupinambá de Faria, Marco Antonio dos Santos Rodrigues, José Augusto Garcia de Sousa, Aline Cavalcanti, Bernard Gandelman, Cristiane Iwakura, Fernanda Medina Pantoja, Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Julia Renata Simões Ivantes da Fonseca, Irapuã Santana, Marcela Melo Perez, Rafael Rolo, Maria Clara Cosendey, Pedro Queiroz e Tatiana Junger de Carvalho Abdounur.

Agradecimento indispensável, por fim, registro aos professores e instituições que enviaram observações e sugestões sobre o anteprojeto no curso da sua discussão pública, contribuindo, assim, para a sua versão definitiva, a saber:

Rio de Janeiro, março de 2014

LEONARDO GRECO

JUSTIFICATIVAS

TÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Capítulo I – Objeto e finalidade da prova; meios de prova; deveres das partes e de terceiros: Márcio Carvalho Faria e Mauricio Vasconcelos Galvão Filho

Capítulo II – Princípios dispositivo e inquisitório, poderes instrutórios do juiz; livre convicção; ônus da prova: Guilherme Kronenberg Hartmann

Capítulo III – Limitações probatórias: provas suspeitas: Clarissa Diniz Guedes

Capítulo IV – Limitações probatórias: celeridade, procedimento, prazos e preclusões: José Aurélio de Araújo e Márcio Carvalho Faria

Capítulo V – Limitações probatórias: privacidade, não autoincriminação e interesse público: Franklyn Roger Alves Silva

Capítulo VI – Procedimento Probatório Extrajudicial: José Aurélio de Araujo

Capítulo VII – Procedimento Probatório Judicial: José Aurélio de Araujo

TÍTULO II – PROVAS EM ESPÉCIE

Capítulo I – Depoimento pessoal e confissão: Iorio Siqueira D’Alessandri Forti e Marcella Mascarenhas Nardelli

Capítulo II – Da Prova Documental: José Quirino Bisneto e Baltazar José Vasconcelos Rodrigues

Capítulo III – Da Prova Testemunhal: Andre Vasconcelos Roque e José Aurélio de Araujo

Capítulo IV – Da Prova Pericial: Diogo Assumpção Rezende de Almeida e Paula Bezerra de Menezes

Capítulo V – Da Inspeção Judicial: Odilon Romano Neto

TÍTULO III – DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS: Cintia Regina Guedes e Marcela Kohlbach de Faria

TÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Capítulo I – Objeto e finalidade da prova; meios de prova; deveres das partes e de terceiros

Márcio Carvalho Faria

Mauricio Vasconcelos Galvão Filho

1. *Generalidades.* O anteprojeto ora apresentado resulta de uma reflexão coletiva quanto à necessidade de reforma do Direito Probatório²⁹ no Processo Civil brasileiro³⁰, partindo-se da premissa de que qualquer proposta de reforma de institutos de uma

²⁹ “Se a prova é um instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida, porque dela todos fazem uso cotidiano como meio de caracterizar a existência de fatos relevantes, o seu grau de exigência deve acompanhar as imposições dessa mesma realidade. Assim, quando esses fatos podem ameaçar a existência ou eficácia de direitos subjetivos de tal relevância que o direito substancial considera indisponíveis pelo próprio titular, a sua prova deve estar acima de qualquer suspeita. Não se trata de diferenciar espécies ou graus de probabilidade, de verdade ou de certeza, mas de conferir elevada segurança e credibilidade à decisão judicial para que ela não cause um dano a um direito em decorrência da inércia ou da incapacidade do seu titular ou da desatenção do juiz, quanto está em jogo um daqueles direitos de que o próprio titular não pode voluntariamente dispor.”(GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II, p. 128-129).

³⁰ No direito pátrio, apenas para dar início a uma reflexão sobre o tema, citam-se, dentre outros, os seguintes estudos: 1) SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983; 2) CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT; 3) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011; 4) FERREIRA, Willian Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2013; 5) NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas – Aspectos Atuais do Direito Probatório*. São Paulo: Método, 2009; 6) YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009; 7) ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011; 8) PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2011; 9) SANTOS, Gildo. *A Prova no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009; 10) LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006; 11) CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *A Prova Civil*. São Paulo: RT, 2006; 12) AVOLIO, Luiz Francisco T. *Provas Ilícitas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012; 13) OYA, Marcio Koji. Conceito e natureza jurídica da prova, In: *Revista de Processo*, vol. 162. São Paulo: RT, 2008, p. 09; 14) NOGUEIRA, Daniel Moura. A prova sob o ponto de vista filosófico, In: *Revista de Processo*, vol. 134. São Paulo: RT, 2006, p. 262.

ciência não pode se esquecer da história³¹ do instituto processual sob análise no direito pátrio e comparado³².

No direito brasileiro, as Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973³³ servem como marcos históricos que esclarecem, em parte, as matizes doutrinárias e jurisprudenciais das normas jurídicas constantes daqueles Diplomas Processuais, valendo como pontos de análise sobre a evolução do pensamento processual pátrio.

O estudo sobre o direito probatório neste Anteprojeto tem início pelo tratamento de algumas questões essenciais, quais sejam: 1) o objeto³⁴⁻³⁵⁻³⁶ da prova³⁷; 2) a

³¹ “Já houve quem dissesse que a história da prova reflete toda a história da civilização e não menor autoridade que afirmasse não ser isso contestável. Das épocas mais remotas à era contemporânea, a prova vem acompanhando, no espaço, os avanços e recuos dos povos, a evolução da civilização.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 15).

³² No direito italiano, cabe referência ao tratado sobre o tema escrito pelo Professor Luigi Paolo Comoglio (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 3. ed., Torino: Utet Giuridica, 2010). Ainda: CARPI, Frederico; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. 7. ed., Padova: CEDAM, 2012. No direito inglês, vide ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford: Oxford University Press, 2003, reprinted 2010. Ainda: ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice. Court proceedings, Arbitration, and Mediation in England*. New York: Springer, 2012. Quanto a estudos disponíveis em periódicos pátrios, citam-se dentre outros: 1) PISANI, Andrea Proto. Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte Costituzionale In: *Revista de Processo*, vol. 176. São Paulo: RT, 2009, p. 93. 2) ANSANELLI, Vincenzo. Le prove a futura memoria nel Diritto Italiano In: *Revista de Processo*, vol. 227. São Paulo: RT, 2014, p. 47; 3) MICHELE, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. In: *Revista de Processo*, vol. 16. São Paulo: RT, 1979, p. 155.

³³ No Código de Processo Civil de 1973 a matéria sobre provas encontra-se referida em algumas normas esparsas ao longo de todo o texto, mas possui tratamento sistemático no Livro I, Título VIII (“Do Procedimento Ordinário”), Capítulo VI – DAS PROVAS, abrangendo os artigos 332 a 341.

³⁴ “Em rápida síntese, já se disse que o objeto da prova são os fatos sobre os quais versa a ação e devem ser verificados. Aliás, provar nada mais é do que fornecer a demonstração da existência, ou inexistência, de um fato, bem como que haja, ou não, existido de um determinado modo e não de outro. Às vezes, porém, surge a necessidade de prova, não de um fato, mas do direito. Tal acontece quando a parte invoca direito estrangeiro, singular, estadual, municipal ou consuetudinário. Mas, nesses casos, a prova visa apenas a auxiliar o juiz, que poderá ignorar o direito invocado. Tanto é assim que, independentemente de prova, poderá o juiz aplicar o direito singular, se conhecê-lo e, por isso, não exigi-la, ou dispensá-la. De ponderar-se que entre a prova dos fatos e a prova do direito há certa diferença no que concerne à sua direção: dirige-se aquela — observa **Lessona** — principalmente à *percepção* do juiz, enquanto que esta se dirige, principalmente, à sua *inteligência*.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária...*, *ob. cit.*, p. 241).

³⁵ A doutrina costuma afirmar que o objeto da prova são os fatos relevantes e controvertidos. Contudo, a compreensão do tema demanda uma análise mais profunda. A primeira noção que se deve ter em mente é a de que são os fatos – e não o direito – o objeto da prova, entendidos aqueles como acontecimentos históricos do mundo ou da vida que têm realidade objetivamente aferível dentro das principais categorias que o delimitam, a saber, o espaço e o tempo. Logo, fatos é que se provam, porque deles o direito resulta. (GRECO, Leonardo. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 119).

³⁶ Vide, dentre outros: (1) XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. In: *Revista de Processo*, vol. 159. São Paulo: RT, 2008, p. 172; (2) LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 716. São Paulo: RT, 1995, p. 41.

³⁷ “1. O vocábulo *prova* vem do latim *probatio* - prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão,

finalidade³⁸⁻³⁹ da prova⁴⁰; 3) os meios de prova⁴¹⁻⁴²; 4) os direitos e deveres das partes quanto à prova; e, 5) os direitos e deveres de terceiros em relação à prova; todas elas

aprovação, confirmação, e se deriva do verbo *probare* {*probo, as, are*} - provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária...*, *ob. cit.*, [s. p.]).

³⁸ “A propósito do problema da obtenção da verdade no processo (ainda que adjetivada como verdade processual, já que a verdade no processo sempre se resolve num juízo de verossimilhança), impende observar desde logo que a colocação dessa como um dos objetivos ideais da prova judiciária oferece-se como uma condição insuprimível para que o processo cumpra a contento o seu desiderato maior de lograr a justiça do caso decidindo. Dois assuntos aqui interessam de perto para a composição dos modelos processuais civis: *a possibilidade ou não de investigação oficial das alegações processuais e a valoração do material probatório pelo magistrado.*” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção temas atuais de Direito Processual Civil – v. 14.* São Paulo: RT, 2009, p. 97; destaques acrescentados).

³⁹ Ao buscar disciplinar a finalidade da prova, é necessário refletir sobre o princípio dispositivo, o princípio do contraditório, a participação processual, os interesses públicos (primário, secundário e preponderante), os direitos disponíveis e indisponíveis, a ponderação entre interesses e direitos, dentre outros fatores que determinam o desiderato da prova em determinado momento histórico processual. Além disto, deve-se pensar se a finalidade da prova possui o mesmo conteúdo no âmbito das diversas espécies de Direito Processual (Civil, Penal, Trabalhista, Administrativo, Militar etc.).

⁴⁰ “O fundamental é que as normas jurídicas relativas à produção das provas não podem constituir obstáculos que dificultem a reconstrução objetiva dos fatos. Para que a celeridade não constitua um obstáculo, certamente o processo deverá ser aperfeiçoado, através de técnicas mais apropriadas de antecipação da atividade probatória.” (GRECO, Leonardo. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 118-119).

⁴¹ “Já se disse, no estudo da natureza das leis relativas à prova, que a determinação dos meios desta é matéria da esfera do direito substantivo. Mas, como é precisamente no processo que, para afirmação dos fatos controvertidos constantes das alegações das partes, se torna necessária a apresentação, ou exibição, das provas, decorre que o direito processual não invade o âmbito do direito substantivo com incluir um capítulo destinado à verificação de quais sejam os meios de prova admitidos pela lei. Somente depois de conhecê-los, distinguindo-os, está o direito processual em condições de estabelecer o modo pelo qual as provas deverão ser oferecidas no processo, bem como as condições que precisam preencher para constituir elemento gerador de convicção ao passarem pelo cadinho da avaliação. Cumprindo ao direito processual regular o modo de oferecimento das provas, o momento de sua produção, as linhas mestras de sua apreciação, cercando os atos respectivos das medidas de segurança indispensáveis ao surgimento da verdade, não pode deixar de, acompanhando o direito substantivo, tomar para si, para a própria efetivação deste, a obrigação de verificar quais os meios de prova que a lei indica como admissíveis para a afirmação da existência, ou inexistência, dos fatos alegados em juízo.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária...*, *ob. cit.*, p. 69).

⁴² “Os meios de prova previstos na lei processual são: a *confissão* (arts. 342-354), a *prova documental* (arts. 355-399), a *prova testemunhal* (arts. 400-419), a *prova pericial* (arts. 420-439), as *presunções e indícios* e a *inspeção judicial* (arts. 440-443). Cumpre destacar que, apesar da enumeração acima, as presunções e indícios não foram tratados na lei processual como um meio de prova autônomo, embora mencionados em diversos dispositivos, como os arts. 335, 319, 302, entre outros. Como meios atípicos de prova, podem ser apontados os meios modernos de comunicação que, em geral, são tratados na prova documental ou na prova testemunhal, como as comunicações telefônica e eletrônica e a videoconferência, ou quaisquer outros veículos de transmissão de informações que o desenvolvimento tecnológico venha a descobrir, desde que o conteúdo dos elementos de convicção por eles comunicados seja objetivamente observável pelo juiz e pelas partes, e desde que também haja razoável probabilidade de que os dados fornecidos revelem com segurança os fatos probandos tal como eles ocorreram ou tal como eles são. O artigo 332 do Código de Processo Civil brasileiro vigente integra ao sistema probatório todos os meios de prova, mesmo não previstos em lei ou por ela não regulados, desde que “moralmente legítimos”, ou seja, desde que não sejam ofensivos à dignidade humana e aos direitos fundamentais. (...) Respeitado o núcleo duro e intransponível do respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais, todas as provas são admissíveis, numa concepção naturalista de prova, ou seja, de que tudo aquilo que serve para demonstrar a verdade dos fatos em qualquer outra área do conhecimento humano também serve para o Direito.” (GRECO, Leonardo. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 123-124).

tratadas nos 8 (oito) artigos iniciais do texto, naquilo que restou definido como “Disposições Gerais”.

Sucedee, todavia, que pouco ou nada adiantaria apresentar um Anteprojeto de Reforma que se embasasse nas mesmas premissas adotadas pela lei vigente. Não é, obviamente, o que aqui se pretende.

Isso porque, como é cediço, o direito processual passa atualmente por profundas transformações, estando, como asseveram Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴³ e Daniel Francisco Mitidiero⁴⁴, em uma “quarta fase metodológica”, na qual o instrumentalismo avança para o *formalismo-valorativo*⁴⁵, em que há o aprimoramento das relações entre processo e Constituição, deixando-se, aquele, de atender aos ditames frios das leis para ceder espaço às exigências do *devido processo constitucional*, - não parece haver lugar para formalismos vazios, utilização de expedientes burocráticos, prática de chicanas e artimanhas processuais, emprego de “técnicas” duvidosas voltadas à procrastinação da lide e do próprio direito que, claramente, outrem possui.

Trata-se, em síntese, da necessidade de se interpretarem as regras processuais com os *óculos da Constituição*⁴⁶, vez que o processo existe para implementar os direitos

⁴³ “(...) Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o *formalismo-valorativo*. Além de equacionar de *maneira adequada* as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de *valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança* – base axiológica a partir da qual ressaem *princípios, regras e postulados* para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. (...)” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22-23).

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração...*, *ob. cit.*, p. 29. Para ele, as fases metodológicas do processo seriam: 1ª) praxismo ou pré-história do direito processual; 2ª) processualismo ou fase da autonomia; 3ª) instrumentalismo e; 4ª) formalismo-valorativo.

⁴⁵ “O formalismo processual cooperativo vai indelevelmente marcado pelo diálogo entre as pessoas do juízo. A necessidade de participação das partes no processo assinalada pelo direito fundamental ao contraditório, entendido como direito a influenciar a formação da decisão jurisdicional, outorga sustentação teórica a essa idéia.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...* *ob. cit.*, p. 134.)

⁴⁶ Tal expressão é encontrada em vários textos, de diferentes autores, não tendo sido possível identificar, nesse pesquisa, seu criador. Veja-se, apenas *ad exemplum*: MANDELI, Alexandre Grandi. *O princípio da não-surpresa na perspectiva do formalismo-valorativo*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/331-artigos-mai-2011b/8251-o-principio-da-nao-surpresa-na-perspectiva-do-formalismo-valorativo>, acesso em 9. fev. 2013.

fundamentais e, nesse mister, não pode, obviamente, deixar de atender às garantias indispensáveis a um processo justo⁴⁷.

Não se permite, dessa feita, que o processo sirva como instrumento de dificuldade ou entrave à satisfação do direito material, através do manejo, por um causídico mais bem preparado⁴⁸, de expedientes obscuros e de pouca ou nenhuma valia para a solução do conflito das partes posto sob análise.

Como Piero Calamandrei⁴⁹ já asseverava, ainda em meados do século passado, o processo não pode mais ser visto como um jogo, no qual as partes, seus procuradores, os julgadores e todos os demais sujeitos da relação apresentem desconfianças mútuas e individualismos injustificados, a pretexto de melhor atender aos interesses individuais.

Como bem alertou Luigi Paolo Comoglio⁵⁰, ao fazer menção a James Goldschmidt, o processo não é um instrumento *amoral*, e deve, certamente, tomar por consideração não só a atuação de cada um de seus *atores* mas, e principalmente, o respeito à boa-fé objetivamente considerada.⁵¹

⁴⁷ Sobre o processo justo e as garantias fundamentais processuais, consulte texto já clássico: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429, acesso em 9 mar. 2013.

⁴⁸ “(...) *la abogacía es un arte en el cual el conocimiento escolástico de las leyes sirve muy poco, si no va acompañado de la intuición psicológica necesaria para conocer a los hombres, y los múltiples expedientes y maniobras mediante los cuales tratan ellos de plegar las leyes a sus finalidades prácticas*. En vano se espera que los códigos de procedimiento, aun los mejores estudiados teóricamente, sirvan verdaderamente a la justicia si no son sostenidos en su aplicación práctica por la lealtad y la corrección del juego por el *fair play*, cuyas reglas no escritas están principalmente encomendadas a la conciencia y a la sensibilidad de los órdenes forenses (...)” SOLIMINE, Omar Luis Díaz. “La buena fe en la estructura procesal”, In: CÓRDOBA, Marcos M. [director]. *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 862.

⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. *Il processo come gioco*. Opere Giuridiche. vol. I. Napoli: Morano, 1983, p. 536-562.

⁵⁰ “No processo, como na guerra e na política, a moral não entra” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 3, traduzido por GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual*, v. 2. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 139.

⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, In: *Revista de Processo*, v. 126. São Paulo: RT, 2005, p. 68: “(...) O juiz não pode ser aquele do paradigma liberal, concebido como mero espectador da luta entre as partes. Principalmente no campo processual, onde se está diante de um conflito de interesses, pode ocorrer que ‘as partes sejam tentadas a usar de todos os meios, dignos ou não, para conseguirem seu objetivo final’. É certo que cabe ao Estado-juiz zelar pela ética no processo, mas embora todos os sujeitos processuais sejam destinatários dos preceitos da moral processual, é em relação às partes e seus procuradores que o âmbito de incidências das regras legais referentes à moralidade revela-se mais amplo, visando a impedir a figura do *improbus litigator*. (...)”.

O processo, assim, não pode ser um palco de horrores, no qual tudo seria permitido a fim de que aquele litigante mais hábil, mais perspicaz ou até mesmo mais ardiloso saísse vitorioso; não pode, nos dias atuais, ser entendido como *coisa das partes*, como meio privado.

As funções fundamentais do processo de (1) dirimir conflitos, de (2) fazer atuar a tutela jurisdicional e, principalmente, de (3) mecanismo de concretização de direitos, tornam-no *res publica*, a qual não pode ser deixada, livremente, ao talante das partes.

Não mais se tolera que as regras desse jogo sejam utilizadas ao bel-prazer dos seus operadores, sem que se sejam respeitadas as garantias e, principalmente, para o que nos interessa, o *fair play* processual⁵²: só assim se pode falar em processo justo⁵³.

Nessa toada, e como não poderia ser diferente, como assevera José Rogério Cruz e Tucci⁵⁴, o direito probatório se insere, sendo imperiosas mudanças legislativas que pudessem abarcar todas essas premissas⁵⁵.

⁵² “[é] antiga a preocupação com a conduta dos sujeitos da demanda. Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, no qual o juiz era somente o árbitro, e as partes podiam usar de toda argúcia, malícia e armas contra o adversário para confundi-lo, e se proclamou a finalidade pública do processo civil, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o *fair play*. Existe toda uma gama de deveres morais que acabaram traduzidos em normas jurídicas e uma correspondente série de sanções para o seu descumprimento no campo processual. Tudo como necessária consequência de se ter o processo como um instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegitimamente para prejudicar ou para ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, na medida em que este deve atuar em conformidade com as regras da ética. Deveres que alcançam primeiramente às partes, também o fazendo, logo em seguida, aos procuradores dos litigantes e aos julgadores e seus auxiliares.” (MILMAN, Fabio. *Improbidade processual e comportamento das partes: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 32-33).

⁵³ Nesse sentido, e fazendo referência, também, à obra de Comoglio, Humberto Theodoro Júnior asseverou: “(...) Das garantias mínimas de um processo justo, idealizado pela ciência processual de nossos tempos, COMOGLIO extrai as seguintes consequências, tendo em consideração a valorização do papel ativo confiado ao juiz:

a) la "moralización" del proceso, en sus diversos componentes éticos y deontológicos, constituye, hoy más que nunca, el eje esencial del fair trial o, si se prefiere, del 'proceso equo e giusto'; b) El control, bajo el perfil ético y deontológico, de los comportamientos de los sujetos procesales en el ejercicio de sus poderes, ingresa en el área de inderogabilidad del llamado 'orden público procesal', legitimando en tal modo la subsistencia de atribuciones y de intervenciones ex officio del juez; c) El rol activo de este último encuentra una justificación suplementaria, de carácter político y constitucional, en los sistemas judiciales en los que no vengán debilitados, sino más bien se vengán consolidando, el sentido de la confianza y las garantías de credibilidad del aparato jurisdiccional público" THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo - princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz*. Disponível em:

[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%20C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%20C3%BAnior(3)formatado.pdf), acesso em 17 jul. 2013.

Assim, o presente anteprojeto de lei adotou as seguintes *regras-força*:

- i) ampla liberdade probatória a permitir, verdadeiramente, a descoberta da verdade (art. 2º), o que implica numa postura tolerante do magistrado e das próprias partes em todas as fases probatórias (art. 1º);
- ii) redefinição das limitações probatórias legítimas (art. 2º, *caput*);
- iii) adoção expressa do *dever de colaboração* entre todos os sujeitos e intervenientes do processo (arts. 5º e 6º, IV);
- iv) atuações preventiva e repressiva do juiz no controle da colaboração (art. 4º, parágrafo único; art. 48, §4º)⁵⁶;
- v) reconhecimento da formação de título executivo judicial para as condenações relativas às sanções processuais (art. 6º, §3º);
- vi) apuração e reconhecimento das sanções processuais e indenizações respectivas em autos apartados, sem prejuízo do andamento regular do feito (art. 6º, §3º);
- vii) requerimento e desistência de quaisquer provas somente com justificativa analítica (art. 20);
- viii) produção antecipada de provas que se afigure extremamente custosa para a parte contrária somente pode ser deferida se houver justificativa pertinente, sob pena de violação à boa-fé; (art. 11, §1º)
- ix) possibilidade de inversão do ônus probatório e adoção da teoria da carga dinâmica da prova como decorrentes da boa-fé; (art. 11)
- x) motivação analítica em todas as fases do procedimento probatório (admissão, produção e valoração), devendo o juiz declinar as razões pelas quais determinada questão foi, ou não, utilizada na formação de seu convencimento (art. 17, §2º).

⁵⁴ Nesse sentido, CRUZ E TUCCI, José Rogério. Brevíssimas considerações acerca da valoração de gravações, in *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. JOBIM, Geraldo Cordeiro et alli (org). Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 189-194, especialmente p. 190: “(...) a prova tem raízes no componente ético que inspira o processo, como instrumento posto a serviço do Estado, para consecução de objetivos seus, que não se limitam aos perseguidos pelas partes, nem se restringem à atuação da vontade concreta do direito objetivo. Nessa medida, os deveres de veracidade e de colaboração estão ligados a um princípio de lealdade, que deve inspirar todos os sujeitos da relação jurídica processual. E, sendo assim, a pré-constituição da prova certamente envolve um dever – que aqui pode ser qualificado dessa forma, cujo conteúdo é uma abstenção: jurídica e eticamente, os interessados devem se abster de pré-constituir prova ilícita (...)”.

⁵⁵ No mesmo sentido, Leonardo Greco: “(...) a efetividade do processo está a exigir um conceito de prova mais rigoroso, com a revisão de todo o sistema normativo probatório, hoje impotente para coibir o arbítrio”. (GRECO, Leonardo. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 102).

⁵⁶ Segundo Helena Najjar Abdo, com apoio nas lições de Michele Taruffo, “a própria previsão de sanções no ordenamento já é, em si mesma, uma forma de prevenção” ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007, p. 228.

Especificamente quanto aos dispositivos, vê-se que, em seu art. 1º, o Anteprojeto delinea no *caput* o núcleo do objeto da prova, qual seja, “a investigação racional dos fatos⁵⁷ relevantes para o descobrimento da verdade⁵⁸⁻⁵⁹⁻⁶⁰ necessária ao exame e decisão da causa, bem como das questões preliminares, prejudiciais e de todos os seus incidentes.”.

Nos parágrafos do artigo 1º, pretende-se dar tratamento às seguintes questões processuais:

- 1) delimitação do que sejam fatos⁶¹ relevantes (§ 1º);
- 2) a possibilidade da qualificação jurídica dos fatos, bem como o conteúdo das normas jurídicas, serem objeto de prova (§ 2º);
- 3) o direito⁶² municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário como objeto de prova, bem como normas jurídicas de efeitos concretos (§ 3º).

⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos fatos notórios. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 776. São Paulo: RT, 2000, p. 743.

⁵⁸ “3. Provar, porém, é bem ‘o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade’. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade. A verdade não existe no espírito sem a sua percepção. Os recursos de que se utiliza a inteligência, para a percepção da verdade, constituem a prova. Se o que se busca é sempre a verdade, cumpre, desde logo, precisar no que ela consiste, sem o que não pode ser feita a escolha dos meios para encontrá-la. (...) ‘A verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade’. Conceito da verdade relativa, não da verdade absoluta, sempre procurada, nunca alcançada. Se a verdade somente pode ser procurada e se apresentar por meio dos sentidos e da inteligência, compreende-se logo, precários como são aqueles, insuficiente como é esta, a relatividade que deve presidir à conformidade da noção ideológica com a realidade. Exatamente por isso, a verdade varia no tempo e no espaço. A verdade ‘terra plana, de ontem’ transformou-se na verdade ‘terra redonda, de hoje’; a verdade ‘a pena é uma vingança’ se traduz na verdade ‘a pena é um método de regeneração, para os povos civilizados’. Relação de conformidade entre o nosso pensamento e a realidade palpável e inteligível, a verdade, ‘por mais que busque aproximar-se do fenômeno, há de ater-se sempre ao fenômeno, sempre à aparência real das coisas, diante dos sentidos aperfeiçoados, aparelhados e completados, na sua inóxia, pela inteligência’. Por isso mesmo, a verdade que se busca quase sempre não se apresenta, ou nunca se apresenta com a brancura da verdade absoluta, mas apenas com as cores da realidade sensível e inteligível. Contudo é a verdade.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária... ob. cit.*, [s.p.]).

⁵⁹ Vide: GILLES, Peter; VINSON, Julia. Truth and Efficiency in Civil Proceedings on construction of the truth-postulate by the mainstream german doctrine of civil procedure. In: *Revista de Processo*, vol. 206. São Paulo: RT, 2012, p. 135.

⁶⁰ Vide: PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. In: *Revista de Processo*, vol. 213. São Paulo: RT, 2012, p. 161.

⁶¹ “A primeira noção que se deve ter em mente é a de que são os fatos – e não o direito – o objeto da prova, entendidos aqueles como os acontecimentos históricos do mundo ou da vida que têm realidade objetivamente aferível dentro das principais categorias que o delimitam, a saber, o espaço e o tempo. Logo, fatos é que se provam, porque deles o direito resulta.” (GRECO, Leonardo. *Instituições... ob. cit.*, p. 119). E ainda:

“Entretanto, em alguns casos, o direito também precisa ser provado. Nessas hipóteses excepcionais, portanto, não é um acontecimento do mundo ou da vida que vai ser objeto da prova, mas sê-lo-á a norma que rege a realidade da vida e que o próprio juiz pode não conhecer, demandando que sejam trazidos dados, elementos que demonstrem que a referida norma existe e que está em vigor.” (GRECO, Leonardo. *Instituições... ob. cit.*, p. 120).

A análise do objeto⁶³ da prova⁶⁴ deve ser realizada pela utilização da racionalidade na investigação, retirando da valoração da prova visões ou juízos subjetivos não pautados por processos científicos⁶⁵, analíticos e objetivos. Nesse sentido, vale recordar as ideias de Giovanni Verde⁶⁶, registradas por Leonardo Greco, para quem toda a reflexão sobre a prova deve considerar:

- a) a necessidade de construir a investigação do órgão jurisdicional como racional⁶⁷;
- b) a possibilidade-necessidade lógica de distinguir a questão de fato da questão de direito;
- c) a possibilidade-necessidade de indicar um modelo racional⁶⁸ que permita ao órgão jurisdicional a reconstrução dos fatos⁶⁹;
- d) a articulada qualificação jurídica dos fatos;
- e) a possibilidade de controle da racionalidade de tais escolhas por parte dos jurisdicionados, dos tribunais superiores e demais cidadãos.⁷⁰

⁶² “(...) a civil lawsuit depends upon resolution of questions of fact and questions of law. When a question of fact is in dispute, the issue is determined through the consideration of conflicting evidence. When a matter of law is in dispute, the issue is determined through the consideration of alternative interpretations of law.” (HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 71).

“Viewed mechanically, factual issues are resolved by proof and legal issues are resolved by examining the law. The American system characteristically performs these functions using judge and jury in combination, while other legal systems perform them only through a judge. Formally, an American judge and a judge in a European legal system could trade places in a nonjury case and, with a little practice, perform with equal effect in either system.” (HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure... ob. cit.*, p. 72).

⁶³ “Afirmou-se que são objeto de prova os fatos relevantes, quais sejam, aqueles geradores de direitos, os fatos jurídicos, dos quais as partes podem extrair consequências jurídicas a elas favoráveis. Este, portanto, o objeto da prova: os fatos relevantes.” (GRECO, Leonardo. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 121).

⁶⁴ Vide: RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova In: *Revista de Processo*, vol. 224. São Paulo: RT, 2013, p. 41.

⁶⁵ “O próprio conhecimento científico precisa ser controlado, isto é, o discurso justificativo que o invoca não pode aceitar as suas conclusões por simples argumento de autoridade, mas precisa descer à observação e análise da correção e consistência científicas.” (GRECO, Leonardo. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 119).

⁶⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 107.

⁶⁷ HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure...*, *ob. cit.*, p. 76: “Legal rules are applied through a mental process that addresses the relationship between legal concepts and the circumstances of a specific case, whereby a conclusion may be reached in favor of one party or the other. This process is called reasoning.”

⁶⁸ HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure...*, *ob. cit.*, p. 77: “The legal system presumes that there is a direct and logical relationship between the court’s thought process and its conclusion, and recognizes that having to make a decision is a mental discipline its own. As a practical matter a legal system can demand no more.”

⁶⁹ HAZARD JR., Geoffrey C. ; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure...*, *ob. cit.*, p. 79: “When factual issues arise in litigation, they are resolved by consideration of evidence. Evidence consists of testimony of witnesses, documents such as contracts and deeds, and occasionally physical objects. In assessing the evidence in a given case, the key problem may be determining what events actually occurred.”

A investigação probatória no processo não pode ser direcionada a todo e qualquer fato, seja pela impossibilidade técnica ou fática, seja pela desnecessidade para a sua utilização em Juízo para a solução ou prevenção de um litígio, mas deve se restringir aos fatos relevantes tanto para o exame da causa, quanto para a sua decisão. Assim sendo, serão abrangidos pela investigação probatória os fatos relevantes para exame e decisão das questões preliminares, das questões prejudiciais e dos incidentes processuais.

Os fatos relevantes encontram-se definidos no §1º do artigo 1º como sendo “todos aqueles dos quais as partes possam extrair alguma consequência jurídica em seu favor, assim como os que sirvam para extrair alguma ilação sobre a sua existência ou sobre as regras de experiência aplicáveis ao caso.”

Tal definição traduz a expectativa de que a prova processual se dirija à efetiva solução do conflito existente entre as partes, deslocando-se da visão atualmente consagrada na jurisprudência e em boa parte da doutrina de que ela se destinaria apenas ao convencimento do magistrado, para atingir a ideia de que a prova processual é instrumento para a realização do processo justo⁷¹, mediante o respeito aos direitos e garantias, bem como o cumprimento dos deveres materiais e processuais, de modo que a prova também reflete a participação das partes no - e pelo - processo.

Poderão constituir fatos relevantes como objeto de prova, nos termos propostos pelo § 2º do art. 1º, ainda: “a qualificação jurídica dos fatos” ou o “conteúdo das normas, sempre que o conhecimento da vida real puder influenciar a determinação do campo de aplicação da norma ou a sua compreensão”.

⁷⁰ VERDE, Giovanni. Prova in generale: Teoria generale e diritto processuale civile. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. V. XXXVII, p. 580 *apud* GRECO, Leonardo. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 107.

⁷¹ “O que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática *capenga*, incompleta, impedindo-o de obter a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles se originaram.” (GRECO, Leonardo. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 116).

Caso seja determinado pelo juiz, será objeto de prova o teor ou conteúdo e a vigência de direito municipal⁷²; direito distrital; direito estrangeiro^{73 e 74}; direito consuetudinário⁷⁵; norma jurídica que preveja direito decorrente de fato determinado; e, norma jurídica que preveja dever decorrente de fato determinado, tudo nos termos da §3º do artigo 1º.

2. *Meios de prova.* O artigo 2º versa sobre os meios de prova⁷⁶, absorvendo a noção da sua maior abrangência, com uma visão expansiva à luz do quadro atual, sendo respeitadas, como exceções, apenas:

1) a dignidade humana;

⁷² “A lei municipal e a lei estadual se presumem conhecidas no Município e no Estado para os quais foram feitas. Em conseqüência, quando o Código de Processo Civil, no art. 337, diz que quem as invocar deve prová-las, não se refere às leis do Município ou às do Estado em que o juiz exerça a jurisdição. (...) Sempre, no entanto, que a lei invocada seja de Estado ou município onde o juiz não tenha domicílio, é natural, a lei deverá ser provada, como se provam os fatos, a menos que o juiz dela tenha conhecimento”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária... ob. cit.*, p. 205-206).

⁷³ “É geral o reconhecimento da necessidade de prova da lei estrangeira. Mas essa necessidade encontra uma condicional; se o juiz desconhecê-la. Como se disse. Códigos modernos, como o alemão e o austríaco, adotam o princípio segundo o qual a prova da lei estrangeira é desnecessária, quando seja conhecida do juiz. A doutrina, igualmente, se encaminha nessa direção. Mortara, entre outros, se manifesta decididamente. Para o eminente processualista, afirmar de modo invariável a necessidade da prova da lei estrangeira é fazer-se “injustiça à cultura do magistrado em particular e à classe dos juristas em geral”. ‘Em outros tempos — continua o emérito processualista — e com as barreiras intelectuais, era lícito, talvez, acolher como princípio de direito a necessária ignorância da lei estrangeira. Mas, hoje, isto parece exagero, e conforta-me ver nas legislações mais recentes (Código germânico. Regulamento austríaco) afirmado o princípio pelo qual não ocorre a necessidade de prova da lei estrangeira quando seja ela conhecida do juiz’. A matéria liga-se, estreitamente, ao direito internacional privado, em cujo setor a controvérsia ainda permanece”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária... ob. cit.*, p. 206-207).

⁷⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Prova do direito estrangeiro In: *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, vol. 4. São Paulo: RT, 2012, p. 869.

⁷⁵ “Tratando da prova do direito costumeiro, o Código de Processo Civil de 1939, no que não foi seguido pelo Código vigente, reunia vários artigos (arts. 259 a 262) em um capítulo a que dera o título “Dos Usos e Costumes”. Em cada um dos três primeiros dispositivos (arts. 259 a 261) empregava a expressão “usos E costumes”; no último (art. 262) referia-se a “uso OU costume”. Parecia que a lei processual de 1939 distinguia o “uso” do “costume”, renovando velha questão doutrinária a respeito. Dizia-se que o “uso” consistia na repetição, na reiteração do ato, ou do fato, enquanto que o “costume” correspondia à norma jurídica resultante desse ato, ou fato.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária... ob. cit.*, p. 219).

⁷⁶ “Não enumerava o Código de Processo Civil de 1939 os meios de prova admissíveis no sistema brasileiro. Seguindo, nesse ponto, o melhor critério, limitou a reportar-se aos meios reconhecidos nas leis substantivas, dispondo no art. 208: “São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais”. Assim procedendo, acompanhou a técnica de vários códigos de processo estaduais, nos quais havia dispositivo idêntico ao do art. 208. Seguiu a mesma orientação o Código de Processo Civil vigente, art. 332, dizendo: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. São meios de prova não só os previstos em lei, mas também os que, nela não previstos, sejam moralmente legítimos. Se, por um lado, a enumeração dos meios de prova, como se disse, pertence à órbita do direito substancial, se cada um dos ramos desse direito prescreve quais os meios de prova admissíveis e, se, por outro lado, além dos meios legais permitem-se como tais os moralmente legítimos “ainda que não especificados no Código, não havia razão, nem mesmo conveniência, este os relacionasse, como sabiamente o fez.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária... ob. cit.*, p. 72).

- 2) os direitos fundamentais;
- 3) o segredo de Estado;
- 4) as exigências impostas pela ordem jurídica à constituição e à validade dos atos e negócios jurídicos; e,
- 5) os registros públicos dos fatos da vida civil.

No § 1º do art. 2º, o Anteprojeto buscou dar tratamento à prova ilícita⁷⁷ *lato sensu*, a qual abrange as espécies de (1) prova ilícita *stricto sensu* (prova vedada pela ordem jurídica vigente) e (2) prova obtida por meio ilícito (prova obtida por meio em desacordo com a ordem jurídica vigente), deixando claro que tal matéria possui natureza de questão processual de ordem pública e que, por isto, pode e deve ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Ao mencionar “qualquer grau de jurisdição”, o art. 2º, §1º do anteprojeto pretende que a ilicitude possa ser conhecida *ex officio*⁷⁸, inclusive, pelos Tribunais Superiores em sede de recursos especial e/ou extraordinário, independente de prequestionamento, por ser matéria de ordem pública, decorrente da garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI, da CRFB/1988).

Tal se justifica, pois, se o texto constitucional⁷⁹ garante que não podem ser utilizadas provas obtidas por meios ilícitos⁸⁰ (ilicitude quanto ao meio de produção da

⁷⁷ Vide, dentre outros: (1) COSTA, Nilton César Antunes da. Proibição da prova ilícita no processo In: *Revista dos Tribunais*, vol. 812. São Paulo: RT, 2003, p. 733; (2) MOLINARO, Carlos Alberto et MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais In: *Revista de Processo*, vol. 145. São Paulo: RT, 2007, p. 276.

⁷⁸ Sob tal ponto, o Projeto inova ao exigir expressamente o contraditório, de modo a assegurar a participação das partes no processo, mediante a necessidade de sua prévia oitiva antes do reconhecimento da ilicitude. Trata-se do reconhecimento da tradicional diferença entre *conhecer ex officio* (o que lhe é permitido) e *decidir ex officio* (o que lhe é vedado pelo contraditório). Nesse sentido: “(...) Para tanto, todavia, em um ambiente processual pautado pela cooperação, tem o órgão jurisdicional de possibilitar às partes oportunidade para que argumentem a propósito de eventual deslinde da causa sem resolução de mérito por esse ou aquele motivo, inclusive indicando o Estado-juiz a sua possível visão jurídica do material do processo. Caso não tenham ainda se pronunciado em suas manifestações escritas sobre o tema, têm as partes de ser instadas a fazê-lo de maneira prévia à decisão a fim de que se mantenha um paritário desenvolvimento do diálogo no processo. Trata-se, novamente, de o órgão jurisdicional obedecer ao dever de consulta que o grava inexoravelmente em um processo civil organizado a partir da idéia de colaboração.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, *ob. cit.*, p. 122).

⁷⁹ Vide: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, In: *Revista de Processo*, vol. 84. São Paulo: RT, 1996, p. 144.

prova), com muito mais razão há de se garantir o direito de não serem utilizadas as provas ilícitas, mesmo que produzidas licitamente, porquanto é incontroverso que tanto a ilicitude quanto ao meio de prova, quanto a ilicitude da própria prova são combatidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A despeito disso, o anteprojeto inova ao admitir que a vedação de prova ilícita ou obtida por meio ilícito⁸¹ não mais pode ser considerada absoluta, podendo, em casos excepcionais, ser objeto de juízos de ponderação (pela utilização dos juízos de proporcionalidade ou razoabilidade) com base nos interesses envolvidos na causa.

Cabe ressaltar, porém, que a eventual admissão desta prova ilícita não modificará a sua natureza, nem a natureza da sua forma de produção ou aquisição, pois “não exclui a sua ilicitude para todos os demais efeitos” (art. 2º, §2º, parte final).

Noutros termos: o anteprojeto busca solucionar questão relativa à possibilidade de excepcional admissão de prova obtida por meio que viole direito fundamental, com base na ponderação de interesses envolvidos em determinado caso concreto, no §2º do artigo 2º.

Pretende-se, desse modo, permitir a excepcional admissão da prova diante da prevalência ou relevância de interesse envolvido em determinada hipótese, mas sem modificar a natureza ilícita do meio ou da prova para todos os demais efeitos, de modo a se assegurar que um direito fundamental preponderante ou relevante seja afetado quando exista prova (mesmo que ilícita) que demonstre a necessidade de sua preservação ou proteção.

Para este caso o anteprojeto propõe um sistema probatório especial para admissão, utilização e inutilização da prova ilícita ou obtida por meio ilícito, nos termos dos §§ 2º e seguintes do art. 2º, a saber:

⁸⁰ Vide: ANDRADE, Alberto Guedes Xavier de. A aplicabilidade do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil In: *Revista de Processo*, vol. 126. São Paulo: RT, 2005, p. 219.

⁸¹ Vide: ROQUE, Andre Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas In: *Revista de Processo*, vol. 153. São Paulo: RT, 2007, p. 311.

1º - a prova só poderá ser admitida para determinado caso, diante de ponderação de interesses ou direitos fundamentais;

2º - sendo admitida, a prova deverá ser desentranhada e inutilizada, de imediato, após o trânsito em julgado da decisão final da causa, permanecendo nos autos somente o registro documental constante da decisão final (§3º do art. 2º);

3º - não sendo admitida a prova ilícita (§4º do art. 2º): deverá ser inutilizada de imediato após a preclusão da decisão que indeferir a admissão, exceto se alguém demonstrar que tem direito de conservá-la, caso em que a prova deverá ser desentranhada e entregue a essa pessoa, com o devido registro da entrega nos autos.

Outra inovação quanto aos meios de prova está prevista no art. 2º, §5º, que prevê a vedação, mesmo com o consentimento da pessoa interessada, do emprego de “meios que afetem a sua liberdade de autodeterminação ou a sua capacidade de rememoração e de avaliação dos fatos”, ou seja, fica proibida a utilização de substâncias que retirem a livre autodeterminação, ou que ocasionem dúvidas quanto à recordação dos fatos objeto de prova, bem como a utilização de técnicas de indução a estados diferenciados de consciência, como é o caso, por exemplo, da hipnose.

Na análise pormenorizada do fenômeno processual probatório, o anteprojeto dá tratamento aos *indícios*⁸² dos fatos relevantes no artigo 3º, algo que também se afigura como inovador, já que o CPC/73 não os prevê, expressamente, como “meios de prova”. Apesar disso, o anteprojeto restringe o conhecimento dos indícios apenas àqueles decorrentes de fatos relevantes.

Admitiu, ainda, o anteprojeto, que os indícios dos fatos relevantes possam ser provados por quaisquer meios, havendo previsão expressa de que “a sua força probante será livremente apreciada pelo juiz em conjunto com as demais provas”, sendo relevante a análise do art. 17 do Anteprojeto, diretamente relacionado ao tema.

Quanto à valoração dos indícios, o Anteprojeto determina que o “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente

⁸² Vide, dentre outros: MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Indícios e presunções como meio de prova. In: *Revista de Processo*, vol. 37. São Paulo: RT, 1985, p. 52.

acontece, considerando, sempre que possível, o grau de probabilidade⁸³ ou a margem de erro definidos em estudos científicos de reconhecida reputação”, nos termos do art. 3º, §1º.

Amparado nas premissas básicas de um processo justo, o anteprojeto estabelece, em seu art. 3º, §2º, que “quaisquer ilações sobre a existência de fatos relevantes que possam ser extraídas das ações ou omissões das partes serão submetidas previamente à sua manifestação”, ressalvado apenas o constante do art. 56 do Anteprojeto.

Noutro sentido, o Anteprojeto disciplina as presunções⁸⁴⁻⁸⁵ no artigo 4º, ditando que deverão ser “avaliadas em conformidade com a sua verossimilhança e em conjunto com as demais provas”, mas deixando claro, no parágrafo único deste mesmo dispositivo, que “as presunções não eximem as partes do ônus de produzir, sempre que possível, as provas necessárias à comprovação dos fatos alegados”.

3. *Deveres das partes e de terceiros.* O artigo 5º, por seu turno, inova em sede probatória ao propor um alcance subjetivo amplo em relação aos que devem colaborar, entre si e com o Poder Judiciário, para o descobrimento da verdade⁸⁶, abrangendo

⁸³ “Quando, porém, o espírito, tomando conhecimento dos motivos afirmativos e negativos, *julga-os todos legítimos e dignos, mas de valores diversos, existe a probabilidade.* Conquanto opostos, os motivos são igualmente idôneos, no sentido de merecerem ser balanceados, levados em conta. Aqueles são mais fortes que estes, porém; mas não tão fortes que estes possam ser rejeitados. Eis a *probabilidade*, que “consiste na percepção dos motivos convergentes e divergentes, *julgados todos dignos*, na proporção do seu diverso valor, de serem levados em conta”. “A probabilidade atende aos motivos convergentes e divergentes, *e julga-os todos dignos de serem tomados em conta*, se bem que mais os primeiros, e menos os segundos” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária... ob. cit.*, [s.p.]).

⁸⁴Italia. Codice di Procedura Civile, Capo IV - Delle presunzioni. Art. 2727. Nozione. Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato.

⁸⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova In: *Revista de Processo*, vol. 24. São Paulo: RT, 1981, p. 62.

⁸⁶ “The most difficult problem that the administration of justice confronts is the inevitable risk of committing injustice by relying on evidence that is fact untrue. Various *mechanisms can be devised to reduce this risk. One is to require especially reliable evidence to sustain a claim.* For example, written documentation may be required in order to prove certain types of transactions, such as transferring of ownership of real estate. *Another mechanism is to impose an extra burden of proof concerning certain issues*, such as ‘clear and convincing evidence’ rather than merely ‘a preponderance of the evidence’. *Another device for dealing with uncertain evidence is simply to deny a legal remedy for certain types of wrongs*, even though they are morally obnoxious, because the usual sources of proof of that type of wrong are regarded as unreliable. (...). All developed legal systems use these devices in various combinations. However, their effect is inevitably to deny justice in certain cases.” (HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure...*, *ob. cit.*, p. 82; destaques acrescentados).

“(...) The legal system has no way of avoiding this dilemma, for no legal procedure can always discern the truth. Hence, any device designed to affect the weight of evidence reflects a balance between the aim

“todas as pessoas, órgãos, instituições e entes despersonalizados, públicos e privados, sejam ou não partes no processo”, aos quais são estabelecidos deveres processuais probatórios mínimos.

O Anteprojeto, desse modo, incorpora e busca maximizar o princípio da colaboração processual. Diferentemente da redação do atual artigo 339, do Código de Processo Civil de 1973, bastante genérica e, por isso mesmo, de difícil aplicação prática, o Anteprojeto preocupou-se, em seu art. 5º, expressamente em assegurar que não só as partes, como também todos os sujeitos eventuais ou intervenientes do processo, devem colaborar com a construção da verdade. Além disso, restou consignada a *colaboração mútua*, porquanto o processo deve ser entendido, notadamente sob o aspecto probatório, como uma *comunidade de trabalho*⁸⁷ (*Arbeitsgemeinschaft* ou *comunione del lavoro*) na qual as partes, em permanente diálogo recíproco, com o juiz e com eventuais intervenientes do processo (v.g., peritos, intérpretes, servidores do juízo etc.), propõem e requerem provas, produzem-nas e sobre elas se manifestam de modo pleno, livre e democrático.

O Anteprojeto estabelece expressamente no artigo 6º, de forma não taxativa, 9 (nove) deveres⁸⁸ processuais fundamentais das partes no campo probatório, quais sejam:

- 1º) comparecer em juízo e responder ao que lhes for interrogado;
- 2º) submeter-se à inspeção judicial;
- 3º) prestar as informações que lhes forem requisitadas para o esclarecimento da verdade;
- 4º) colaborar⁸⁹ na produção⁹⁰ das provas deferidas ou determinadas pelo juiz⁹¹, e apresentar, quando solicitadas, todas as que se encontrem em seu poder;

of doing justice according to the actual facts of the specific transactions and the aim of protecting the system of justice from abusive claims and defenses. Some misassessments of facts will occur whatever the rule, resulting in corresponding injustice. The problem is how to balance the risks.” (HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure...*, *ob. cit.*, p. 83).

⁸⁷ Termo cunhado por José Lebre de Freitas e contido em DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 14.

⁸⁸ No âmbito do Direito Probatório podem ser reconhecidos os seguintes deveres às partes: 1) dever de esclarecimento, 2) dever de consulta, 3) dever de prevenção, 4) dever de auxílio, 5) dever de diálogo processual, 6) dever de clarificação, 7) dever de buscar da verdade, 8) dever de colaboração ou cooperação para obtenção da verdade (“comunidade cultural”)⁹ 9) dever de boa-fé (art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, art. 266-B do Código de Processo Civil português, art. 247 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, conforme exposto por Daniel Mitidiero In: *Colaboração...*, *ob. cit.*, p. 96-97.

- 5º) expor os fatos em juízo conforme a verdade⁹²;
- 6º) não praticar atos, comissiva ou omissivamente, que saibam serem contrários à verdade dos fatos;
- 7º) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito;
- 8º) não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso;
- 9º) praticar os atos que lhes forem determinados e permitir, na sua esfera pessoal ou de domínio, a sua prática.

A fim de dar efetividade aos deveres processuais probatórios, o Anteprojeto estabelece, nos §§ 1º a 9º do artigo 6º, um sistema de controle, coerção e punição processual para os casos de descumprimento dos deveres estabelecidos.

No art. 6º, em que são definidos os deveres das partes, foram reunidas algumas obrigações já previstas no CPC/73, mas que lá se mostram de forma dispersa, mantendo-se por vezes a mesma redação (v.g., art. 14, incisos I, II, IV; art. 340, incisos I e III), e, em outros casos, realizando-se pequenas adaptações, a fim de facilitar a interpretação da norma (v.g., o inciso II, que se refere ao atual art. 340, II, CPC/73, porém retirando-se “que for julgada necessária”, pois tal observação é despicienda; e o inciso VIII, que se refere ao art. 879, III, c/c 881, *caput*, com a exclusão da “proibição de se falar nos autos até a purgação do atentado”, vedação que não se coaduna com o espírito democrático do *Anteprojeto*). Além disso, restou absorvida a ideia contida no

⁸⁹ CPC/1973, art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) II - proceder com lealdade e boa-fé;

⁹⁰ “Não se encerra o ciclo probatório com a produção das provas. Com a produção se completa a parte propriamente procedimental da instrução. Até então, tudo, ou quase tudo, no processo probatório, é movimento; é contato do juiz e das partes com a matéria perceptível, com pessoas, coisas ou documentos, que afirmam ou atestam fatos. A prova ainda é “o modo de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade” Com a produção das provas se aparelha o processo daquilo que permite ao espírito persuadir-se da verdade com referência à relação jurídica controvertida: está formada a prova no sentido de elemento de prova.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária...*, *ob. cit.*, p. 389).

⁹¹ Italia. *Codice di Procedura Civile. TITOLO V - Dei poteri del giudice*

(...) Art. 115. (Disponibilità delle prove) “Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”.

⁹² “Ao longo da história do direito processual civil, a preocupação com a ética fora uma constante, manifestando-se de maneira mais aguda precisamente em duas frentes: no problema da articulação da boa-fé nas relações entre aqueles que participam do juízo e no problema da obtenção da verdade no processo.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, *ob. cit.*, p. 95).

PL 8.046/2010⁹³ (art. 77, VI), a qual classifica como obrigação da parte, à semelhança do que ocorre com o atual art. 879, CPC/73, “a vedação à prática de inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”.

Ademais, o Anteprojeto, a fim de minudenciar a *regra geral de verdade* constante do art. 5º, consagrou a obrigatoriedade de as partes prestarem “as informações que lhes forem requisitadas para o esclarecimento da verdade” (III) e, também, de colaborarem “na produção das provas determinadas ou deferidas pelo juiz, apresentando, quando solicitadas, todas as que se encontrem em seu poder (IV), além de “não praticar atos, comissiva ou omissivamente, que saibam serem contrários à verdade dos fatos” (VI).

Reconheceu-se, destarte, a proibição da mentira, a qual não se coaduna com a lealdade processual, restando clara a diferenciação entre o “direito de não produzir provas contra si mesmo” (garantido pela CF/88, art. 5º, inciso LXIII e, mais precisamente, pela Convenção de Direitos Humanos de 1696, ou *Pacto de San José da Costa Rica*, em seu art. 8º, que declara que toda pessoa tem o ‘direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada’) e o direito à mentira. Assim, não se exige que a parte, deliberadamente, traga aos autos provas que lhe sejam desfavoráveis, até mesmo porque, tal regra, se adotada, contrariaria as máximas de experiência e o senso comum, e fariam com que o Anteprojeto se distanciasse da realidade, tornando-se mera *carta de boas intenções*; exige-se, por outro lado, que tais provas sejam apresentadas se houver solicitação, quer *ex officio*, quer mediante requerimento da parte contrária regularmente deferido pelo juiz.

Em seu §1º, o art. 6º comina, para a infração do disposto em seus incisos, (salvo se não houver sanção mais grave prevista em norma específica), multa cujo teto é o do valor da causa, facultando-se ao interessado a promoção de execução imediata em autos apartados, a qual permite, a um só tempo, que o *improbis litigator* se veja efetivamente

⁹³ Texto disponibilizado pela Câmara dos Deputados e disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>, acesso em 03 jul. 2013, às 16h02.

pressionado pela sanção que lhe foi atribuída, além de evitar dilações processuais indevidas, que poderiam, como ocorre atualmente, gerar atrasos à marcha processual.

Além disso, o reconhecimento expresso da possibilidade de cobrança de perdas e danos decorrente da atividade processual atentatória à lealdade altera a regra atual de que essa se limitaria a 20% do valor da causa (art. 18, CPC), a qual, inclusive, deveria ter sido considerada *não-recepcionada* pela CF/88, porquanto viola o art. 5º, V e X, que estabelece o princípio da reparação integral para os danos sofridos.

Nessa mesma toada, caso necessário, o dispositivo permite a presunção de veracidade do fato a que prova omitida visava a demonstrar e a utilização dos meios coercitivos que forem possíveis para a obtenção do resultado almejado.

Ademais, o §3º do artigo 6º, ao reconhecer a multa retrocitada como título executivo judicial, facilita a sua cobrança (porquanto diminui, como decorre dos atuais arts. 475-L e 475-M, CPC, a possibilidade de defesa do executado), e denota a importância que o *Anteprojeto* atribuiu ao respeito à boa-fé.

Outra inovação trazida pelo §4º do art. 6º diz respeito à solução definitiva acerca da confusão ainda existente entre as sanções processuais e as custas/preparos/emolumentos.

Isso porque, lamentavelmente, não é incomum que a assistência judiciária gratuita e/ou demais isenções legais⁹⁴ sirvam como verdadeiro *escudo* ou *salvo-conduto* para a prática de atos contrários à boa-fé processual⁹⁵⁻⁹⁶.

⁹⁴ Nesse sentido, entendeu recentemente o STJ, em sede de embargos de divergência, que “(...) a orientação mais recente dessa Corte Superior de uniformização jurisprudencial é no mesmo sentido (...) da prescindibilidade do depósito prévio da multa do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, em se tratando de pessoas jurídicas de direito público, federais, estaduais, distritais e municipais, a teor do disposto no art. 1º-A da Lei n. 9.494/97. Isso porque, de acordo com referida orientação, a multa do artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil, tem a mesma natureza da multa prevista no art. 488 do Código de Processo Civil, da qual está isento o Poder Público, sendo, portanto, a norma inserta no art. 1º-A da Lei n. 9.494/97 perfeitamente aplicável à multa de que trata o art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. (Trecho do voto-vista do Min. Massami Uyeda nos EDiv 1.068.207/PR j. 02/05/2012, DJe 16/08/12, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, disponível em <http://www.stj.jus.br>, acesso em 2.12.2012)

⁹⁵ No sentido do *Projeto*, já decidiu o STF: “Não se discute que a multa prevista no art. 18 do CPC também incide sobre o beneficiário da gratuidade, como, aliás, já reconhecido pelo Supremo Tribunal

Trata-se do reconhecimento expresso do *princípio da operosidade*, segundo o qual, conforme Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁹⁷, “as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça. Assim, para atender aos fins (...) que garantem, na prática, tal acesso, é indispensável: (a) atuação ética de todos quantos participem da atividade judicial ou extrajudicial; e (b) utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização da técnica a serviço dos fins idealizados”.

Desse modo, restou asseverado que a “a execução imediata da multa se aplica igualmente às partes que tenham isenção de custas ou que sejam beneficiárias da gratuidade da justiça”.

Como, infelizmente, a práxis forense, alimentada pela jurisprudência, não tem adotado fielmente a regra de que o valor atribuído à causa deve corresponder ao benefício econômico pretendido, tem sido muito comum, notadamente em ações indenizatórias, a fixação de montantes ínfimos às demandas, os quais, se tomados em conta para a condenação das sanções processuais, poderiam ensejar multas irrisórias e que não serviriam à prevenção/repressão para as quais essas foram criadas, situação que também se repetiria no caso de demandas com valores inestimáveis; assim, adotou-se, nesses casos, a possibilidade de o juiz afastar os parâmetros do valor à causa e adotar valor pecuniário não excedente a dez salários mínimos (§4º).

O anteprojeto adota, como uma de suas premissas, a definição excepcional das limitações probatórias (capítulos III a V), pelo que, coerentemente, o §8º do artigo 6º

Federal (AI 342.393 AgR-ED-EI, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 6/4/2010, DJE de 23/4/2010, disponível em <http://www.stj.jus.br>, acesso em 2.12.2012).

⁹⁶ De mesmo modo, o STJ: “(...) 3. Decidiu-se, com efeito, que, na esteira da jurisprudência deste Superior Tribunal, ao recorrente que goza do benefício da justiça gratuita é indispensável o recolhimento da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, pois a assistência judiciária gratuita não tem o condão de tornar o assistido imune às penalidades processuais legais por atos de procrastinação ou litigância de má-fé por ele praticados no curso da demanda.(...) (EDcl no AgRg no AREsp 12.990/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., j. 21/02/2013, DJe 26/02/2013, disponível em <http://www.stj.jus.br>, acesso em 12.5.2013)

⁹⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública, uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000, pp. 63-64.

considerou legítimas a recusa e a omissão da parte cuja conduta pudesse importar na violação da dignidade, da integridade física ou moral da pessoa; intromissão indevida na privacidade; ou violação indevida do sigilo profissional ou do segredo de Estado.

Nos incisos do artigo 7º do anteprojeto são previstos os deveres processuais probatórios de qualquer outro sujeito do processo, a saber:

- 1º) informar ao juiz, quando por este solicitado, os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;
- 2º) exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder;
- 3º) colaborar na produção das provas deferidas ou determinadas pelo juiz;
- 4º) praticar o ato que lhe for determinado e permitir, na sua esfera pessoal ou de domínio, a sua prática.

Aqui, obviamente, inserem-se os advogados⁹⁸, promotores, juízes⁹⁹ e seus auxiliares (servidores, secretários, escrivães, peritos, intérpretes etc), e até mesmo aos intervenientes eventuais¹⁰⁰, na medida em que todos devem respeitar o princípio da probidade¹⁰¹ (*correttezza processuale*), sem o qual qualquer norma acerca do direito probatório se demonstraria lacunosa.

⁹⁸ “(...) Os advogados, uma vez em funções, ficam ao serviço de interesses que os transcendem. Se não tiverem uma elevada consciência profissional e uma apertada bitola deontológica, tudo lhes passa a ser permitido (...)”. (CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa ‘in agenda’*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 26-27).

⁹⁹ “(...) Perante os abusos de toda a ordem perpetrados nos processos (...), a coberto de garantismo, cabe ao tribunal intervir. Com demasiada frequência, isso não sucede. O juiz deixa arrastar a causa, levando as partes à progressiva exaustão, em vez de, como muitas vezes se impunha, usar o seu poder legítimo para decidir, com justiça, o que lhe seja colocado (...). CORDEIRO, António Menezes. *Litigância...*, *ob. cit.*, p. 25.

¹⁰⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 170: “(...) A probidade ou boa-fé protege a busca da verdade, mas se trata de dever a que estão sujeitos não apenas os litigantes, mas todos os sujeitos processuais, desde o juiz até qualquer participante eventual, como aqueles que fazem lances em hasta pública. (...)”

¹⁰¹ Para Moacyr Amaral Santos, citado por Fabio Milman, probidade “é a integridade de caráter, soma de virtudes que formam a dignidade pessoal, com a qual se impõem pautem seus atos as pessoas que participam de uma relação, qual a processual, destinada à consagração do ideal de justiça, condição precípua da existência social” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Limites às atividades das partes no processo civil, apud MILMAN, Fabio. Improbidade Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33).

Isso porque, nos tempos de hoje, inviável se afigura uma demanda na qual tudo se justificaria para a obtenção da vitória ou para o adiamento *ad eternum* da derrota inevitável¹⁰².

Tanto o é que a violação, por esses *outros* sujeitos do processo, dos deveres processuais, importa as mesmas sanções descritas no art. 6º, salvo, por óbvio, a presunção de veracidade disciplinada no §1º.

No âmbito do Anteprojeto é realizada a clara distinção entre partes e seus representantes, especialmente os representantes judiciais por mandato ou função pública, abrangendo os advogados públicos e privados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público.

A única exceção expressamente consignada, contudo, refere-se à impossibilidade de *sanções pessoais* aos advogados públicos ou privados, aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, pois, caso contrário, essas poderiam servir como meio intimidatório nas mãos de algum julgador inescrupuloso. Ressalve-se, todavia, que essa dispensa não os exonera de eventual responsabilização civil, criminal ou disciplinar, conforme o caso (art. 7º, §2º).

Com o objetivo de manter a unidade do sistema processual, o artigo 8º do Anteprojeto estabelece que são aplicáveis aos meios coercitivos a que se referem os artigos 6º e 7º as disposições relativas à tutela específica, no que couber de acordo com os objetivos e finalidades do sistema processual probatório civil.

¹⁰² A despeito de críticas severas, conforme as feitas por Montero Aroca e Lozano-Higuero, para quem, segundo Joan Picó i Junoy, esse princípio se trataria de um mito, com raízes em códigos advindos de regimes totalitários JUNOY, Joan Picó i. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003, pp. 29-30.

Capítulo II – Princípios dispositivo e inquisitório, poderes instrutórios do juiz; livre convicção; ônus da prova

Guilherme Kronenberg Hartmann

1. *Princípios dispositivo e inquisitório; poderes instrutórios do juiz.* Na difícil tarefa de harmonizar os poderes do juiz e os ônus das partes, sob a tensão histórica entre o interesse público e a autonomia privada do direito substancial, do qual o processo é instrumento, tomou-se como desiderato buscar um ponto de equilíbrio entre os princípios dispositivo e inquisitório ¹⁰³, deixando espaço para que o julgador atue subsidiariamente em sede probatória – afinal destinatário indireto do art. 339, CPC/1973 –, de modo a evitar situações de injustiça ¹⁰⁴.

Nesse intuito, o artigo 9º do anteprojeto atribui às partes a iniciativa de proposição e produção de todas as provas, deixando claro que esse é um direito que o juiz não pode restringir, ainda que repute reduzida a probabilidade de que a prova venha a trazer resultado útil. A ênfase do dispositivo constitui um freio ao juiz que, no curso do seu tirocínio como julgador, tende a uma racionalização redutora da investigação dos fatos, deferindo apenas aquelas provas que, de acordo com a sua experiência em casos análogos, lhe trouxeram informações relevantes para o seu julgamento. Qualquer prova

¹⁰³“O correto não parece ser a adesão pura e simples a um ou a outro desses extremos, mas encontrar a justa medida entre ambos. Isto é, o ponto de equilíbrio (não necessariamente equidistante) que, ao mesmo tempo, permita, no plano empírico, não transferir para o órgão judicial toda a tarefa de apurar os fatos relevantes ao julgamento, mas também não o mantenha com aquela velha postura de mero expectador do embate entre as partes” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar, In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Coord. José Miguel Garcia Medida *et al.* São Paulo: RT, 2008, p. 153).

¹⁰⁴ Num plano maior sobre os princípios dispositivo e inquisitório, já se afirmou de forma categórica que, “modernamente, nenhum dos dois princípios merece mais a consagração dos Códigos, em sua pureza clássica. Hoje as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, vol. I, p. 35). O direito estadunidense, por exemplo, aflui em tal direção: “The ideal of the adversary system has come under increasing pressure in modern times. Many judges have assumed more active roles in guiding the litigation before them. This is seen in the participation of judges in the settlement process, during the pretrial-conference stage, and in the various management techniques by which courts are responding to complex modern litigation, such as massive class actions charging discrimination, securities fraud, or environmental damage, or suits involving the reorganization of entire industries, schools, or prison systems” (FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4. ed., Thomson – West, St. Paul, 2005, p. 3).

que potencialmente possa ter alguma utilidade, deve ser admitida. A experiência do juiz em casos análogos, nada diz sobre o caso concreto e o direito de defender-se provando não pode ser cerceado pelo juízo preconceituoso do juiz a respeito do resultado da prova requerida pela parte. O dispositivo também impede que o juiz cerceie a produção de provas com fundamento na celeridade e na economia processual. A duração razoável do processo é, sem dúvida uma garantia fundamental do processo, mas de caráter secundário, que cede diante da exigência de apuração consistente dos fatos e do pleno exercício do direito de defesa. A economia processual pode levar o juiz, que já formou a sua convicção, a entender que pode dispensar outras provas requeridas pelas partes. O que se espera do juiz democrático é que, embora já tendo formado a sua convicção, esteja sempre disposto a revê-la, se alguma outra prova requerida puder potencialmente trazer algum novo elemento a ser apreciado. Por isso, o indeferimento de qualquer prova proposta deve ser objeto de decisão fundamentada (§ 2º)¹⁰⁵.

A preponderância da iniciativa probatória das partes também impõe ao juiz, no exercício de um diálogo humano, um dever de advertência (§ 1º). Há um abismo de comunicação entre as partes e o juiz, pois aquelas normalmente não têm qualquer possibilidade de prever o efeito que as provas requeridas ou produzidas possam produzir no entendimento do julgador. Cabe a este, sem qualquer prejulgamento, informá-las da conveniência de complementação probatória, para que aquelas avaliem se devem tomar a iniciativa de requerê-la.

Assim, entendendo que o juiz não deve ser o instrutor principal do feito¹⁰⁶, o anteprojeto define como subsidiária a sua iniciativa probatória, circunscrevendo-a a hipóteses precisas, para que, a qualquer tempo, as partes e os tribunais superiores possam aferir se ela é exercida com um fundamento justificável ou se desborda para a

¹⁰⁵ “Em síntese, o juiz não é o único destinatário da prova. Ainda que o fosse, ele colhe provas que não se destinam à sua exclusiva apreciação, mas também à apreciação dos tribunais superiores que exercerão a jurisdição no mesmo processo em instâncias diversas. Mas, de fato e de direito, também são destinatários das provas as partes que com elas pretendem demonstrar a veracidade dos fatos por elas alegados, que têm o direito de que sejam produzidas no processo todas as provas necessárias a demonstrá-los e de discutir as provas produzidas em contraditório com o adversário e com o juiz” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 91).

¹⁰⁶ “(..) relativamente à indicação das provas, em geral, a iniciativa cabe às partes; a iniciativa judicial é ainda supletiva. O princípio de disposição das partes, nesse particular, é apenas refreado (..) pelo poder de iniciativa do juiz nos casos em que houver necessidade de se esclarecer a verdade, sem o que não seria possível, de consciência tranquila, proferir sentença” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 126-127).

esfera que deve ficar reservada à autonomia das partes. Essa iniciativa fica limitada às hipóteses em que o direito posto em causa seja de natureza indisponível (art. 10, I)¹⁰⁷; quando houver necessidade coibir a prática de simulação, falsidade ou fraude (art. 10, II); para suprir a deficiência de iniciativa probatória da parte que não se encontre comprovadamente em condições favoráveis de propor ou produzir as provas de seu interesse (art. 10, III); e para submeter ao indispensável contraditório fatos e provas cujo conhecimento o juiz tenha adquirido fora do processo (art. 10, IV).

Aliás, é preciso dar destaque ao zelo do anteprojeto no que concerne ao juízo probatório envolvendo direitos indisponíveis, no qual não incide a presunção de veracidade ligada aos fatos notórios e fatos incontroversos (art. 14, § 2º); impede-se a distribuição convencional quanto ao ônus da prova (art. 12); bem como se permite a iniciativa probatória subsidiária do julgador (art. 10, I); dentre outras regras específicas (arts. 23, § 4º; 44, § 6º; 60, § 1º).

Para superar as incertezas em relação aos limites da indisponibilidade dos interesses da Fazenda Pública, tendo em vista que ela tem reflexos muito relevantes no direito probatório, o anteprojeto adota dois critérios, um abstrato e outro concreto, para essa delimitação (§ 1º). O primeiro se baseia na classificação doutrinária atualmente bastante difundida do interesse público em primário e secundário. Primário é o interesse público de toda a sociedade vinculado à promoção dos fins essenciais do Estado: justiça, segurança e bem estar social. Secundário é o interesse público da pessoa jurídica de direito público¹⁰⁸. Somente o primeiro é objeto de um direito indisponível.

O segundo critério, necessário porque nem sempre é clara a caracterização se, em determinada causa, o Estado defende um interesse geral da coletividade ou interesse

¹⁰⁷ “(...) pode-se dizer que nas causas que versam sobre direitos disponíveis vigora o princípio dispositivo, e nas que versam sobre direitos indisponíveis vigora o princípio inquisitório. Nas primeiras, a iniciativa probatória é prioritariamente das partes, cabendo ao juiz exercê-la em caráter subsidiário, para suprir as deficiências no seu exercício pelas partes e evitar que, em razão delas, a apuração se distancie manifestamente da verdade como ela é. Nas segundas, sem prejuízo da iniciativa das partes, deve o juiz adotar todas as iniciativas probatórias que se fizerem necessárias para apurar a verdade e para evitar que pela má apuração dos fatos as partes venham a dispor dos direitos indisponíveis” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 105).

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. xiii.

dele próprio como sujeito de direitos, é concreto e objetivo. Independentemente da natureza do interesse, se ele não comporta transação, conciliação ou renúncia administrativa, evidentemente ele é indisponível.

Também merece destaque o inciso III desse mesmo parágrafo que confere ao juiz uma iniciativa de caráter assistencial exigida pela paridade de armas em favor da parte que comprovadamente não se encontrar em condições favoráveis de propor ou produzir provas. Essa situação de desvantagem pode decorrer de múltiplos fatores, como a hipossuficiência econômica, social ou cultural, a ausência de um procurador livremente escolhido pela parte ou ainda outros que caberá ao juiz avaliar¹⁰⁹. Para que esse dispositivo não se torne uma porta aberta à iniciativa judicial totalmente arbitrária, o texto exige que a situação de desvantagem esteja devidamente comprovada, o que o juiz deverá evidenciar no ato em que determinar a produção *ex-officio* da prova.

De qualquer modo, antes do exercício da iniciativa oficial, deverá o juiz fazer uso do dever de consulta ou de advertência (§ 2º), porque, em benefício da preservação da sua imparcialidade e do respeito à esfera de liberdade dos litigantes, sempre será preferível que a prova seja requerida e produzida por iniciativa de um dos interessados. A menção reiterada ao dever de consulta (arts. 2º, § 1º; 9º, § 1º; 10, § 2º; 17, § 4º) reforça a postura colaborativa imposta ao juiz¹¹⁰, pois o debate das questões afetas ao processo, sem decisões de surpresa, contribuirá, em verdade e adicionalmente, para

¹⁰⁹ Há situações, mormente quando verificadas *in casu* dessemelhanças sociais e econômicas, em que a intervenção do magistrado é fundamental para promover o equilíbrio processual das partes, ao compensar eventual disparidade jurídica, ou, em outras palavras, evitar que “a atuação absolutamente desastrada, sem uma base técnica razoável, de uma das partes possa levar à frustração dos fins que informam a atividade jurisdicional” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 76).

¹¹⁰ Ganha realce extrair a essencialidade do dever de cooperação, que, segundo a classificação de prestigiado doutrinador envolve a necessidade de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta, cuja moldura atinge não só as partes, mas também o julgador (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997).

reforçar a confiança das partes no julgador ¹¹¹, em acréscimo útil e nada supérfluo para o deslinde da causa ¹¹².

Seguramente, a imparcialidade a que está submetido o juiz não o priva do dever de velar pelo veraz esclarecimento dos fatos ¹¹³. Frise-se que o juiz inerte também acaba pendendo para o lado daquele que se beneficia pela ausência de esclarecimento dos fatos. Além do mais, não há como se adivinhar o resultado da prova, que naturalmente poderá dar alento ao propósito de qualquer das partes ¹¹⁴.

Como os próprios litigantes, também o juiz tem o dever, no exercício da sua iniciativa, de precisar os fatos que pretende comprovar com as provas cuja produção determinar (§ 5º).

Há, portanto, um verdadeiro dever de atuação *ex officio* do julgador, diante dos limites definidos pela lei e das circunstâncias da causa ¹¹⁵, igualmente evidenciado pela possibilidade de determinação de produção de provas a qualquer tempo, ainda que antes inadmitidas, desde que haja motivo que a justifique (§ 4º) e sem sujeição à preclusão (§ 3º), o que é repetido pelo anteprojeto em vários outros dispositivos (arts. 51, § 2º; 111; 132, § 3º; 135; 137).

¹¹¹ Esclarece a doutrina, acertadamente, que “a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Publicado em: 3 setembro 2005. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215 >. Acesso em: 20 ago 2012).

¹¹² “E questa soluzione viene condivisa anche da gran parte della dottrina, la quale e andata ormai da tempo convincendosi che le allegazioni o deduzioni giuridiche degli interessati non sono un'aggiunta inutile o superflua, ma un'esplicazione della garanzia di azione e di difesa, e che l'individuazione e l'interpretazione delle norme da applicare non costituiscono una prerogativa intangibile ed esclusiva del magistrato” (TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Dott. A. Milano: Giuffrè Editore, 1974, p. 674).

¹¹³ MASCOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 15.

¹¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. In: Leituras complementares de processo civil. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

¹¹⁵ “Guardemo-nos de supor que toda e qualquer intervenção de agentes públicos seja incompatível com a preservação de liberdade. Ao contrário: ela é frequentemente indispensável para assegurar o livre desenvolvimento da pessoa humana” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade*. In: *Temas de direito processual*, 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 40).

2. *Ônus da prova.* O ônus da prova tem o significado de carga ou fardo de provar determinada alegação (*Beweislast* na doutrina alemã, com significado de “peso da prova”). Sua regulação decorre do princípio processual que dita não ser lícito ao juiz se eximir de decidir a causa, mesmo em caso de dúvida invencível (proibição do *non liquet*), o que faz apresentar o ônus *probandi* como uma regra de julgamento, da qual se valerá o juiz ao constatar que chegou ao final do processo sem amadurecer um convencimento sobre as alegações de fato da causa.

A outra finalidade da regulação do ônus da prova é servir como regra de comportamento, em advertência aos litigantes do risco de não produzir prova de determinado fato, com o aumento de risco de um julgamento contrário. Isso porquanto não lhes é atribuído um dever jurídico, de modo que o ônus *probandi* constitui um imperativo do próprio interesse, como uma consequência do ônus de afirmar.

Tal critério, do interesse ¹¹⁶, traduz a pauta do anteprojeto (art. 11), de modo a prescindir o dispositivo de maior especificidade. A ressalva é quanto aos litígios que versem sobre a validade do ato administrativo, incumbindo ao Estado o ônus da prova da sua causalidade adequada (art. 13). Nestes termos, mantém-se a distribuição fixa do ônus da prova: incumbirá este à parte que tiver interesse (se beneficiar) no reconhecimento do fato a ser demonstrado.

Em contrapartida, adota-se expressamente a teoria da dinamização do ônus da prova pelos dois critérios da facilidade de sua produção e da menor onerosidade (art. 11, § 1º) ¹¹⁷ – sem distinção quanto ao beneficiário consumidor (art. 6, VIII, CDC) –, fazendo ressalva da proibição de que a reversão imponha encargo probatório de

¹¹⁶ “O princípio do interesse é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu (...). A consciência desse critério fundamental, não escrito mas nitidamente subjacente aos dois incisos do art. 333, é indispensável para a solução de questões mais complexas, não previstas pelo Código nem disciplinadas por qualquer norma explícita – como é a do ônus de provar fatos capazes de neutralizar, alterar ou extinguir a eficácia impeditiva ou extintiva de outros. A renúncia à prescrição, que extingue a eficácia extintiva desta (CC, art. 191), é fato que interessa ao autor e, conseqüentemente, dele é o encargo de sua prova” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III, p.73).

¹¹⁷ Ley nº 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil/Espanha: “Artículo 217. Carga de la prueba. (...) 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

produção impossível, também chamada de *probatio* diabolica reversa ou *comprometa a paridade de armas* (art. 11, § 2º *in fine*).

A iniciativa judicial de dinamizar o ônus probatório se permeia, também, pela ideia de subsidiariedade, em composição setorial sistemática dos princípios do dispositivo e do inquisitório (arts. 9º; 10; 11) ¹¹⁸.

Em mais um reflexo do contraditório participativo, resguarda-se que a inversão, ou dinamização, do ônus da prova não poderá ser determinada na decisão final do feito, sendo certo que tal provimento de desfecho deve ser precedido da abertura de ampla oportunidade à parte para desempenho adequado do ônus que lhe for atribuído (arts. 11, § 2º; 19, § 3º, III), dando-se, preferencialmente, na audiência preliminar (art. 48, I, *in fine*).

Ademais, quanto à responsabilidade de custeio antecipado da prova, traz imposição à parte que a tiver requerido ou que tenha o ônus de produzi-la, novamente pelo critério do interesse (art. 16); o que abrange, em apêndice, a situação de determinação de produção probatória ex officio, ou a requerimento do parquet como fiscal da lei (art. 16, in fine). Ainda, faz-se ressalva programática para as situações de assistência judiciária gratuita, e para as causas em que a lei dispensa o litigante da antecipação do custeio de despesas, como a ação popular (art. 16, § único e Lei 4.717/65, art. 10).

Há chancela de validade para a distribuição convencional do ônus da prova, na esteira da expansão da contratualidade do direito processual¹¹⁹, observando-se que esta não poderá recair sobre direito indisponível da parte, ou para tornar excessivamente oneroso a uma das partes o exercício do direito de defesa (art. 12), ressalvado, em

¹¹⁸ “A definição da distribuição do ônus da prova pelo juiz de forma diferenciada em relação à disposição geral do artigo 333 do Código de Processo Civil é, porém, excepcional, isto é, deve se dar apenas nos casos em que a atuação das partes não foi capaz de levar a um conjunto probatório seguro, bem como há indícios de que outras provas se fazem necessárias à resolução da controvérsia” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. A efetividade do processo e a distribuição do ônus da prova. In: *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro, ano 7, volume XII, jun/dez 2013, p. 545/561. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 14.01.2014).

¹¹⁹ CADIET, Loïc, “Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges”, In: *Revista de Processo*, n. 161, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, pp. 61-82.

qualquer caso, que a convenção não poderá interferir nos poderes de iniciativa probatória do juiz (parágrafo único).

3. *Livre convicção motivada.* Na avaliação das provas, o anteprojeto adota um sistema intermediário, o da persuasão racional, que aceita a tese do livre convencimento, mas impõe certas restrições à legitimidade de formação da convicção judicial. Em garantia contra o arbítrio e em adequação à realidade do Poder Judiciário brasileiro ¹²⁰, são exigidos critérios racionais na fundamentação que justifiquem a verdade suficiente perante todos os destinatários da prova (arts. 9º, § 2º, *in fine*; 11, § 2º; 17, § 2º), inclusive para facilitar a compreensão dos sujeitos parciais (art. 17, § 3º), além de prévio contraditório (art. 17, § 1º), em verdadeira humanização do processo ¹²¹. Por outro lado, reafirma-se a autonomia de cognição do julgador na previsão da possibilidade de reconhecimento *ex officio* da prova ilícita (art. 2, § 1º); de indeferimento de diligências manifestamente inúteis ou protelatórias (art. 9º, § 2º); bem como na vedação de que as partes limitem a iniciativa probatória oficial (art. 12, § único); dentre outras.

Em adendo, passa a ser regra expressa a viabilidade de que a cognição do julgador se apoie em prova emprestada, seja proveniente de outro processo jurisdicional, ainda que produzida perante juiz incompetente, ou em procedimento administrativo, sem arrepio da ampla defesa (art. 17, §§ 4º e 5º).

Está o anteprojeto, portanto, afinado aos ditames constitucionais (arts. 5, LV, e 93, IX, da Constituição Federal de 1988), numa visão processual calcada na solidariedade.

¹²⁰ “(..) a inclinação do legislador por um ou outro sistema está mais ou menos vinculada à maior ou menor confiança que a sociedade tenha em seus juízes, assim como na credibilidade da instituição do Poder Judiciário, no preparo cultural dos magistrados, e no maior ou menor rigor de sua formação profissional. O sistema da persuasão racional, por certo o que mais condiz com os princípios da cultura ocidental moderna, exige magistrados altamente competentes e moralmente qualificados, enquanto o velho princípio da dosimetria legal das provas pode funcionar razoavelmente ainda que seus juízes se ressintam de melhor preparação cultural, embora se saiba que a formação de nossos juízes é ainda deficiente” (SILVA, Ovídio Araújo da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 306).

¹²¹ Ao significado de humanização atribui-se, em resumo, o reconhecimento do litigante como pessoa e sujeito, na consideração de suas necessidades, e não apenas como objeto da intervenção; além do aumento da interação entre o juiz e as partes, na disponibilização do acesso à informação e compartilhamento na tomada de decisões. Nesse sentido: “Consiste a humanização do processo na valorização do homem que nele comparece e supõe a atuação de valores éticos no sistema processual, ordenados à finalidade” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 28).

Capítulo III – Limitações probatórias: provas suspeitas

Clarissa Diniz Guedes

No processo civil, a concepção da prova como direito está intrinsecamente relacionada à liberdade dos meios probatórios. É amplamente difundida a noção de que, quanto maior a amplitude das provas admissíveis, maior será a observância deste direito fundamental.¹²² Parte-se da premissa de que, à falta de clareza ou segurança sobre a necessidade probatória, a prova deve ser admitida, para que não ocorra cerceamento deste direito.¹²³

Analisando o processo civil à luz da jurisprudência da Corte Constitucional italiana, Nicolò Trocker¹²⁴ assinala que a prevalência do direito das partes de submeterem ao juiz determinados elementos de prova não pode ser negado ou precluso de maneira absoluta, sendo necessário o controle das limitações ou restrições

¹²² No sentido da atipicidade dos meios de prova, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, vol. III, pp. 46-47), para quem o art. 332 do Código de Processo Civil brasileiro (“todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”) é a expressão infraconstitucional do direito à prova. De acordo com Moacyr Amaral Santos, a enumeração contida no art. 136 do revogado Código Civil (1916) não era taxativa, assim como não era a legislação anterior a ele; o Código de Processo Civil de 1939, também revogado, seguia a mesma linha reportando-se às leis materiais (art. 208); finalmente, o art. 332 do Código de Processo Civil vigente, de 1973, explicitou a não taxatividade dos meios de prova do art. 332 (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. I, Capítulo V, item 51, pp. 70-71). Mesmo após as disposições concernentes aos meios de prova no Código Civil de 2002, tem-se entendido que o rol previsto no art. 212 deste diploma não revogou o princípio da liberdade dos meios de prova previsto no precitado art. 332 do Código de Processo Civil (*cf.*, exemplificativamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o título ‘Da Prova’ no novo Código Civil. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 141-146; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa, Teoria geral do processo. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 207; DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. 5. ed. Barueri: Manole, 2011, pp. 170-171; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, op. cit.*, p. 723; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloiza Helena e MORAES, Maria Celina Bodin, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. I, p. 435. Estes últimos autores invocam, além da norma geral contida no Código de Processo Civil, o disposto no art. 225 do próprio Código Civil, que, confirmando a liberdade dos meios de prova, prevê modalidades diversas das arroladas no art. 212).

¹²³ Como sustenta, em obra clássica, Santiago Sentis Melendo (*La prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978, p. 183), um fato que pareça, à primeira vista, impertinente, e uma prova que pareça, em princípio, irrelevante, podem se demonstrar mais adiante pertinentes e relevantes. Assim, na dúvida, o juiz deve proceder com amplitude, porque esta – a amplitude – é mais fácil de ser remediada que a restrição.

¹²⁴ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 515 e ss.

irrazoáveis ou injustificadas, independentemente do fato de advirem tais limitações de regras explícitas ou de entendimentos jurisprudenciais. Isso se dá porque, se um fato não pode ser provado, tal equivale à impossibilidade de se tutelar o direito sobre o qual se funda, de tal forma que “as partes têm um direito constitucionalmente garantido de ver produzidas no processo as provas indicadas e propostas que apresentem uma efetiva relevância ou utilidade para a resolução da controvérsia; a este direito corresponde a obrigação do juiz de permitir o ingresso de tais meios de prova”¹²⁵. Nesse contexto, desenvolve-se a ideia de que a dúvida sobre a relevância da prova favorece sua admissão já que “o valor, a credibilidade ou (dentro de certos limites), a relevância de um meio de prova não podem ser valorados *antes* que esta prova tenha sido produzida no processo”¹²⁶.

Em suma, sob a ótica da utilidade da prova, a perspectiva garantista exige, no processo civil, a admissão e produção de todos os meios de prova que não se revelem manifestamente irrelevantes e protelatórios.

Porém, ao mesmo passo em que se admitem todos os meios de prova, inclusive atípicos, desde que lícitos, para o esclarecimento dos fatos, o CPC de 1973, por vezes, proíbe expressamente as provas cuja credibilidade seja duvidosa.¹²⁷ Há um profundo paradoxo nesta constatação, na medida em que o direito à prova e o livre convencimento¹²⁸ não podem ser invocados para restringir a busca da verdade com fundamento na ausência presumida de credibilidade das provas.

¹²⁵ *Idem*, p. 517 (tradução livre).

¹²⁶ *Idem*, p. 521 (tradução livre). No mesmo sentido, entre nós, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99): “(...) Constitui equívoco, infelizmente majoritário na jurisprudência brasileira, imaginar que o juízo pode indeferir a produção de prova por já ter valorado de forma antecipada a prova. Admissibilidade e valoração da prova são conceitos que não se confundem. A Constituição outorga direito fundamental à produção da prova admissível. Não a condiciona à prévia valoração judicial de seu hipotético resultado.”

¹²⁷ Neste sentido, os exemplos fornecidos por Leonardo Greco na Apresentação desta pesquisa, presentes no CPC vigente: proibição de depoimento pessoal de pessoas incapazes, a limitação do depoimento pessoal à forma oral (CPC, art. 344), a forma escrita da confissão extrajudicial (CPC, art. 353), a subordinação da força probante do documento particular à assinatura, as incapacidades, os impedimentos e motivos de suspeição das testemunhas (CPC, art. 405; Código Civil, art. 228), a não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC, art. 401; Código Civil, art. 227) e a não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado.

¹²⁸ Neste ponto, é oportuno advertir que o princípio da liberdade dos meios de prova não se confunde com o do livre convencimento, porquanto o primeiro incide na fase de admissibilidade da prova e o segundo, na valoração do material probatório já produzido nos autos. *Cf.* o argumento análogo de Ferrer Beltrán (*Prova e verità nel diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2004, Capítulo primeiro, item

As limitações impostas sob este argumento são justificadas por uma visão preconceituosa de determinadas fontes de prova¹²⁹, o que, sem dúvida, revela um juízo prévio e abstrato de valoração dos elementos probatórios que delas se possam extrair. Noutras palavras, a lei parte da premissa de que algumas fontes não merecem sequer ser conhecidas, dada a “ausência de credibilidade” das informações que delas provirão. Nesta perspectiva, há inegável confusão entre os princípios que permeiam o plano da admissibilidade (liberdade dos meios de prova) e o plano da valoração das provas (livre convencimento).

É certo que, muitas vezes, as restrições impostas pela lei são fundadas em máximas da experiência e prestam-se, em grande medida, a suprir as deficiências humanas na apreciação dos fatos, permitindo que as decisões respeitem os valores e concepções dominantes na sociedade.¹³⁰

Porém, a imposição de tais restrições pode constituir uma ingerência exagerada da lei sobre a formação do convencimento do juiz; isso ocorrerá quando não se puder vislumbrar razoabilidade na restrição do material probatório fundada no juízo abstrato de ausência de credibilidade. Nestes casos, as restrições impostas em lei devem ser interpretadas como meras diretrizes na valoração da prova, “alertas ao juiz para ir em busca, sempre que possível, da prova melhor”, sem impedi-lo “de investigar a verdade, com os meios de que dispõe, quando se afigurar necessária uma dessas provas como instrumento de sua apuração”¹³¹.

4.1., p. 50), ao distinguir prova legal de legalidade - ou tipicidade - da prova: a legalidade é referente à definição legal do meio de prova enquanto tal; já o sistema de prova legal diz respeito à predeterminação legal do resultado probatório de um ou de vários meios de prova. Trata-se, pois, de princípios que operam em planos distintos. A diferenciação é bem delineada por Giovanni Dean (In tema di ‘libertà’ e ‘tassatività’ delle forme nell’ acquisizione probatoria a proposito delle ‘ricognizione fotografica’. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 834), que alerta para os riscos da deturpação do princípio do livre convencimento.

¹²⁹ TROCKER, *op. cit.*, p. 524.

¹³⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 132. No mesmo sentido: LESSONA, Carlos. *Teoría general de la prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba y sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania etc.* Tradução de Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1957, pp. 10-11.

¹³¹ GRECO, Leonardo, *op. cit.*, p. 141.

O capítulo III do título I do anteprojeto busca, sob esta ótica, extirpar as regras que estabelecem a inadmissibilidade das provas suspeitas, sejam elas fundadas na marginalização de determinados meios de prova (a exemplo de provas orais e presunções), ou num juízo legal amparado em generalizações (como a suspeição ou impedimento de testemunhas em razão de parentesco ou amizade). Defende-se a utilização destas generalizações legais como diretrizes para a apreciação destas provas, que deve ser livremente procedida pelo juiz, de acordo com parâmetros racionais, o que é reforçado no § 2º do art. 18.

Ao estabelecer, no *caput* do art. 18, a vedação de limitações à admissibilidade das provas com fundamento na suspeita da sua falta de credibilidade, o anteprojeto desloca as suspeições do plano da admissão para o da valoração. Assim, a norma proposta consagra infraconstitucionalmente o direito à prova, com a orientação de que o juiz não se valha do juízo de admissibilidade para prevalorar os meios de prova ainda não produzidos.

No § 1º, inciso I, do referido dispositivo especificou-se a aplicabilidade da regra geral do *caput* às incompatibilidades, incapacidades e a qualquer fato que possa afetar a credibilidade dos depoimentos das partes e das testemunhas. Pretendeu-se, com isso, evitar que a prévia concepção sobre a credibilidade de determinada fonte de prova esteja amparada em generalizações dissociadas do caso a ser julgado, algumas delas incertas ou ofensivas à moral e ao direito.¹³² Com isso, consagra-se a tendência ampliativa à admissibilidade do depoimento das testemunhas, pois, na linha do que defende Luigi Paolo Comoglio, as causas comprometedoras da imparcialidade e da credibilidade das testemunhas devem ser interpretadas como critérios de valoração, por não constituírem razões para excluir previamente a prova.¹³³

¹³² Aliás, como já reconheceu o STJ em julgado emblemático (6ª T., REsp 154857-DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 26.5.1998, DJU 26.10.1998, disponível em <http://www.stj.jus.br>, acesso em 2.10.2012), algumas destas regras são historicamente fundada na discriminação de algumas pessoas, a exemplo do que ocorre com o art. 405, § 3º, I e II, do CPC. A Constituição e os tratados que asseguram direitos humanos determinam a extirpação do ordenamento das limitações assinaladas, porque ensejam suspeitas inconsistentes – desprovidas de qualquer respaldo lógico ou científico – ou moralmente inaceitáveis.

¹³³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale. In: *Rivista di diritto processuale*. XXXI. Padova: CEDAM, 1976, p. 56. No particular, parte da jurisprudência pátria tem decidido, de forma exemplar, flexibilizar esta sorte de limitação, orientação que constitui um avanço no tocante ao direito à prova. Assim, exemplificativamente: “(...) Testemunha contraditada.

O texto deste inciso I do §1º busca advertir contra limitações ao depoimento pessoal que, embora não tenham previsão legal expressa, resultam de práticas derivadas de uma interpretação equivocada da legislação vigente. Restrições como a proibição à parte de requerimento do próprio depoimento pessoal, a vedação às reperguntas pelo advogado do depoente e a ineficácia do depoimento da parte para produzir prova em seu favor enquadram-se nesta situação. A interpretação literal das normas sobre o depoimento pessoal presentes no CPC¹³⁴ vigente e, também, a suposta finalidade de confissão deste depoimento são verificadas na jurisprudência mais ortodoxa, de acordo com a qual “não cabe à parte requerer seu próprio depoimento pessoal” uma vez que, “segundo determinação do art. 343 do Código de Processo Civil, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra.”^{135 136}

Suspeição reconhecida. Pretensão de revogação da liminar. Irrazoabilidade. Suspeição que não retira o valor probante, ainda que relativo, da prova considerada em seu conjunto. (...) A suspeição, aliada à indispensabilidade da prova no momento da concessão da medida, embora conduza à atribuição de valor relativo, não lhe retira por completo o seu poder de convencimento, de modo que não induz à perda total de seu valor probante, especialmente considerando o conjunto probatório que inclui também provas documentais. (...)” (TJSP, 14ª Câm. Dir. Priv. AI nº 9002048-61.2009.8.26.0000, Rel. Des. Ligia Araújo Bisogni, j. 18/11/2009, disponível em <http://www.tjsp.jus.br>, acesso em 12.1.2012).

¹³⁴ O art. 343 do CPC dispõe que, se o juiz não determinar de ofício o interrogatório referido no art. 342, “compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra”. Na sequência, o § 1º do aludido art. 343 e o art. 345 tratam da chamada confissão ficta, consistente na presunção de veracidade dos fatos a serem provados pelo depoimento pessoal incidente sobre a parte que deixar de comparecer, de depor, ou de responder direta e objetivamente às perguntas. Tal sistemática gerou o entendimento de que o depoimento da parte tem como único objetivo a confissão; diversamente, o interrogatório livre – determinado de ofício pelo juiz – visa ao esclarecimento dos fatos. Logo, o depoimento pessoal não poderia jamais ser requerido pela própria parte, nem poderia ela ser inquirida em audiência por seu advogado. Na mesma linha, o Projeto de Novo CPC contém disposições análogas no art. 392, *caput* e §1º, e no art. 393.

¹³⁵ TJSP, 4ª Câm. Dir. Priv., Apel. nº 0001631-43.2011.8.26.0244, Rel. Des. Milton Carvalho, j. 13/9/2012, onde se lê, ainda: “O depoimento pessoal faz prova à parte contrária, que efetivamente o requereu e que, caso deferido o depoimento, procederá com o interrogatório.” No mesmo sentido: “Não houve cerceamento de defesa no presente caso, vez que, por primeiro, ‘não cabe à parte requerer o próprio depoimento pessoal.’ (RT 722/238, RJTJESP 118/247) (...)” (TJSP, 9ª Câm. Dir. Priv., Apel. nº 9222175-07.2007.8.26.0000 Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 14/2/2012; disponível em <http://www.tjsp.jus.br>, acesso em 17.11.2012).

¹³⁶ À orientação que limita o depoimento da parte devem ser opostas duas objeções. Primeiramente, conquanto infeliz, a redação do art. 343 do CPC vigente não veda o requerimento da prova pela própria parte, a formulação de perguntas pelo procurador do depoente nem a utilização do depoimento em benefício da parte que depôs. Portanto, não se poderia restringir o direito à prova e o princípio da liberdade dos meios de prova com base na incompletude da regra; ao contrário, devem ser ampliadas as possibilidades de proposição e os esquemas de produção da prova, bem como as perspectivas para sua valoração. A segunda observação dirige-se especificamente à eficácia probatória do depoimento da parte. Desta temática tratou Mauro Cappelletti (*El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Tradução de Tomás A. Banzhaf. La Plata: Librería Editora Platense, 2002, Parte I, pp. 236-238), ocasião em que refutou os argumentos de que: a) o depoimento da parte não poderia servir para beneficiá-la; b) os elementos extraídos deste meio de prova, quando favoráveis ao depoente, somente poderiam funcionar como argumentos ou indícios corroboradores da conclusão alcançada pelo conjunto probatório.

Esta regra tem caráter eminentemente pedagógico e visa chamar a atenção para o fato de que o critério do interesse na causa é útil para valorar a credibilidade para o depoente, mas não é o único, e não deve sequer servir como limitação à admissibilidade e à forma de produção da prova. Ao conferir aos elementos probatórios extraídos do depoimento pessoal valor inferior àquele atribuído ao depoimento de terceiros (testemunhas), o magistrado nem sempre atende à busca da verdade nas circunstâncias do caso específico. A credibilidade do depoimento pode não estar vinculada exclusivamente ao interesse econômico ou psicológico do sujeito do qual provém a declaração. Ao contrário, algumas vezes, a ligação do depoente com os fatos da causa propicia uma precisa e minuciosa narração dos fatos, e as capacidades perceptivas do depoente podem imprimir maior clareza e coerência à narrativa.

Os incisos II e IV do §1º buscaram abolir as limitações concernentes à inadmissibilidade da prova testemunhal e à prova indiciária, atualmente estabelecidas no CPC e no CC de 2002¹³⁷⁻¹³⁸, em função do valor do contrato, em razão de o fato já estar provado por documento ou confissão ou de exigir a lei para a sua comprovação documento ou exame pericial. As vedações neste sentido, constantes da legislação vigente, não se coadunam com a concepção de livre convencimento que vigora no processo civil da atualidade, na medida em que não pode o legislador prescrever uma ordem de prioridade valorativa para cada meio ou elemento de prova¹³⁹⁻¹⁴⁰.

¹³⁷ Arts. 400 e 401 do CPC vigente e arts. 227 e 230 do CC de 2002.

¹³⁸ Quanto à regra contida no art. 230 do CC de 2002, afigura-se acertado o posicionamento de Leonardo Greco, que, na linha do que defende quanto às demais limitações desta natureza, diz que a limitação à prova indiciária “vale apenas como recomendação ao juiz” e “não pode constituir obstáculo à apuração da verdade, servindo apenas de advertência para o juiz da sua normal precariedade, a ser considerada na formação da livre convicção” (A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil, In: *Estudos de Direito Processual*, Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 380).

¹³⁹ Em sede doutrinária, Leonardo Greco enfrentou diretamente a questão, ponderando, sobre as provas legais persistentes na legislação processual, que a compatibilidade de tais regras deve ficar restrita aos direitos cujo exercício, dentro ou fora do processo, dependa de registro público do seu fato gerador (A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil, *op. cit.*, p. 373). O autor se refere, neste ponto, às provas legais determinadas pelo direito material (art. 366 do Código de Processo Civil), que não são provas legais propriamente ditas, mas requisitos à formação dos atos jurídicos. Para estes casos, a previsão da forma de comprovação é decorrência dos próprios requisitos do ato jurídico, fundada na segurança jurídica. Quanto aos demais casos, referentes à prova legal propriamente dita, conclui o autor “Admitir que, além deste limite, pudesse o juiz estar vinculado à força probante de determinadas provas, violaria o direito das partes a um julgamento conforme à verdade e a própria dignidade humana do juiz, obrigado, contra sua consciência, a reputar verdadeiros fatos de cuja existência não se convenceu.” (*Idem ibidem*).

¹⁴⁰ Em sede jurisprudencial, podem-se destacar algumas decisões que prestigiam o livre convencimento do juiz e o direito à prova das partes em detrimento de tais limitações. Quanto ao art. 400, inciso I, do CPC vigente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, já no início da vigência do Código de Processo

Estes incisos II e IV se coadunam com o entendimento de que a subordinação inflexível da admissibilidade da prova testemunhal ou indiciária ao valor do contrato impede o julgador de atentar para as circunstâncias do negócio jurídico, tais como a qualidade das partes, a natureza do contrato¹⁴¹ e os costumes regionais de contratar verbalmente. Se a prova escrita não for da substância do ato, as regras legais que marginalizam as provas testemunhal e indiciária não podem constituir óbice à sua admissão. Este tem sido o entendimento da jurisprudência acerca dos contratos de parceria rural, pecuária, agroindustrial e extrativa, qualquer que seja seu valor e forma,¹⁴² bem como nos contratos de prestação de serviços em geral, inclusive os celebrados por telefone¹⁴³ ou pela *internet* – especialmente quanto aos serviços de táxi, lembrados por Candido Dinamarco, em relação aos quais quase nunca se lavra contrato escrito –, além dos atos praticados pelas sociedades de fato (inclusive os respectivos contratos sociais, por motivos óbvios).¹⁴⁴ Trata-se, portanto, de alteração que vai ao encontro da orientação doutrinário-jurisprudencial mais adequada, em consonância com

Civil, decidiu que “Em tese, não cabe prova testemunhal para fato já comprovado por documento”, mas que “O exame de cada caso concreto (...) determinará a aplicação da regra”. (TJSC, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 686, Rel. Des. Aristeu Schiefler, j. 26.8.1974, *RT* 473/184 *apud* MIRANDA, Darcy de Arruda e outros. Código de Processo Civil nos tribunais. Arts. 286 a 485. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 1997). Em sentido análogo, o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado a exigência de cláusula contratual expressa de forma a abarcar ajustes verbais, comprovados via prova testemunhal. É este o entendimento assentado para as cláusulas de exclusividade em contrato de representação: “Possibilidade da demonstração da existência de cláusula de exclusividade mesmo em contratos de representação firmados verbalmente, admitindo-se a respectiva prova por todos os meios em direito admitidos. Aplicação do art. 212 do CC/02 c/c os arts. 400 e segs. do CPC. Doutrina e jurisprudência desta Corte acerca do tema. (...) Estabelecida, no caso concreto, pelo acórdão recorrido a premissa de que o ajuste de representação comercial vigorava com cláusula de exclusividade, confirmada por prova testemunhal, inarredável a conclusão de que houve rescisão imotivada do contrato, pela contratação de novo representante para atuar na mesma zona anteriormente conduzida pela recorrida.” (STJ, 3ª Turma, REsp 846.543/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sansverino, j. 5.4.2011, *DJe* 11.4.2011, disponível em <http://www.stj.jus.br>, acesso em 2.12.2012).

¹⁴¹ Na linha do que permite o artigo 2.721 do *Codice Civile* italiano (*cf.*, sobre tema: CONTE, Mario. *Commentario al Codice Civile*. Art. 2697-2739. Prove. A cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè, 2008, p. 208-209).

¹⁴² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, 12. ed., *op. cit.*, p. 765.

¹⁴³ Exemplo de contrato por telefone que pode envolver elevado valor financeiro é citado por Leonardo Greco: “Normalmente, quando as partes resolvem celebrar um contrato superior a dez salários-mínimos, ou seja, um contrato de elevado valor econômico, procuram documentá-lo, por razões de segurança jurídica. Essa é uma máxima de experiência que, entretanto, pode ser desmentida, na medida em que há contratos que, mesmo de alto valor, não se documentam. É o que ocorre com a ordem do investidor ao seu corretor na bolsa de valores, para comprar ou vender títulos mobiliários. Essa compra e venda pode ser de alto valor, contudo, não se documenta. É feita por telefone ou *home broker*. A relação de confiança que existe entre o investidor e seu corretor gera a presunção de que este realmente recebeu daquele uma ordem para celebrar o negócio.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed., 2011, v. II, capítulo VIII, item 8.5.3.1, pp. 214-215).

¹⁴⁴ *Instituições de direito processual civil*, vol. III, p. 632.

os princípios da liberdade dos meios probatórios e da livre persuasão racional: ao mesmo passo em que se garante a admissão e produção do material probatório, permite-se ao juiz fundar seu convencimento acerca dos elementos resultantes destes meio de prova em critérios lógico-rationais específicos, verificados no caso concreto, sem vinculá-lo a regras de prova legal.

Seguindo a mesma linha, estes dispositivos atentam para o fato de que a suposta suficiência da prova documental, bem como a existência de confissão ou de prova pericial sobre determinado fato, não podem inibir a produção de prova em sentido contrário, sob pena de cerceamento de defesa.¹⁴⁵

Assim, mesmo que o fato esteja documentalmente demonstrado, v.g., pelo autor, não poderá o juiz deixar de deferir a prova testemunhal ou indiciária tendente a corroborar a tese fática oposta, fornecida pelo réu.¹⁴⁶ Com maior razão, estes meios de prova não poderão ser indeferidos por já existirem documentos comprobatórios nos autos, mormente quando tais documentos não bastem à demonstração do fato probante.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Sobre o direito à prova contrária, confirmam-se as ponderações de Giulio Ubertis, aplicáveis tanto ao processo penal quanto ao civil (La ricerca della verità giudiziale. In: UBERTIS, Giulio (a cura di). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 1-38).

¹⁴⁶ O Superior Tribunal de Justiça já aplicou este posicionamento em favor do autor: “(...)1. Em casos de atropelamentos por composição férrea, com vítima fatal, a jurisprudência desta Corte entende que a aferição quanto ao cenário do local do acidente é ponto nodal para se determinar a quem deve ser imputada a culpa, porquanto cabe à empresa prestadora do serviço impedir que pedestres invadam a área destinada ao trânsito férreo. Isso se dá, por exemplo, com a vigilância e cerceamento de áreas propícias a tais infortúnios, notadamente as de grande concentração urbana, como é o caso. 2. Na esteira dessa jurisprudência, ganha relevância a argumentação da autora, no sentido de que o desenho fático do acidente que ceifou a vida do seu esposo não seria exatamente aquele descrito nas fotografias produzidas unilateralmente pela ré, sendo imprescindível a produção de prova testemunhal, requerida a tempo oportuno e desprezada pelo julgador. 3. É prejudicial aos autores a conclusão a que chegou o Juízo sentenciante, posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça local, julgando improcedente o pedido inicial, ao argumento de que a autora não teria demonstrado a culpa da empresa ré, e, a um só tempo, indeferiu a prova testemunhal requerida, a qual poderia comprovar a culpa da concessionária, ou ao menos afastar a culpa exclusiva da vítima. (...)” (STJ, 4ª Turma, REsp 979.129/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 2.4.2009, DJe 13.4.2009, disponível em <<http://www.stj.jus.br>>, acesso em 2 dez. 2012).

¹⁴⁷ Com base nesta orientação, o Superior Tribunal de Justiça já reverteu julgado que havia considerado “ilícita” a prova testemunhal, tendo em vista a existência de prova documental relativa ao fato probando. O mesmo acórdão reformado havia, contraditoriamente, considerado que a dita prova documental não era bastante à demonstração do fato. A interpretação atribuída pelo Ministro Relator ao artigo 400, I, do Código de Processo Civil, foi a de que este dispositivo regula as hipóteses em que a prova testemunhal é *desnecessária*, não cuidando, porém, de caso de *impossibilidade* de comprovação por esta via. Confira-se: “O Tribunal *a quo* não pode, por um lado, indeferir a prova testemunhal requerida pelo Autor por considerar que os mesmos fatos também foram comprovados documentalmente e, contraditoriamente, julgar improcedente o pedido por ausência de comprovação. O art. 400 do CPC, só autoriza que seja dispensada a prova testemunhal nas hipóteses em que os fatos estejam, efetivamente, comprovados por

A ruptura do dogma de que os fatos confessados não precisam ser provados revelou-se necessária, permitindo que a confissão seja valorada racionalmente no conjunto probatório, sem que se autorize a exclusão automática de outros elementos. À luz deste raciocínio, afigura-se que a confissão somente estabelecerá a dispensa de prova testemunhal – ou de qualquer outra prova – quando, além de se referir a fatos subjacentes a direitos disponíveis, não for incompatível com o conjunto das alegações e provas dos autos, ou mesmo com fatos notórios e máximas da experiência comum.

Analogamente, o afastamento da inadmissibilidade da prova testemunhal devido à comprovação do fato por prova pericial consagra a liberdade do juiz de racionalmente valorar estes meios de prova, sem que haja necessidade de cercear sua admissibilidade. Como é sabido, o que determina a utilidade de prova pericial não é a exigência de maior ou menor grau de confirmação de uma hipótese fática, mas a *natureza* científica ou técnica do conhecimento demandado para esclarecer os fatos. Os demais meios de prova - como é o caso da testemunhal - podem, entretanto, auxiliar na análise das premissas fáticas adotadas pelo perito, bem como, eventualmente, da adequação do material examinado e do método utilizado no caso específico, além de outras formas de controle da prova científica.¹⁴⁸ Todos estes aspectos dependerão da análise concreta do juiz, não havendo espaço para previsões legais restritivas do direito à prova.

O inciso III do §1º do art. 18 segue a mesma linha de raciocínio das regras mencionadas, autorizando o juiz a valorar livremente os elementos obtidos por meios de prova diversos daqueles estipulados contratualmente. O objetivo da regra é reforçar a

documentos (inciso I) ou nas hipóteses em que tal modalidade de prova seja inadequada, técnica ou juridicamente, porque o direito a ser comprovado demanda conhecimentos especializados, ou recai sobre negócio jurídico cuja forma escrita seja requisito essencial (inciso II).” (STJ, 3ª Turma, REsp 798.079/MS, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 7.10.2008, *DJe* 23.10.2008, disponível em <<http://www.stj.jus.br>>, acesso em 2 dez. 2012). No mesmo sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Arts. 332 a 475. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 244; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4, p. 158 (ponderando que o que se pretende evitar com o disposto no art. 400, I, é a produção de provas inúteis); REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 246.

¹⁴⁸ Citem-se, exemplificativamente, os critérios de controle mencionado por Vittorio Denti (*Cientificidad de la prueba e libre valoración del juez. Estudios de derecho probatorio*, Tradução para o castelhano de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, pp. 301-302), para cuja análise podem contribuir as testemunhas e outras fontes de prova: a) a apreciação da autoridade científica do *expert*; b) a incorporação ao patrimônio científico comumente aceito dos métodos de investigação por ele seguidos; c) a coerência lógica da argumentação.

impossibilidade de se estabelecerem limitações legais ou convencionais à admissão da prova.

O inciso V do aludido dispositivo busca superar a ideia de que a confissão extrajudicial tem eficácia equivalente à da confissão judicial. Neste particular, reforça-se a regra prevista no inciso II, que relativiza a eficácia, antes tida como absoluta, da confissão e, ao mesmo tempo, permite-se ao juiz analisar as especificidades da confissão obtida fora do processo. Isso deve ocorrer especialmente quando haja controvérsia no processo acerca do fato confessado, ou seja, quando a parte não mais sustente admissão do fato confessado como verdadeiro. Como assevera Leonardo Greco, a máxima da experiência comum em que se fundou esta regra, de que “quem confessa por escrito ao próprio beneficiário, quer colocá-lo em posição de vantagem em qualquer futura demanda judicial”, não mais subsiste.¹⁴⁹ Contemporaneamente, prossegue o autor, existem na sociedade muitas relações de dominação e, com isto, “pessoas que se encontram em posição de vantagem impõem facilmente a sua vontade”; “aqueles que com elas negociam se sentem induzidos a confessar fatos desfavoráveis para com elas manter negócios” e “o mais fraco é induzido a uma confissão extrajudicial, porque dela depende um benefício imediato (...).”¹⁵⁰ Sobressai, neste ponto, a importância da persuasão livre e racional do juiz na valoração da confissão.

Os incisos VI e VII do § 1º do dispositivo se prestam a corroborar a ideia central do art. 18, qual seja, a de que as generalizações e os critérios legais, ainda que racionais, não podem constituir óbices inflexíveis à admissão e à produção da prova. Nesta linha, mesmo as regras procedimentais sobre a produção da prova (inciso VI) devem ser afastadas, conquanto não se observe um prejuízo desproporcional ao contraditório ou ao

¹⁴⁹ No particular, refutou-se a insustentável proposição do art. 214 do CC, de que a confissão é irrevogável. A confissão não é um negócio jurídico que se revogue ou a respeito do qual a lei possa vedar a revogação. É, simplesmente, elemento de prova. Portanto, não há que se cogitar da revogação ou não do que foi dito sobre determinado fato. Apenas são suscetíveis de revogação (e de irrevogabilidade) atos que contenham alguma disposição sobre direitos. Cite-se, novamente, o posicionamento de Leonardo Greco acerca deste art. 214 do Código Civil: “Trata-se de evidente confusão com a renúncia ou o reconhecimento do direito, pois, ‘não se confessa a dívida, a relação jurídica; confessam-se fatos’ (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, tomo IV, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 315), que continuam objeto de prova, embora a confissão gere uma presunção de veracidade dos fatos confessados” (A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil, *op. cit.*, p. 384). Idêntico raciocínio é aplicável ao disposto no art. 352 e incisos, do CPC vigente, que dispõe sobre as hipóteses em que a confissão pode ser revogada, confundindo-a, novamente, com um negócio jurídico.

¹⁵⁰ GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil*, *op. cit.*, p. 384.

esclarecimento dos fatos. No inciso VII, a norma extensiva buscou enfatizar a intenção do dispositivo, de vedar restrições fundadas exclusivamente na falta de credibilidade da prova.

A ressalva do § 3º quanto à possibilidade de limitações fundadas na ausência de conhecimentos técnicos ou científicos dos peritos se justifica na medida em que tais restrições não estão fundadas exclusivamente na falta de credibilidade da prova, mas na inaptidão das fontes para esclarecer os fatos. Ainda assim, seguindo a regra geral do dispositivo, a norma estabelece que, na hipótese de produzida a prova sem a observância de tais limitações, os elementos de prova dela resultantes serão valorados com base na persuasão racional, mediante fundamentação específica e expressa, com base nas regras de experiência e nos demais elementos probatórios.

Capítulo IV – Limitações probatórias: celeridade, procedimento, prazos e preclusões

Márcio Carvalho Faria

José Aurélio de Araujo

O capítulo IV do anteprojeto se refere às limitações probatórias quanto aos prazos e preclusões. Aqui foram traçadas algumas regras a respeito da boa marcha processual, a fim de que seja respeitado o princípio fixado na norma do artigo 9º de que a busca da verdade, premissa fundamental do anteprojeto, não pode ser subjugada pela celeridade ou por um sistema preclusivo ¹⁵¹.

O sistema proposto parte, portanto, da prevalência da garantia do direito à prova e à verdade¹⁵² sobre a brevidade e a celeridade processual, reduzindo-se a preclusão e a peremptoriedade dos prazos. O parágrafo 1º do artigo 19 já diz, de pronto, que é admissível a produção da prova tardiamente requerida.

É certo que o direito a um processo sem dilações indevidas integra o próprio direito ao “processo justo”, sendo considerado, como relembra Leonardo Greco, a partir da lição de Luigi Paolo Comoglio, como uma de suas “garantias estruturais”¹⁵³. Um processo, para ser devido, deve ser, cumulativamente, público, paritário, adequado, leal, efetivo e tempestivo¹⁵⁴. De nada ou pouco vale “dar a cada um o que é seu” com anos e anos de atraso, pelo que, como se sabe, justiça atrasada é manifesta injustiça.

¹⁵¹ Leonardo Greco, com arrimo em Giampiero Balena, assevera que as preclusões “colidem com os mais elevados fins publicísticos do processo, distanciando-o da busca de uma sentença justa” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, pp. 128-129).

¹⁵² GRECO, Leonardo, A verdade no Estado Democrático de Direito, In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.), *Doutrinas essenciais – Direito Civil – Parte Geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. I, pp. 495-502.

¹⁵³ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Os princípios da Constituição de 1988*, orgs. Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firlly Nascimento Filho, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp.369-406.

¹⁵⁴ Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. I, p. 45.

A despeito disso, como já salientamos¹⁵⁵, há que se analisar que o processo, como meio de efetivação de direitos e garantias, não pode ser “fulminante”. Celeridade é indispensável, mas ela deve encontrar limite no garantismo. Afinal, como bem observou Fredie Didier Júnior¹⁵⁶, o *direito à demora* é uma conquista de dois mil anos e não pode ser afastado. Pelo mesmo caminho envereda Leonardo Greco¹⁵⁷, que ressalta que o processo deve ter o tempo suficiente para permitir, às partes, e à própria sociedade, a efetivação do direito de defesa, dos recursos, da produção de provas, da colaboração e alegações em juízo. Os processos da Inquisição, totalmente distintos do padrão democrático atual, eram breves, alguns brevíssimos, e ninguém ousaria dizer que eram *devidos*. Do mesmo modo, e até mesmo pela infeliz organização que hoje detêm algumas forças criminosas, os “processos” de julgamento dos inimigos são céleres e eficazes, porém diametralmente oposto daquilo que pode ser considerado *devido*.

Não se pode, como José Carlos Barbosa Moreira ressalta, acreditar no “mito da celeridade” como panaceia para todos os problemas do processo. A rapidez não é o valor por excelência, e deve ser considerado em conjunto com todas as garantias fundamentais processuais. Para ele, “se a justiça lenta demais é decerto má, daí não se segue que uma muito rápida seja necessariamente boa”, e, continua, “o que todos queremos é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço.”¹⁵⁸

Assim, admitiu o anteprojeto, dessa feita, que embora se prestigie o artigo 5º, LXXVIII, CF/88, não são os momentos destinados à descoberta da verdade os responsáveis pela morosidade processual, mas os chamados “tempos mortos”¹⁵⁹, os quais devem, efetivamente, ser combatidos.

¹⁵⁵ FARIA, Márcio Carvalho. A duração razoável dos feitos: uma breve tentativa de sistematização, In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 6. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>, acesso em 28 dez. 2013.

¹⁵⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito...*, *ob. cit.*, p.59-60.

¹⁵⁷ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais...*, *ob. cit.*

¹⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos, In: *Temas de Direito Processual: Oitava Série*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 1-14, especialmente p. 5.

¹⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional*. Insuficiência da reforma das leis processuais. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>, acesso em 28 dez. 2013.

Tanto é verdade que, como se observa no artigo 19, IV, do anteprojeto, há possibilidade expressa de reabertura do requerimento probatório, quando, após a produção das provas regularmente requeridas e produzidas (artigo 50), ainda pairar controvérsia ou indefinição acerca de determinado fato. Consagra-se, ainda, a produção de prova tardiamente requerida, mesmo que não se respeite o calendário processual (artigo 48, IV), se demonstrado o motivo legítimo à sua produção.

Tem-se, também, a ideia bastante clara de que as preclusões, tão importantes ao andamento do processo, não podem servir, *per si*, como obstáculos à demonstração dos fatos porquanto não são elas, certamente, as culpadas por eventual demora na prestação jurisdicional.

Desse modo, resta evidenciado que o anteprojeto se preocupou, sobremaneira, com a revelação da verdade, e não com um julgamento capenga que, infelizmente, a rigidez do procedimento atual acaba por consagrar¹⁶⁰, a pretexto de respeito à celeridade e à duração razoável do processo.

Quanto às provas novas, adotou o anteprojeto a lição de José Carlos Barbosa Moreira¹⁶¹, que entende que podem ser assim consideradas não só aquelas relativas aos fatos supervenientes, mas também as que tiveram conhecimento, acessibilidade ou disponibilidade posterior, observada, necessariamente, nesses casos, a boa-fé (art. 6º do anteprojeto).

Outra importante alteração trazida se refere à chamada *teoria da aquisição ou da comunhão da prova*¹⁶², expressamente prevista no art. 20, a qual preceitua que, uma vez admitida a produção de determinada prova, é defesa a desistência, excepcionando-se as impossibilidades fáticas e, no caso dos direitos disponíveis, a anuência da parte

¹⁶⁰ “O importante é que o procedimento seja adequado à necessidade concreta de tutela jurisdicional efetiva. Se não o for, o juiz deve dispor de meios para ajustá-lo a essa necessidade, desde que preserve o equilíbrio entre as partes e não crie situações absolutamente imprevisíveis para as partes” (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais...*, *ob. cit.*).

¹⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, pp. 453-458.

¹⁶² Nesse sentido, com diversos exemplos, comentários e decorrências expressas da adoção: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O princípio da comunhão das provas*. Disponível em: <www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151758060.comunhaodasprovas.pdf>, acesso em 30 dez. 2013.

contrária. Nesse sentido, por exemplo, se determinada parte requerer a oitiva de determinada testemunha, sendo tal pedido admitido, dele não poderá mais desistir, na medida em que o anteprojeto entende que tal desistência poderia ser considerada como uma estratégia ilegítima ao bom andamento do feito e, principalmente, à descoberta da verdade.

Nesse prisma, a lei exige a anuência da parte contrária para que tal desistência seja deferida, partindo-se, mais uma vez, da premissa de que, uma vez requerida, a prova adere ao processo, pertencendo não mais às partes, mas a todos os seus destinatários, em especial aos sujeitos diretamente interessados no seu resultado.

Capítulo V – Limitações probatórias: privacidade, não autoincriminação e interesse público

Franklyn Roger Alves Silva

I. Generalidades. No capítulo destinado às limitações probatórias decorrentes do direito à privacidade, não auto-incriminação e interesse público pretendeu-se um regramento que fosse capaz de conciliá-las, o mais possível, com a busca da verdade.

Até então, o atual Código de Processo Civil e até mesmo as legislações referentes ao procedimento administrativo não regularam, com a devida adequação, as questões atinentes ao segredo de Estado e as escusas baseadas na privacidade e não auto-incriminação.

Se, por um lado, temos uma enriquecida doutrina acerca da proteção a garantia da não auto-incriminação no Direito Processual Penal, conferindo-se contornos quase absolutos, o mesmo desvelo não é encontrado nos demais ramos do Direito Processual. Não se verifica a reflexão de até que ponto a garantia do silêncio como meio de não autoincriminação pode ser utilizada nas causas privadas.

Em relação ao campo da privacidade, vislumbramos fenômeno oposto, uma vez que a complexidade das novas relações jurídicas, advindas da evolução dos meios de comunicação e das políticas de segurança, tem posto em intenso debate¹⁶³ os limites da privacidade dos cidadãos e até que ponto as informações podem ser acessadas, seja com ou sem autorização de seus respectivos titulares.

No que pertine ao interesse público, podemos notar uma tendência à abertura de informações titularizadas pelo Estado, principalmente pelo histórico dos regimes políticos que regeram o país e a atual cobrança da sociedade por acesso a informação.

¹⁶³ “Privacy is an issue of profound importance around the world. In nearly every nation, numerous statutes, constitutional rights, and judicial decisions seek to protect privacy.” (SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press. 2008. p. 2).

Falar em limitação probatória não quer dizer limitação quanto a produção probatória. Aqui, estamos lidando com regras processuais que impedem o acesso a determinados documentos, às declarações dos interessados, por questões íntimas de seus titulares. Não se trata, portanto, de discutir a aptidão das partes para a produção probatória, uma vez que o referido tema é objeto do capítulo atinente ao ônus da prova.

A premissa estabelecida no capítulo V do título I do anteprojeto consistiu na fixação de parâmetros para a produção probatória, quando a marcha processual direcionada à descoberta da verdade colidisse com escusas fundadas na privacidade, na segurança nacional e no sigilo profissional ou religioso.

A descoberta da verdade parte como premissa chave do presente anteprojeto, uma vez que o acesso ao direito objetivo sem que o ordenamento jurídico proporcione meios para tal mister, simplesmente tornaria obsoleto o sistema judicial¹⁶⁴.

É claro que apesar de o anteprojeto marchar no sentido de potencializar todos os meios de prova, através da cláusula constante do art. 21, permite-se ao juiz a possibilidade de restrição à descoberta da verdade, sempre que em jogo direitos fundamentais ou a segurança da sociedade e do Estado, os quais merecerão a integral proteção do órgão jurisdicional, desde que a sua proteção seja considerada preponderante em relação ao direito à busca da verdade.

Assim, o dispositivo estabelece cinco hipóteses em que será admissível essa limitação, a saber: I – na proibição de produção de provas ilícitas; II – na exigência do registro ou do instrumento público como prova legal de determinados fatos, como os relativos à vida civil, para preservação da segurança jurídica; III – nas escusas de depor, de exhibir e de informar fundadas na privacidade; IV – na proibição de acesso a documentos e informações acobertados pelo segredo de Estado; e V- na preservação do sigilo religioso ou profissional.

¹⁶⁴ “O que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática capenga, incompleta, impedindo-o de obter a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles se originam.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 95).

A dogmática estabelecida no anteprojeto deixa clara a integral proteção aos direitos fundamentais, tendo em vista a cominação de ilicitude da prova, sempre que esta for produzida com desrespeito àqueles direitos, nos termos do §1º do art. 21 do anteprojeto. Aplica-se ainda a teoria da ilicitude por derivação, sempre que outras provas venham a ser produzidas a partir daquela obtida em desrespeito aos direitos fundamentais, na forma do §2º.

Aqui, nenhuma novidade há, uma vez que o estudo do Processo Penal já analisa há décadas a Teoria da Ilicitude por Derivação, baseada na teoria norte-americana dos *fruits of the poisonous tree*, de modo a justificar a invalidade de todas as provas que se derivem de uma origem ilícita¹⁶⁵.

Cabe, no entanto, o registro de que o anteprojeto não adotou as ressalvas do processo penal, que excluem a inadmissibilidade da prova ilícita nas hipóteses de fonte independente¹⁶⁶ – quando os fatos trazidos ao conhecimento do Juiz possam ser provados mediante uma outra fonte autônoma em relação àquela contaminada, produzida de forma lícita – e da descoberta inevitável – nos casos em que o fato provado por meio da violação das normas constitucionais necessitaria de uma avaliação hipotética, a fim de se verificar se poderia este mesmo fato ser descoberto por outros meios de prova produzidos lícitamente, que constituem incabíveis justificativas para a violação de direitos fundamentais.

A técnica da ponderação sempre será empregada para a avaliação prevista no art. 21. Assim, quando o juiz verificar que a proteção de um direito fundamental ou da

¹⁶⁵ “O princípio da contaminação tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruit of the poisonous tree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. Na decisão, afirmou-se que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmo meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal.” (LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 600).

¹⁶⁶ É certo que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu em matéria criminal a possibilidade de se admitir a fonte independente como hipótese de admissão da prova ilícita por derivação (STF, HC n.º 74.599/SP, DJ 07.02.1997, p. 01340, Ement. vol-01856-02, p. 00380, Ilmar Galvão) bem como a descoberta inevitável (STF, RHC n. 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 03/04/07).

própria segurança da sociedade e do Estado for prevalente, será possível a restrição da produção probatória.

No que tange às escusas fundadas no exercício profissional ou ministério da religião, os §§4º e 5º estabelecem balizamentos a estas limitações ao preverem que os limites do sigilo profissional serão estabelecidos pelo regulamento de cada profissão, enquanto que o sigilo religioso restringir-se-á à preservação da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença.

Mais uma vez, nota-se a preocupação em se manter a coerência e objetividade do anteprojeto, evitando-se que um possível silêncio normativo a respeito da extensão do sigilo profissional e religioso pudesse ser invocado como escusa.

Classifica-se o sigilo profissional no grau mais elevado de privacidade¹⁶⁷, de sorte que em nenhuma hipótese poderá haver a ruptura desta proteção, salvo se houver o consentimento de seu titular e a legislação profissional assim autorizar, como ocorre a exemplo do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 7º, XIX da Lei n. 8.906/94, que veda ao advogado prestar informações sobre fatos relacionados a seus clientes, ainda que por eles autorizados.

Trata-se de uma proteção absoluta, integrante do direito à privacidade que visa preservar a relação entre o profissional e o cliente, evitando que as informações compartilhadas em razão do vínculo estabelecido entre os envolvidos possa ser utilizada em processo judicial.

2. *Não auto-incriminação*. Houve enfrentamento do árido¹⁶⁸ e controvertido tema relacionado à escusa de produção probatória baseada na não auto-incriminação. O anteprojeto adotou uma linha diversa do Direito Processual Penal, não abraçando, em caráter absoluto, o princípio *nemo tenetur se detegere* que permite aos acusados a garantia de não produzir provas contra si mesmo no processo criminal, podendo até

¹⁶⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 134.

¹⁶⁸ “Thus has the privilege remained controversial. It continues to produce hotly contested cases in the courts, a disputatious literature in the law reviews, and strong reactions – indignant, laudatory, and puzzled – among informed observers.” (HELMHOLZ, R. H; *Et al. The privilege against self-incrimination*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 4).

mesmo falsearem a verdade em suas declarações, sem que isso lhe ocasione nenhuma consequência negativa.

Enquanto o Direito Processual Penal admite a mentira¹⁶⁹ como recurso válido ao exercício de defesa, o mesmo regime não pode vigorar no Processo Civil em razão da imposição do dever de boa-fé e lealdade das partes¹⁷⁰.

Em uma análise do Direito Comparado verificamos que a proteção a não autoincriminação possui tratamento diferenciado, em especial no campo do Direito Processual Penal. A exemplo, o Direito norte-americano confere esta garantia, expressamente prevista na Quinta Emenda à Constituição, sempre que em processo judicial ou administrativo, cível ou criminal, o interessado seja compelido a prestar declarações que possam ser usadas em investigação ou processo criminal¹⁷¹.

Por outro lado, se das declarações prestadas não advier qualquer responsabilidade penal, o direito norte-americano não tem contemplado o exercício da garantia constitucional. É verdade que o princípio da não auto-incriminação se revela por meio de várias vertentes, seja pela realização de atos de cooperação (prestar depoimentos, fornecer materiais para exame etc.) e de tolerância (submeter-se a identificação e inspeção etc.)¹⁷².

O que não se vê com frequência e, aqui, o campo prático tem por hábito confundir conceitos, consiste na extensão da garantia a campos diversos do Processo Penal¹⁷³. Apesar de haver suporte a aplicação do referido princípio em áreas diversas,

¹⁶⁹ “O réu não é obrigado a depor contra si próprio e tem o direito de responder mentirosamente ao juiz que o interroga.” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 298.)

¹⁷⁰ “A mentira em juízo é ilícito processual civil (litigância de má-fé, art. 17, II do CPC).” (DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009. v. II, p. 110).

¹⁷¹ “An individual can properly assert his Fifth Amendment privilege against self-incrimination whenever he reasonably believes that the testimonial evidence tendered could be used against him in a domestic criminal prosecution.” (COOK, Julian A. *Investigative criminal procedure*. New York: Wolters Kluwer. 2012. p. 217).

¹⁷² A extensão do princípio é a mesma do Direito Italiano: “*La formula è ampia: Il teste há diritto di non rispondere non soltanto alla singola domanda, ma a tutte le domande che concernono quei ‘fatti’ dai quai emerge una sua responsabilità per un reato commesso in passato.*” (TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 272.).

¹⁷³ “Incriminating information may thus be compelled even under the Fifth Amendment if there are no criminal consequences – even IF the disclosure would cause a person great disrepute. In *Ullmann v. United*

como o Direito Tributário, ao que se vê da doutrina estrangeira, o mesmo não pode ser dito em relação ao ordenamento jurídico brasileiro¹⁷⁴.

A impossibilidade de produção de provas que levem a não auto-incriminação possui campo certo e determinado, qual seja, a investigação e o processo criminal, não podendo ser utilizada em outros ramos do Direito Processual, como manto para a acobertar a verdade e obstaculizar o direito de seus titulares, pois é nítida a incompatibilidade entre a não auto-incriminação, a boa-fé processual e a busca da verdade.

É claro que há situações em que a recusa em produzir provas é fundada, tal como prevê o art. 22 do anteprojeto, ao vedar a realização de exames ou diligências, sempre que houver risco à vida, a integridade física, psíquica ou à saúde, bem como quando impuser sofrimento intenso, de acordo com a ciência médica.

Assim, a busca da verdade não alcançará nível absoluto, pois também encontrará um freio na disposição do art. 22. O parágrafo único do aludido artigo amplia a restrição para alcançar todos os exames ou diligências que afetem a dignidade ou pudor da pessoa examinada, sendo admissíveis apenas com a sua expressa concordância.

Neste sentido, o anteprojeto traça um paralelo com as disposições do Código Civil, em especial o art. 15 que garante a impossibilidade de se constranger um indivíduo a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, quando houver risco para a vida.

States, for example, a witness granted immunity to testify about his activities in the Communist Party contended that he would suffer disgrace and severe social sanctions by testifying. He claimed that He might lose his job and friends, as well as be blacklisted from future employment. The Court rejected the witness's argument because no criminal sanctions would be imposed as a result of his testifying." (SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press. 2008, p. 116).

¹⁷⁴ "Lo que defendemos aquí es la aplicación 'equilibrada' del derecho a no autoinculparse en materia tributaria, considerando además la negativa repercusión económica sobre el erário público que conllevaría una inadecuada observância de dicha garantía." (PUCCIARELLO, Mariana. *Derecho a no autoincriminarse y deber de colaborar en el ámbito tributario*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2011, p. 147).

A preocupação do anteprojeto é a preservação do núcleo mais intenso da intimidade do ser humano, impondo direito à descoberta da verdade uma barreira intransponível na dignidade humana e na sua integridade psicofísica.

O mesmo já não pode ser dito em relação ao dever de colaborar por meio de depoimentos ou exibição de documentos ou informações. Aqui, a redação do art. 23 reforça este dever das partes, estabelecendo a impossibilidade de recusa fundada na não auto-incriminação, mitigando, assim, a aplicação do princípio no Direito Processual Civil, como já era preconizado pelas normas anteriores.

A obrigação de contribuir para a apuração dos fatos é consagrada pelo anteprojeto, ainda que dessa investigação resulte a atribuição à parte, a terceiro ou a qualquer outra pessoa da relação familiar ou de afeto destes, de ato criminoso ou torpe.

Note-se que o dever de prestar depoimentos e exibir documentos ou informações, diversamente das hipóteses previstas no art. 22, não ocasiona danos à integridade psicofísica, de modo que a escusa fundada na não auto-incriminação, nesses casos, não encontra suporte razoável¹⁷⁵.

Em verdade, o anteprojeto entendeu que a colisão entre a não auto-incriminação e a busca da verdade não justificaria a ocultação dos fatos e o conseqüente descompromisso da parte ou do terceiro para com a marcha processual, sem que esta exposição não causasse algum prejuízo à sua dignidade e integridade.

A proteção da privacidade, nesses casos, se exterioriza pela imposição do segredo de justiça, pelo dever de sigilo imposto a todos os sujeitos processuais e pela proibição de utilização dessas informações para qualquer outro fim (art. 26).

¹⁷⁵ Como bem destaca Leonardo Greco: “Creio que esse dever de colaboração recai com mais intensidade, se o depoente ou o informante é uma das partes, porque violaria a paridade de armas se uma delas, a pretexto de proteção da sua privacidade, subtraísse da outra possibilidade concreta de provar os fatos dos quais pode resultar o seu direito. Nesse caso, a escusa de depor ou de exibir somente poderia ser admitida se fundada em motivo do 1º grau de privacidade. Se o depoente ou o informante não for parte, é preciso não esquecer que todo terceiro tem o dever de colaborar com a justiça no descobrimento da verdade e, assim, também a prestação de depoimento ou a entrega de documento decorrem desse dever, não podendo o ordenamento jurídico criar escusa com fundamento no suposto direito de não se autoincriminar, sob pena de grave limitação à busca da verdade.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 124.)

Ou seja, a parte ou o terceiro não podem escudar-se no direito à não auto-incriminação, mas da sua colaboração não resultará para ela ou para aquele a que se refira a informação incriminadora qualquer prejuízo, a não ser a avaliação dessa prova no processo em que foi produzida.

Segue-se, portanto, caminho diverso de outros sistemas jurídicos que permitem o silêncio do depoente, sempre que de suas declarações resultar imputação de fato criminoso. A adoção de um sistema de inquirição fechada, cujo depoimento que incrimine o declarante seja utilizado apenas para a descoberta da verdade naquele processo, sem acarretar qualquer prejuízo ou incriminação apresentou-se como um bom avanço, capaz de compatibilizar o acesso ao direito e a proteção individual daquele que se vê obrigado a produzir a prova.

De qualquer modo, para coibir a malícia da parte que eventualmente venha a requerer a produção dessas provas com nítido propósito de constrangimento, faculta o anteprojeto que o juiz avalie a sua pertinência, possibilitando-lhe a sua dispensa, se evidenciada a sua inutilidade ou irrelevância.

Assim, o anteprojeto quer deixar clara a regra de que a ruptura do princípio da não auto-incriminação tem o único e exclusivo propósito de permitir a efetiva descoberta da verdade no processo em que a prova é produzida, evitando qualquer outra consequência extraprocessual advinda do acesso à privacidade da parte ou do terceiro.

3. *Privacidade.* Note-se que além da questão atinente à não auto-incriminação, o projeto também compatibiliza o acesso às provas com o direito à privacidade daquele que a detém, na forma do regramento contido no art. 23 do anteprojeto.

Parte-se da premissa de que todas as informações atinentes às relações particulares entre cada sujeito de direito e terceiros, assim como as acobertadas pelos sigilos fiscal, comercial, industrial e financeiro, integram a esfera de privacidade protegida pela lei.

Assim, sendo necessária a produção da prova para o acesso ao direito de outrem, esta será realizada em juízo desde que haja uma prévia ponderação entre o direito deduzido na pretensão e a relação a qual a prova demonstra, devendo sempre haver a preponderância daquela, de modo a se permitir a sua produção.

Neste contexto, não se pode olvidar a construção alemã referente às 3 (três) esferas de privacidade¹⁷⁶, de modo a justificar os graus da técnica de ponderação, prevista no art. 23, §1º do anteprojeto.

Nas disposições do art. 23 temos nítidos exemplos da privacidade em segundo e terceiro graus, de modo que o acesso a tais informações seria plenamente admissível no curso do processo.

A preocupação com a privacidade é muito bem analisada no direito norte-americano dado o fato de apesar de a Constituição norte-americana não explicitar a proteção a privacidade, ser possível extrair da Quarta Emenda a proteção da esfera privada contra atos do Estado¹⁷⁷.

Retoma-se, neste ponto, a premissa inicial estabelecida, no sentido de que o estudo da privacidade e a evolução das relações jurídicas demandam uma maior reflexão e regulamentação dos meios de acesso à informação.

Seguindo a linha de preservação das informações evidenciadas a partir do material probatório produzido em juízo, o §2º do art. 23 contempla a necessária

¹⁷⁶ “O primeiro grau, intangível, indisponível, insuscetível de ponderação, porque sem ele não há respeito à dignidade humana; o segundo grau correspondente a relações e vínculos de identificação pessoal do seu titular com outros sujeitos da comunidade, está sujeito a ponderação, podendo ser sacrificado em benefício de valores ou interesses superiores e o terceiro grau, decorrente de relações do sujeito com outras pessoas da comunidade que, embora não sejam públicas, não lhe atribuem uma identidade particular, mas correspondem às relações comuns entre pessoas de um determinado grupo social, em que o conteúdo objetivo da comunicação sempre prevalece sobre qualquer interesse individual.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 122).

¹⁷⁷ “It is a good starting point because although the word ‘privacy’ is not specifically mentioned in the Constitution, our right to be free from unreasonable searches and seizures is. The Fourth Amendment has been interpreted as protecting our privacy at least against government officials, and as such it is the most direct constitutional safeguard for privacy.” (ALDERMAN, Ellen; KENNEDY, Caroline. *The right to privacy*. New York: Vintage, 1997, p. XV).

instalação do segredo de justiça no processo, bem como a imposição do dever de sigilo a todos os sujeitos processuais que tenham acesso à informação.

O anteprojeto contempla grande avanço a medida que positiva em seu §3º a possibilidade de quebra do sigilo de telecomunicações, mediante dois requisitos cumulativos: a prévia decisão judicial e a subsidiariedade da produção desta prova, ou seja, o acesso às informações desta natureza está condicionada à impossibilidade de produção probatória por outros meios.

Cabe o destaque de que a norma aqui examinada não possui a mesma extensão do permissivo concedido pela Constituição Federal no art. 5º, XII, regulado pela Lei n. 9.296/96. O que se pretende por meio do presente artigo é tão somente o acesso a informação de banco de dados ou a utilização de interceptações telefônicas já produzidas em anterior investigação ou instrução criminal.

Por fim, o §4º contempla regra que institui presunção quanto às provas que dependam de submissão de uma das partes à perícia médica. Assim, sempre que a prova pericial médica se revelar necessária para a comprovação de fato atinente a direito indisponível, a sua recusa poderá acarretar a presunção de veracidade do fato, suprimindo a necessidade de sua produção.

A doutrina referente às provas invasivas e não invasivas é demasiadamente farta, tratando da distinção entre atos de cooperação ativa e passiva. Assim, verifica-se que mesmo no Processo Penal é possível submeter a parte a um exame, ou exigir desta a tolerância ao fornecimento de material para exame genético, sem a possibilidade de invocar escusas, tal como se dá no Direito Argentino¹⁷⁸.

¹⁷⁸ “Art. 218. - Cuando lo juzgue necesario, el juez podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado, cuidando que en lo posible se respete su pudor.

Podrá disponer igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad.

En caso necesario, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos.

Al acto sólo podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho.

Art. 218 bis. - Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida

Apesar de a jurisprudência brasileira ser demasiadamente protetiva, no que tange às intervenções corporais, verifica-se o avanço impulsionado pela Lei n. 12.645, de 28 de maio de 2012, que passou a permitir a coleta de material genético, determinando aos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos na Lei de Crimes Hediondos, a submissão obrigatória a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor.

Seguindo uma outra vertente relativa à privacidade, o art. 24 estabelece a total impossibilidade de produção probatória sempre que necessária à preservação da sua inviolabilidade psíquica, do acesso exclusivo do sujeito a registros para si mesmo, à produção intelectual individual a que o ser humano não tenha dado publicidade e ao conhecimento do próprio corpo¹⁷⁹, o que enquadraria tal restrição no primeiro grau de privacidade, uma vez que referente à própria dignidade do indivíduo como pessoa humana.

deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo.

En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243. (Artículo incorporado por art. 1º de la Ley N° 26.549 B.O. 27/11/2009).”

¹⁷⁹ Em análise do Direito Processual Penal Eugênio Pacelli destaca: “O que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental do acusado, a sua capacidade de autodeterminação, daí porque são inadmissíveis exames como o do soro da verdade ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade. E mais: deve ser também protegida a dignidade da pessoa humana, a vedar qualquer tratamento vexaminoso ou ofensivo à honra do acusado, e o reconhecimento do princípio da inocência.” (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16 Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 384.).

Aqui a proteção à privacidade do indivíduo é absoluta, não havendo espaço para a ponderação, de modo que a produção de prova só será admitida, nos termos do §1º do art. 24, quando o próprio titular consentir com a sua produção ou, se o fato objeto de prova já tenha sido voluntariamente revelado pelo interessado a terceiros; se regularmente registrado em base de dados de terceiros ou com terceiros compartilhadas, observando-se, em todas estas hipóteses a cláusula geral disposta no *caput* do artigo 21.

Em quaisquer das hipóteses antecedentes, o §2º comina as cautelas previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 23, relativas a sua produção e a imposição do segredo de justiça.

Por fim, de modo a encerrar o regramento do acesso às provas que colidem com a privacidade, o art. 25 comina a inadmissibilidade da prova em desacordo com as premissas estabelecidas neste anteprojeto, determinando o consequente desentranhamento ou inutilização (artigo 2º, §§ 3º e 4º) e submetendo o infrator às sanções previstas nos artigos 6º e 7º.

4. Interesse Público e Segredo de Estado. No art. 27 do anteprojeto, igual dever de segredo de justiça também é estabelecido aos sujeitos processuais quando, durante o curso do processo, tenha sido permitido o acesso a informações que envolvam o interesse público precisamente determinado, não qualificado como preponderante, do ponto de vista do segredo de Estado, no momento da ponderação a que alude o art. 21¹⁸⁰.

Busca-se ainda, encerrar a omissão advinda do silêncio legislativo relacionado às questões envolvendo o segredo de Estado. O anteprojeto opta por traçar parâmetros objetivos acerca da natureza jurídica da hipótese de limitação probatória, como se observa da redação do art. 21, §3º. Não obstante caber à Lei de Acesso à Informação

¹⁸⁰ Neste ponto, como bem observa Leonardo Greco: “Se o Estado Democrático de Direito assenta na prevalência da dignidade humana e dos direitos fundamentais e, se para que essa prevalência se efetive em benefício de todos ou de um grupo de cidadãos é necessário limitar o acesso à prova judiciária de determinados fatos, que favoreceria outro cidadão, impõe-se ponderar o interesse público que protege a coletividade ou determinada atividade do Estado com o interesse perseguido pelo particular que àquele se contrapõe, identificando com precisão qual é tal interesse público e quais são os direitos fundamentais de outros cidadãos, que correm o risco iminente de sacrifício, caso o interesse público invocado não venha a prevalecer.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 137).

(Lei n. 12.527/11) estabelecer graus de restrição ao segredo de Estado, por meio do decurso temporal necessário à sua liberação, o anteprojeto avançou no trato da matéria.

As limitações da Lei de Acesso à Informação não poderiam, por si só, justificar a impossibilidade de produção probatória. O anteprojeto, então, no §3º do art. 21 traz a definição do que seria o segredo de Estado, sob a ótica das informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado sempre que: I – aquelas cuja revelação possa causar grave risco à defesa da integridade do território ou à soberania nacionais; II – as que ponham em risco as relações internacionais do País e as que tenham sido fornecidas ao Governo brasileiro em caráter sigiloso por outros Estados soberanos e organismos internacionais; III – as que possam prejudicar ou causar grave risco a operações estratégicas das Forças Armadas em tempo de guerra.

O segredo de Estado¹⁸¹, dentro desse limite restrito, sem sombra de dúvida, merece integral proteção da legislação processual, haja vista o notório interesse em se ver assegurada a integridade da nação.

Todavia, não se pode fechar os olhos para o fato de que a Fazenda Pública ocupa o primeiro lugar no *ranking* de entidades que figuram em demandas perante o Poder Judiciário. Não obstante, ela também é a entidade que mais oculta informações, seja por uma mentalidade arcaica, seja pela sua própria desorganização em catalogar seus dados.

Assim, seria necessário que uma terceira figura, diversa do demandante e da Fazenda Pública fosse capaz de filtrar as informações, analisando quais provas seriam ou não passíveis de utilização no processo.

É por esta razão que o anteprojeto, da mesma forma que preconiza pela proteção ao segredo de Estado, também o faz em relação ao titular de um direito lesado, instituindo a possibilidade de criação de um órgão jurisdicional, seja em primeiro ou

¹⁸¹ “Fundamento frequentemente invocado para a recusa de fornecimento de informações ou de documentos pela Administração é o chamado segredo de Estado que, em face do inciso XXXII do art. 5º da Lei Maior, pode hoje ser conceituado entre nós como o sigilo de atos e documentos constantes dos arquivos de órgãos públicos que contenham informações, cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 137).

segundo grau de jurisdição, capaz de avaliar a possibilidade de produção probatória em poder de terceiros, concernente aos direitos fundamentais ou ao segredo de Estado, ainda que esta última seja classificada como inacessível de acordo com outras disposições normativas, na forma do art. 28.

Dois pontos merecem destaque no tocante a esta disposição legal. O primeiro se situa no fato de que o intuito de criar um órgão jurisdicional com competência funcional para o exame admissão da prova é o de evitar a contaminação do Juiz Natural afeto ao julgamento da causa, através do enfrentamento da matéria relativa à produção probatória.

Assim, o órgão jurisdicional monocrático ou colegiado com competência exclusiva asseguraria com mais objetividade a paridade de tratamento e a isonomia na avaliação da necessidade de invasão da esfera de privacidade estatal, retirando do juiz da causa a possibilidade de uma avaliação subjetiva e desigual em relação a outros casos análogos.

O segundo ponto consiste no fato de que a instituição de um órgão jurisdicional com competência funcional para decisão desta questão permite uma maior segurança ao jurisdicionado, a partir da premissa de que o Poder Judiciário seria o único capaz de analisar a conveniência da produção probatória independentemente de influências políticas ou metajurídicas, ou quaisquer outros fatores que possam pressionar o funcionário público a acobertar-se no segredo de Estado para omitir o cumprimento do seu dever de colaboração com o Poder Judiciário.

Apesar de se tratar de novidade no direito brasileiro, nota-se que o direito espanhol, por meio do art. 332 da Ley de Enjuiciamiento Civil já contempla igual mecanismo¹⁸², determinando aos tribunais a avaliação quanto a possibilidade de utilização de uma prova que figure em poder do Estado.

¹⁸² “Una vez más, sin embargo, se producen lagunas en torno al desarrollo procedimental. Lo que obliga a remitirnos a las otras modalidades de exhibición documental para llegar a La consideración de que estas entidades oficiales pueden negarse a la exhibición, expresando los motivos que crean convenientes (la no disposición del documento, el carácter reservado del mismo, etc.), siendo el tribunal quien decida si se trata de um motivos justificados o no. Se establecen eventuales causas de oposición como la reserva o secreto, dirigiendo la entidad pública al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter. Resulta

O mesmo também já ocorre no direito francês, onde se estabelece a figura de uma autoridade independente para avaliação da requisição judicial de determinada informação, levando em consideração a possibilidade ou não de seu cumprimento¹⁸³.

Nota-se que o projeto leva em consideração as provas atinentes ao segredo de Estado não apenas quando a Fazenda Pública é parte da relação processual, mas também quando é terceira, uma vez que a obtenção de tal informação, cuja avaliação ficará a cargo do órgão colegiado, pode ser necessária ao acesso ao direito subjetivo de uma das partes.

adecuada esta formulación puesto que así el juez dispondrá de razones suficientes para requerir o no la exhibición.” (PUIGVERT, Sílvia Pereira. *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*. Navarra: Editorial Arazandi, 2013, p. 142).

¹⁸³ Neste sentido, conferir: GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 138.

Capítulo VI - Procedimento Probatório Extrajudicial

José Aurélio de Araujo

1. *Introdução.* Trabalhos de pesquisa e análise da legislação nacional e estrangeira impuseram a necessidade de se repensar, em alguma medida, o procedimento probatório. Com efeito, é inconteste o quanto a ineficiência do rito pode ser prejudicial à função epistêmica do processo¹⁸⁴ que pretende prestar jurisdição de qualidade a partir da busca da verdade.

Para os que vivem, como nós, entre as desventuras do magro e pueril procedimento dos juizados especiais e o fragmentário e preclusivo procedimento comum, esta necessidade é premente. O procedimento fragmentado transforma o processo em jogo¹⁸⁵, no qual as partes, em vez de atuarem com boa-fé, em cooperação na busca da verdade, veem-se, ao contrário, a maquinar estratégias, a praticar atos simulados, a esconder provas e a dizer meias palavras. Indispensável, portanto, que o procedimento probatório permita às partes, o quanto antes, o conhecimento das alegações e das provas recíprocas, método que o direito processual inglês consagrou com a expressão: *cards on the table approach*¹⁸⁶.

O anteprojeto, construído a partir dos princípios da busca da verdade e do direito à obtenção da prova, não poderia prescindir da indicação dos instrumentos considerados hábeis à consecução desses princípios. Não tem, à evidência, ambição de propor a alteração de todo procedimento comum ordinário, o que redundaria em inevitável desvio de sua finalidade. Mas, diante do obsoleto rito comum que atualmente governa a atividade probatória, impõe-se, *prima facie*, a necessidade de se fazerem escolhas

¹⁸⁴ TARUFFO, Michele. *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Editori Laterza, 2009. pp. 135-193.

¹⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. Il processo come gioco, In: *Opere Giuridiche*. Nápoli: Morano, 1983. v. I, pp. 536-562.

¹⁸⁶ ZUCKERMAN, Adrian. Learning the facts – discovery, In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (coords.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007. p. 208.

importantes que respondam aos princípios da boa-fé processual, da oralidade e, principalmente, da cooperação entre as partes e o juiz.

Entre estas escolhas, destacam-se duas de natureza estrutural. Primeiramente, é proposta a criação de procedimento probatório extrajudicial, pré-processual, dirigido pelas partes e por seus advogados, iniciado independentemente da exigência de *periculum in mora*. Como se vê do artigo 29 do anteprojeto, este procedimento probatório tem por objetivos: 1) a solução dos conflitos pelas partes fora da esfera do judiciário, 2) o conhecimento mais célere das alegações e provas detidas por cada uma das partes, o que as possibilitará avaliar de forma mais rápida as chances de sucesso ou de fracasso; e 3) a melhor preparação do processo, caso venha a ser instaurado.

Inspirado na *discovery* pré-processual norte-americana – instituto que vem influenciando reformas em diversos outros sistemas processuais, como o francês, o alemão e o italiano¹⁸⁷ –, o procedimento extrajudicial tem por objetivo propiciar a modificação da cultura judiciária brasileira de *judicialização* compulsiva dos litígios, sem que as partes tenham feito a avaliação séria de suas reais condições de sucesso ou de fracasso, aumentando a participação e a responsabilidade dos advogados e das instituições na solução dos conflitos antes do processo.

Poder-se-ia, é verdade, argumentar ser despicienda a normatização de procedimento que se baseia no exercício de vontade eminentemente privada, que pode ser iniciado e conduzido pelas partes sobre as bases legislativas atuais¹⁸⁸. Todavia, a finalidade do anteprojeto - de induzir à solução conciliada e de melhor preparar o futuro processo - agrega-lhe interesse público na melhor administração da justiça, o que, por si só, justifica sua criação. O procedimento projetado qualifica e facilita a cognição do futuro processo, caso este se torne inevitável¹⁸⁹.

¹⁸⁷ TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012. pp. 329-333.

¹⁸⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁸⁹ “Um lançar de olhos para o sistema da *common law* pode-nos esclarecer que essa limitação cognitiva, se relevante, poderia ser remediada por vários meios, entre os quais um procedimento investigatório preliminar, como a *discovery* ou *disclosure*, respectivamente do direito americano e do direito inglês.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II, p. 114-115)

Outra escolha importante foi definir para o procedimento judicial o modelo bifásico, mais adequado e eficiente¹⁹⁰, pois possui fase preparatória¹⁹¹ clara e definida, direcionada à identificação compartilhada entre o juiz e as partes do *thema decidendum* e, com maior precisão, do *thema probandum* – a ser desenvolvido na fase seguinte de produção da prova –, além de propiciar a adoção do calendário processual.

A experiência do direito comparado tem mostrado que o processo organizado em duas fases¹⁹² possibilita a melhor compreensão dos contornos do litígio e facilita a definição do que se quer ver provado, maximizando a atividade na fase instrutória e afastando-se do ir e vir que a atual fragmentação possibilita.

Na realidade, o objetivo do anteprojeto nestes Capítulos não se limita tão somente a propor aprimoramento legislativo, mas propiciar, por meio da lei, mudança cultural¹⁹³, qual seja: maior atuação dos indivíduos e das instituições na solução dos seus próprios conflitos, o que, seguramente, ajudará a pôr fim ou minimizar substancialmente a inércia burocrática de advogados, promotores, defensores e procuradores que, a qualquer problema, lançam mão automaticamente da petição inicial... e o Judiciário que resolva !!!

¹⁹⁰ “A primeira providência seria a instauração de um procedimento ordinário verdadeiramente bifásico, tal como adotado recentemente na Espanha e na Finlândia, caracterizado pela criação de dois momentos decisórios culminantes, a audiência preliminar e a audiência final de instrução e julgamento, e a eliminação mais extensa possível da fragmentação do procedimento em uma série infundável de decisões intermediárias. A preparação da primeira seria antecedida dos articulados de ambas as partes, a complementação do contraditório em relação às defesas indiretas arguidas pelo réu e a proposição em concreto pelas partes das provas que pretendem produzir, apontando os fatos cuja demonstração com elas pretendem obter, de tal modo que o juiz na primeira audiência, com a colaboração das partes, caso frustrada a conciliação, fixe as questões de fato e de direito que devam ser objeto da decisão final, esclarecendo com elas eventuais dúvidas, e determinando então as provas a serem produzidas e a sequência dos atos a ser adotada” (GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. In: *Processo Civil – estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, ed. Atlas, São Paulo, 2012, pp. 273-308).

¹⁹¹ De acordo com BEATRICE FICCARELLI “Il punto delicato dell’organizzazione di qualsivoglia modello processuale consiste nella disciplina della sua ‘fase preparatoria’. È ben noto, infatti, che il processo, in tanto può svolgersi in modo rapido ed ordinato, in quanto la trattazione iniziale induca le parti ed il giudice a fissare, in modo tendenzialmente definitivo, i fatti e le questioni controverse, eliminando tutto ciò che non costituisce oggetto di reale conflitto.” (FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 11).

¹⁹² “La tendenza evolutiva dei sistemi processuali contemporanei va verso l’adozione di uno schema procedimentale a due fasi, l’una destinata alla preparazione (ed eventuale risoluzione anticipata della causa), l’altra destinata all’assunzione delle prove e alla decisione.” (TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 321).

¹⁹³ CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*. New York: New York University Press, 2005.

2. *Procedimento probatório extrajudicial*. Trata-se de procedimento probatório instaurado fora do Judiciário, independente do requisito da urgência (parágrafo 1º do artigo 29), a partir do momento em que surgirem meras desavenças ou efetivos conflitos entre partes de uma relação jurídica, com o objetivo de propiciar célere troca de alegações e de provas entre elas, possibilitando a compreensão dos fatos, da sua extensão e da forma para solucionar o conflito o mais breve possível.

O procedimento instaura-se independentemente de processo judicial, mas poderá servir à delimitação do conflito para futuro processo se este sobrevier, ou ser instaurado entre as partes de um processo em andamento, paralelamente a este, permitindo que as partes tenham a oportunidade de trocar informações e provas fora da esfera do judiciário e alcançar, principalmente, a solução conciliada do conflito.

O interesse da administração da justiça no procedimento probatório extrajudicial está em viabilizar o diálogo e a cooperação na solução do conflito, sem a necessidade de comprovação de outros requisitos: basta a pretensão de ver esclarecidos um ou mais fatos.

Para tanto, o *caput* do artigo 29 não deixa dúvidas quanto ao conteúdo do procedimento: "a definição precisa dos fatos, a identificação e a revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam".

O sistema, baseado no dever de cooperação e na boa fé (artigos 5º, 6º e 7º do anteprojeto), procura permitir que os envolvidos obtenham o quanto antes, mediante a troca direta de informações e provas, a real e global noção da extensão do conflito e de suas chances de vitória ou de capitulação.

O artigo 29, então, enumera os objetivos a serem perseguidos com o procedimento probatório pré-processual¹⁹⁴: 1) a troca de informações e esclarecimentos

¹⁹⁴ Conforme consta das Practice Directions – Pre-action Conduct inglesas: “SECTION I – INTRODUCTION. 1. Aims. The aims of this Practice Directions are to – (1) enable parties to settle the issue between them without the need to start proceedings (that is, a court claim); and (2) support the efficient management by the court and the parties of proceedings that cannot be avoided. 1.2 These aims are to be achieved by encouraging the parties to – (1) exchange information about the issue, and (2) consider using a form of Alternative Dispute Resolution (‘ADR’).” Disponível no sítio

dos fatos o quanto antes entre as partes; 2) a rápida solução negociada; e 3) a preparação mais consistente da demanda judicial, caso se inicie o processo.

Ciente da limitação de suas pretensões – ou mesmo da ausência de pretensão ou de interesse –, aquele litigante recalcitrante e precipitado poderá, com o novo procedimento, sopesar, de maneira mais ágil, os prejuízos que poderá sofrer com a instauração, o andamento e o julgamento de futuro processo judicial, ou mesmo de processo em curso, sentindo-se motivado a propor ou aceitar, conscientemente, a solução negociada¹⁹⁵.

O terceiro objetivo – contribuir para a eficiente gestão do processo quando ele não puder ser evitado – reside na evidência de que a troca antecipada de informações e de provas entre as partes facilitará a administração do futuro processo ao produzir melhor compreensão acerca da posição das partes no conflito, da delimitação do objeto litigioso, das provas que ainda precisarão ser produzidas, da possibilidade ou da impossibilidade de acordo, o que gera, em síntese, uma cognição judicial mais adequada. Este objetivo vincula-se ao cumprimento do dever de cooperação das partes com a administração da justiça.

Salienta-se, que o procedimento não substituirá os atos processuais a serem produzidos perante o juiz, mas poderá evitar os desnecessários e acelerar a prática dos necessários, alcançando os fins pretendidos pelo princípio da duração razoável do processo e da economia dos custos da administração da justiça, facilitando a função epistêmica do futuro processo.

Apesar de possuir natureza não judicial e de ser produto da vontade das partes, o procedimento proposto responde ao interesse público na maior eficiência e efetividade

<www.justice.gov.uk;courts;procedure-rules;civil;rules;pd_pre-action_conduct#IDAZZ2S>, em 30 jan. 2012. No mesmo sentido ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*, ed. Springer, London, 2012. p. 64 e FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 97.

¹⁹⁵ Acerca do fenômeno no processo moderno europeu, NICOLÒ TROCKER: “Dicevo della tendenza degli ordinamenti processuali moderni a prefigurare forme di preliminare *discovery* e di facilitare scambio di ‘informazione’ tra le parti in fase pre-processuale anche per promuovere la composizione stragiudiziale delle liti.” (TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 333).

da prestação jurisdicional. Portanto, é de interesse da administração da justiça que as partes procurem adotar o procedimento extrajudicial, evitando-se demandas imaturas sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 39, § 4º).

Em cumprimento ao dever de cooperação e ao princípio da duração razoável do processo, agrega-se ao interesse processual a necessidade dos envolvidos tomarem extrajudicialmente conhecimento do conflito, dos fatos e das provas que os cercam, bem como, de buscarem solução negociada, exercitando de forma responsável o seu direito de acesso à justiça.

A eventual extinção do processo judicial pela ausência do procedimento prévio (§ 4º) se justifica, pela necessidade de que o ingresso em juízo se revista de preciso delineamento dos fatos e da proposição consistente das provas correspondentes, o que tem sido dispensado frequentemente pelo judiciário, não obstante as exigências da lei (artigos 282, 283 e 286 do CPC), justamente pela ausência de um procedimento preparatório adequado que facilite essas definições. Saliente-se que esse tipo de exigência já vem sendo imposta em alguns sistemas estrangeiros, como, por exemplo, com a previsão da mediação prévia, adotada na Diretiva europeia 2008/52/CE da União Europeia, na lei francesa 2011-525 de 17 de maio de 2011 e no Decreto-legislativo italiano chamado "*Decreto del Fare*". A solução projetada é mais completa, pois, além de evitar o futuro processo quando redundar em transação, como busca a mediação, qualifica-o se a judicialização se mostrar inevitável.

A proposta avança, ademais, sobre espaço *in albis* da falta de regulamentação dos procedimentos administrativos preparatórios de ações coletivas (§ 3º), jogando a luz do contraditório e da ampla defesa sobre ritos tradicionalmente unilaterais, sigilosos e autoritários, como os inquéritos civis públicos e seus congêneres.

Também seguirão o procedimento probatório extrajudicial como regra geral, os conflitos que digam respeito ao Poder Público, favorecendo o direito constitucional à informação. Mais uma vez o anteprojeto desafia a cultura antidemocrática, ainda arraigada em muitas das nossas instituições.

Quanto aos meios de prova, foi dado amplo alcance e aplicação ao procedimento, facultando a sua ampla utilização. A perícia prévia, por exemplo, foi amplamente estimulada em época recente pelo direito italiano, com a *Novella* de 2005 que inseriu no Código de Processo Civil o artigo 696-*bis*, normatizando a *consulenza tecnica preventiva*¹⁹⁶ sem o requisito da urgência. Seria medida importante, por exemplo, para a solução dos conflitos entre condôminos e condomínio em caso de vazamentos ou outros danos causados de uma unidade para outra, ou da área comum para uma unidade, a fim de identificar *initio litis* a responsabilidade e a extensão dos danos ou até mesmo a legitimidade passiva *ad causam*.

Em termos ritualísticos cabe destacar que a regra geral para a comunicação do início da fase pré-processual será a carta registrada (art. 34), caso outro meio não tenha sido acordado pelas partes no contrato que originariamente regula sua relação jurídica.

Dispensável, por fim, a assistência por advogado apesar de o novo procedimento constituir-se novo e amplo campo para a sua atuação através da substituição da jurisdição.

3. *Relação entre o procedimento probatório extrajudicial e o judicial.* Para que o novo mecanismo possa ter êxito, com a sincera colaboração das partes no esclarecimento prévio das suas divergências, é preciso desfazer quaisquer temores de que as suas declarações nessa fase possam vir a ser utilizadas em seu prejuízo num futuro processo judicial (art. 38). As partes devem agir de forma livre para restabelecimento e aprimoramento da relação existente entre ambas. Relações negociais complexas entre empresas e relações familiares delicadas são exemplos de conflitos cujo conteúdo propicia esclarecimento mais adequado na troca de informações diretamente entre os próprios interessados, para não enfrentarem a publicidade do processo judicial.

O princípio, portanto, que rege a relação entre ambas as *instâncias*, a extrajudicial e a judicial, é o da autonomia.

¹⁹⁶ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 96.

As partes devem ser motivadas a agir livremente, aproveitando-se no processo subsequente ou em curso das provas produzidas nesta fase de acordo com sua própria vontade, preservando a sua a liberdade de processualizar aquilo que considerarem relevante e adequado (artigos 39 e 44, § 2º), que será livremente apreciado pelo juiz (artigos 17 e 39).

Por outro lado, a norma do inciso V do artigo 33 - que insere regras de rito - é de vital importância para o sistema, pois cria vínculo entre as fases extrajudicial e a processual, incentivando a opção pelo novo procedimento e fortalecendo o dever de cooperar, a boa-fé na relação pré-processual e o contraditório. A norma determina que a recusa imotivada pelo requerido em cooperar com o procedimento poderá ser interpretada em processo futuro em seu desfavor, imputando-se-lhe as penas dos §§ 1º e 3º a 5º do artigo 6º.

Aquele que recebe a inicial deste procedimento pode abster-se de apresentar resposta, mas esta omissão poderá determinar a intervenção do juiz para assegurar os esclarecimentos solicitados (art. 37) e será avaliada pelo juiz no eventual futuro processo como violação do dever de cooperação (art. 6º), pois a abstenção infundada, retira a possibilidade de consecução dos objetivos do procedimento – troca de informações, conciliação e preparação do futuro processo – e prejudicando a celeridade da prestação jurisdicional e a qualidade da cognição no processo subsequente.

4. *Hipóteses de intervenção judicial.* O procedimento probatório extrajudicial inicia-se por vontade das partes e na extensão cognitiva que estas determinarem (artigo 41), mas poderá contar com a intervenção pontual do juiz para a proteção do direito à prova nas seguintes hipóteses: 1) pedido judicial do requerido para limitar a apresentação das provas requeridas (artigo 36); 2) pedido de “busca e apreensão de documentos ou coisas de que prove a existência” (artigo 37) nos casos de ausência de resposta, prova de insinceridade da resposta ou prova da sua falta de consistência; 3) pedido de produção de provas contra terceiros (artigo 40, parágrafo único); 4) para obtenção do benefício da gratuidade (artigo 42, § 2º); e 5) para o arbitramento judicial das despesas (artigo 42, § 4º).

A primeira hipótese de intervenção judicial está prevista no artigo 36, para a tutela do direito da parte requerida de abster-se de fornecer documentos quando o pedido for desnecessário, custoso ou afligir as limitações probatórias fundadas nos direitos fundamentais ou na segurança do Estado e da sociedade. A limitação pode ser imposta, ainda, quando as provas já tiverem sido deduzidas em processo judicial anterior.

A norma do artigo 37 é outra exceção à independência da instância privada, autorizando que o juiz zele pela cooperação entre as partes. Assim, se uma das prováveis partes se recusa a colaborar, não respondendo, respondendo de maneira insincera ou inconsistente, o *ex adversus* poderá requerer judicialmente a busca e apreensão de documentos ou coisas. Por outro lado, ao exigir que o requerente indique o documento ou coisa, provando a sua existência, e os fatos que pretende demonstrar, a norma protege o requerido do risco de sofrer a *fishing expedition*¹⁹⁷, ou seja, a prospeção investigatória e invasiva em seu patrimônio ou aos seus registros.

Como o procedimento extrajudicial autoriza a obtenção de provas que estejam porventura na posse de terceiros, poderão as partes solicitá-los diretamente ou utilizar-se da medida judicial de exibição prevista na disciplina da prova documental (artigo 40, parágrafo único).

A possibilidade de utilização do procedimento pelos beneficiários da gratuidade de justiça também pode gerar a intervenção judicial (artigo 42, § 2º), caso haja a necessidade de custeio de prova por aquele que não detém as condições financeiras para fazê-lo.

Por fim, também a divergência entre as partes acerca do dever de custear as despesas do procedimento ou da produção de provas pode ser arbitrada pelo Judiciário.

¹⁹⁷ ZUCKERMAN, Adrian. Learning the facts – discovery. In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF Helen (coords.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007, pp. 224, 238 e 260.

O procedimento projetado não exclui ou condiciona, como não poderia deixar de ser, as medidas cautelares probatórias, o que constituiria evidente limitação à inafastabilidade de jurisdição (artigo 43).

5. *Convenções coletivas.* A experiência internacional dos *pre-actions protocols*¹⁹⁸ ingleses e dos *protocolli*¹⁹⁹ italianos e a vivência nacional das convenções coletivas trabalhistas e de consumo, têm demonstrado que a celebração de acordos entre entidades que detêm representatividade efetiva de grupos sociais ou categorias, participantes de relações de direito material que geram relevante litigiosidade ou litigiosidade de massa - destinadas a regular procedimentos *ante causam* para a solução de conflitos ou mesmo de condições para a propositura das ações -, produzem efeitos positivos à administração da justiça.

A celebração destes protocolos valoriza a participação democrática das instituições na formulação de regras e procedimentos extrajudiciais e mesmo processuais, para a solução consensual dos conflitos ou para a propositura das futuras ações, onde seja possível homogeneizar condutas, práticas e requisitos, incentivando, enfim, a participação social na administração dos seus próprios conflitos e, portanto, na própria administração da justiça.

¹⁹⁸ Assim, na Inglaterra: "The CPR (1998) system introduced a set of 'pre-action protocols' which prescribe 'obligations' which the prospective parties and their legal representatives must satisfy before commencing formal proceedings. (...) Pre-action protocols are intended to promote efficient exchange of information between the prospective parties, including pre-action disclosure of 'essential' documents held by each side." (ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*, ed. Springer, London, 2012. p. 64). Na visão de FICCARRELLI "Come abbiamo avuto modo di illustrare, una delle novità più interessanti della *Woolf Reform* è stata l'introduzione dei 'Pre-action Protocols' e con essi la predisposizione di una disciplina specifica per la fase pre-processuale destinata alle trattative o alle negoziazioni *ante causam*. L'Inghilterra è il primo Stato moderno ad aver adottato questa scelta in modo coerente e sistematico (...) L'esperienza maturata in questo campo è stata largamente positiva. I dati che risultano da specifiche indagini empiriche confermano che il preliminare esperimento della procedura disciplinata dai 'Pre-action protocols' - assistita e, se necessario, rafforzata dalla c.d. 'pre-action disclosure' - è stato un successo." (FICCARRELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 132).

¹⁹⁹ Na Itália os Protocolos foram criados pelos vários Observatórios da Justiça a partir da experiência positiva da "*Prassi Comune*" de Bolonha entre os advogados e os magistrados, expandido-a para diversas províncias e comunas, como Salerno, Reggio Calabria, Milão, Roma, Rovereto, Florença, Genova, Verona e Napoli. (BREGGIA, Luciana. *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i protocolli: l'autoriforma possibile*. In: *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*. coord. VELI, Giovanni Berti Arnoaldi. Bolonha: Società editrice il Mulino. 2011. p. 50).

As convenções coletivas têm a finalidade de definir condições e cláusulas que possam evitar a judicialização ou facilitar o andamento processual, se inevitável a demanda. Assim é possível, por exemplo, definir prévia e convencionalmente, em certos tipos de litígios, as questões de fato e de direito mais importantes e as provas mais relevantes, os limites de indenizações e os respectivos critérios de cálculo, os documentos e informações que deveriam as partes fornecer uma à outra e até o procedimento extrajudicial mais adequado para equacioná-los.

As instituições públicas, como os tribunais, a Ordem dos Advogados, o Ministério Público e a Defensoria Pública são exortados a se transformarem em catalizadores da celebração dessas convenções, contribuindo para a criação de uma rede de compromissos entranhada nos diversos grupos que compõem a sociedade civil, para que as eventuais divergências entre os seus integrantes sejam resolvidos por mecanismos consensuais, o que contribuirá positivamente para a harmonização dos interesses em conflito e a conseqüente paz social.

Há exemplos atuais bastante fecundos dessa integração solidária dos grupos sociais que normalmente protagonizam as causas judiciais, junto aos próprios órgãos jurisdicionais, na definição de regras de convivência que não eliminam a litigiosidade, mas aperfeiçoam o seu equacionamento em benefício da preservação de interesses comuns mais relevantes.

Como se pode observar da leitura do dispositivo do artigo 32, as convenções poderão tratar tanto de matéria meramente procedimental ou organizacional, pré-processual, como de matéria processual - como condições da ação e documentos obrigatórios à sua propositura - em geral reservada à competência legal, delegadas, então, nesta norma, ao espaço convencional.

A norma proposta suscita, portanto, questões acerca da natureza da *praxis* forense como fonte do direito processual - de modo a compreendermos que espaço pode ser regulado pelas convenções -, e do grau de coercibilidade destas *normas* diante do princípio da legalidade.

A Itália tem dado um exemplo fecundo na construção desse novo caminho com as instâncias de diálogo instauradas junto aos tribunais judiciais, por meio dos chamados *Observatórios da Justiça Civil*²⁰⁰. Os *Protocolli*, celebrados no âmbito desses Observatórios, regulam matéria que se encontra no espaço deixado sem normatização pela lei: *spazi bianchi*. São normas heterônomas²⁰¹ de eficácia persuasiva, incentivadoras de práticas forenses virtuosas, procedimentais ou meramente organizacionais, criadas em conjunto pelos grupos envolvidos - *regole condivise*²⁰² - para facilitar o andamento processual.

O encontro de magistrados, advogados, chefes de secretarias e professores universitários nos vários Observatórios de cada localidade, produzem a *codificação* das práticas virtuosas, respeitando a lei processual e dando à prática valor de fonte do direito processual²⁰³.

A partir da flexibilização procedimental este espaço tem se expandido deveras no Direito processual italiano, notadamente após a inserção do artigo 702-*bis* do CPC que criou, em 2009, o procedimento sumário, cuja característica primordial é a instrução *desformalizada*²⁰⁴.

²⁰⁰ CAPONI, Remo. L'Attività degli Osservatori sulla Giustizia Civile nel Sistema delle Fonti Del Diritto. In: *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*. VELI, Giovanni Berti Arnoaldi (coord.). Bologna: Società editrice il Mulino, 2011, pp. 57-64.

²⁰¹ BREGGIA, Luciana. Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i protocolli: l'autoriforma possibile. In: *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*. VELI, Giovanni Berti Arnoaldi (coord.). Bologna: Società editrice il Mulino, 2011, p. 51.

²⁰² O maior exemplo é o Protocolo do Observatório de Bolonha de 23 de dezembro de 2009, que regula o melhor funcionamento das audiências dos artigos 180, 183 e 184 do c.p.c. italiano, não satisfatoriamente detalhado pela lei. O Protocolo regula, por exemplo, a organização da agenda do juízo - horários e a realização de audiências sobre a mesma matéria no mesmo dia -, a obrigação de juízes e advogados de comparecerem às audiências conhecendo o processo, o incentivo ao comparecimento pontual para evitar atrasos, a promoção do contato telefônico com o advogado faltante à audiência para informar se comparecerá, etc. (BREGGIA, Luciana. Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i protocolli: l'autoriforma possibile. In: *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*. VELI, Giovanni Berti Arnoaldi (coord.). Bologna: Società editrice il Mulino, 2011, p. 51).

²⁰³ CAPONI, Remo. L'Attività degli Osservatori sulla Giustizia Civile nel Sistema delle Fonti Del Diritto. In: *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*. VELI, Giovanni Berti Arnoaldi (coord.). Bologna: Società editrice il Mulino, 2011, pp. 62-64

²⁰⁴ ARAUJO, José Aurélio de. BODART, Bruno Vinícius da Rós. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de Direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz et al. (Org.). *O Novo Processo Civil Brasileiro – direito em perspectiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp. 25-70.

O acordo sobre as boas práticas e sua *codificação* fazem o caminho em direção à legalidade ao legitimarem, com a participação dos envolvidos, a lei que integram em respeito imediato ao princípio da Democracia.

Inspirado nesse modelo, que poderá delinear-se no futuro, contenta-se o anteprojeto em prever e incentivar a adoção de instrumentos convencionais para o procedimento extrajudicial. É um primeiro passo, porque esse procedimento tem por um dos objetivos a preparação de possível demanda futura. Assim, a convencionalidade proposta de qualquer modo terá em vista sempre a possibilidade, que não é remota, de uma subsequente causa judicial. Quanto à eficácia das normas coletivas, o sistema projetado, apesar de também adequar-se às considerações anteriores, se aproxima mais do modelo inglês vinculativo e impositivo do que do modelo persuasivo italiano.

As *practice directions*, apesar de não constituírem condições para a proposição ou prosseguimento da ação, podem gerar, caso descumpridas, sanções a serem aplicadas pelo juiz no *case management* (*Rules 3.1 (4) e (5) e 3.9 (1) (e)* das *Civil Procedural Rules*) ou quando da distribuição das despesas (*Rule 44.3 (5) (a)*)²⁰⁵.

A fase extrajudicial é, portanto, um ônus a ser cumprido pelas partes para reduzir a quantidade de processos, mediante a solução conciliada dos conflitos, ou para melhorar a qualidade destes, através do incremento qualitativo da cognição.

Observe-se, no entanto, que se excetua da liberdade convencional a possibilidade de derrogação do conteúdo do procedimento extrajudicial previsto no artigo 29 ("definição precisa dos fatos, a identificação e a revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam"), da regra atinente a não extensão para a esfera judicial posterior das escusas ao direito de produzir prova (artigo 36, parágrafo único), e das possíveis hipóteses de intervenção judicial, previstas nos artigos 36, 37, 40, parágrafo único e 42, §§ 2º e 4º.

²⁰⁵ São considerados como inadimplemento aos *pre-action protocols* quando a parte do futuro processo não tenha fornecido informações suficientes à outra ou não tenha cumprido disposições do Protocolo (FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 102).

6. *Regra de custeio e reflexo para a parte sucumbente do futuro processo.* O artigo 42 fixa regra geral de custeio, imputando o ônus à parte requerente da prova na fase pré-processual e, posteriormente, ao sucumbente no processo judicial, criando-se um dos vínculos funcionais entre as duas fases. É justo, evidentemente, que a parte que deu causa à violação do direito assuma os custos dispendidos pelo vencedor tanto no procedimento extrajudicial quanto no processo, para que o vencedor tenha o seu direito recomposto com a maior amplitude possível.

É de se notar também que, se o objetivo do rito extrajudicial é evitar a litigiosidade e favorecer o acesso à ordem jurídica justa, não poderia deixar de levar em conta os beneficiários da justiça gratuita. A Defensoria Pública deverá aparelhar-se, como instituição promotora do acesso à justiça aos hipossuficientes, para permitir o uso eficaz deste novo instrumento de solução extrajudicial dos conflitos, notadamente, para os casos que necessitem da prova pericial. À histórica vocação para a solução consensual dos conflitos devem somar-se condições materiais necessárias à consecução de seus fins, pois constituiria iníqua exceção ao direito de acesso à justiça que os economicamente frágeis fossem alijados da possibilidade de acesso ao procedimento probatório extrajudicial.

Assim, a Defensoria Pública deverá, na forma dos artigos 32 e 42 do anteprojeto, promover a criação de convenções coletivas e de fundos de custeio para atuar nesse novo ambiente de solução de conflitos de interesse, no patrocínio dos beneficiários da gratuidade de justiça (artigo 42, § 3º).

Se esta medida, no entanto, não se mostrar eficaz, o § 2º desse artigo 42, para salvaguardar os hipossuficientes, cria um procedimento de judicialização da gratuidade, viabilizando a produção da prova pericial, através do acesso a recursos dos fundos de custeio criados junto aos tribunais, destinados a tal fim. Já é tempo de aperfeiçoar a assistência aos pobres pela assunção pelos tribunais da responsabilidade por despesas que não podem ser imputadas ao adversário, nem podem ficar sem cobertura, sob pena de graves distorções que resultarão ou na impossibilidade de prática de atos relevantes ou na sua prática em condições bastante desvantajosas.

Capítulo VII – Procedimento Probatório Judicial

José Aurélio de Araujo

1. *O procedimento bifásico.* O anteprojeto optou pelo processo judicial de estrutura bifásica, o que significa, em síntese, a previsão de duas fases procedimentais distintas: primeiro a preparatória que objetiva a fixação em contraditório do *thema probandum* e do *thema decidendum* e a organização da instrução, e outra fase subsequente de produção de provas, apresentação de alegações finais e decisão.

A fase preparatória é dividida por sua vez entre a apresentação inicial dos articulados e a realização de uma audiência preliminar na qual as partes e o juiz formulam o calendário processual de acordo com a maior ou menor complexidade do objeto cognitivo. Assim, o procedimento tem como pilar, além do dever de cooperação (artigos 5º e 6º do anteprojeto), a adaptabilidade procedimental²⁰⁶.

A melhoria na função epistêmica que o anteprojeto pretende implementar - notadamente pela valorização da oralidade e do contraditório participativo - exigiu a alteração e revogação de alguns artigos do Código de Processo Civil que regulam o procedimento comum, além dos artigos que regulam a matéria acerca das provas²⁰⁷.

²⁰⁶ A adaptabilidade judicial do processo com a participação das partes só pode ser considerada legítima se atender às advertências da doutrina: “Já tive a oportunidade de sustentar que um procedimento legal, previsível e flexível constitui uma garantia fundamental do processo contemporâneo. O *case management system* propugna o planejamento do processo pelo juiz, com a colaboração das partes e dos advogados, definindo as suas etapas para predeterminar o seu fim, mas não exclui a legalidade do procedimento, propondo apenas regras legais menos detalhadas, que abram espaço à flexibilização, a fim de que o juiz possa disciplinar a marcha do processo do modo mais adequado a atingir a meta da solução do litígio com justiça, eficiência e celeridade. O desvirtuamento do espírito do *case management system* se dissemina no Judiciário, criando a coqueluche da eficiência, que atrai o interesse dos especialistas em gestão pública e empresarial, e passa a influenciar a definição de supostos parâmetros de qualidade a serem uniformemente adotados, criados a partir da visão dos próprios juizes, sem a consulta e a colaboração dos jurisdicionados e dos advogados. Os certificados ISO 9.000 são ostentados em certos cartórios do Rio de Janeiro como atestados de qualidade da prestação jurisdicional, mas ninguém perguntou aos jurisdicionados o que eles acham da justiça que lhes é prestada. As supostas metas de qualidade são também impostas pelo Conselho Nacional de Justiça com resultados desastrosos, como o cerceamento do direito de defesa ou a interdição de produção de provas já deferidas. Esvaziam-se as prateleiras e são atingidas metas exclusivamente quantitativas, apontadas como sintomáticas da melhoria da qualidade da administração da Justiça. Já comentamos esse desvirtuamento em linhas acima.” (GRECO, Leonardo. Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual. In: *Processo Civil – estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, São Paulo: Atlas, 2012, pp. 273-308).

²⁰⁷ V. os artigos do título III do anteprojeto sobre disposições finais e transitórias.

2. *Articulados e propositura de provas.* A fase preparatória foi estruturada de forma a evitar que uma parte surpreenda a outra em um jogo de sombras, táticas e ocultações, respondendo ao princípio *the cards on the table approach*. Para tanto as partes devem apresentar o quanto antes, nos seus articulados prévios, as “armas” que possuem e pretendem utilizar: enunciados descritivos, provas documentais e a indicação das outras que pretendem produzir.

Permite-se, ainda, a vista recíproca e antecipada dos articulados prévios - inicial, contestação e respectivas réplicas - para a adequada preparação e participação de todos na audiência preliminar. É uma estrutura processual que exige a *correttezza*²⁰⁸ das partes e a atividade colaborativa de todos no contraditório participativo: depende, portanto, mais dos homens do que da lei.

Como expressão do princípio da concentração, o anteprojeto suprime as várias formas de oferecimento das diversas defesas, facultando ao réu trazê-las em uma única peça, na contestação, salvo as exceções de impedimento e suspeição do juiz que, por constituir pressuposto de validade de apreciação de todas as outras e por estar o seu julgamento afeto a órgão jurisdicional diverso – o tribunal pelo juízo *ad quem* -, exigem peça autônoma.

Conhecedores das proposições discursivas e probatórias dos seus adversários, as partes chegarão à audiência preliminar em posição de igualdade quanto ao conhecimento da extensão da controvérsia e em condições ideais para avaliar suas posições no litígio e a possibilidade de acordo²⁰⁹.

²⁰⁸ A doutrina italiana trata como princípios gerais de direito a correção e a boa fé que podem estar relacionados ao direito material - como nos artigos 1175 e 1365 do Código Civil italiano, que indicam a obrigatoriedade de conduzir-se com boa-fé nas relações creditícias, por exemplo - ou no direito processual, como vedação ao abuso na prática de atos processuais. É, assim, traduzido para o nosso processo como princípio geral de boa fé. Sobre o tema COMOGLIO, Luigi Paolo. Abuso del processo e garanzie costituzional. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 2008. pp. 319-354.

²⁰⁹ “É da essência do processo bifásico que nenhuma das partes seja surpreendida na audiência final com uma prova cujo conteúdo não tenha podido prever, o que comumente ocorre com o arrolamento de testemunhas na véspera da audiência e a omissão pela parte que a arrola de qualquer informação sobre o fato que a testemunha assistiu e sobre o qual virá depor em juízo. Poder-se-ia prever que as partes, nos articulados, trouxessem desde logo, declarações escritas das testemunhas a serem ouvidas, o que permitiria avaliar com mais precisão a relevância e utilidade do seu depoimento e facultaria ao adversário preparar-se para a sua inquirição.” (GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do*

O modelo é muito aproximado daquele da *notificazione, costituzione e citazione* como *atti introduttivi* do processo comum ordinário italiano (dos artigos 163 ao 167 do Código de Processo Civil italiano)²¹⁰, e do rito ordinário alemão onde há previsão da realização o quanto antes da audiência preliminar (ZPO § 272, 3º parágrafo) e da necessidade de as partes terem conhecimento "tempestivamente" (ZPO § 278, 1º parágrafo) dos meios de ataque e de defesa da outra parte, antes da audiência, para que possam, assim, posicionar-se²¹¹. Também o novo Direito português repete, com suas próprias nuances, a mesma fórmula²¹².

O modelo proposto evita o letal fracionamento da fase inicial, ao vedar a remessa dos autos ao juiz antes da audiência preliminar para apreciação de requerimentos extemporâneos formulados pelas partes (artigo 48, § 5º). Em cumprimento à concentração, à oralidade e, portanto, ao contraditório, todos os pedidos serão apreciados pelo juiz junto com as partes na audiência preliminar, salvo evidentemente o pedido de antecipação de tutela e a intervenção de terceiro (artigo 47) em razão da urgência e da necessidade do juízo de admissibilidade da intervenção.

As provas são propostas tanto nos articulados iniciais - exordial e contestação, como de *lege lata* – quanto nos articulados posteriores (artigo 44), assim definidos

Garantismo Processual. In: *Processo Civil – estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, São Paulo: Atlas, 2012, pp. 273-308).

²¹⁰ COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni Sul Processo Civile, Il processo ordinario di cognizione*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. v. I, pp. 368-370.

²¹¹ “Oggi la disciplina del rito ordinario predisposta dalla ZPO tedesca consacra la non disponibilità degli aspetti di progressione del rito con disposizioni come il § 272, comma 3º, per cui 'l'udienza deve avere luogo il più presto possibile'; oppure il § 278, comma 1º secondo cui la parte deve far valere 'tempestivamente' i suoi mezzi di attacco e di difesa, nonché comunicare 'tempestivamente' alla controparte, prima dell'udienza, i mezzi di difesa sui quali è prevedibile che quest'ultima non possa prendere posizione senza previa informazione (§ 278, comma 2º, ZPO).” (TROCKER, Nicolò. La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo. In: *Il Giusto Processo Civile*. Milano: Scientifiche Italiane, 2012. Ano VII – n. 1/2012, p. 45).

²¹² O processo comum português é distribuído em quatro fases distintas: dos articulados, da contestação, da instrução e da discussão e julgamento. A primeira corresponde a este momento do procedimento bifásico proposto pelo projeto, para a alegação das matérias de fato e de direito e o requerimento dos meios de prova; entre petição inicial, contestação e réplica (artigos 147-I, 552, 203 e 572 e 584, do CPC português). A segunda, equivalente à audiência preliminar projetada, objetiva a identificação do objeto litigioso e a enumeração dos temas da prova, saneamento do processo e preparar as diligências probatórias (artigos 590, 220-1, 591, 595 e 596-1, do CPC português). A terceira é direcionada à instrução propriamente dita e a quarta, por fim, para debates e julgamento (FREITAS, José Lebre de. *A Ação Declaratória Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3. ed. Coimbra: editora Coimbra, set. 2013, pp. 29-32).

como os apresentados após a audiência preliminar, quando a prova se mostrar necessária e justificável de acordo com a regra do artigo 19.

Faculta-se, portanto, a proposição posterior de provas – além da audiência preliminar e até mesmo na fase recursal (artigo 19, § 1º) – considerando que a busca da verdade mitiga o caráter preclusivo da propositura, admissibilidade e produção probatória, só podendo ser negado o pedido de provas manifestamente inútil ou protelatório (artigo 9º, § 2º).

Os articulados prévios veiculam também os documentos, os depoimentos por escrito, previstos no artigo 108 do anteprojeto, como também, facultativamente, os atos probatórios produzidos em procedimento probatório extrajudicial (artigo 44, § 2º). A faculdade concedida às partes, de juntar o que desejarem do produto oriundo do procedimento extrajudicial, fortalece a liberdade de escolha das provas que considerarem pertinentes para o processo, cabendo lembrar que uma das finalidades daquele procedimento foi justamente a de possibilitar a "definição precisa dos fatos relevantes" e a "identificação e revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam", sob risco de extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 29, § 4º).

3. *A técnica de formulários.* Como os articulados veiculam não só os enunciados descritivos, mas também as provas documentais e, além disso, indicam com precisão as outras provas que as partes pretendem produzir, o § 5º, do artigo 44, passa a exigir como requisito da petição inicial formulários a serem padronizados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ (artigo 148), que contenham a indicação concisa dos fatos e do conteúdo previsto das provas correspondentes e a enumeração de toda a prova documental anexada.

A adoção dessa técnica pretende facilitar a definição entre as partes e o juiz do *thema decidendum* e do *thema probandum*, descrevendo-se objetivamente os fatos e as provas a estes relacionadas. O objetivo é impedir o pedido genérico e irresponsável de provas, sem justificativa e correspondência com os enunciados fáticos que a parte pretende demonstrar, o que subtrai do juiz a capacidade de avaliar a pertinência do

requerimento feito pela parte e, mais grave, de poder administrar e organizar o futuro desenvolvimento processual através do calendário. A regra se aplica não só aos articulados mas também a quaisquer outros requerimentos de produção de provas (artigo 44, § 7º), ressalvados aqueles que envolverem o risco de perecimento de direito.

Apesar de incomuns em nosso Direito, os formulários são parte de uma técnica muito utilizada no Direito comparado para padronizar atos processuais, como iniciais, testemunhos escritos e até mesmo decisões judiciais, dando-lhes objetividade, maximizando a eficiência processual e reduzindo a duração do processo. Semelhante regra é encontrada no artigo 244 do código italiano que determina a dedução por artigos dos fatos sobre os quais a testemunha vai depor²¹³.

As partes devem apresentar seus formulários nos articulados, mas se não o fizerem ou se estes necessitarem de retificação, a correção ou a complementação poderão realizar-se na audiência preliminar, como preceituado pelo inciso II do artigo 48. Se, no entanto, o juiz observar que a omissão do réu constitui manobra obstativa ou protelatória, poderá aplicar as penalidades do artigo 6º, notadamente com a imputação ao recalcitrante do dever de ressarcir a outra parte pelos danos causados à duração razoável do processo.

Para que o ônus da proposição precisa dos fatos e das provas e a apresentação dos formulários seja efetivamente cumprido, o anteprojeto impede que o juiz considere provados os fatos controvertidos ou defira a produção de provas, em favor da parte que não o tiver devidamente implementado (artigo 44, § 6º), salvo se a matéria disser respeito a direito indisponível.

4. *A audiência preliminar.* A audiência preliminar (artigo 48), momento culminante da fase preparatória, é regida pela oralidade e pelo contraditório participativo, para melhor compreensão e fixação da real extensão do litígio, de forma a propiciar de modo consistente a conciliação, o julgamento conforme o estado do processo ou desencadear

²¹³ "244. Modo di deduzione. La prova per testimoni deve essere dedotta mediante indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti, formulati in articoli separati, sui quali ciascuna di esse deve essere interrogati." (CONSOLO, Cláudio. *Codice di Procedura Civile commentato, Artt. 1 - 286*. Tomo I. 4. ed., Milão: IPSOA. 2010, p. 2504).

o início da segunda fase, objetivamente planejada para ensinar, sem desnecessários desvios ou retrocessos, a mais adequada prestação jurisdicional.

Para tanto, o anteprojeto robustece a audiência preliminar, determinando que o juiz, se frustrada a conciliação, em diálogo com as partes, desenvolva uma série de atividades, como: 1) ouvi-las sobre suas alegações, pedidos de provas e sobre as provas produzidas na fase extrajudicial, permitindo-lhes esclarecê-las, complementá-las ou emendá-las; 2) sanear o processo; 3) definir as questões de fato e de direito controvertidas que serão objeto da instrução e do futuro julgamento; 4) deferir as provas a serem produzidas; 5) distribuir o ônus probatório; e 6) fixar o calendário.

Em respeito à imediatidade, consectário da oralidade, e à exigência de que todas as decisões da audiência preliminar sejam tomadas com a estreita colaboração das partes, veda-se que o juiz relegue a despacho escrito a prolação de decisão sobre qualquer das questões pendentes, impondo-se a continuidade da audiência oral em dia próximo, quando não for possível num só dia praticar todos os atos a que ela se destina (artigo 48, § 9º).

Trata-se de momento decisivo para o prosseguimento do processo sobre bases firmes, o que somente será atingido caso os seus diversos atores tenham se preparado adequadamente para a sua realização.

Não se pode admitir que os advogados e o juiz compareçam à audiência sem terem conhecimento pleno de tudo o que se passou na fase preliminar. O procedimento preconizado visa a permitir que todos se preparem para essa audiência e, desse modo, estejam aptos a contribuir para que nela se pratiquem todos os atos para os quais se destina, o que reduzirá o seu tempo de duração, evitará o seu desdobramento, com novos custos e impedirá que o processo fique à deriva, como frequentemente tem ocorrido.

Para que efetivamente ocorra o esperado diálogo e o juiz tenha condições de tomar todas as decisões de forma segura, dando efetividade à audiência preliminar, terá ele vista dos autos com a anterioridade necessária (artigo 46, § 4º) para examinar o

processo e estudar as questões pendentes, propiciando-lhe conduzir o diálogo com as partes e os advogados na sessão oral com o maior proveito possível²¹⁴.

A audiência preliminar do processo bifásico não poderá repetir – sob pena de fracasso – a modorra e burocrática audiência preliminar da qual participamos todos os dias no foro, praticamente reduzida à pergunta sobre a possibilidade de acordo, não contando, na maioria das vezes, sequer com a presença do magistrado.

A experiência presente na qual as questões pretéritas não são seriamente enfrentadas no momento oportuno – pedidos e deferimentos genéricos de prova, saneamentos abstratos, tentativas de acordos insinceros, etc. –, deixando-se a sua solução para a sentença, produz um processo burocrático onde, anos depois, o juiz não vê outra escolha senão optar por uma sentença de improcedência por falta de provas ou ver-se obrigado a retornar às fases anteriores para produzir novas provas ou buscar outros esclarecimentos das partes.

Não sendo obtida a conciliação e caso a matéria controvertida não exija dilação probatória, o juiz deverá julgar diretamente o mérito na própria audiência preliminar, após o contraditório final. Esta hipótese descartaria *a priori* a necessidade de fixação do calendário mas, caso a complexidade da matéria de direito necessite e as partes concordarem, poderá ser fixado calendário unicamente para a entrega de memoriais e publicação da sentença (artigo 48, § 2º).

²¹⁴ Reconhecendo a necessidade de preparação do juiz para a *Case Management Conference*, audiência preparatória do processo inglês, como forma de redução dos custos, o *Review of Civil Litigation Costs - final report* de Lord RUPERT JACKSON prescreve: "3.15 The only effective way to control expert costs is by good case management. The suggestion made by the Bar Council and by a set of chambers set out in paragraph 3.3 above is a sensible one, but is only appropriate for cases where the sums at stake and the potential costs make the exercise worthwhile. If (a) the parties are prepared to spend money on a CMC, a large part of which will be devoted to determining the scope of expert evidence, (b) trial counsel attend that CMC well prepared and (c) the judge reads into the case properly first, then such an exercise will yield huge dividends. The judge will be able to make a focused order stating what expert evidence each party can call and upon what issues. The judge can also identify with precision any topics which require a single joint expert. If the judge makes a focused order of this nature, it will be much easier to resolve the conundrum identified by the PNBA in its submissions. It will be clear to the experts how far they must go and what ground they must cover.". Citando esta passagem BEATRICE FICCARELLI ratifica a necessidade dos advogados e do juiz se prepararem para a audiência preparatória como forma de redução dos custos processuais: "*A tal proposito, è stato rilevato che per ridurre in modo consistente le spese di lite è importante che gli avvocati si presentino all'incontro adeguatamente preparati e che il giudice abbia letto precedentemente gli atti ed i documenti della causa*" (FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 69).

Havendo necessidade de instrução, o procedimento vai caminhar *a posteriori* de acordo com a sequência de atos definida pelas partes e pelo juiz no calendário a partir dos critérios da urgência, da maior ou menor complexidade do objeto litigioso e da instrução probatória necessária, ou seja, do objeto da cognição.

5. *A clarificação e a mutatio libelli.* Para que a fase preparatória e a subsequente fase instrutória e decisória sejam bem sucedidas, o anteprojeto permite que na audiência preliminar as partes ajustem as suas postulações e defesa, assim como a proposição de provas e os correspondentes formulários. Dos próprios articulados, dos documentos produzidos, das provas requeridas, do ingresso de eventual terceiro ou do diálogo em audiência pode ter-se revelada a conveniência dessa correção de rumos. Abandona, assim, o anteprojeto, a rigidez da estabilização da demanda com a citação, adotando regra mais flexível, na linha do direito alemão (§§ 263 e 264 do Código de Processo Civil) e de autorizada doutrina²¹⁵.

Assim, o inciso II do artigo 48 preceitua que o juiz deverá dialogar com as partes para alcançar maiores esclarecimentos acerca do litígio e das provas trazidas naquela altura ou produzidas na fase préprocessual, propiciando até mesmo a *mutatio libelli* e a complementação do pedido de provas. Trata-se do poder/dever de clarificação das questões de fato e de direito, propiciando a correção de eventuais erros ou imprecisões na formulação dos petitórios iniciais e favorecendo a que a futura decisão final resolva o litígio tal como ele existe no mundo real, com o preciso delineamento de todas as questões a serem resolvidas, evitando que eventuais desajustes iniciais frustrem as partes quanto ao alcance da decisão por eles buscada ou as obriguem à propositura de outras demandas, com o indefinido prolongamento da litigiosidade.

6. *Do calendário.* Destacada a expressão do *contract de procédure* – fruto da prática que emergiu nos anos 80 de alguns tribunais e cortes de apelo, principalmente nos

²¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181; GRECO, Leonardo. *Instituições...* v. II, pp. 27-29 e 53-58; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

procedimentos desformalizados do *réfère* e agora normatizado no artigo 764 do *Code de procédure civile* francês²¹⁶ –, o calendário processual é instrumento de garantia da previsibilidade, da duração razoável do processo e principalmente do contraditório participativo, pois nasce do diálogo entre juiz e litigantes na sua elaboração, de acordo com os parâmetros de complexidade do objeto cognoscível²¹⁷.

No sistema processual francês, quando for definida a utilização do *circuit long*²¹⁸ o juiz da *mise en état* (artigo 796) fixa, ouvidas as partes, os termos de desenvolvimento da causa, ou seja, o prazo para troca de articulados, a data do fim da instrução, a data de discussão da causa e a data da pronúncia da decisão, levando em consideração a natureza, a urgência, a sua complexidade e a opinião das partes, para garantir um tempo razoável do processo e o pleno exercício do direito de ação e defesa²¹⁹.

Se, por um lado, o processo não é mais *chose des parties*, por outro lado, também não pode mais ser visto, exclusivamente, como norma de direito público indisponível. As partes, mediante a contratualização processual, participam da adaptabilidade da forma, para melhorar e tornar efetiva a prestação jurisdicional a partir da definição *in concreto* da fase instrutória e decisória, não mais deixada à abstrata previsão legal.

O juiz passa de administrador de cartório para administrador de processos, do andamento de cada processo em si, planejando toda a sequência previsível da série de atos que serão praticados, todos direcionados para alcançar o seu fim, que é a sentença.

²¹⁶ O calendário foi formalmente introduzido no sistema francês, somente para o *circuit long*, através do artigo 23 do decreto nº 1678 de 28 de dezembro de 2005, que introduziu os parágrafos terceiro, quarto e quinto no artigo 764 do código daquele país (FICCARELLI, Beatrice Ficarelli. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 69).

²¹⁷ CADIET, Loïc. *Les conventions relatives au procès en droit français*. In: *Accordi di parte e processo*. Coord. CIPRIANI, Franco. Milano: Giuffrè. 2008. pp. 7-36.

²¹⁸ O legislador prevê procedimentos diversificados em *circuits*: breve, semibreve e de *trattazione* ordinária, o *circuit long*, definidos de acordo com a maior ou menor complexidade do objeto da cognição. A fixação do *circuit* adequado ocorre na audiência chamada *Conférence du Président* (artigo 759, *comma* 2) na qual o juiz presidente, ouvidas as partes, entre outras coisas: 1) tenta a conciliação, 2) observa a presença de demanda incidental, 3) a necessidade de um diferimento para a produção de uma prova documental e, principalmente, 4) se é o caso de remeter o processo ao *juge de la mise en état*, ou se reenvia a causa diretamente a audiência de discussão (*audience des plaidoiries*) (FICCARELLI, Beatrice Ficarelli. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 72).

²¹⁹ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 67-69.

O calendário (artigo 48, IV), como ocorre no sistema francês e no italiano, é vinculante tanto para as partes quanto para o juiz (artigo 48, § 3º). De acordo com o Código de Processo Civil francês, para o respeito aos prazos o juiz pode determinar a preclusão como sanção de descumprimento, com decisão de *clôture*²²⁰, ou seja, de fechamento da fase instrutória.

O anteprojeto se assemelha mais ao sistema italiano, que não impõe preclusões à busca da verdade, mas aplica as sanções do artigo 6º e a responsabilidade por perdas e danos às partes e penalidade funcional aos juízes (artigo 48, §§ 4º e 5º).

Há necessidade de que o cumprimento do calendário seja controlado de forma efetiva, prevendo o anteprojeto a criação de agendas eletrônicas para lançamento das datas dos atos processuais programados, como forma de os tribunais fiscalizarem o seu cumprimento (artigo 48, §§ 5º, 6º e 7º).

²²⁰ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 71.

TÍTULO II – PROVAS EM ESPÉCIE

Capítulo I – Depoimento pessoal e confissão

Iorio Siqueira D’Alessandri Forti

Marcella Mascarenhas Nardelli

1. *Dos depoimentos das partes.* O anteprojeto consagra a prestação do depoimento pessoal sempre em contraditório (arts. 51 e 52, em atenção ao art. 5º, LV, da Constituição, e inspirado pelo art. 117 do CPC da Itália). Esclarece, ainda, a possibilidade de depoimento por incapazes, representantes, assistentes (art. 51, § 2º, inspirado pelo art. 453º, 2, do CPC de Portugal), bem como por qualquer empregado ou funcionário, sócio ou associado, integrante ou representante de pessoa jurídica ou entidade despersonalizada, incluindo as entidades públicas (art. 51, § 3º, inspirado pelos arts. 406 do CPC da Argentina e 309 do CPC da Espanha).

Sem prejuízo da preservação das regras vigentes, segundo as quais o depoimento pessoal das partes pode ser determinado de ofício pelo juiz (art. 342 do Código vigente, art. 51; § 2º, do anteprojeto) e requerido por outras partes, inclusive litisconsortes (art. 343, *caput*, do CPC, art. 51, *caput*, do anteprojeto), o art. 52 do anteprojeto inova ao permitir às partes que requeiram o próprio depoimento. O depoimento deixa de ser uma mera oportunidade de provocar a confissão e, iluminado pela garantia do contraditório participativo, adquire nova dimensão como meio de defesa²²¹ e oportunidade de diálogo

²²¹ Como observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “não apenas os fatos contrários ao interesse do depoente constituem prova, ou mesmo objeto do depoimento da parte. É certo que a confissão é elemento de prova de alta envergadura e valor em processo mas não é menos certo que vigora em nosso ordenamento o sistema da livre apreciação da prova, razão pela qual o juiz também pode se valer, no depoimento da parte, de afirmações feitas pelo depoente e favoráveis ao seu interesse. Basta, para tanto, que justifique seu convencimento quanto à aceitação de tais declarações como verdadeiras.” Os autores também evidenciam posicionamento semelhante de Egas Moniz de Aragão, para o qual “o litigante pode produzir prova a seu próprio favor (*pro se declaratio*) não só quando presta depoimento pessoal, como em outras situações igualmente reconhecidas nas leis processuais (...). Em todos esses casos fica afastada a ideia de o testemunho da parte só ter valor naquilo em que contraria seu próprio interesse.” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 402).

dos próprios litigantes com o julgador²²² “para clarificar o alcance da pretensão deduzida em juízo, os fatos e circunstâncias a serem investigados, e as pessoas que podem contribuir para o deslinde da controvérsia”.

O art. 53, inspirado nos arts. 302 do CPC da Espanha e 411 do CPC da Argentina, determina que as perguntas sejam formuladas “em sentido afirmativo, com clareza e precisão, sem incorporar valorações ou qualificações”. A resposta, diretamente ao juiz, deverá se dar, como prevêm os arts. 461º do CPC de Portugal e 305 do CPC da Espanha, “de forma clara e precisa às perguntas” (sem prejuízo da formulação de outros comentários pertinentes), mantida no mais a regra do atual art. 346 do CPC vigente.

O art. 54 preserva a regra do *caput* do atual art. 344 do CPC vigente, segundo o qual as partes serão ouvidas na ordem e forma prescritas para a inquirição de testemunhas. É esclarecido que, em regra, as perguntas são formuladas pelos advogados, sem prejuízo de que, com a concordância destes e do depoente, se autorizado pelo juiz, as próprias partes formulem perguntas. Também passa a haver regra expressa quanto ao poder do juiz de fiscalizar de ofício a admissibilidade das perguntas, sem prejuízo de as partes e seus advogados poderem deduzir sua oposição. Como forma de intensificar a participação das partes em contraditório, abandona-se a regra consagrada pelo parágrafo único do art. 344 do CPC vigente para estabelecer, por inspiração dos arts. 189 e 190 do CPC da França, que o depoimento das partes deve ser prestado, em regra, “na presença das demais, a menos que as circunstâncias exijam a prestação separadamente” e “na presença dos peritos e assistentes técnicos e confrontadas entre si ou com as testemunhas”.

²²² Ressaltando a necessidade de compatibilizar a até então vigente concepção do depoimento pessoal com os princípios do contraditório e ampla defesa, Leonardo Greco, referindo-se às conclusões de Mauro Cappelletti, salienta que “os sistemas processuais da família da *civil law* sacrificam pelo risco da suspeição a prova mais apta a revelar a verdade ao juiz, o depoimento pessoal das partes, cuja eficácia fica restrita às declarações que lhes são desfavoráveis”. O Autor continua, ressaltando que “a necessidade de instaurar no processo um diálogo humano, como instrumento do contraditório participativo, leva esses sistemas a buscar subsídios nos países da *common law*, que, através da *cross examination*, submetem a parte à inquirição do seu próprio advogado, transformando o interrogatório em instrumento de auto-defesa. É o sistema do chamado *interrogatório livre*, em que a parte não se limita a responder às perguntas do juiz, mas tem oportunidade de com ele dialogar e assim contribuir de forma mais eficaz na reconstituição dos fatos, ao mesmo tempo em que dele faz uso como instrumento de sua própria defesa.” (GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1.973 ao novo Código Civil. In: *Estudos de Direito Processual*, Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 357-392).

O art. 55 incorpora o texto do art. 392, § 3º, do Projeto de Lei 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil, ora em tramitação no Congresso Nacional, de modo a contemplar a colheita do depoimento pessoal por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, mas lhe acresce regra que faculta ao advogado do depoente fazer-se presente no juízo deprecante ou no deprecado.

O art. 56, em consonância com os artigos 343 e 345 do atual Código, permite que se presumam verdadeiros (e não “confessados”) os fatos alegados contra a parte chamada a depor, caso injustificadamente não compareça à audiência, desde que a advertência a respeito dessa consequência tenha constado do mandado de intimação; o mesmo ocorrerá caso a parte deixe de responder, sem motivo justificado, ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas. Importa que a presunção de veracidade não equivale à confissão, e, portanto, como presunção relativa, deve ser avaliada pelo julgador em conjunto com as outras provas. O § 2º, inspirado pelo art. 457º do CPC de Portugal, autoriza o juiz a verificar a veracidade da alegação da parte que deixar de comparecer alegando estar enferma.

A regra do art. 347 do Código atual é transferida da seção do depoimento das partes para o capítulo que trata da privacidade e da não autoincriminação como limites probatórios (arts. 23 a 26 do anteprojeto).

2. *Da confissão.* O art. 57 acrescenta requisitos à declaração confessória prevista no art. 348 do CPC: a admissão da veracidade de um fato por uma parte só constitui confissão em sentido estrito, com todas as suas consequências, quando essa admissão for voluntária e inequívoca, e quando estiver acompanhada da consciência de que o reconhecimento é prejudicial ao seu interesse e favorável ao adversário. O parágrafo único previne mal entendidos, ao dispor claramente que “A confissão não abrange a qualificação jurídica nem os efeitos legais decorrentes do fato confessado, e não constitui renúncia ao próprio direito, nem reconhecimento do direito do adversário”.

Tratando-se de confissão judicial, o art. 58 exige a assinatura da própria parte ou de representante com poder específico para tanto, e as declarações orais, mesmo que reduzidas a termo, só valerão como confissão se o juiz alertar o declarante a respeito das conseqüências, tudo a reafirmar o caráter voluntário e inequívoco da admissão da veracidade de fatos desfavoráveis.

O art. 59 não mais equipara a confissão extrajudicial à judicial. Mantém-se a regra segundo a qual a confissão extrajudicial feita oralmente não é eficaz nos casos em que a lei exija prova literal, mas, para os demais casos, a confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz, constituindo inovação em relação ao art. 353 do CPC, que atribui “força probatória plena” à confissão feita por escrito dirigido à parte contrária.²²³

O art. 60 compila as regras dos arts. 213 do Código Civil e 350 e 351 do atual Código, autorizada a confissão de um cônjuge sobre fatos desfavoráveis referentes a direitos reais sobre bens imóveis, mesmo sem a concordância do outro, quando adotado o regime de separação absoluta de bens.

O art. 352 do Código de 73 perde espaço para o art. 15 do anteprojeto, que institui a retratação de todas as declarações das partes “até decisão final da causa nas instâncias ordinárias, se decorrerem de erro de fato ou vício de vontade, da inobservância dos requisitos estabelecidos nesta lei ou se, por qualquer outro motivo, não violarem direito adquirido da parte contrária, a sua expectativa legítima ou a boa fé”. Após a decisão nas instâncias ordinárias, a retratação poderá ser objeto de ação autônoma ou de ação rescisória, desde que preenchidos os respectivos pressupostos.

²²³ Como bem observa Leonardo Greco, a confissão extrajudicial sofreu enorme evolução. “Não é mais possível simplesmente equipará-la à judicial, como o faz o art. 353, na dependência apenas da forma escrita e do destinatário, no caso a parte contrária. Essa regra retrata uma máxima da experiência possivelmente vigente à época do Código. Quem confessa por escrito ao próprio beneficiário, quer colocá-lo em posição de vantagem em qualquer futura demanda judicial. Todavia a realidade da vida mudou. Hoje existem na sociedade muitas relações de dominação. (...) O mais fraco é induzido a uma confissão extrajudicial, porque dela depende um benefício imediato, como o parcelamento do débito fiscal, por exemplo, necessário para a continuidade ou o êxito dos seus negócios. Essa confissão extrajudicial não pode impedir que o confitente, num futuro processo judicial, produza provas concretas da inexistência dos fatos anteriormente reconhecidos como verdadeiros.” (GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1.973 ao novo Código Civil. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 357-392).

O anteprojeto intencionalmente suprime a regra da indivisibilidade da confissão consagrada pelo art. 354 do CPC. Em seu lugar, o art. 61, prestigiando o aspecto voluntário da confissão como ato jurídico, impõe a interpretação restritiva da declaração confessória, “sendo vedado extrair da admissão de certos fatos ou circunstâncias a veracidade de outros que não tenham sido expressamente confessados, ainda que entre eles haja indissociável correlação”.

O art. 62, inspirado no art. 361º do Código Civil de Portugal, esclarece que todo o reconhecimento de fatos desfavoráveis que não seja admitido como confissão tem valor como elemento probatório a ser livremente apreciado pelo juiz.

Capítulo II – Da Prova Documental

José Quirino Bisneto

Baltazar José Vasconcelos Rodrigues

1. *Introdução.* A prova documental foi um dos meios de prova mais extensamente regulamentados pelo anteprojeto. Sua disciplina conta com 29 artigos – começando no art. 63 e indo até o art. 92 do diploma – e divide-se em três seções distintas: Disposições Gerais, Da declaração de falsidade e, por último, Da Exibição de Documento ou Coisa e Fornecimento de Informações ou Reproduções.

Entre as inovações promovidas no âmbito da prova documental, a primeira a se destacar é a tentativa de traçar um conceito para o documento objeto deste meio de prova (Art. 63), a exemplo do que ocorre na legislação lusitana que trata sobre o tema²²⁴.

A definição proposta optou por expandir e adequar aos dias atuais a concepção tradicional apontada pela clássica doutrina de Amaral Santos²²⁵, na qual o documento representa “objeto físico que conserva de modo permanente e inalterável o registro de um fato”.

Destacam-se as seguintes inovações no conceito proposto pelo anteprojeto: 1 – Tratar expressamente da hipótese de documento eletrônico, buscando, assim, uma sintonia com o movimento de informatização do processo, que se torna cada vez mais uma realidade em nosso país²²⁶; 2 – Mitigar a rígida ideia de inalterabilidade do documento, passando a existir apenas a necessidade de estabilidade do conteúdo nele representado; e 3 – Ampliar aquilo que pode ser objeto de registro por um documento, abandonando a restrição do conceito tradicional para abranger como objeto de registro pessoas, coisas ou fatos da vida humana.

²²⁴ As noções de documento e de prova documental estão dispostas no Artigo 362.º do Código Civil Português: “Prova documental é a que resulta de documento; diz-se documento qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto.”. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/>>. Acesso em 6 dez. 2013.

²²⁵ A definição apontada em: SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. V. IV, p. 161.

²²⁶ A Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, é responsável por veicular a informatização do processo judicial em nosso ordenamento jurídico. Destaca-se o artigo 11 do referido diploma que trata do documento eletrônico, servindo de inspiração para o presente anteprojeto.

Com base neste novo conceito de documento, optou-se por incluir expressamente na disciplina da prova documental os registros mecânicos ou digitais de quaisquer fatos ou coisas que se enquadrem na definição proposta, eliminando definitivamente a dúvida existente na doutrina quanto ao meio de prova que regulava sua produção no processo. Tais registros poderão ter sua autenticidade impugnada por meio da arguição de falsidade documental, podendo ainda a parte alegar a falsidade sem requerer a declaração incidental (art. 65, parágrafo único) ²²⁷.

O mesmo tratamento foi conferido aos extratos digitais de bancos de dados públicos e privados. Ressalva-se, entretanto, a exigência especial feita ao emitente desses extratos, que deverá atestar, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem (art. 63, parágrafo único).

2. *Documento público*. Quanto ao documento público e sua eficácia, o anteprojeto introduz duas significativas mudanças em seu tratamento com relação ao Código de Processo Civil de 1973, com o objetivo de aprimorar a disciplina da sua força probante no processo.

Com o intuito de eliminar definitivamente a nefasta possibilidade de que documentos públicos acarretassem a presunção absoluta daquilo que pretendem provar, optou-se por admitir de maneira expressa a produção de contraprova ao documento público (art. 64, *in fine*). Tal disposição tem o intuito de consolidar definitivamente em nosso ordenamento jurídico o princípio da livre valoração da prova, uma dos pilares ideológicos do anteprojeto, afastando-se de uma vez por todas do regime da prova legal e da possibilidade de tarifação das provas, que existiam, ainda que de maneira residual, na disciplina da prova documental no CPC/73.

²²⁷ O art. 65 do anteprojeto tem inspiração no art. 368.º do Código Civil de Portugal: “As reproduções fotográficas ou cinematográficas, os registos fonográficos e, de um modo geral, quaisquer outras reproduções mecânicas de factos ou de coisas fazem prova plena dos factos e das coisas que representam, se a parte contra quem os documentos são apresentados não impugnar a sua exactidão.”. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/>>. Acesso em 6 dez 2013.

Por essa mesma razão, determinou-se expressamente que os juízos pessoais emitidos pelo agente público e a força probatória do documento público serão livremente apreciados pelo juiz da causa (art. 64, §2º e §4º)²²⁸.

Quanto à caracterização da fé pública, as inovações trazidas conferem um tratamento bem mais rigoroso do que o antigo tratamento conferido pelo CPC/73. O Anteprojeto determina que devam ser preenchidas alternativamente duas condições de eficácia à força probante do documento público: Ou o documento deve ser expedido por servidor público que se encontre no regular exercício de sua função com a observância das formalidades exigidas pela lei; Ou então o documento deve ser elaborado por oficial público no limite de suas atribuições ao qual a lei tenha expressamente atribuído fé pública (art. 64, §1º)²²⁹.

3. *Documento particular*. O tratamento conferido ao documento particular também foi objeto de modificações em relação ao CPC/73. A primeira modificação relevante diz respeito à definição do documento particular.

O anteprojeto, em seu art. 64, §3º, optou por definir expressamente como sendo documentos particulares todos aqueles que não preenchem as condições exigidas para os documentos públicos²³⁰. Esta definição teve como objetivo reforçar a graduação da força probante existente entre o documento público e o particular.

²²⁸ Nesse sentido, marcante é a influência da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, que afirma que os documentos públicos constituem tão somente: "... un primer medio de prueba... cuyo valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de libre valoración de la prueba. A ello debe añadirse que ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas o diligencias." Fonte: Pleno. STC 76/1990, de 26 de abril de 1990(BOE número 129, de 30 de maio de 1990). Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=18127>>. Acesso em 6 dez 2013.

²²⁹ A inspiração para tais condições de eficácia vem do conceito de documento público oriundo da legislação italiana. O Art. 2699 do *Codice civile* italiano define documento público (*Atto pubblico*): "L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato.". Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>>. Acesso em 6 dez 2013.

²³⁰ A definição de documento particular adotada pelo Projeto é mais uma influência da legislação lusitana. Observe como o art. 363.º, 2 do Código Civil de Portugal define os documentos públicos e particulares: "Autênticos são os documentos exarados, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou, dentro do círculo de actividade que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública; todos os outros documentos são particulares.". Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/>>. Acesso em 6 dez 2013.

Outrossim, ressaltou-se que os documentos produzidos por agentes públicos em desconformidade com os requisitos exigidos pela lei devem ser considerados como particulares²³¹.

A prova da autenticidade do documento particular também foi minuciosamente regulada (arts. 66 a 69), buscando uma disciplina muito mais rigorosa do que a conferida pelo CPC/73.

A regra é que a assinatura aposta no documento particular prova sua autenticidade, salvo naqueles casos em que se tem por costume não assinar determinado tipo de documento como, por exemplo, os extratos bancários de contas correntes ou de contas de investimento. Caso seja impugnada ou haja dúvida quanto à veracidade da assinatura, incumbe àquele que apresentou o documento fazer a prova da veracidade questionada.

4. *Certidões e Reproduções.* Com evidente intuito desburocratizante, a regra do art. 70 permitiu que as certidões e reproduções substituíssem os documentos originais sem que nenhuma formalidade inócua para tal substituição seja exigida. A ideia do mandamento legal em comento é facilitar ao máximo a utilização da prova no processo, permitindo à parte sua produção sem a necessidade de disponibilização do documento original num primeiro momento.

Como mecanismo de controle para o uso destas certidões e reproduções, o anteprojeto previu a possibilidade de que sua conferência com os originais seja realizada em juízo, sendo que tal situação poderá ocorrer a partir de requerimento da parte contrária ou até mesmo por determinação do próprio juiz da causa.

Por derradeiro, no caso de suspeita da falsidade da reprodução ou certidão apresentada ou por qualquer outro motivo relevante, poderá o juiz determinar o depósito do documento original em cartório. Para assegurar o cumprimento desta obrigação,

²³¹ Norma com o mesmo objetivo já constava no CPC/73: “Art. 367. O documento, feito por oficial público incompetente, ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular.”

impõe-se à parte a preservação ao menos por dois anos, contados a partir do final do processo, dos originais dos documentos produzidos por cópia.

5. *Produção da prova documental.* A produção da prova documental se sujeita ao regime geral de produção de provas trazido pelo art. 19 do anteprojeto. Desta forma, é possível que a parte junte documento aos autos a qualquer tempo.

A maior flexibilidade para a produção de qualquer meio de prova no curso do processo demonstra o claro compromisso do anteprojeto com a ideia de busca da verdade. Ressaltamos também que o respeito aos princípios da boa-fé e da celeridade serviu de baliza para a mudança promovida. Buscou-se ao máximo evitar a ideia de um processo cheio de preclusões, evitando-se um injusto julgamento com base exclusivamente na aplicação das regras de distribuição do ônus probatório.

6. *Da declaração de falsidade.* O anteprojeto preservou a existência dos dois tipos distintos de falsidade já previstos no CPC/73²³². O primeiro tipo recai sobre o próprio documento e sua origem – é a falsidade do documento prevista no inciso I do §1º do art. 77 –, enquanto que o segundo recai sobre o conteúdo do documento que, embora verdadeiro, tenha sofrido alteração – é hipótese apontada pelo art. 77, §1º, II. A possibilidade de que esses tipos de falsidade recaiam sobre a reprodução e o registro também está prevista expressamente pelo *caput* do art. 78. Trata-se, em qualquer caso, da falsidade material e não da falsidade ideológica, que ocorre quando o documento verdadeiro contém afirmação inverídica²³³.

A regra prevista no art. 394 do CPC/73, que prevê a suspensão do processo após o oferecimento do incidente de falsidade, foi eliminada²³⁴. Eliminou-se também o limite temporal para que a parte pleiteie a declaração de falsidade. De acordo com o anteprojeto, as partes poderão propor a declaração de falsidade durante todo o curso processo em qualquer grau de jurisdição, sendo que em nenhuma hipótese o julgamento da causa será suspenso para apreciação da arguição. Buscou-se com esta combinação

²³² O parágrafo único do art. 387. do CPC/73 apontava que: “A falsidade consiste: I - em formar documento não verdadeiro; II - em alterar documento verdadeiro.”.

²³³ V. Art. 299 do Código Penal.

²³⁴ O artigo mencionado do CPC/73, *in litteris*: “Art. 394. Logo que for suscitado o incidente de falsidade, o juiz suspenderá o processo principal.”.

afastar as preclusões desnecessárias do processo e privilegiar a celeridade, sem prejudicar a marcha processual.

Ao contrário do CPC/73, que permite que a falsidade seja declarada nos autos do processo somente até o termino da instrução probatória²³⁵, o anteprojeto optou por permitir que o pedido de declaração de falsidade seja decidido nos próprios autos do processo, sem a necessidade de ser autuado em apenso, contanto que a declaração de falsidade seja proposta na contestação ou no prazo de dez dias após a intimação da juntada do documento (Art. 78, parágrafo único). Sempre que transcorridos esses prazos, a arguição será autuada em separado para não prejudicar a marcha normal do processo.

Outra mudança levada a efeito pelo anteprojeto é a possibilidade de que a partes impugnem a autenticidade da prova documental sem pleitear a declaração incidental da sua falsidade, com intuito tão somente de influir na livre apreciação da prova pelo juiz (art. 77, §2º).

7. *Exibição de documento ou coisa e fornecimento de informações ou reproduções.* A disciplina do requerimento de exibição de documento ou coisa, seja ele judicial ou extrajudicial²³⁶, também foi objeto de significativas mudanças. O Anteprojeto buscou tornar mais efetivo o acesso às informações em poder da parte contrária ou terceiro, evitando sempre que possível o julgamento com base nas regras do ônus de produção de prova.

Em primeiro lugar, devemos destacar a ampliação do objeto do incidente de exibição. Passou a ser possível utilizá-lo para o fornecimento de informações e de reproduções que estejam em poder da parte contrária (art. 83), sendo necessário que o requerente indique as circunstâncias em que se funda para afirmar que o documento, a

²³⁵ O lapso temporal para que a arguição incidental de falsidade seja resolvida nos próprios autos está previsto no Art. 393 do CPC/73: “Art. 393. Depois de encerrada a instrução, o incidente de falsidade correrá em apenso aos autos principais; no tribunal processar-se-á perante o relator, observando-se o disposto no artigo antecedente.”

²³⁶ O procedimento preparatório extrajudicial também foi expressamente incluído pelo anteprojeto no âmbito da exibição: “Art. 89. A exibição de documento ou coisa, o fornecimento de informação ou de reprodução podem ser propostos como procedimento preparatório judicial ou extrajudicial”.

coisa, a informação ou a reprodução existe e se acha em poder da parte contrária (art.84, I).

Com o intuito conferir celeridade ao incidente de exibição, o anteprojeto optou por permitir que a intimação do requerido fosse feita na pessoa de seu representante judicial, salvo se este for defensor público ou advogado dativo, ou estiver o requerido assistido por curador especial (art. 85)²³⁷.

Noutro giro, o prazo para que o requerido apresente a resposta ao requerimento de exibição ou o próprio documento pleiteado passou a ser de dez dias²³⁸. Também foi atribuída ao juiz a possibilidade de alterar o referido prazo em duas circunstâncias apontadas pelo parágrafo único do art. 85. São elas: a) quando o requerente comprovar urgência para exibição do documento; ou b) quando o requerido demonstrar a complexibilidade ou dificuldade para obtenção do documento.

Outrossim, o descumprimento da ordem de exibição foi severamente sancionado pelo anteprojeto. Enquanto o CPC/73 contenta-se em presumir como verdadeiros os fatos que o requerente pretendia provar com o documento, criando uma regra de julgamento que acaba por prejudicar a efetiva apuração dos fatos²³⁹, o anteprojeto (art. 87, IV) optou por permitir a aplicação de quaisquer medidas sub-rogatórias ou coercitivas que pudessem desestimular ao máximo a não apresentação ilegítima do documento. Privilegiou-se a busca da verdade, permitindo que ocorra apenas em última hipótese a presunção de veracidade do fato que se pretenda provar com o documento omitido.

Por derradeiro, o anteprojeto optou por submeter expressamente o poder público ao regime de exibição de documentos ou coisas (art. 88 e art. 92). Todavia, não deixou

²³⁷ A intimação na pessoa do representante judicial é ideia veiculada pelas sucessivas reformas da execução no ordenamento jurídico brasileiro. As leis 11.232 de 2005 e 11.382 de 2006 são exemplos de diplomas legais que adotaram essa orientação.

²³⁸ O CPC/73 previa prazo de cinco dias para tal: “Art. 357. O requerido dará a sua resposta nos 5 (cinco) dias subsequentes à sua intimação. Se afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade.”

²³⁹ CPC/73: “Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;

II - se a recusa for havida por ilegítima.”

de inovar, prevendo que o servidor ou funcionário diretamente responsável pela não apresentação do documento seja responsabilizado com a aplicação de multa pecuniária (art. 92, §1º). Buscou-se com isso coibir o abuso de prerrogativas e a desídia dos servidores públicos, estimulando sua colaboração com a justiça.

Capítulo III – Da Prova Testemunhal

Andre Vasconcelos Roque

José Aurélio de Araujo

1. Aspectos gerais. No capítulo da prova testemunhal, o anteprojeto procura seguir as linhas mestras definidas na parte geral e, sobretudo o princípio inculcado no artigo 18, que reduz as causas de inadmissibilidade deste meio de prova, remetendo a avaliação de sua credibilidade para o livre convencimento exercitado sobre o conjunto probatório.

Procura desburocratizar a sua produção, bem como estimular alternativas mais céleres e menos dispendiosas que a sua inquirição presencial, como as declarações escritas ou gravadas (art.108). Aboliu-se no anteprojeto, ainda, qualquer limitação numérica às testemunhas que podem ser arroladas pelas partes, por se tratar de critério artificial, incapaz de assegurar às partes a possibilidade de produzir todas as provas que possam demonstrar a procedência das suas postulações, de acordo com a diretriz estabelecida no art. 9º.

2. Pessoas que podem depor como testemunha. O artigo 93 identifica de forma abrangente aqueles que podem depor como testemunha, ratificando o princípio medieval de que *nemo testis in causa propria*²⁴⁰.

O dispositivo ressalta exemplificativamente que árbitros, conciliadores, mediadores, peritos, terceiros intervenientes, órgão do Ministério Público, escrivão, oficial de justiça ou outros auxiliares podem depor sobre os fatos de que tiveram conhecimento ao longo de suas atuações no processo ou fora dele, deixando a avaliação do comprometimento ou não da credibilidade do depoimento para a fase decisória. Com isso, deixa-se de suprimir um conjunto de provas orais que surgem habitualmente

²⁴⁰ A Corte Constitucional italiana declarou constitucionais tais limites (COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile, Il processo ordinario di cognizione*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. v. I, p. 486-487).

no processo, e que são costumeiramente indeferidas *in limine* sob o argumento de uma preconcebida e preconceituosa parcialidade.

O oficial de justiça, por exemplo, pode muito bem depor acerca de um ato de violação à posse, cometido por uma parte contra a outra, que tenha presenciado no decorrer de uma diligência de verificação, aproveitando-se valioso elemento probatório sem qualquer comprometimento de sua imparcialidade.

O parágrafo único, no entanto, exclui dos árbitros, dos conciliadores e dos mediadores a obrigatoriedade de depor sobre o objeto material das formas de resolução alternativa do conflito da qual participaram. Busca-se preservar a efetividade e a confiabilidade destes meios, permitindo, por outro lado, o depoimento acerca do procedimento e de demais questões processuais.

O anteprojeto reafirma, através da norma do artigo 94, a orientação de só permitir o depoimento daqueles terceiros que mantiveram contato com os fatos através de seus sentidos e que estavam em condições de percebê-los e de transmiti-los no momento de sua ocorrência ou da produção da prova²⁴¹.

3. *Princípio da ampla admissibilidade da prova testemunhal e a remessa de sua avaliação para o conjunto probatório.* Ao contrário do sistema atual, que prevê causas de inadmissibilidade da prova testemunhal como a incapacidade, o impedimento e a suspeição, o anteprojeto segue o princípio da ampla admissibilidade da prova (artigo 18), deixando ao livre convencimento a valoração de credibilidade, fidelidade e utilidade da prova quando o juiz estiver diante do conjunto probatório.

Assim, seguindo o processo evolutivo de outros ordenamentos estrangeiros²⁴², o anteprojeto exclui as hipóteses de impedimento e suspeição, como causas que

²⁴¹ “Portanto, se a percepção sensorial está comprometida no momento da ocorrência do fato, se a capacidade de entendimento ou de autodeterminação não existe nesse momento ou no momento da transmissão do seu conhecimento ao juiz, não poderá ser colhido o depoimento da testemunha” (GRECO, Leonardo. *Instituições...* vol. II, p. 234).

²⁴² A Corte constitucional italiana declarou inconstitucionais os limites subjetivos quanto aos incapazes, “*perché tali da limitare in modo irragionevole e ingiustificato il diritto alla prova delle parti*” (COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile*, vol. I, *Il processo ordinario di cognizione*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 486). Também o Direito espanhol

impossibilitam a produção do testemunho e, quanto à capacidade, permite a oitiva de incapazes quando o juiz evidenciar que possuem discernimento necessário para dizer a verdade e quando o testemunho não for capaz de gerar riscos à sua integridade psicológica (art. 95).

Deve-se observar que a norma não autoriza a oitiva de criança, de adolescente ou de incapaz perante outro profissional – como psicólogo ou assistente social –, o que subtrai em absoluto a imediatidade e a eficácia deste meio de prova, transformando a prova testemunhal em mera prova documental. Coisa diversa é a inspeção judicial por intermédio de um servidor ou de um terceiro (art. 139, § 2º), em que o preposto do juiz registra as percepções adquiridas pelos seus próprios sentidos em contacto com pessoas ou coisas, não se prestando, portanto, a constituir meio para transmitir o conhecimento de outros fatos revelados pelas declarações das pessoas que foram objeto das suas observações.

4. *Deveres das testemunhas.* A norma do artigo 96 concentra os deveres das testemunhas, sem tratá-los de maneira esparsa como a legislação atual faz nos artigos 412 e 415 e do Código de Processo Civil. A penalidade pelo descumprimento do dever de comparecer encontra-se no § 9º do artigo 102 do anteprojeto: condução coercitiva e condenação ao pagamento das despesas pelo atraso.

A regulação projetada difere em substância do sistema atual quando não mais prevê a advertência solene à testemunha de que o descumprimento do seu dever de veracidade pode sujeitá-la a sanção criminal (atual parágrafo único do artigo 415).

A testemunha, na compreensão do anteprojeto, não pode depor sob a ameaça de ver-se responsabilizada criminalmente, o que retira a espontaneidade necessária ao pleno desenvolvimento do ato²⁴³.

de acordo com o artigo 361 da Ley de Enjuiciamiento Civil: “*Idoneidad para ser testigos. Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente*”.

²⁴³ “Ora, se a testemunha se sentir ameaçada de antemão quanto à sua liberdade em função do conteúdo do seu depoimento, perde-se por completo a pouca confiabilidade que geralmente se deposita na prova testemunhal.” (GRECO, Leonardo. *Instituições...* p. 253-254.).

5. *Rol de testemunhas*. Dispõe o artigo 97 do anteprojeto que o rol de testemunhas conterá todos os dados necessários à sua precisa identificação. Entre tais dados, são relacionados, em caráter exemplificativo, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número do cadastro de pessoa física e do registro de identidade e o endereço da residência e do local de trabalho. Nada impede, porém, que outros dados pessoais sejam fornecidos, com vistas a assegurar que a testemunha seja identificada de forma precisa.

Revela-se comum, na prática, que as partes não tenham conhecimento de todos esses dados pessoais, razão pela qual foi abandonada a orientação do artigo 407 do Código de Processo Civil vigente, o qual estipula, sem qualquer ressalva, que o rol deve conter o nome, a profissão, a residência e o local de trabalho de todas as testemunhas. Como não poderia deixar de ser, muitas vezes o rol não apresenta, na realidade do foro, todas essas informações e o anteprojeto se rende a tal circunstância.

O artigo 98 representa a expressão especial do princípio constante do artigo 9º do anteprojeto, que admite que as partes possam propor e produzir todas as provas que possam demonstrar a procedência de suas alegações. Assim, não deve o juiz indeferir o depoimento de determinada testemunha apenas por entender que a prova apresenta reduzida probabilidade de êxito, por celeridade processual ou por considerá-lo desnecessário à formação de seu convencimento. No juízo de admissibilidade deve sempre prevalecer o critério da tolerância. Se, da perspectiva da parte requerente e de suas alegações, a prova testemunhal revelar-se potencialmente útil, deverá o juiz admitir a sua produção, deixando para valorá-la no momento processual próprio.

O artigo 99 contempla pequeno acréscimo em relação ao artigo 409 do atual Código de Processo Civil, aplicando também ao membro do Ministério Público que atuar como parte a regra do inciso II, qual seja, sua exclusão do rol de testemunha na hipótese em que nada souber sobre fatos que possam influir na decisão. O objetivo dessa alteração consiste em evitar que o membro do *Parquet* venha a ser arrolado pela outra parte sem motivo, apenas para criar impedimento à sua atuação.

6. *Inquirição fora da sede do juízo.* No artigo 101 do anteprojeto, que relaciona todas as testemunhas que possuem a prerrogativa de serem inquiridas em sua residência ou onde exercem a sua função, em vez do local da sede do juízo, as únicas modificações substanciais em relação à legislação vigente constam em seus parágrafos 2º e 3º. Aludidos parágrafos disciplinam o que ocorrerá, caso a autoridade não se manifeste sobre o dia, hora e local em que será inquirida ou, ainda, quando não comparecer, injustificadamente, à sessão por ela mesma agendada. Essas regras já se encontram na última versão do projeto do novo Código de Processo Civil, em trâmite na Câmara dos Deputados, e foram transplantadas para este anteprojeto²⁴⁴.

7. *Intimação das testemunhas.* O art. 102 revela importante alteração, em que se procura desburocratizar o procedimento atual de intimação das testemunhas mediante mandado a ser expedido pelo cartório, o que se tem revelado uma causa frequente de adiamento de audiências e atraso processual. De acordo com referido dispositivo, caberá ao advogado, em regra, intimar a testemunha que arrolou do local, do dia e do horário da audiência designada, independentemente de intervenção do juízo.

Tal orientação já se encontra contemplada em parte na versão atual do projeto do novo Código de Processo Civil²⁴⁵. Entretanto, considerou-se importante prever garantias mínimas que assegurassem (i) a adequação da intimação a ser realizada pelo advogado; (ii) a adaptação da norma ao calendário estabelecido na audiência preliminar regulada na parte geral do anteprojeto; (iii) a compatibilidade da norma com a regra geral de que não se poderá desistir da oitiva de testemunhas cujo depoimento já tenha sido admitido, para que a falta de intimação, pelo advogado que a arrolou, não venha a ser utilizada como uma forma de burlar o disposto no artigo 20 do anteprojeto.

Quanto à primeira exigência, para assegurar que a intimação a ser realizada pelo advogado seja adequada aos fins a que se propõe, estabelece o *caput* que a testemunha deverá ser informada com precisão dos fatos sobre os quais irá depor. Ainda nesse sentido, para assegurar certa padronização e transmitir às testemunhas credibilidade e

²⁴⁴ Art. 461, §§ 2º e 3º do Projeto de Lei nº 8.046/2010, na versão aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados no final do segundo semestre de 2013.

²⁴⁵ Art. 462 do Projeto de Lei nº 8.046/2010, na versão aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados no final do segundo semestre de 2013.

seriedade na intimação, prevê o § 1º que ela deverá ser realizada mediante formulário elaborado de acordo com modelo aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça.

É importante, em qualquer caso, que a intimação seja recebida pessoalmente pela testemunha. Previu-se, assim, no art. 102, § 2º, que ela seja realizada por carta com aviso de recebimento em mão própria. Nada impede, porém, que o advogado entregue em mãos a intimação, desde que comprove o seu recebimento pela testemunha por qualquer meio idôneo, o que compreende, evidentemente, o protocolo de recebimento da intimação assinado diretamente pela testemunha.

Para proporcionar compatibilidade da nova regra com o calendário estabelecido na audiência preliminar, o art. 102, § 2º determina ainda que a juntada aos autos da prova da intimação da testemunha deverá ser providenciada pelo advogado no prazo ajustado no calendário. De todo modo, caso tal prazo não tenha sido definido na audiência preliminar, dispõe o § 3º que a juntada deverá ser realizada com antecedência mínima de três dias da data da audiência em que a testemunha será ouvida.

Evidentemente, haverá casos em que a intimação da testemunha diretamente pelo advogado não será possível, seja porque ela se recusa a receber espontaneamente tal comunicação, seja porque a parte não é assistida por advogado, seja por se tratar de servidor público, militar ou autoridade, ou, ainda, porque sua oitiva decorre da iniciativa probatória do juiz. Tais hipóteses estão disciplinadas no § 6º, casos em que a intimação será realizada mediante mandado a ser expedido pelo juízo. Para assegurar, entretanto, que tais testemunhas também tenham ciência prévia dos fatos sobre os quais irão depor, prevê o § 7º que o mandado de intimação será instruído com tal informação, cabendo ao juiz indicar tais fatos, caso tenha determinado sua oitiva de ofício.

O descumprimento das regras concernentes à intimação das testemunhas deve proporcionar alguma consequência negativa à parte interessada. Estipular, no entanto, que tal desobediência simplesmente acarretaria a perda da prova, sem qualquer ressalva, poderia abrir as portas para que se contornasse a regra prevista no art. 20 do anteprojeto, segundo a qual não se admite a desistência de prova já admitida. Assim, estabelecem os §§ 4º e 5º que o não comparecimento da testemunha que a parte havia se comprometido

a levar, assim como a inobservância às regras propostas para a sua intimação, poderão ser interpretadas como desistência de sua oitiva, observada sempre a iniciativa probatória do juiz e as restrições disciplinadas na parte geral do anteprojeto para a desistência de prova já deferida.

O art. 103 também introduz alteração relevante. Na realidade do foro, caso uma das testemunhas não tenha sido intimada e nem compareça, ainda que todas as demais estejam presentes, pode a audiência ser adiada, em homenagem ao princípio da unidade da audiência (arts. 453 e 455 do Código em vigor).

Considera-se, porém, que tal prática é extremamente prejudicial à celeridade e à efetividade do processo. Muitas vezes, o depoimento das testemunhas que já tiverem sido intimadas pode revelar a desnecessidade de intimação da testemunha ainda não localizada. Além disso, o dever de comparecimento em nova data de todas as testemunhas já intimadas anteriormente, além de desnecessariamente oneroso para estas, pode contribuir para o descrédito do Poder Judiciário.

Adota-se no anteprojeto, assim, a mesma orientação que se encontra no Código de Processo Civil português,²⁴⁶ de maneira que a ausência de testemunha, em regra, não constitui motivo para adiar a produção das demais provas na audiência, ressalvadas situações excepcionais, como, por exemplo, a quebra do encadeamento lógico que eventualmente possa decorrer da alteração na ordem dos depoimentos proposta pela parte interessada. Tal circunstância, no entanto, deverá ser especificamente justificada pelo juiz.

8. *Contradita*. O art. 105 disciplina as providências iniciais na inquirição da testemunha, que deverá de início ser qualificada. A testemunha deverá, ainda, informar se possui qualquer relação com as partes, interesse no objeto do processo ou qualquer outro fato ou circunstância que possa influenciar a credibilidade de seu depoimento.

²⁴⁶ Art. 508º, item 2 do novo Código de Processo Civil português: “A falta de testemunha não constitui motivo de adiamento dos outros actos de produção de prova, sendo as testemunhas presentes ouvidas, mesmo que tal implique alteração da ordem referida na primeira parte do n.º 1 do artigo 512.”

Nos termos do § 1º do art. 105, a parte poderá contraditar a testemunha para arguir qualquer das hipóteses previstas nos arts. 94 e 95 do anteprojeto ou, ainda, qualquer fato ou circunstância que possa comprometer a credibilidade do depoimento.

No primeiro caso, se acolhida a contradita, o juiz aplicará o estabelecido nos dispositivos pertinentes. No segundo caso, o juiz tomará o depoimento mesmo reconhecendo o motivo que possa determinar a falta de credibilidade do depoimento, avaliando a prova de acordo com os critérios próprios estabelecidos na parte geral. Ao contrário do que ocorre hoje, portanto, a testemunha que, por exemplo, tiver relação com qualquer das partes ou interesse no resultado do processo não será dispensada, vez que o anteprojeto se orienta pelo critério de que não devem ser impostas restrições à admissibilidade das provas com fundamento na suspeita da sua falta de credibilidade, em homenagem à busca da verdade necessária ao exame e decisão da causa²⁴⁷. Nesse caso, portanto, a contradita poderá ser utilizada apenas para chamar a atenção do juiz para circunstâncias que possam comprometer a credibilidade da testemunha, mas não para impedir seu depoimento.

9. *Colheita do depoimento.* No art. 106, está previsto que a testemunha será advertida de seu dever de dizer a verdade no início da inquirição. O anteprojeto não mais prevê, como já exposto, a advertência da possível incidência da sanção penal para o descumprimento desse dever, nem o compromisso formal da testemunha, com o objetivo de preservar a espontaneidade de seu depoimento. Ainda assim, para preservar a seriedade da prova testemunhal, deverá o juiz destacar a importância do depoimento para a administração da justiça.

O anteprojeto disciplina, em seu art. 107, como será colhido o depoimento da testemunha. Debateu-se na elaboração do anteprojeto a conveniência em se adotar o sistema da *cross examination*, em que incumbiria diretamente aos advogados formularem as perguntas à testemunha, independentemente da intervenção do juiz, ao

²⁴⁷ Semelhante orientação encontra-se na última versão do projeto do novo Código de Processo Civil chileno, que dispõe em seu art. 317 que “no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, las partes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguna de las partes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún outro defecto de idoneidad”. Disponível em <<http://www.reformaprocesalcivil.cl/wp-content/uploads/2012/07/PCPC-2012-8597-07.pdf>> Acesso em 10 jan. 2014).

contrário do que ocorre no Código de Processo Civil em vigor. Destaque-se que, no âmbito do Código de Processo Penal, a Lei nº 11.690/2008 implementou tal sistema,²⁴⁸ também contemplado na última versão do projeto do novo Código de Processo Civil²⁴⁹.

Considerou-se, após análise das diversas alternativas existentes, preferível manter o sistema atual, na linha da orientação dos Princípios de Processo Civil Transnacional aprovados pelo ALI/UNIDROIT, importante iniciativa destinada a incentivar a compatibilização de regras processuais no âmbito dos países da *civil law* e da *common law*. De acordo com o princípio 16.4,²⁵⁰ a colheita do depoimento das testemunhas deve observar os costumes do foro, evidenciando tratar-se de matéria em que questões culturais possuem grande relevância²⁵¹. Além disso, é importante destacar que o sistema da *cross examination* poderia, na prática, se transformar em um fator potencializador de desigualdade das partes no processo. Aqueles que, eventualmente, tivessem condições de contratar advogados mais capacitados poderiam se beneficiar em um modelo que permitisse abordagem mais incisiva das testemunhas.

Xavier Abel Lluch alinha vários motivos que justificam a condução da inquirição pelo juiz²⁵². Se se tratar de menor de idade ou incapaz, ou ainda, no sistema do anteprojeto, de testemunha suspeita, essa condução é necessária para que o juiz possa decidir se deve levar adiante a tomada do seu depoimento ou em que medida pode confiar nas suas declarações. Por outro lado, a condução pelo juiz assegura que as perguntas se ajustem aos “parâmetros de pertinência” em relação aos fatos que se pretende apurar, às condições pessoais de cultura e de informação da testemunha e ainda

²⁴⁸ Art. 212 do Código de Processo Penal: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.

²⁴⁹ Art. 466 do Projeto de Lei nº 8.046/2010, na versão aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados no final do segundo semestre de 2013.

²⁵⁰ Princípio 16.4: “Eliciting testimony of parties, witnesses, and experts should proceed as customary in the forum. A party should have the right to conduct supplemental questioning directly to another party, witness, or expert who has first been questioned by the judge or by another party”, disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>> Acesso em 10 jan. 2014.

²⁵¹ Confira-se, ainda, os comentários P-19C no texto dos Princípios de Processo Civil Transnacional: “In many civil-law systems, the primary interrogation is conducted by the court with limited intervention by the parties, whereas in most common-law systems, the roles of judge and lawyers are the reverse”, disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>> Acesso em 10 de jan. de 2014.

²⁵² ABEL LLUCH, Xavier, *Iniciativa probatória de ofício en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 2005, pp. 372-373.

a protegendo de qualquer influência momentânea que possa por em risco a confiabilidade das suas declarações. Concluiu-se, por esses motivos, que não seria conveniente recomendar a adoção do sistema da *cross examination* no anteprojeto.

O art. 107 consiste em uma adaptação a essa diretriz da norma correspondente na última versão do projeto do novo Código de Processo Civil (art. 466), na qual se procurou reforçar o dever de objetividade, clareza e precisão das perguntas a serem formuladas à testemunha (art. 107, § 2º), bem como a possibilidade de consulta, pelo depoente, a notas breves (art. 107, § 3º).

Acrescentou-se, ainda, um § 1º ao art. 107 para permitir expressamente aos advogados consultarem informações durante a inquirição, inclusive por meio eletrônico, admitindo-se também a participação de auxiliares – cuja identidade deverá ser revelada a todos na audiência –, providência bastante útil especialmente em situações em que, ocasionalmente, o depoimento da testemunha envolver o conhecimento de fatos técnico-científicos.

10. Depoimento escrito ou gravado. O art. 108 incorpora tendência verificada em diversos países,²⁵³ no sentido de permitir a substituição da oitiva da testemunha por declaração escrita ou mesmo gravada por qualquer recurso de registro de sons ou de sons e imagens, providência célere, menos dispendiosa e, muitas vezes, de conveniência das partes, dos advogados e do Poder Judiciário. Entendeu-se conveniente permitir a substituição em qualquer caso, não se reproduzindo as restrições encontradas, por exemplo, na legislação portuguesa (na qual se limitou tal substituição à impossibilidade ou grave dificuldade de comparecimento da testemunha em juízo)²⁵⁴.

²⁵³ Veja-se, exemplificativamente, art. 257-bis do Código de Processo Civil italiano e art. 518º do novo CPC português, em vigor a partir de setembro de 2013.

²⁵⁴ Embora semelhante restrição tenha sido mantida quanto ao depoimento escrito no novo Código de Processo Civil português, seu art. 517º prevê a possibilidade de “inquirição por acordo das partes”, fora do juízo, em que “a testemunha pode ser inquirida pelos mandatários judiciais no domicílio profissional de um deles, devendo tal inquirição constar de uma ata, datada e assinada pelo depoente e pelos mandatários das partes, da qual conste a relação discriminada dos factos a que a testemunha assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas”. Referida ata poderá ser apresentada até o encerramento da discussão em 1ª instância.

A testemunha, ao prestar uma declaração formal, deve estar plenamente ciente de que o escrito será utilizado em juízo. Além disso, a substituição da oitiva em juízo por uma declaração escrita ou gravada não descaracteriza a prova testemunhal, de modo que o depoente deve, ainda assim, observar o dever de veracidade e declarar todas as circunstâncias que possam influenciar a credibilidade de seu depoimento (art. 105). Para assegurar o cumprimento de tais exigências, considerou-se importante estipular no art. 108, § 1º do anteprojeto a previsão de modelos de formulários para a declaração escrita da testemunha, a serem aprovados pelo Conselho Nacional de Justiça²⁵⁵.

Mesmo nos casos de substituição da oitiva por declaração escrita ou gravada, fica ressalvada a inquirição presencial, caso determinada pelo juiz ou requerida por qualquer das partes (art. 108, § 2º). Tal previsão, que encontra equivalente em outros ordenamentos jurídicos²⁵⁶, pressupõe que o contato direto com a testemunha e a apreciação de algumas circunstâncias específicas, como seu tom de voz ou sua expressão corporal, podem ser fatores importantes para a adequada valoração do depoimento.

A propósito, o art. 111 é, em larga medida, reprodução do art. 418 do atual Código de Processo Civil, com o acréscimo do inciso II, que visa a permitir que o juiz possa ordenar a inquirição presencial das testemunhas que tenham apresentado declarações escritas ou gravadas, reforçando o disposto no art. 108, § 2º do anteprojeto.

11. Inquirição conjunta. Ainda sobre o art. 111 do anteprojeto, seu inciso III representa uma nova disciplina para a vetusta hipótese de acareação, cabível, nos termos do art. 418, II do atual Código de Processo Civil, quando divergirem as declarações de duas ou mais testemunhas sobre fato determinado.

A prática do foro tem demonstrado que, submetidas as testemunhas a um procedimento formal de acareação, dificilmente são dirimidas as divergências, na medida em que as pessoas acareadas, até por certo instinto de defesa, aferram-se rigidamente às suas declarações iniciais. Assim, para preservar a espontaneidade de suas

²⁵⁵ Solução semelhante foi adotada na Itália, conforme modelos de formulários estabelecidos pelo Decreto de 17 de fevereiro de 2010 do Ministério da Justiça daquele país.

²⁵⁶ Veja-se art. 257-bis do Código de Processo Civil italiano e art. 519º, item 4 do novo CPC português.

declarações e alargar as hipóteses em que duas ou mais testemunhas possam depor em conjunto, complementando e esclarecendo fatos divergentes ou que possam ter se escondido na memória, o anteprojeto propõe, no lugar da acareação, a possibilidade de inquirição conjunta, sempre que se entender conveniente tal providência.

12. Documentação do depoimento. No art. 109 do anteprojeto, é disciplinada a documentação do depoimento da testemunha, obrigatoriamente reduzido a termo e registrado por escrito. Em que pese a possibilidade, cada vez mais presente, de gravação ou de qualquer outra forma de registro de sons e imagens, optou-se por não abolir a tradicional forma de documentação escrita. Na prática, a documentação escrita é muitas vezes suficiente para dirimir as questões objeto da prova testemunhal, além de ser mais célere que a reprodução integral de todos os depoimentos gravados, que pode se estender por tempo bastante considerável.

De todo modo, não se ignora que outros aspectos envolvidos no depoimento, como o tom de voz e a expressão corporal, possam ser importantes para a valoração da prova testemunhal. Em razão disso, até para que as instâncias superiores também possam ter contato com esses elementos que não podem ser formalizados por escrito, não somente o § 1º dispõe que o depoimento deverá ser gravado – sem prejuízo de sua obrigatória redução a termo –, como o § 2º do art. 108 estabelece que qualquer das partes poderá gravar o depoimento, independentemente de autorização do juiz, mediante prévia comunicação a todos os presentes.

13. Videoconferência. O artigo 110 disciplina a inquirição das testemunhas ouvidas por carta, referindo-se à videoconferência ou qualquer outro recurso de transmissão de sons e imagens em tempo real. Embora o ideal fosse que a inquirição se realizasse durante a audiência de instrução e julgamento no juízo de origem, preservando a concentração dos atos processuais na prova oral e permitindo que o juiz da causa aprecie de imediato qualquer ocorrência relevante durante a inquirição (art. 110, § 4º), o anteprojeto reconhece a eventual dificuldade de compatibilização das pautas dos juízos envolvidos na diligência.

O artigo 110, § 1º do anteprojeto determina que, sempre que possível, a testemunha ouvida por carta – mesmo nos casos de videoconferência ou de transmissão em tempo real – deponha no juízo de origem perante o juiz do local, a fim de preservar a disciplina e a solenidade em sua oitiva²⁵⁷. O dispositivo, porém, não contempla tal exigência em todo e qualquer caso, novamente se rendendo às dificuldades práticas em conciliar os horários de funcionamento dos juízos envolvidos, em especial quando estão envolvidas diferentes organizações judiciárias.

Para preservar um mínimo de solenidade e de confiabilidade no depoimento da testemunha por carta na presença de um funcionário do juízo, sem que o juiz do local esteja presente, o artigo 110, § 2º estabelece que deverá ser elaborado termo escrito e circunstanciado, a ser remetido ao juízo de origem, em que deverão constar necessariamente a identificação do funcionário que supervisionou a inquirição e que ficará responsável pela exatidão das informações; a explicitação dos motivos pelos quais não foi possível a inquirição na presença de um juiz – sem o que corre-se o receio de que a recomendação do § 1º torne-se letra morta na prática –; a identificação das testemunhas, com a observância dos requisitos do art. 105; a indicação dos horários de início e de encerramento da instrução; a indicação de que a testemunha foi advertida expressamente de seu dever de dizer a verdade e de que foi observada sua incomunicabilidade, bem como a regra do art. 107, § 2º e, por fim, a identificação de outras pessoas presentes durante a inquirição. Admite-se ainda, nos termos do § 3º, que o funcionário faça constar no termo qualquer outra circunstância relevante.

Por fim, o art. 110, § 4º dispõe que, havendo qualquer ocorrência, sempre que possível, o funcionário deverá submeter tal circunstância de imediato e em tempo real ao juiz da causa, o que naturalmente só será possível nos casos de inquirição por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. Não sendo utilizados tais recursos, restará ao funcionário valer-se do parágrafo anterior e fazer constar do termo escrito tal ocorrência.

²⁵⁷ Adota-se, assim, concepção distinta do art. 502º, item 3 do novo CPC português, que expressamente afastou a necessidade de intervenção do juiz do local do cumprimento.

14. *Pagamento das despesas da testemunha.* No art. 112, introduziu-se pequena alteração em relação ao art. 419, *caput* do Código de Processo Civil atual, para prever que, em qualquer caso, o pagamento pleiteado pela testemunha da despesa para comparecer à audiência deve ser efetuado pela parte que a arrolou imediatamente, evitando que a testemunha tenha de novamente dirigir-se à sede do juízo ou a outro local para ser ressarcida.

15. *Inquirição perante órgão colegiado.* A última inovação no capítulo está no art. 114, que disciplina a produção da prova testemunhal em processo, recurso ou incidente de competência de órgão colegiado. Previu-se, em homenagem à oralidade e à imediação dos julgadores com as provas a serem por eles apreciadas, que a testemunha deverá preferencialmente ser ouvida perante todos os que participarão do julgamento, evitando-se a expedição de carta de ordem para que ela seja ouvida perante órgãos jurisdicionais inferiores. No curso da oitiva, incumbirá ao relator presidir a inquirição, sem prejuízo da possibilidade de os demais componentes do colegiado formularem perguntas para esclarecer ou complementar o depoimento. Aplicam-se, no que couber, as demais disposições contidas no capítulo da prova testemunhal.

Capítulo IV – Da Prova Pericial

Diogo Assumpção Rezende de Almeida

Paula Bezerra de Menezes

1. *Antecedentes.* Nosso interesse no tema “prova pericial” teve origem em casos em que atuamos. Por diversas vezes, deparamos com a resistência dos peritos em fundamentar seu laudo, em explicitar a fonte do seu conhecimento, o seu método de trabalho, em informar se há aceitação daquele conhecimento pela doutrina majoritária na área específica e até mesmo em indicar os casos em que atuaram, para fins de controle de sua aptidão e do laudo, para o exercício da ampla defesa e do contraditório qualitativo. Não é raro solicitar, sem êxito, o *curriculum vitae* desses profissionais de confiança do juízo nos respectivos cartórios em que atuam. Quando o advogado se dedica a exercer o controle efetivo das atividades do perito, certamente, pode encontrar muitas dificuldades.

A partir de alguns resultados práticos positivos decorrentes do exercício do controle da prova pericial, dos estudos críticos do Prof. Leonardo Greco e de vários colegas por ele orientados no mesmo tema, vimo-nos motivados a entrar para esse grupo, que desafia os métodos quantitativos, comuns na era tecnológico-industrial, para dar lugar aos qualitativos. Daí vieram os estudos dos materiais de ponta em direito probatório, sejam eles originários da comunidade científica da *common law* ou da *civil law*²⁵⁸, que resultaram também nas nossas dissertações de mestrado concluídas na

²⁵⁸ Ver MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12. ed., New York: Oxford University Press, 2011. p.403; DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press, 2008. p. 191; LOUE, Sana. *Forensic epidemiology. A comprehensive guide for legal and epidemiology professionals*. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1999, p. 107; PARK, Roger; LEONARD, David P.; GOLDBERG, Steven H. *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied to American trials*. 2. ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2004; ALLEN, Ronald J.; KUHNS, Richard B.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S. *Evidence, Text, Problems and Cases*. 4. ed., New York, NY: Aspen Publishers, 2006; TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. p. 99; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 97; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 200; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 22; MADURO, Flávio Mirza. Reflexões sobre a

Universidade do Estado do Rio de Janeiro²⁵⁹, das quais tomamos a liberdade de extrair trechos que alimentam esta justificativa.

A nossa pesquisa girou em torno de alguns temas principais, como a escolha do perito, o controle da ciência, e, por consequência, da prova pericial, com questionamentos sobre sua admissibilidade, produção e valoração.

Algumas premissas orientaram as alterações propostas para a prova pericial. A primeira é que não se admite mais afirmar que o juiz seja o único destinatário das provas. Às partes também são destinadas as provas, que têm o caráter demonstrativo dos fatos alegados. Isso significa dizer que essas personagens devem ter a mais ampla possibilidade de participar da produção da prova pericial, bem como de influenciar e controlar o seu resultado, visando o mais apropriado esclarecimento dos fatos, cuja apreciação dependa de conhecimentos científicos, técnicos ou especializados.

A segunda premissa é a de que a prova pericial não está isenta de erros. Essa afirmativa propiciou um avanço muito grande em matéria de prova pericial, porque foi a partir dela que a doutrina empregou esforços no mapeamento desses erros e ofereceu novos recursos e possibilidades para o seu descortino e controle, desde a fase da admissibilidade, passando pela da produção à da valoração.

Se de um lado a nova diretriz proposta pelo anteprojeto para a reformulação do direito probatório brasileiro é a de viabilizar a produção mais livre de provas que possam contribuir para a correta definição dos fatos e a mais justa solução da causa, de outro, tentamos controlar as variáveis suscetíveis de induzir o julgador em erro quando da apreciação do resultado da prova pericial²⁶⁰.

avaliação da prova pericial. In: Marcelo Lessa Bastos; Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim. (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 205-223.

²⁵⁹ MENEZES, Paula Oliveira Bezerra de. *Novos rumos da prova pericial*. 2013. 201f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Orientação: Prof. Dr. Leonardo Greco. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

²⁶⁰ Ver detalhamento de possíveis causas de erros no sistema pericial americano em COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Aug. 2009. Não publicado. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2012.

2. *Generalidades.* Segundo Moacyr Amaral Santos²⁶¹ o objeto da prova é o próprio fato, que pode ser provado por declarações das partes, documentos ou depoimentos de testemunhas. Para conhecê-lo o juiz deveria entrar em contato direto com a coisa, ou com pessoas, quando estas constituam a prova material do fato. Não obstante, há situações em que o juiz não conseguirá compreender o fato, por lhe faltarem conhecimentos técnicos ou especiais, tornando esse contato direto inócuo. É possível que o contato seja válido para a constatação do estado da coisa ou pessoa, mas que ele dependa de um *expert* para saber da causa daquele estado.

Como não se espera do julgador conhecimento que fuja do ramo da ciência jurídica, ou que a pessoa de conhecimento médio²⁶² não possua, utiliza-se da prova pericial para fornecer ao magistrado o conhecimento útil à verificação do fato litigioso.

A prova pericial é um meio de prova indireta²⁶³, produzida por um ou mais peritos e introduzida por meio destes no processo. É um procedimento probatório que possibilita chegar ao fato que se prova a partir de outro participante, ou outros, mediante um processo inferencial²⁶⁴.

O perito pode realizar toda sorte de exame pericial, que inclui o exame propriamente dito, a vistoria, o arbitramento e a avaliação. Ele será responsável por constatar, perceber e certificar-se dos fatos, levando-os ao conhecimento do juiz.

²⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. II, p. 512.

²⁶² Certamente esse critério é variável no tempo. Um herege afirmou que a terra girava ao redor do sol, hoje todos confirmam a assertiva condenada outrora. A ação contra Galileo Galilei foi proposta em 1633. Embora as pessoas pensem que tenha havido um embate da ciência com a igreja católica, tratou-se de um processo comum, com advogados, juízes e todas as formalidades do direito processual. In: FEDERAL JUDICIAL CENTER. NATIONAL RESEARCH COUNCIL OF THE NATIONAL ACADEMIES. *Reference manual on scientific evidence*. 3. ed. Washington, D.C: National Academies Press, 2011, p. 38.

²⁶³ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apêndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 75: “En realidade, prescindiendo de la relación entre quien percibe el hecho y el juez, concurren aquí todos los caracteres de la prueba indirecta: el juez no percibe el hecho, sino un hecho diverso, a saber: la descripción oral o escrita ajena acerca del hecho mismo, de la cual deduce el hecho a probar”.

²⁶⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, p. 79. A autora conclui também que na verdade, sob esse ponto de vista, todas as provas sobre fatos passados seriam indiretas, a menos que o julgador os tivesse observado à época do acontecimento.

Não são quaisquer fatos que ficarão a cargo de exame pelo perito, mas sim aqueles que são objeto da perícia e que fogem do conhecimento comum esperado do juiz.

Michele Taruffo lembra bem que nem os juízes, nem os jurados, são oniscientes e que todos os sistemas processuais se utilizam de alguma forma do perito²⁶⁵. Neil Andrews²⁶⁶ também se refere à necessidade da perícia no processo civil, porque “nenhum juiz é onisciente” e “não podemos exigir dos juízes que tenham conhecimento de cada ramo da ciência, das artes e dos mistérios de todas as profissões”, atribuindo esses termos a J.A. Jolowicz. (Tradução livre).

Conforme Luis Fernando Manzano²⁶⁷ a prova pericial seria uma prova atípica, porque o código e as leis não disporiam sobre os detalhes procedimentais do rito probatório, ou seja, são silentes quanto à confiabilidade do princípio científico, técnica e método aplicáveis. Segundo o autor, daí se justificaria a preocupação quanto ao seu emprego no processo.

A prova pericial deve reconstruir fielmente os fatos para a obtenção da verdade. Ocorre que dessa reconstrução farão parte pessoas estranhas ao processo, presumidamente, isentas e possuidoras de saber específico, que são os peritos.

Na doutrina local os debates mais profundos com relação à prova pericial são enriquecidos com as reflexões de Leonardo Greco, Flavio Mirza, Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Samir José Caetano Martins, Luis Fernando Manzano²⁶⁸.

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008, p. 90.

²⁶⁶ ANDREWS, Neil. *The three paths of justice: Court proceedings, arbitration, and mediation in England*. Springer Dordrecht. Heidelberg London New York. 2012. Versão Kindle.

²⁶⁷ MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas. São Paulo, 2011, p. 59.

²⁶⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil, o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011; MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. 249p.; MARTINS, Samir José Caetano. *A prova pericial civil*. Salvador: Ius Podivm, 2008. 283p.; MADURO, Flávio Mirza. *Prova pericial: Em busca de um novo paradigma*. 01/05/2007. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho. Orientador Leonardo Greco. Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFG. 1v. 177p. Banco de teses. <<http://capesdw.capes.gov.br/capesdw/resumo.html?idtese=20073631006019003P9>>. Acesso à obra na biblioteca da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ; MADURO, Flávio Mirza. *Notas sobre a questão da verdade no direito processual*. In: Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira; Sergio Souza Salles; Waleska Marcy Rosa. (Org.) *Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II*. 1. ed. Petrópolis: UCP, 2009, v. , p. 101-121.; MADURO, Flávio Mirza. *Reflexões sobre a avaliação da prova pericial*. In: Marcelo Lessa Bastos;

Conforme Greco observa em suas Instituições²⁶⁹, na busca da verdade objetiva, devem-se aproximar os métodos de investigação processual dos métodos da ciência, pois aquela deve ser tão confiável quanto a que é investigada nas universidades, laboratórios e centros de pesquisa. Aliás, se tratarmos o direito como ciência, o uso do método científico é indispensável. Wigmore já identificava isso até mesmo no plano das reformas processuais. As soluções adequadas demandam a adoção da rígida análise científica²⁷⁰. Por outro lado, não se olvida de que o processo tem um conteúdo prático, que envolve o gerenciamento da resolução do conflito, em prazo razoável, que corre o risco de afastar o método processual do científico no conflito concreto.

Greco²⁷¹ também defende o aperfeiçoamento do sistema pátrio da prova pericial para que o perito demonstre a sua aptidão para revelar o conhecimento científico, técnico ou especializado, necessário para a decisão judicial; para que ao juiz sejam oferecidas as informações a verificar se o método empregado na perícia é acatado pela ciência, pelas regras geralmente aceitas na especialidade técnica ou profissional e, em sendo o caso polêmico na ciência, as alternativas científicas ou técnicas sugeridas e o seu grau de confiabilidade. Por fim as partes devem atuar para o esclarecimento da verdade, obrigando o juiz a utilizar meios e critérios reconhecidos pela ciência para resolver as dúvidas e divergências entre as opiniões apresentadas.

Nas palavras de Leonardo Greco²⁷², no direito positivo brasileiro vigente, “o perito é a pessoa física capaz, isenta, idônea, portadora de conhecimentos científicos, técnicos ou especializados e da confiança do juiz. Ele é um sujeito imparcial do processo e tem o dever de colaborar com a justiça, assim como o têm todos os demais cidadãos (CPC, art. 339)”.

Mas será que os peritos adotam fielmente o compromisso com a busca da verdade? Será que realmente têm saber científico confiável? Será que são capacitados a

Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim. (Org.). Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 205-223. 720p.

²⁶⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 231.

²⁷⁰ WIGMORE, John Henry. *Problems of law, its past, present, and future. Three lectures*. New York: Charles Scribner's Sons, 1920, p. 61.

²⁷¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 231.

²⁷² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 224.

atuar em juízo? Será que agem com a responsabilidade necessária em se tratando de direitos de terceiros?

Essas questões sempre existiram. No ordenamento jurídico pátrio é possível verificar que a preocupação com a perícia é constante, haja vista diversas reformas havidas na matéria e na medida em que o legislador garantiu expressamente a liberdade de o juiz adotar ou não o resultado do laudo pericial (atual art. 436 do CPC), dependendo das demais provas carreadas aos autos.

O problema em geral da perícia, observado em diversos ordenamentos²⁷³, é que a função do perito é auxiliar o juízo e não julgar a matéria, mas o que acontece no caso concreto pode ser exatamente o contrário. Dada a falta de conhecimentos técnicos e científicos do juiz, pode-se acabar acolhendo o laudo pericial como única verdade, não passando a capacidade do juiz de valorar livremente a prova pericial de mera ficção.

Como a perícia é um meio de prova que objetiva suprir o conhecimento dos juízes e das partes em matérias científicas, técnicas e especializadas, é necessário garantir a confiabilidade da prova para que seu resultado exprima o enunciado racionalmente aceito como verdadeiro naquela área específica do saber humano. Afinal, o valor da prova pericial dependerá da confiabilidade do método utilizado e da competência do perito²⁷⁴ e é preciso

²⁷³ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008, pp. 96-97. DUMOULIN, Laurence. *Les Experts Judiciaires ont-ils encore du pouvoir? Des effets de la professionnalisation des experts sur la justice*. In: Rude-Antoine, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007, p. 298 “En effet, les expertises font l’objet de critiques nourries, qui sont réactivées à l’occasion d’affaires judiciaires difficiles et bien médiatisées- au XIXe et XXIe siècles. Sur ce plan, l’affaire d’Outreau apparaît comme la plus récente mais certainement pas la dernière manifestation du caractère toujours potentiellement contestable du rôle des experts dans la justice. Trop longues et contribuant notablement à la lenteur des procédures, trop chères et participant à l’explosion des frais de justice, trop nombreuses et se substituant aux missions normales du juge, les expertises sont essentiellement vues comme des sources de dysfonctionnement pour un secteur judiciaire dont les difficultés sont réelles. Mal formés, mal sélectionnés et donc incompetents; trop affirmatifs, prompts à proposer des diagnostics péremptoires, les experts sont, quant à eux, soupçonnés d’introduire des éléments contestables voire des ferments d’erreurs au cœur même du processus de mise en verdict d’une situation judiciaire. Dans des contextes de crise de l’expertise, où celle-ci est fortement dénoncée, caricaturée voire ridiculisée, des mesures essentiellement législatives sont prises pour remédier à ce qui est perçu comme inacceptable. C’est ainsi que différents textes normatifs ont été successivement adoptés afin de régler les conditions du recours aux experts et les modalités d’exercice de l’expertise.”

²⁷⁴ GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*. Ensayo de un método técnico. 3. reimpr. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004. p. 31: “Todos los indicios técnicos, huellas digitales, manchas, venenos, criptograma, etcetera, requieren el concurso de un perito; de manera que, con frecuencia, esta prueba se traduce en un informe pericial. Depende entonces su valor de la técnica empleada y de la competencia del perito”. (...) “El perito es un testigo selecto, competente y en estado de observar con la ayuda de medios

que esses requisitos se evidenciem claramente perante o juiz e as partes para que estes, como destinatários das provas, possam avaliar os seus resultados.

Busca-se intensificar a relação do processo com a ciência, a fim de que essa contribua no aperfeiçoamento da descoberta da verdade que é obtida judicialmente. Somente com a correta utilização de teorias e métodos comprovadamente científicos é que a ciência fornecerá subsídios à revelação da verdade dos fatos, sem que falsas teorias impeçam que a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada à parte, cuja pretensão está acobertada pelas normas de direito material.

Nosso anteprojeto cria procedimentos que visam eliminar ou, ao menos, diminuir riscos de erro na produção da prova pericial, resgatando a consciência de que ela não é infalível, alertando sobre a pluralidade do conhecimento científico²⁷⁵ e propiciando uma mudança cultural, que garanta aos envolvidos o controle efetivo.

Isso se concretiza com a escolha criteriosa dos peritos (art. 116), com a possibilidade de escolha de mais de um perito (art. 117, art. 130) e com a ampla possibilidade de juntada de estudos técnicos ou científicos, elaborados por profissionais que atendam aos mesmos requisitos de capacidade, idoneidade e isenção do perito do juízo, de forma mais flexível, sem que necessariamente estejam cadastrados no Tribunal (art.117, § 2º). Essa flexibilidade é necessária, porque muitos profissionais de ponta, cujos conhecimentos serão úteis para a clarificação dos fatos, não necessariamente serão vinculados às listas dos Tribunais.

O controle dos laudos e estudos técnicos ou científicos é possível através da nomeação dos peritos pelas partes, ou de assistentes técnicos nomeados para auxiliar a parte contratante (art. 117, §3º e 4º, 124, inciso VIII).

de laboratorio; aun siendo muy superior al testigo ordinario, no resulta menos falible: eso es lo que mantiene un carácter parcialmente subjetivo en este medio de prueba, carácter que, por otra parte, no es posible eliminar enteramente de ninguna prueba”.

²⁷⁵ DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law drift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. p. 151: “*Let there be no mistake. As science continues to change the social world, great transformations of factual inquiry lie ahead for all justice systems*”.

A perícia desempenhada por pessoa jurídica é uma necessidade da vida contemporânea, já que essa dispõe, em geral, de toda uma infraestrutura para a produção da prova, especialmente, na área científica, que demanda a utilização de laboratórios. No entanto, é necessário que as partes conheçam a identidade da pessoa física que irá realizar o trabalho, para, igualmente, testar sua idoneidade e credibilidade, o que se prevê no art. 116, §§ 8º, 9º e 10.

Quando as partes trouxerem do procedimento probatório extrajudicial ou apresentarem materiais elucidativos considerados suficientes pelo juiz, este poderá dispensar a produção da prova pericial (art. 128).

3. *O perito.* A função do perito é da máxima importância e, como regra, ele deve processualizar, em linguagem mais simples, questões complexas que fogem do conhecimento comum. Essa linguagem não dispensa a fundamentação lógica e nem a demonstração de como ele chegou àquela determinada conclusão.

O perito tem amplos poderes de investigação, conforme dispõe o art. 429 do Código de Processo Civil (mantido no anteprojeto – art. 129 §3º), o que, aliado aos conhecimentos especiais que possui, tende, no inconsciente coletivo, a fazer com que a prova receba peso maior do que aquele dado às outras provas produzidas e carreadas aos autos.

A doutrina sempre teve a preocupação de destacar que o perito é um auxiliar da justiça e não um substituto do juiz, ressaltando que o laudo não deveria ser uma sentença, mas fonte de informação para o juiz²⁷⁶.

Arruda Alvim defende que há de se ter em mente que o juiz sendo o *peritus peritorum*, mesmo carecendo de conhecimentos científicos, poderá, ainda assim, sobrepor sua decisão ao laudo e pareceres, de acordo com a liberdade inerente à função jurisdicional, de que o juiz não pode abdicar²⁷⁷.

²⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. II, p. 488.

²⁷⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, pp. 1038-1039.

A atuação do perito, cuja legitimidade hoje se presume a partir de critérios muito simples, não é infalível, por isso, é tão importante o seu controle. Os requisitos atuais exigidos para a qualificação do perito (Código vigente, art. 145 § 1º) afiguram-se insuficientes para o adequado controle sobre o trabalho realizado. Não se prestigia a qualidade do saber, bastando o diploma de nível universitário e inscrição no órgão profissional.

Quem vai a juízo espera que seus pedidos sejam analisados por um juiz, que dialogue com as partes interessadas, que escute todas as queixas e que motive detalhadamente suas decisões. Esse processo concretiza a legitimidade do juiz. Por isso, é indispensável também que se desenvolva o diálogo do juiz com o perito, assistentes técnicos e partes, seja através da elaboração de quesitos, ou com realização de audiências para esclarecimentos orais (art. 435 do CPC) e não apenas com a adoção burocrática do resultado do laudo, sem uma motivação racional para as partes²⁷⁸.

Alguns ordenamentos jurídicos ainda buscam o aprimoramento do instituto para garantir a legitimidade da prova e para que ela represente mais do que um procedimento burocrático no curso do processo.

Como nossa cultura ainda está muito ligada à noção de que as provas são destinadas ao juízo, estamos tentando mudá-la da seguinte forma:

De fato, há resistência dos peritos em fornecer seu *curriculum vitae* para provar seu *expertise*, em apresentar a fonte doutrinária que baseou o laudo e em apresentar a

²⁷⁸ Sobre burocratização da justiça interessante destacar trechos do artigo de FISS, Owen. *The Bureaucratization of the Judiciary*. In: *The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, pp. 66-67 “The history of the twentieth century life has come to be dominated by large-scale, complex organizations – the corporation, the labor union, the university, the public hospital, and even our national political agencies. (...) We have come to accept this and often refer to the executive branch as “The Bureaucracy”, but a similar development has occurred within the legislature. (...) Today the judiciary must be seen as a large-scale, complex organization, responding to the growing size and complexity of American society”. (...) “Bureaucratization tends to corrode the individualistic processes that are the source of judicial legitimacy. The foundation of judicial power is process. (...) I am referring to the obligation of judges to engage in a special dialogue – to listen to all grievances, hear from all interests affected, and give reasons for their decisions. Signing his or her name to a judgment or opinion assures the parties that the judge has thoroughly participated in that process and assumes individual responsibility for the decision”.

listagem de casos em que atuaram²⁷⁹. Como se torna um ônus excessivo à parte a busca por documentos que provem o *expertise* e extremamente difícil a obtenção da relação de casos em que os peritos designados atuaram, esses dados devem estar disponíveis publicamente (art. 116, §5º e 6º).

Também é previsto o dever de colaboração dos peritos para exibição de documento ou coisa que esteja em seu poder, e praticar o ato que lhe for determinado (art. 7º. incisos I a IV), ficando a lei de organização judiciária encarregada de instituir regras para a admissão de provas em poder de terceiros, cuja produção possa entrar em conflito com direitos fundamentais ou com o segredo de Estado (art. 28).

Muitas vezes há má escolha do perito. Carla Rodrigues Araújo de Castro²⁸⁰ entende que a nomeação do perito no ordenamento brasileiro, que pressupõe um mínimo de conhecimento sobre a matéria em exame, exclusivamente pelo juiz, pode ser prejudicial, porque as partes, curiosas e mais dedicadas a resolver os problemas que as afligem, muitas vezes estão mais aptas a identificar o perito mais capacitado para a produção da prova do que o juiz²⁸¹.

Nossa solução é orientar a parte a indicar, quando do requerimento da produção da prova, sob pena de rejeição, o respectivo objeto, enunciando as questões de fato que pretende ver esclarecidas, bem como especificar a área do saber técnico, científico ou especializado de que o perito deva ter conhecimento (art. 122).

²⁷⁹ Processo no. 0205500-11.2010.8.26.0100. Comarca da Capital de São Paulo. 5ª Vara Cível. Houve quesitos suplementares e a i. Perita foi intimada a esclarecer: 1) Qual a bibliografia usada para a elaboração do parecer. Resposta: O laudo pericial é prova técnica e não acadêmica; 2) Se a comunidade acadêmica e especializada reconhece a validade da fonte bibliográfica. Resposta: Vide resposta anterior; 3) Indique os processos que envolvem análise de marcas tridimensionais em que atuou, demonstrando as marcas (sic). Resposta: o currículo desta perita judicial encontra-se arquivado em cartório, e data máxima venia, a afirmação, além de estranha ao objeto da perícia, e que em nada contribui ou acrescenta à prova, deixa de colaborar com o juízo, o qual, afinal, é quem delega a confiança para atuar como seu auxiliar.

²⁸⁰ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 42 e ss

²⁸¹ Foi localizado um caso em que o juiz recomendou que as partes indicassem o perito adequado. Decisão disponibilizada no DJE de 2/5/2013. Comarca de Jaguarão, 1ª Vara, arquivo 493, publicação 4. Processo 055/1.11.0000578-5 (CNJ 0001547-65.2011.8.21.0055) – “Conair Corporation, Babyllis SA e Conair Comercialização do Brasil Ltda X J.C.P. Imp E Exp Ltda e Bwt Comércio Importação e Exportação Ltda. A Perícia foi solicitada pela ré, que, em sua petição de fls. 331/332, não concordou com o valor postulado pela experta a título de honorários, assim, sendo muito específica a perícia a ser realizada, discordando o postulante dos valores cobrados e desconhecendo o juízo outro técnico para ser nomeado, determino às partes que indiquem outro profissional qualificado para a realização da perícia, no prazo de 15 dias.

Afinal, como mencionou Moacyr Amaral Santos²⁸², “uma vez reconhecida a necessidade da intervenção do perito – observa Carnelutti- cogita-se, em segundo lugar, da sua eleição, isto é, de designar a pessoa idônea por suas qualidades intelectuais e morais e por sua posição, para exercer a função, questão essa pouco discutida, e, aliás, na realidade pouco discutível, conquanto muito delicada e grave. Não há necessidade de advertir que o êxito da perícia depende, antes de tudo e sobretudo, da escolha do perito, a qual muitas vezes é procedida sem ponderação pelos juízes, mais preocupados em aproveitar a ocasião para conceder lucro aos solicitantes do que pôr *the right man in the right place*”. Moacyr Amaral Santos arremata: “A observação do processualista italiano, mostrando a importância da pessoa do perito no bom resultado da perícia e reclamando, por isso, tenha aquelas qualidades intelectuais e morais (sic) que a façam idônea e apta para o exercício da função pericial, traduz precisamente o espírito do direito de considerar perito quem tenha especial competência para o desempenho dos altos e delicados misteres que lhe são atribuídos”.

Por isso, nossa preocupação em prever a avaliação da comprovada capacidade e idoneidade das pessoas e órgãos mediante critérios objetivos previamente conhecidos, bem como a sua renovação periódica (no mínimo a cada triênio), que incluirá a avaliação do desempenho do perito no triênio anterior (art. 116 §2º, 3º e 4º), visando testar a capacidade do perito.

O cadastro e essas avaliações visam melhorar o plantel de peritos e uniformizar a qualidade dos serviços prestados pelos peritos e a sua distribuição equitativa (art. 116 caput e §5º), além de dar publicidade às informações, a exemplo do que foi feito na França e Itália. As listas geradas pelos cadastros facilitarão o acesso das partes à qualificação do perito e a possibilidade de controlar a escolha eficazmente.

Se não houver perito capacitado no cadastro, é possível que a nomeação recaia sobre profissional ou órgão técnico ou científico de notória especialização na matéria objeto da perícia (art. 116 *caput*). Nessa hipótese, ao nomeado será concedido prazo de

²⁸² SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Exames periciais e presunções. 2. ed. correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 65.

cinco dias para a apresentação de seu currículo, da comprovação de suas especializações e relação de casos semelhantes em que atuou (art. 124, §3º).

O perito também pode se escusar do encargo e ser recusado pelas partes (art. 119, § 1º, 2º e 3º).

Para evitar que os assistentes técnicos, capazes de questionar os métodos utilizados, averiguar e fiscalizar o equipamento e material empregados e discutir as conclusões do laudo, suprimindo eventual prejuízo, por via do contraditório, tenham sua função esvaziada, porque os pareceres atualmente pouco influenciam o juiz, o art. 17 §2º e 3º vem reforçar a obrigatoriedade de motivação expressa do juiz das razões pelas quais desprezou as provas contrárias.

Visamos reforçar também os mecanismos de controle da prova no anteprojeto com a garantia de participação forte das partes na produção da prova pericial, franqueando a cada uma das partes a possibilidade de nomear seu próprio perito (art. 117, §1º), a preencher os mesmos requisitos do perito do juiz, o que reflete a tendência do direito moderno de assegurar as garantias do devido processo legal.

A introdução do perito da parte é mais uma ferramenta útil para o exercício pleno do contraditório com qualidade, que visa fomentar a cultura da motivação da sentença sob a ótica desses debates. Isso é compatível com ideia de que a ciência é plural.

A ideia é superar o modelo autoritário e permitir o controle do perito por seus próprios pares.

Mais uma demonstração da superação do autoritarismo é a possibilidade de escolha em comum acordo do perito ou dos peritos pelas partes (art.118), com todas as suas garantias, seja do controle pelo juiz (art. 118, §1º, segunda parte), seja das partes (art. 118, §2º) que têm o seu direito à impugnação preservado.

A realização da perícia consensual visa a otimização da produção da prova, seguindo o princípio da cooperação das partes, principalmente, nas áreas de conhecimento que já estão sedimentadas e livres de questões polêmicas²⁸³.

Já se sabe que apenas o contraditório não é suficiente para o controle de teses opostas e que é necessário investir os julgadores de poderes investigativos²⁸⁴, que, no conceito do nosso trabalho, devem ser subsidiários.

Nessa linha, quando requerida de ofício, deve haver a formulação *a priori* dos quesitos pelo juiz (art. 124, *caput*), para que as partes entendam a necessidade da produção da prova.

Sistemas mais equilibrados e propícios ao acerto de decisões seriam aqueles que conseguissem conciliar na medida certa o exercício do contraditório e o poder do julgador de gestão do processo.

Segundo Devis Echandía, na busca da verdade é indispensável conceder ao juiz poderes inquisitórios para a produção de provas que considere úteis à formação de sua convicção e garantir a sua liberdade para valorar as provas produzidas. A concessão de poderes tão amplos não é gratuita e pressupõe a formação de um juiz mais preparado intelectualmente, a sua honestidade, a obrigação de motivar a sentença com fundamentação adequada e o bom desempenho dos tribunais superiores, como órgãos que revisam o acerto das decisões dos juízes *a quo*²⁸⁵.

²⁸³ Recomendação de Lord Woolf na reforma da prova pericial na Inglaterra: 19. “I do not think it would be appropriate to specify particular areas of litigation where a single expert should or should not be used. There are in all areas some large, complex and strongly contested cases where the full adversarial system, including oral cross-examination of opposing experts on particular issues, is the best way of producing a just result. That will apply particularly to issues on which there are several tenable schools of thought, or where the boundaries of knowledge are being extended. It does not, however, apply to all cases. As a general principle, I believe that single experts should be used wherever the case (or the issue) is concerned with a substantially established area of knowledge and where it is not necessary for the court directly to sample a range of opinions. The expert's duty to the court will require him to set out in his report his view of the range of possible opinions. Too often under the present regime the experts are in fact agreed upon the range of opinion, but their reports only set out the extreme positions”. Disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3c.htm#c13>>. Acesso em 02 jun 2013.

²⁸⁴ FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: Expert evidence, burden of proof and finality*. New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 22 e 28

²⁸⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis. Tomo I, 2006, p. 275.

Pretende-se atingir esse equilíbrio com uma espécie de *cross-examination* ou debate franco entre as partes a testar a força dos diversos argumentos, inclusive entre peritos das partes e o perito do juízo, assistentes técnicos, ou consultores (art. 124, incisos IX e X c/c art. 127, art. 49, inciso I, art. 54, § 5º, e art. 132) ²⁸⁶. Está prevista a possibilidade de nova perícia nos artigos 135 e 136.

As impugnações aos peritos também estão garantidas na forma do art. 124, inciso II.

4. *Força probante do laudo pericial no Brasil.* O legislador, com base no art. 436 do CPC, expressamente, não quis conferir ao laudo um valor probante maior do que o das outras provas produzidas. O sistema das provas legais, adotado a partir do século XIV, em que as provas tinham um valor pré-fixado em lei, a que o juiz ficava atrelado²⁸⁷, foi superado. Mantivemos esse entendimento no artigo 134.

Nosso sistema, de acordo com a leitura do art. 131 do Código de Processo Civil, é o da persuasão racional em que o juiz aprecia “livremente” a prova, o que significa que ele sopesará as provas colhidas, apreciá-las-á, demonstrará o desenvolvimento de seu raciocínio para dali extrair a verdade e ao final indicará na sentença os motivos que o levaram a formar seu convencimento²⁸⁸. Ele não seguirá regras pré-estabelecidas que atribuam valor qualitativo às provas.

Conforme Manzano²⁸⁹ “o laudo pericial é um dos elementos de prova que o juiz valora para atingir o resultado da prova. Não tem valor definitivo, mas relativo”.

Na prática, no entanto, o panorama muda. A valoração do conjunto probatório quando um dos meios de prova é a perícia, tende a fazer a balança pesar mais para esta.

²⁸⁶ FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: Expert evidence, burden of proof and finality*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 79

²⁸⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. II, p. 422.

²⁸⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. II, p. 425.

²⁸⁹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6.

Greco²⁹⁰ destaca a grande força persuasiva da prova pericial no direito brasileiro, amparada no seu presumível caráter científico, técnico e especializado, cujo valor é muito difundido nas sociedades ocidentais, sob influência do iluminismo. A ideia dos iluministas era suprimir a liberdade do juiz na valoração da prova e reduzi-la quase a uma operação matemática como forma de evitar arbítrios. Segundo o Autor, “difícilmente o juiz deixa de reconhecer a verdade revelada pela prova pericial, porque ele, magistrado, não é – ou não se presume ser – portador dos conhecimentos próprios do perito. Neste ponto, reside o maior risco da prova pericial, que é justamente o de transformar o perito em juiz”²⁹¹.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida²⁹², na mesma linha, fundamenta a tendência de maior valoração da prova pericial com base na confiança que o juiz deposita no perito, indicado por ele, e na falta de requisitos objetivos a serem preenchidos durante a produção da prova pericial para verificação da qualidade científica e técnica do resultado.

Flávio Mirza Maduro entende que o ofício judicante é transferido para o perito, porque seu laudo, consequência da prova pericial/científica é ininteligível. O resultado é que o juiz acaba acatando a opinião do perito integralmente²⁹³.

A falta de exigência da boa delimitação do objeto da prova, da justificativa de sua realização e da indicação das qualidades que se esperam do *expert* dão causa à produção automatizada e burocrática da prova, que deve ser evitada. Por isso, buscou-se robustecer a fundamentação da propositura da prova pericial, do seu juízo de admissibilidade e da sua valoração. A sentença não pode servir apenas à homologação do resultado da perícia, competindo ao juiz a análise crítica dos fundamentos técnico-científicos trazidos ao processo, inclusive pelos peritos das partes, por seus assistentes, ou por via de estudos técnicos.

²⁹⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 233.

²⁹¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 233.

²⁹² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 69.

²⁹³ MADURO, Flávio Mirza. *Reflexões sobre a avaliação da prova pericial*. In: Marcelo Lessa Bastos; Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim. (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 205-223.

A exigência de delimitação do objeto da perícia é um instrumento que auxilia o controle das atividades e de atuação do perito, bem como dos valores dos honorários a serem estimados.

Nossa proposta é reverter um quadro de possível burocratização na produção da prova pericial, de comodismo do juiz frente ao resultado da prova pericial e do receio das partes com represálias do juízo e dos peritos, quando do controle da produção da prova, a partir da aproximação do debate dos interessados, já mencionado acima, e com regras sobre o conteúdo do laudo pericial.

A parte que requerer a prova deverá indicar, sob pena de rejeição, o respectivo objeto, enunciando as questões de fato que pretender ver esclarecidas através da diligência, bem como especificará a área do saber técnico, científico ou especializado de que o perito deve ter conhecimento (art. 122 c/c art. 44 §3º e art. 48, inciso II). A parte contrária irá se manifestar (art. 123) e em seguida o juiz, em decisão fundamentada, definirá o objeto, proporá e deferirá os quesitos que considere úteis à apuração da verdade, seguindo um calendário proposto para o desenvolvimento do trabalho, que garanta a boa marcha do processo, evitando o eventual perecimento do objeto ou demoras injustificáveis na produção da prova e a atuação responsável dos peritos, equiparados aos funcionários públicos para fins penais (art. 119 c/c 124, §6º).

A deficiência ou culpa dos peritos é punível com a redução ou revogação da remuneração inicialmente arbitrada (art. 124 § 5º), com as sanções previstas no art. 7º, § 1º. Além disso, o perito pode responder pelos danos que causar à parte, estando sujeito à inabilitação de dois a cinco anos, para atuar em outras perícias, bem como à imediata exclusão do seu nome do cadastro do tribunal (art. 120). Para garantir a ampla defesa do perito, o controle do seu exercício profissional será de competência do órgão fiscalizador da respectiva profissão (art. 120 § 1º). Quando da inabilitação, os motivos ficarão registrados no histórico do profissional ou órgão técnico ou científico no cadastro do tribunal (art. 120, § 2º). Previmos a possibilidade de substituição do perito, no art. 126, caso não cumpra o encargo, caso em que ainda o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva.

Para facilitar a compreensão do laudo pericial e a sua valoração, o art. 129 estabelece uma série de regras a serem observadas na sua elaboração, entre as quais a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área de conhecimento da qual se originou, incluindo a margem de erro, se houver, e as fontes utilizadas para a conclusão do laudo (inciso III).

Espera-se que qualquer material processualizado indique suas fontes. Assim, planilhas, mapas, plantas, desenhos, indicarão as fontes de onde foram extraídos para o controle pelas partes.

A ideia de aplicação dos formulários foi de guiar os envolvidos para que do laudo conste com precisão o cumprimento dos requisitos previstos no artigo 129 e incisos I, II, III, IV, e §§ 1º e 2º.

O Conselho Nacional de Justiça aprovará formulário a ser preenchido pelo perito e que deverá acompanhar o laudo para caracterizar com precisão o cumprimento dos referidos requisitos. Até que haja a aprovação de um formulário, sugerimos um modelo anexo ao anteprojeto para uso imediato.

O método implementado no art. 129 foi baseado no caso *Daubert*, detalhado a seguir.

5. *O caso Daubert.* A prova pericial sempre foi objeto de discussão na doutrina estrangeira e na pátria. No Brasil, o regime mudou 4 vezes durante período de pouco mais de 50 anos no século passado²⁹⁴.

No entanto, após o julgamento do caso *Daubert x Merrel Dow*²⁹⁵ nos Estados Unidos, os debates em torno desse meio de prova se reacenderam novamente com muita intensidade, não só nos países que adotam o sistema da *common law*, mas também nos da *civil law*.

²⁹⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 225.

²⁹⁵ U.S. SUPREME COURT. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 u.s. 579 (1993) 509 u.s. 579 *William Daubert, et ux., etc., et al., petitioners v. Merrell Dow Pharmaceuticals, inc. certiorari to the United States Court of Appeals for the ninth circuit no. 92-102 argued March 30, 1993 decided June 28, 1993*. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acesso em 07 set. 2012.

Em que pesem algumas diferenças em ambos os sistemas, isso não exclui a possibilidade do estudo da *common law* para o aperfeiçoamento da *civil law* e vice versa, como Nicolò Trocker e Vincenzo Varano vislumbram²⁹⁶.

A grande questão no caso *Daubert* foi tentar uniformizar o teste de admissibilidade da prova científica adotado nos Estados Unidos, através de critérios objetivos, que deveriam incluir a confiabilidade e a credibilidade da prova. Esses fatores deveriam ser aplicados à metodologia usada pelo perito e não à sua opinião, que não deveria ser levada em consideração para fins de admissibilidade.

Naquele caso, após os Autores terem seu pedido de apresentação de prova pericial negado sucessivas vezes, porque tanto o juízo *a quo*, como tribunal *ad quem*, entenderam que a prova produzida pelo Réu, baseada em estudos epidemiológicos, é que atendia ao critério de “aceitação geral”, consagrado no precedente “*Frye*” setenta anos antes em 1923²⁹⁷, a Suprema Corte Americana estabeleceu que o critério de admissão da prova pericial deveria ser aquele estabelecido nas *Federal Rules of Evidence* (FRE), supervenientes ao caso *Frye*. Com base nessa interpretação, a própria corte expressou de forma mais objetiva quais seriam esses critérios.

Segundo a Suprema Corte não havia nada no texto legal, ou na justificativa do artigo 702 das FRE, que indicasse que o critério de “aceitação geral” era requisito único de admissibilidade da prova científica. Ao contrário, o critério antigo era considerado rígido demais e seria incompatível

²⁹⁶ TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. *Opening remarks*. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. (Edts). *The reforms of civil procedure in comparative perspective: An international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, Florence, 12-13 December, 2003. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 3 Nicolò Trocker e Vincenzo Varano comentam que Mauro Cappelletti e Vittorio Denti lhes ensinaram ampliar os horizontes com os estudos de outros ordenamentos jurídicos ainda que em territórios distantes e não explorados. Afinal eles poderiam ser conceitual e metodologicamente diferentes da tradição ou da linha de conhecimento dos pesquisadores, mas compartilham dos mesmos problemas para os quais buscam soluções adequadas. “Through comparison we gain knowledge. This explains why we look at the common law world and consider the many important transformations taking place there and the ongoing dialogue between those legal systems and the civil law world”.

²⁹⁷ A essa altura, após a promulgação das Federal Rules of Evidence (FRE), alguns juízos de primeiro grau usavam o teste de aceitação geral, enquanto outros seguiam as regras das FRE, não havia um entendimento uniformizado de qual teste deveria ser aplicado, conforme relatou POLENTZ, Michael C. *Post-Daubert Confusion with Expert Testimony*. Santa Clara Law Review. 1995-1996. v. 36. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08 mar. 2013, p. 1187.

com a postura mais liberal visada pela reforma que implementou as FRE, almejando a flexibilização da admissão de testemunho especializado (leia-se, de prova pericial)²⁹⁸.

Naquela ocasião, a Suprema Corte julgou que o artigo 702 das FRE previa os limites apropriados para a admissibilidade da prova científica e que aos juízes de primeiro grau cabia a tarefa de assegurar que a prova pericial se baseasse não só em informação confiável, como relevante para o caso em análise.

O juiz antes de deferir a apresentação do laudo pericial deve verificar se o perito usou a metodologia cientificamente válida e se esta pode ser apropriadamente aplicada ao caso. O juiz deve se certificar de que a teoria ou técnica são testáveis, ou se foram testadas; se já foram objeto de *peer review* e publicação, a probabilidade de erro do método, se o método usado é controlado e se os critérios empregados são aceitos amplamente na comunidade científica relevante.

Verifica-se se o método e o raciocínio científico são válidos e se eles podem ser aplicados apropriadamente aos fatos.

Esses pontos que orientam o juiz não devem ser rígidos, mas servir apenas para auxiliá-lo a focar nos princípios e na metodologia usados pelo perito e não na conclusão que eles geraram.

A Suprema Corte Americana expressamente reprovou a exclusão de provas meramente com base no critério da aceitação geral, esclarecendo que o controle da prova é feito através do contraditório e da observância das regras de distribuição do ônus da prova.

Importante destacar que, de fato, houve uma ressalva da corte sobre a prova pericial científica. Não se exigia dela um grau de certeza absoluto, simplesmente, porque não existem certezas na ciência.

²⁹⁸ Na prática, porém, a exigência consagrada no mesmo precedente, de avaliação da teoria científica pelos pares de seu criador (*peer review*), não deixa de ser uma maneira de se exigir a aceitação da teoria no meio no qual se originou.

Aos juízes foi imposta a função de “*gatekeepers*”, que deveriam passar a atuar como guardiões da confiabilidade da prova a ser apresentada aos jurados. Eles passaram a ser responsáveis pelo julgamento do que é a boa ciência e da confiabilidade dos testemunhos especializados.

Entendeu-se que os juízes federais seriam capazes de filtrar a admissibilidade com base nos fatores já mencionados acima, que não seriam exaustivos, como 1) se a teoria, ou técnica, que ajudará ao examinador dos fatos, pode ser ou foi testada para fins de verificação de sua falseabilidade, como pregado por Karl Popper, ou se o teste pode ser reproduzido para fins empíricos, como defendido por Carl Hempel; 2) se foi submetida ao *peer review* e publicação. A publicação não é condição *sine qua non* para a admissibilidade, porque não necessariamente se correlaciona com a confiabilidade, já que pode haver novas teorias inovadoras ainda não publicadas. O franqueamento da teoria ao *peer review* é um componente do que se considera “boa ciência”, porque é nesse processo que possíveis falhas na metodologia serão detectadas; 3) a indicação de índices de erro, ou erro em potencial; 4) a aceitação geral.

De fato, a prova pericial pode ser ao mesmo tempo poderosa e um tanto capciosa por causa da dificuldade em avaliá-la²⁹⁹. A partir do momento em que qualquer um que porte um diploma pode defender qualquer ponto de vista, o seu controle, ainda que com critérios flexíveis, não para aceitar qualquer prova, mas apenas aquelas confiáveis, é fundamental.

6. *Mapeamento dos erros.* O recurso à ciência para colheita e informação de dados sobre fatos discutidos em juízo aumentou muito nas últimas décadas. A proliferação de casos que invocavam a prova científica foi demasiada nos Estados Unidos, após a flexibilização das regras de admissibilidade do testemunho do *expert (expert witness)*, decorrentes da promulgação das *Federal Rules of Evidence (FRE)*, na década de 70 do século passado, despertando na comunidade jurídica de lá, o interesse em investigar o que seria ciência e que tipo de ciência poderia ser admitida para uso em ações judiciais.

²⁹⁹ A afirmação é do Juiz Weinstein, citado no precedente *Daubert*: "Expert evidence can be both powerful and quite misleading because of the difficulty in evaluating it. Because of this risk, the judge, in weighing possible prejudice against probative force under Rule 403 of the present rules, exercises more control over experts than over lay witnesses." Weinstein, 138 F.R.D., at 632.

Para Taruffo o crescimento do uso da prova pericial é generalizado em todos os sistemas processuais, mas ele percebe que alguns processos ordinários já não são mais adequados para resolver os problemas que potencialmente seriam solucionados com base nos avanços que a ciência propiciou³⁰⁰.

Taruffo ainda discorre que a ideia comum de ciência como fonte de prova judicial mudou. O uso tradicional da ciência no direito probatório consistia em provas periciais no campo da medicina, química, engenharia e, às vezes, física e matemática. Apenas algumas ciências exatas eram consideradas. Todas as outras, exceto algumas matérias técnicas como a mecânica e a construção, eram julgadas a partir do conhecimento calcado na cultura média do julgador. O tempo passou e hoje as ciências estão cada vez mais especializadas e sofisticadas e não abordam somente assuntos ligados à área de ciências exatas, mas humanas, incluindo-se nesse rol, respectivamente, a genética, toxicologia, epidemiologia, bioquímica, sociologia, economia, psicologia etc. consideradas possíveis fontes de prova no processo civil.

O aumento considerável dessas fontes, aliado à democratização do ensino³⁰¹, trouxe ao mercado novos peritos e novos problemas, como, por exemplo, a dificuldade de se controlar a qualidade da perícia.

³⁰⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008, p. 97.

³⁰¹ Sobre a explosão do número quantitativo de universidades e como isso afetou a qualidade do ensino universitário ler Da ideia de universidade à universidade de ideias. In: SANTOS, Boaventura Sousa de. *Da ideia de Universidade à Universidade de ideias. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010. 1ª. Reimpressão Brasil 2011, p. 188. Por volta de 1960 a universidade passa a ter múltiplas funções. “A explosão das funções foi, afinal, o correlato da explosão da universidade, do aumento dramático da população estudantil e do corpo docente, da proliferação das universidades, da expansão do ensino e da investigação universitária a novas áreas do saber”. P. 189 “A centralidade da universidade enquanto lugar privilegiado da produção de alta cultura e conhecimento científico avançado é um fenômeno do século XIX, do período do capitalismo liberal, e o modelo de universidade que melhor o traduz é o modelo alemão, a universidade de Humboldt. A exigência posta no trabalho universitário, a excelência dos seus produtos culturais e científicos, a criatividade da actividade intelectual, a liberdade de discussão, o espírito crítico, a autonomia e o universalismo dos objetivos fizeram da universidade uma instituição única, relativamente isolada das restantes instituições sociais, dotada de grande prestígio social e considerada imprescindível para a formação das elites. Esta concepção da universidade, que já no período do capitalismo liberal estava em relativa dessintonia com as “exigências sociais” emergentes, entrou em crise no pós-guerra e sobretudo a partir dos anos sessenta”. p. 194 “A explosão da população universitária, a alteração significativa da composição de classe do corpo estudantil e a ampliação dos quadros de docentes e investigadores possibilitaram a massificação da universidade e com ela a vertigem da distribuição (se não mesmo da produção) em massa da alta cultura universitária”. (...) “Tal como teve lugar, a democratização da universidade traduziu-se na diferenciação – hierarquização entre universidades e entre essas outras instituições de ensino superior. A produção da alta cultura permaneceu em grande medida controlada pelas universidades mais prestigiadas, enquanto as universidades de massa se limitaram à distribuição da alta-cultura ou, quando a produziram, baixaram o nível de exigência e degradaram a qualidade. Este foi o preço que a universidade teve de pagar para tentar manter a sua centralidade na produção de cultura-sujeito. Nos anos setenta esse preço começou a

Outro aspecto, além da problemática da credibilidade da perícia na pessoa do perito, é a identificação do que é a boa ciência, e do que é a má ciência.

A má ciência, “*junk science*”, termo popularizado por Peter Huber, ou pseudociência, carece de validade científica, por caracterizar método especulativo e pobre, capaz de induzir o julgador em erro, e não pode servir de fonte confiável de prova para determinar a ocorrência, ou causa, do fato controverso. A prova científica só pode ser presumida válida se produzida de acordo com métodos científicos considerados válidos pela comunidade científica, o que deve ser demonstrado no processo. Mesmo assim, Gascón Abellán defende que a prova só proporciona um grau de probabilidade do conhecimento do fato³⁰² e não a sua certeza.

A produção da prova científica é delicada e complexa, porque não se sabe se o resultado alcançado é confiável, se os peritos são qualificados, se os resultados induziriam o julgador a uma valoração errada da prova, porque ele mesmo não detém os conhecimentos científicos, técnicos ou especializados. Com a instituição do nosso método, almejamos a redução desses erros.

No caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals* de 1993, comentado acima, apontado pela doutrina como o marco para as investigações científico-jurídicas, essas questões foram analisadas profundamente e acabaram motivando outras.

revelar-se demasiado alto”. (...) “A denúncia insistentemente repetida da degradação da produção cultural na esmagadora maioria das universidades veio a dar origem, nos anos oitenta, à reafirmação do elitismo da alta cultura e à legitimação das políticas educativas destinadas a promovê-lo”. p. 217. A correção da qualidade das universidades também é assunto delicado em decorrência nas falhas de sua aferição. “Perante a inefabilidade das qualidades inscritas nos produtos a avaliar, os agentes e instituições avaliadoras tendem a privilegiar as medidas quantitativas...E, no entanto, hoje reconhecido que a qualidade transborda sempre das quantidades em que é operacionalizada...Perante a verificação de que a França produz mais diplomas universitários que a Alemanha, apesar de possuir uma taxa de enquadramento (número de alunos por docente) muito inferior (23 na França; 9 na Alemanha) (Bienaymé, 1986:317), fácil será concluir que o sistema universitário francês é mais eficaz que o alemão. No entanto, tal conclusão nada diz sobre a qualidade dos diplomas, o nível de excelência exigido, ou o impacto do tipo de formação no desempenho profissional dos diplomados. É certo que qualquer destes factores pode ser, por sua vez, operacionalizado em indicadores quantitativos, mas pelos mesmos motivos, acabará por reproduzir, no seu âmbito, a irredutibilidade da qualidade à quantidade”. (...) se Frederico o Grande tivesse exigido quarenta “papers” para recontratar Kant para a cadeira de Filosofia, Königsberg, Kant não teria tido tempo para escrever a *Crítica da Razão Pura*” (Chaui e Giannotti, 1987: A 21).

³⁰² GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, p. 92

Os critérios de admissibilidade da prova científica estabelecidos pela Suprema Corte Americana nada mais foram do que uma espécie de corretor para manter um mínimo de qualidade das provas a serem apresentadas ao júri, para que este fosse menos suscetível de erro na valoração da prova.

Aquela corte enfatizou que as provas científicas só deveriam ser admitidas para apurar fatos litigiosos, se relevantes para a decisão sobre esses fatos e desde que as provas fossem baseadas em dados confiáveis.

Os critérios lançados no caso *Daubert* demonstram que, naquele caso específico, tentou-se equacionar de forma racional os problemas mais sérios com relação à validade da prova científica, servindo de guia para outros sistemas jurídicos. Foram abordados os problemas de validade, credibilidade e o uso correto da ciência como fonte de prova.

Os estudos sobre a credibilidade da prova pericial continuaram. De acordo com pesquisa realizada nos Estados Unidos, intitulada “*Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*”³⁰³, foram identificados diversos problemas sérios estruturais relacionados à prova pericial criminal (“*forensic science*”³⁰⁴).

Entre os problemas descobertos estão a falta de laboratórios equipados adequadamente para o manuseio da prova e de profissionais qualificados aptos a colher e interpretar as provas científicas.

Notou-se que nem todos os serviços na área da perícia criminal eram feitos em laboratórios criminais tradicionais. Às vezes, o trabalho era realizado por auxiliares da justiça, que não tinham treinamento na área científica, que não seguiam princípios ou metodologias aceitos, e, por isso, não poderiam conhecer as limitações ou margem de erro dos resultados encontrados.

³⁰³ COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Aug. 2009. Não publicado. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2012.

³⁰⁴ O termo inclui uma gama enorme de disciplinas, que seguem práticas distintas e têm padrões de técnica, metodologia, confiabilidade, índices de erro, pesquisa e aceitação geral diversos, algumas sequer preenchem os requisitos da chamada ciência formal.

Os resultados daquela extensa pesquisa comprovaram ainda que não se pode atribuir peso excessivo à prova pericial, porque ela é falível. A colheita errada de uma impressão digital pode levar a condenações indevidas. Aliás, esta técnica, sempre considerada eficiente na associação do suspeito às digitais colhidas na cena do crime, tem sido constantemente questionada. Sua base científica está sendo revisada e argumenta-se que ela não é tão confiável como se imaginava.

A admissão exagerada da prova científica contribuiu para a má interpretação do cenário geral dos casos, porque os julgadores depositaram confiança demasiada nesse meio de prova, deixando de observar outras igualmente produzidas, que não confirmavam aquela. Já foram inúmeras as absolvições com base em análise de DNA, em que o acusado absolvido havia sido incriminado anteriormente com base em outro tipo de prova pericial. A prova do DNA, consistente em exames que seguem técnica e processos próprios, entre as provas ditas “forenses” (prova pericial oficial), é a mais estudada e aquela em que mais se investe, o que permitiu o seu aprimoramento e obtenção de resultados bastante precisos.

Embora a prova de DNA seja considerada uma prova científica segura, ela também pode ser objeto de impugnação, porque seu resultado não é absoluto³⁰⁵. Erros ocorrem quando da realização do exame ou na interpretação dos resultados³⁰⁶, para não falar da possibilidade de adulterações, fraudes, má-fé dos envolvidos, dinheiro e poder, que podem prejudicar a perícia. O que, a princípio, seria certo, pode ser frágil e precário.

Se os testes de laboratórios não são feitos adequadamente, se os resultados são analisados de forma equivocada, se a prova científica não é confiável, se é tendenciosa, incompleta, se não é possível controlar seu resultado, é claro que o julgador pode ser levado a erro, dando causa à condenação ou absolvição indevidas, daí a comprovação de que a prova pericial demanda atenção e controle excepcionais.

³⁰⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008, p. 97.

³⁰⁶ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 104-105.

7. *Métodos de controle.* Em que pese a legislação vigente já determinar o exercício do controle pelo julgador e pelas partes, visto que se adota o sistema de valoração de prova da persuasão racional e da ampla defesa, a falta de certas exigências expressas na lei, combinada com a confiança que o juiz deposita no *expert*, levaram à reduzida avaliação dos métodos e teorias empregados na perícia, tornando-a uma prova praticamente absoluta. Por tal razão, a alteração das normas é adequada, principalmente para alertar para um problema grave e para a necessidade de uma mudança cultural.

Uma sugestão oriunda daquela pesquisa americana³⁰⁷ seria a implementação de critérios mínimos, que garantissem um padrão científico, visando a qualidade do trabalho, que ainda varia muito, justamente, pela falta desses *standards*, por falta de treinamento e educação contínua dos envolvidos e de rigor nos programas de certificação.

Recomendou-se promover o amadurecimento da “ciência forense”, num campo multidisciplinar que prevesse a pesquisa e prática, baseada na colheita sistemática de dados e de sua análise, a criação de diretrizes de *best practices* para os profissionais e laboratórios, critérios obrigatórios para a certificação desses, promoção de *peer review* sério, a melhora nos programas de educação, com a supervisão dos padrões de educação e certificação dos cursos de ciência forense nas faculdades e universidades e o estudo de novas tecnologias.

Os relatórios dos laboratórios que se referem à análise científica deveriam ser completos e meticulosos, contendo, no mínimo, método, material, processos, resultados, conclusões e fontes detalhados, além de informar possíveis incertezas científicas ou graus de confiabilidade do resultado, já que vários relatórios não incluem essas informações, enquanto que em outras disciplinas, como na área médica, existem padrões e protocolos para fins de relatórios sobre dados colhidos.

³⁰⁷ COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward.* Aug. 2009. Não publicado. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em 28 ago 2012.

No direito processual civil da *civil law*, os debates estão mais focados na valoração do juiz sobre o resultado do trabalho do perito. É na etapa final prévia à sentença em que o juiz vai avaliar a validade da prova científica³⁰⁸.

No entanto, tendo conhecimento desses desvios, previmos no art. 18 a possibilidade do exame de admissibilidade da prova pericial, em caráter excepcional, devido aos custos e tempo de produção que a prova possa demandar, que devem ser ponderados com a expectativa do seu resultado. Com base nisso, foi a sugestão do art. 18. “Não serão impostas restrições à admissibilidade das provas com fundamento na suspeita da sua falta de credibilidade. (...)§ 2º. Na avaliação das provas, o juiz apreciará as hipóteses previstas neste artigo, fundamentando-a específica e expressamente nas regras de experiência e nos demais elementos probatórios (artigo 17); § 3º. Os impedimentos, os motivos de suspeição ou a insuficiência de conhecimentos técnicos ou científicos dos peritos serão considerados no juízo de admissibilidade da prova pericial. Caso produzida a prova sem a observância destas restrições, seu conteúdo ficará sujeito ao disposto no parágrafo anterior”.

A falta de controle prévio à produção da prova pericial, aumenta as chances de erro na etapa da valoração, porque pode haver vício antes mesmo do início de sua produção com a inadequada escolha do perito, por exemplo.

A conclusão de nossas pesquisas nos orienta a controlar a produção da prova pericial em todas as suas fases, seja na sua proposição, na admissão, produção e na valoração.

Nada adiantaria permitir uma extensa instrução probatória, ou uma fase sem limites, se isso admitisse a produção de provas que não contassem com o mínimo de confiabilidade, ou credibilidade, que violassem direitos fundamentais, a segurança

³⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008, p. 100: "En realidad, en los sistemas de civil law éste es el verdadero momento en el que la validez científica de las pruebas científicas es valorada por el juez. Desde este punto de vista, la solución consistente en decir que la valoración del perito y las pruebas científicas es discrecional para el juez suena como una solución muy deficiente. Ante problemas como los que actualmente caracterizan el uso de la ciencia como medio de prueba, con todos los peligros del mal uso de los métodos científicos y de la ciencia basura, no es suficiente confiar sólo en la <libre valoración> del tribunal para garantizar que la buena ciencia se utilice validamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto de litigio. Lo que se requiere para que las pruebas científicas válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos es un análisis judicial profundo y claro de las mismas, acorde con estándares fiables de evaluación".

jurídica, que permitissem a eternização da discussão e da demanda, contrariando a duração razoável do processo³⁰⁹.

Os testes de admissibilidade da prova não deixam de constituir um padrão legítimo criado pelo direito para se garantir um mínimo de qualidade no processo.

Standards e protocolos de boa conduta servem para revestir de profissionalismo a prestação de um serviço e permitem às organizações criar sistemas de qualidade, de regras, de processos e a manter sua autonomia contra interesse pessoal de certos grupos. *Standards* asseguram características almejadas nos serviços e técnicas, como a qualidade, confiança, eficiência e consistência entre aqueles que executam os serviços ou técnicas. Tipicamente os *standards* são essenciais para sistemas de certificação, em que examinadores e auditores independentes testam e auditam a performance, as regras, e processos, por exemplo, de laboratórios e de prestadores de serviço. Além disso, requisitos para controle de qualidade podem ser impostos para que seja possível medir e verificar performances³¹⁰.

Os erros acontecem independentemente do sistema de escolha do perito, seja pelas partes ou pelo juízo, ou do sistema legal de *civil* ou *common law*.

No sistema brasileiro não é raro verificar que peritos que não detenham conhecimento adequado, ainda que sofram impugnação fundamentada pela parte interessada, sejam nomeados para a realização da perícia, porque o controle da validade de sua opinião é relativamente baixo, em função do fator “confiança” empregado na sua escolha³¹¹.

³⁰⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 126: “As regras do procedimento legal a respeito da proposição, admissão e produção de provas, assim como sobre a sua avaliação, definem o método jurídico de apuração da verdade no processo, com a dupla finalidade de assegurar que essa apuração seja efetiva e de disciplinar a sua condução pelo juiz, evitando assim decisões subjetivas e arbitrarias”.

³¹⁰ COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Aug. 2009. Não publicado. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em 28 ago 2012.

³¹¹ O problema foi exposto em uma série de 5 pareceres da lavra de Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freitas Câmara, Dênis Borges Barbosa e Ana Paula Buonomo Machado, Cândido Dinamarco e Humberto Theodoro Júnior. In: REVISTA DA ABPI. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. 89, Jul. Ago. 2007. 72p.

A propósito Carnelutti já alertava que o valor da prova consistia na sua idoneidade a estabelecer a existência do fato a provar³¹².

As decisões judiciais, amparadas nos critérios objetivos criados para aferir a cientificidade do método adotado, inclusive as dos tribunais superiores, em que tiverem sido apreciadas as questões que foram objeto da perícia, mencionarão os nomes dos peritos do juízo e das partes e explicitarão os motivos que levaram o juiz, ou tribunal, a considerar ou não os laudos periciais como instrumento adequado à busca da verdade.

O teor dessas decisões será comunicado aos peritos e ao órgão do tribunal responsável pelo cadastro, sendo arquivado no histórico do profissional ou do órgão para futuras consultas e avaliações. (art. 116 § 6º).

Esse sistema permitirá o melhor controle também da comunidade acadêmico-científica da qualidade dos peritos e da decisão, gerando um *feedback* aferível no sistema. Atenção foi dada aos casos de segredo de justiça em que há o cuidado de excluir a identificação dos fatos e das partes (art. 116, § 7º).

Acreditamos que publicidade e a exposição da imagem do perito provocarão a melhora na qualidade do trabalho pericial.

8. *Fundamentação mais inclusiva dos pontos debatidos pelas partes no exercício do contraditório.* As partes desempenham um papel fundamental na produção de provas em todos os sistemas probatórios modernos. Esse é um aspecto essencial da garantia do devido processo legal na jurisdição civil.

O direito pátrio tem como regra o princípio da iniciativa das partes. Estas provarão os fatos em que o direito se baseia e o juiz está adstrito aos fatos alegados.

Além do papel de destaque das partes, o magistrado também deixou de ser mero expectador dos atos processuais das partes, para ativamente dirigir e conduzir o

³¹² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. Terza Ed. Emend. Ampl. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1951, p. 378.

processo. Essa ideia de interação dos sujeitos no processo integra o princípio da cooperação, em que cada um exerce seu papel lealmente e de forma equilibrada almejando a justa solução da lide (art. 125).

Moacyr Amaral Santos lembra que o princípio dispositivo, no direito brasileiro, é absoluto no que diz respeito à afirmação dos fatos em que se funda o pedido, mas não à prova dos fatos. Embora a prova dos fatos caiba à parte que os alegou, o juiz pode de ofício solicitar a produção daquelas necessárias para a formação da sua convicção³¹³.

Outra questão importante é que, embora o juiz esteja adstrito aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ele não está sujeito a conferir-lhes qualificações jurídicas que lhes atribuam as partes.

A sentença ideal deve incluir as razões que influíram na convicção do juiz e, havendo longos debates sobre a prova pericial eventualmente produzida, deve o juiz responder a todos os questionamentos das partes, para fins de controle da decisão.

9. *Mudança Cultural.* Nossa proposta desperta a consciência de que todas as etapas que envolvem a prova pericial (postulação, admissão, produção e valoração) requerem o exercício de cooperação real entre as partes, juiz, peritos e assistentes técnicos, de acordo com suas funções delineadas no Código de Processo Civil, para que efetivamente se contribua para o acerto dos fatos como são na realidade em que podemos compreendê-los. Isso seria alcançado através da definição exata do objeto da perícia, da indicação do ramo da ciência ou técnica em que o perito deva deter conhecimento, da justificativa da necessidade da produção da prova, com indicação do porquê de estar apta a demonstrar a existência do fato.

Todos os envolvidos terão instrumentos a seu dispor para adotar uma visão crítica, e não cômoda, no decorrer do processo, não se aceitando a prova inútil sem definição de objeto, sem área de especialidade do conhecimento ou outras informações relevantes, que acabam refletindo a perícia requerida de forma automatizada. Tampouco

³¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva. v. II, 2011, p. 107.

se deve aceitar qualquer laudo com base em presunção absoluta de veracidade, porque emitido por “especialista” no assunto.

Em que pese o entendimento majoritário doutrinário de que o juiz não fica vinculado ao laudo pericial, devendo formar sua convicção com base no conjunto probatório constante nos autos, ainda existe um ranço de preconceito com as partes que questionam a prova, mas que vem sendo superado em diversos ordenamentos.

Acreditamos que a linha proposta seja capaz de empreender as mudanças a contento.

10. *Considerações finais e recomendação.* Sugere-se que os mesmos dados objetivos exigidos dos peritos, seja sobre sua capacitação ou sobre o parecer elaborado, sejam cumpridos pelos assistentes técnicos ou pareceristas, ou que sejam apresentados nos estudos técnicos, para fins qualitativos, porque eles orientarão os debates e concorrerão com os laudos periciais, na descoberta da verdade, suscetíveis ao controle das partes. O procedimento probatório extrajudicial que envolver a produção de prova pericial poderá seguir a forma adotada no capítulo da prova pericial.

A vistoria no atual CPC está bem próxima à constatação prevista no Código de Processo Civil francês. Na França ela é prevista em seção própria da constatação e não no mesmo artigo de prova pericial técnica, como no nosso caso. Na verdade, como a prova pericial demanda tempo no processo, tempo este que o legislador e a sociedade, custe o que custar, exigem reduzir, os franceses desmembraram a perícia tradicional em três técnicas diferentes (constatações, consulta e perícia técnica) de acordo com a complexidade do objeto. Assim, perde-se tempo somente com pesquisas ou análises realmente complexas³¹⁴.

³¹⁴ GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 31. ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 484. A constatação prevista no art. 249 do CPC francês é cabível para a análise de fatos simples e cabível a qualquer momento. O constator é pessoa experiente e competente. p. 489. A consulta exige um procedimento mais complexo do que a constatação e menos do que a perícia. É adequada quando o especialista não precisa se dedicar à pesquisa complexa. Pode ser apresentada por escrito ou oralmente. A “*expertise*”, ou prova pericial, é reservada aos casos complexos, em que não cabem simples constatação ou rápida consulta. O juiz não tem liberdade total para pedir uma prova complexa custosa e demorada e só pode fazê-lo nos casos em que não consegue esclarecer suficientemente os fatos por constatação ou consulta. pp. 490/491. A consulta segue o ritual da constatação com algumas diferenças. A constatação é consignada por escrito a menos que juiz determine que seja oralmente. A consulta é apresentada oralmente a menos que o juiz determine que seja

O ordenamento francês se preocupou em estabelecer os limites de verificação da constatação. No art. 249 o legislador proíbe o constataador de opinar sobre as consequências do fato ou sobre o direito que dele possa resultar³¹⁵.

Em certas situações que não exigem conhecimento especial, o juiz pode realizar constatações diretamente, sem a intervenção de terceiros, o que se dará por meio da inspeção judicial³¹⁶.

A vistoria depende da percepção ocular e seria mais simples do que o exame na medida em que, aparentemente, o perito não interage com a coisa. Ela seria um tipo de perícia simples, informativa e não opinativa, o que permitiria até mesmo uma flexibilidade no grau de exigência dos conhecimentos que o perito deva deter (Art. 139 §. 2º).

Para atender aos casos mais simples previmos a possibilidade de uma perícia simples ou informal (art. 121, § 2º.), cuja inspiração veio do art. 35 da lei 9.099/95.

Acredita-se que essas novas exigências propiciarão um salto qualitativo no sistema da prova pericial, mas que, por outro lado, dependerão também de um melhor preparo dos advogados, juízes, peritos e assistentes técnicos, para lidar com a mudança cultural que se pretende provocar.

por escrito. Constatação e consulta tem prioridade no sistema. A perícia (*expertise*) é uma medida extrema que requer do juiz fundamentação que tenha motivado a escolha e razões para a sua realização. Em princípio é facultativa, mas por exceção pode ser obrigatória.

³¹⁵ FRANÇA. *Code De Procédure Civile*. Section II : Les constatations. Article 249 Le juge peut charger la personne qu'il commet de procéder à des constatations. Le constatant ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter.

³¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. v. II, 2002, p. 227. “O juiz irá ao local quando julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar, quando a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades ou quando determinar a reconstituição dos fatos”.

Capítulo V - Inspeção Judicial

Odilon Romano Neto

1. Aspectos gerais. Alinhando-se à premissa teórica adotada pelo anteprojeto, no sentido de que a prova tem como principal finalidade a busca da verdade, constituindo, portanto, a atividade probatória componente essencial do direito de defesa, no contexto do contraditório participativo, buscou-se fortalecer a inspeção judicial, importante mecanismo de reconstrução dos fatos em discussão no processo, por meio da observação de lugares, pessoas, coisas ou documentos, diretamente pelo juiz ou, ainda, nas hipóteses de simples constatação, por intermédio de servidor ou terceiro pelo juiz designado.

Não obstante essa valorização da inspeção judicial como meio para reconstrução dos fatos sob julgamento, o regramento a ela conferido, não se afastou de outra premissa teórica adotada pelo anteprojeto, qual seja, a de que a atuação do juiz, no tocante à iniciativa probatória, deve ser subsidiária. Além disso, restou expressa a submissão deste meio de prova às limitações probatórias adotadas pelo anteprojeto (art. 136).

2. Objeto da inspeção judicial. O objeto da inspeção judicial foi ampliado (art. 136), em relação ao regramento presente no Código de Processo Civil de 1973, evidenciando que esta recai não apenas sobre pessoas ou coisas, mas também sobre lugares e documentos.

3. Finalidade da inspeção judicial. A finalidade principal da inspeção judicial, tal como regulado no anteprojeto, é permitir ao juiz a observação direta ou indireta de pessoas, coisas, lugares ou documentos, “*a fim de se esclarecer sobre fatos que interessem à decisão da causa*” (art. 136), ressaltando-se que ela deve ser realizada, em especial, quando “*essa observação puder ser útil para a sua apuração ou interpretação*” (inc. I), ou quando “*a existência de pormenores relevantes de difícil apuração recomende que se realize a sua reconstituição, preferencialmente com pessoas que deles participaram*” (inc. II).

4. *Forma de realização da inspeção judicial.* Incorporando prática adotada no cotidiano do Judiciário brasileiro, o anteprojeto previu a possibilidade de que a inspeção judicial, nas hipóteses de simples constatação, não seja realizada diretamente pelo juiz, mas possa ser delegada a servidor ou a terceiro designado pelo juiz (art. 138, §2º).

De outra parte, à semelhança do que é previsto no art. 181 do Código de Processo Civil francês, e igualmente incorporando prática judiciária corrente, o anteprojeto deixa claro que o juiz pode colher esclarecimentos não só com as partes, como regulado no Código de Processo Civil de 1973, mas com “*quaisquer outras pessoas cuja manifestação lhe pareça útil à busca da verdade*” (art. 138, §1º).

5. *Documentação da inspeção judicial.* Alinhando-se ao que dispõe o art. 359 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, o anteprojeto prevê a adoção de recursos tecnológicos de documentação, tais como registros de som e imagem (art. 139, parágrafo único), que possibilitam um registro mais fiel da diligência, sem prejuízo da manutenção dos meios de documentação atualmente previstos na legislação (auto circunstanciado, desenhos, gráficos e fotografias).

TÍTULO III – DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Cintia Regina Guedes

Marcela Kohlbach de Faria

1. *Compatibilização do anteprojeto com o procedimento ordinário.* O escopo do anteprojeto que ora se apresenta é conferir nova regulamentação legal ao tema que versa sobre a proposição e produção da prova, tanto em juízo quanto em um procedimento extrajudicial, e aos assuntos com ela correlacionados, como o ônus da prova, e as limitações probatórias, entre outros. Para tanto, a opção do anteprojeto foi de inserir a nova disciplina no código de processo civil em vigor, substituindo todo o capítulo do atual CPC destinado às provas (capítulo VI do título VIII) pela nova regulamentação ora proposta, mantendo os demais capítulos do código de processo em vigor.

Entretanto, percebe-se da leitura do anteprojeto, e não poderia ser diferente, que as novas normas propostas impõem modificações na própria estrutura do procedimento ordinário, com a adoção de um rito bifásico, calcado na oralidade e em seus consectários, concentrado em duas audiências, na qual serão propostas e deferidas as provas, e produzidas as que se fizerem necessárias. Em decorrência dessas mudanças no procedimento, foram necessárias algumas regras de adaptação de outros dispositivos do código de processo civil, situados fora do capítulo das provas, às normas que estão sendo acrescidas, relativas ao direito probatório.

Destarte, o anteprojeto mantém seu desiderato de não pretender realizar uma reforma geral no estatuto processual em vigor, mas apenas substituir o capítulo que trata das provas, e, sempre que estritamente necessário, alterar outras normas que sejam diretamente afetadas pela nova sistemática que se propõe, seja conferindo-lhes nova redação ou simplesmente revogando dispositivos que se mostrem incompatíveis com o espírito do anteprojeto. As disposições finais e transitórias, portanto, compreendem propostas de alterações em normas legais situadas fora do capítulo VI do título VIII do atual CPC, sempre que sejam necessárias para evitar incompatibilidades ou lacunas

entre as disposições contidas no anteprojeto e as demais normas do código que continuarão em vigor.

Nesta linha de princípio, o novo procedimento judicial criado pelo anteprojeto é único, não havendo diferenças procedimentais em razão da matéria a ser decidida ou do valor atribuído à causa. Destarte, em razão da nova regulamentação do procedimento único feita pelo anteprojeto, tornou-se necessária a revogação dos dispositivos do CPC relativos ao rito sumário, que não mais serão aplicados. Foram também revogadas normas acerca da emenda da inicial, e das formas de defesa do réu que não mais encontram eco no novo procedimento delineado pelo anteprojeto.

De acordo com o novo procedimento bifásico adotado no anteprojeto, após a distribuição da petição inicial, o mandado de citação será automaticamente expedido pelo escrivão, tendo o anteprojeto suprimido a necessidade do despacho da petição inicial pelo juiz (art. 45). A supressão do despacho liminar da petição inicial traz consequências processuais (como a relativa ao indeferimento da inicial, por exemplo) e civis (ante sua implicação com o marco de interrupção da prescrição). Destarte, esta alteração procedimental implica na necessidade de alterar a redação de algumas normas do CPC e até mesmo do código civil, a fim de que estes diplomas sejam adaptados ao novo procedimento.

Nesta linha de raciocínio se justifica a redação do art. 141, § 3º, que visa a compatibilização do anteprojeto com a norma contida no art. 263 do CPC, a qual estabelecia que a ação seria considerada proposta com o despacho do juiz na petição inicial, substituindo-se o “despacho inicial”, como marco da propositura da ação, pelo ajuizamento da petição.

Em relação à interrupção da prescrição, o código civil, no art. 202, inciso I, prevê que a interrupção ocorre com o despacho do juiz que ordena a citação. Com a supressão deste despacho, tornou-se imprescindível que fosse dada nova redação ao mencionado dispositivo legal, passando a interrupção da prescrição a ocorrer com a citação do réu (art. 146 do anteprojeto), harmonizando-se, desta feita, a norma do CC

com a previsão do art. 219 do CPC, sendo realizada, quanto a este, apenas uma pequena alteração no parágrafo segundo.

O anteprojeto ressalva, ainda, que o procedimento probatório judicial, no qual não há previsão de análise da petição inicial pelo julgador antes da citação do réu, não se aplica aos processos de execução e cautelar, que possuem regramento próprio no código de processo civil, assim como não se aplica, nos processos de conhecimento, quando há requerimento de medida liminar, casos em que a petição inicial deverá ser analisada pelo juiz antes da citação do réu. A hipótese tem previsão no art. 46, § 5º do anteprojeto.

Pelo mesmo motivo, no rito adotado pelo anteprojeto não há a possibilidade de indeferimento liminar da petição inicial. Neste ponto, a opção do anteprojeto, contudo, foi pela não revogação das normas do CPC que trazem os motivos para o indeferimento e o julgamento de improcedência liminar (arts. 285-A e 295), sendo redigida disposição legal de adaptação das duas normas, de molde a que tal análise tenha espaço em momento posterior do procedimento, qual seja, a audiência preliminar, após a citação do réu, quando o magistrado efetuará o exame completo da viabilidade da demanda proposta.

2. *As normas do código civil sobre provas.* Nas disposições finais e transitórias, não pode o anteprojeto se furtar a enfrentar a compatibilidade das normas do código civil em vigor com as normas ora apresentadas, haja vista que o código civil brasileiro possui um capítulo (o título V do livro III) inteiramente dedicado à disciplina da prova. Sobre o tema, há que se destacar, inicialmente, que o anteprojeto não pretende adentrar na já clássica discussão doutrinária acerca de qual seria a sede própria (ou exclusiva) para a sistematização das normas sobre provas, mormente porque não há uniformidade nem em nosso ordenamento (que possui disposições sobre provas tanto no estatuto civil quanto no processual) nem na maior parte dos ordenamentos estrangeiros que integram o chamado sistema da *civil law*.³¹⁷

³¹⁷ Sobre o assunto: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17. O autor afirma que diversos ordenamentos mantêm normas sobre provas na legislação civil, citando, como exemplo, o art. 1315 do *code civil* francês, o art. 2697 do *codice civile*

Destarte, procurou o anteprojeto definir como critério básico para estabelecer a divisão entre as normas civis e as processuais, em matéria de prova, que pertencem ao direito substancial as regras que criam e regulamentam requisitos formais de existência e validade dos atos jurídicos, ao passo que incumbem ao direito processual as normas que disciplinam a forma de produção, em juízo ou em procedimento extrajudicial, da prova desses mesmos atos jurídicos.³¹⁸ Neste diapasão, o anteprojeto deixa claro que não impõe qualquer regra de existência e validade dos atos jurídicos, matéria cuja disciplina pertence ao direito substancial, mas apenas sistematiza as regras sobre a prova em procedimento judicial ou extrajudicial.

O código civil em vigor, contudo, não faz tal distinção, havendo, no capítulo referente às provas dos atos jurídicos, tanto regras que tratam da forma, como requisitos de existência e validade do ato (normas, portanto, tipicamente civis), quanto regras que definem prova, a serem usadas no processo judicial, e cuja sede mais adequada seria o código de processo civil.

Nesta perspectiva, o anteprojeto buscou preservar aquelas disposições, de conteúdo materialmente civil, nas quais a forma é exigida pela lei como sendo da substância do ato (forma *ad substantiam*), ou seja, necessária à própria validade do ato jurídico (como a que exige escritura pública para a validade da compra e venda de bens imóveis), e nas quais o anteprojeto não pretende se imiscuir, por se tratar de matéria exclusivamente substantiva, e não processual. De outro giro, as normas (ainda que previstas no código civil) nas quais a forma serve apenas como prova do ato, em juízo ou fora dele, mas não integra seus requisitos de validade, passam a sofrer a influência das normas do anteprojeto.

italiano, o art. 341 do Código Civil português, e, ainda, alguns dispositivos do Código Civil espanhol, não revogados pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000.

³¹⁸ No mesmo sentido é o critério usado por Cândido Dinamarco : “Diferentes da prova, seja em sua natureza, seja em sua relevância jurídica, são as formas solenes de que certos negócios jurídicos devem-se revestir necessariamente, sob pena de invalidade ou inexistência jurídica; e tal é a *forma prescrita ou não defesa em lei*, na clássica forma exposta pelo art. 104, inc. II do Código Civil. Essas sim, são típicos institutos de direito substancial, uma vez que sem elas o ato não vale ou até mesmo pode chegar a ser juridicamente inexistente. Quando se trata de *convencer*, e não de constituir validamente o ato (prova *ad substantiam*), estamos no campo preparatório de julgamentos, e por isso é de *processo* que se cuida.” (DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 2009. v. III, p. 44).

Dentre estas normas de caráter processual contidas no código civil, sugere-se a revogação daquelas que são francamente incompatíveis com a principiologia adotada pelo anteprojeto, e a alteração daquelas que, não sendo totalmente incompatíveis com o anteprojeto, possam ser adaptadas ao novo ordenamento processual.

Sob esta ótica, as normas do código civil que trazem limitações à produção de provas não previstas no anteprojeto sofrem alterações. O escopo do anteprojeto, como já dito mais de uma vez, é o de viabilizar a correta apuração dos fatos, na busca da verdade. Sob esta ótica, constitui preocupação constante do anteprojeto a eliminação de todas as limitações probatórias que não se justifiquem pela violação dos direitos fundamentais ou do interesse público. Busca o anteprojeto, portanto, a todo tempo, a retirada das limitações probatórias que tenham por justificativa apenas a falta de confiança do legislador na credibilidade da prova.

Neste sentido, as normas constantes dos arts. 227 e 228 do CC, assim como as normas dos arts. 401 e 402 do CPC, que vedam o uso da prova exclusivamente testemunhal em contratos acima de determinado valor, não podem subsistir da forma como estão estabelecidas, dada a impossibilidade de convivência pacífica com os princípios adotados na construção do anteprojeto, em especial com a busca da verdade e a ampla admissão da prova. Com efeito, embora se trate de normas tradicionais em nosso ordenamento jurídico (e existentes, ainda, na maior parte dos ordenamentos que seguem a tradição do modelo francês), estas representam verdadeiros resquícios do sistema de prova legal, que não se compatibilizam com o espírito do anteprojeto e com o moderno direito processual civil.³¹⁹

³¹⁹ Os próprios tribunais brasileiros, de certa forma, vêm conferindo certa flexibilidade às referidas regras, admitindo a prova testemunhal em contratos com valor superior a dez salários mínimos, quando os costumes e a prática jurídica evidenciam que os contratos daquela natureza costumam ser feitos sem o termo escrito. TARUFFO, comentando o sistema italiano, informa que a regra do direito italiano, semelhante à do art. 401 do CPC brasileiro, vem sendo continuamente ignorada pelos juízes italianos, que admitem a prova testemunhal mesmo em contratos de valor superior ao limite legal (que hoje é um valor irrisório), levando em conta a qualidade das partes, a natureza do contrato e outras circunstâncias relevantes para a causa, sendo a regra utilizada apenas para negócios jurídicos de valor realmente elevado. (In: COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile. Il processo ordinario di cognizione*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. v. I, pp. 487-488)

Buscou o anteprojeto, portanto, dar nova redação aos citados dispositivos do código civil, de molde a manter as limitações formais já previstas no estatuto civil, mas apenas quando estas se destinam a assegurar a forma legalmente prevista como sendo da substância do ato jurídico, estabelecendo regras atinentes à existência e validade dos atos jurídicos, e não quanto à prova destes em juízo. Em relação à produção de prova em juízo (ou em procedimento extrajudicial), não se admite a restrição à prova exclusivamente testemunhal, nem mesmo quando tenha por base o valor do contrato.

Na redação dada ao art. 215 do código civil foi retirada a expressão “prova plena”, resquício ainda usado por esse diploma, de que se valiam antigos textos legais, com o significado de traduzir a prova cuja existência já se mostra suficiente, dada sua alta carga de convencimento, à plena comprovação dos fatos por ela demonstrados. Trata-se de expressão antiga, usada desde os velhos praxistas, e que não se coaduna com a principiologia fartamente adotada pelo anteprojeto, consentânea com o princípio da livre admissão das provas, e não mais com o sistema da prova legal.

Por fim, optou o anteprojeto em determinar que a aplicação das normas nele contidas, após o prazo da *vacatio legis*, somente se dará aos processos novos, ou seja, aqueles ajuizados a partir do início da vigência da lei (artigo 149). Tal se faz necessário porque, embora o foco do anteprojeto seja a alteração da matéria atinente às provas, na realidade este projeta suas inovações sobre todo o procedimento, impondo alterações desde a petição inicial, o que impede a sua aplicação a processos que já estejam em curso. Ademais, as ideias lançadas pelo anteprojeto exigem, mais que uma adaptação das velhas regras do código de processo, uma verdadeira mudança de mentalidade do julgador e das partes, para que um novo paradigma de processo civil possa ser alcançado.

3. *A aplicação do procedimento probatório extrajudicial ao inquérito civil.* O inquérito civil é procedimento de natureza administrativa, de legitimidade exclusiva do Ministério Público e tem como finalidade a investigação da ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, servindo para coleta de elementos de convicção para o ajuizamento de ações civis

coletivas na defesa de interesses metaindividuais. Assim, as provas coletadas na fase de inquérito, servem de base para ajuizamento da ação coletiva.

O inquérito civil encontra previsão legal no direito brasileiro nos artigos: *i*) artigo 129, III, da Constituição da República³²⁰; *ii*) art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)³²¹; *iii*) artigo 6º, da Lei nº 7.853/89 (apoio às pessoas portadoras de deficiência)³²²; *iv*) artigo 201, V, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)³²³; *v*) artigo 90, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)³²⁴; *vi*) artigo 25, IV, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)³²⁵; *vii*) Artigo 6, VII; artigo 7º, I; e artigo 38, I da Lei Complementar Federal nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União)³²⁶

Todavia, nenhuma das referidas leis trata do procedimento a ser seguido pelo inquérito civil, mas se limitam a atribuir ao Ministério Público a atribuição para a sua instauração e condução. Assim, a regulamentação procedimental fica ao crivo da própria instituição.

³²⁰ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III. promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

³²¹ “O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”

³²² “O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exame ou perícias, no prazo que assinalar, não inferior a 10 (dez) dias úteis.”

³²³ Art. 201. Compete ao Ministério Público: (...) V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;”

³²⁴ “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

³²⁵ “Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: (...) IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei.”

³²⁶ “Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: (...)VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos”; “Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: I- instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos”; “Art. 38. São funções institucionais do Ministério Público Federal as previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, incumbindo-lhe, especialmente: I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos”.

Neste vácuo legislativo, o inquérito civil se firmou como procedimento unilateral e inquisitório³²⁷, em descompasso com as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, garantidas pela Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LV³²⁸.

A desnecessidade de observância do contraditório é usualmente justificada pelo caráter não punitivo do procedimento do inquérito civil, uma vez que é visto como instrumento preparatório.

O próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece a não aplicação do princípio constitucional do contraditório no inquérito civil, por ser este dotado de natureza meramente informativa, de convencimento do próprio membro do Ministério Público sobre a existência ou não do dano, efetivo ou potencial, investigado³²⁹.

³²⁷ A doutrina, em grande parte, reconhece a inquisitorialidade do inquérito civil. Neste sentido: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A eficácia probatória do Inquérito Civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. *Revista de Processo*, n. 146, v. 32, 2007, pp. 189-204; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CHUEIRI, Mirian Fecchio. Anotações sobre o Inquérito Civil e o Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública. *Revista de Processo*, nº 199, vol. 36, 2011, p. 527-273; PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

³²⁸ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

³²⁹ Nesse sentido é esclarecedora a ementa do RMS 21.038 de Minas Gerais, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, integrante da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 07/05/2009, cujo inteiro teor foi disponibilizado no Diário de Justiça do dia 01/06/2009: “1. A impetração de mandado de segurança a fim de suspender Inquérito Civil que já fora concluído, enseja a extinção do writ por falta de interesse de agir superveniente (art. 267, VI, do CPC). 2. In casu, denota-se que o writ restou impetrado (24.08.2004) com o fim de suspender os trabalhos do Inquérito Civil realizado pelo MP e, ao final, trancar, definitivamente, o Inquérito Civil Público nº 02/2002. Ocorre que o membro do Parquet ao prestar informações às fls. 1087/1117, esclareceu que o Inquérito Civil Público nº 02/2002 foi concluído no dia 30/08/04 e encaminhado à Justiça, sendo instaurada ação na qual além do impetrante, mais 18 (dezoito) pessoas são rés, motivo pelo qual não há que se falar em trancamento de inquérito, o que se denota falta de interesse de agir superveniente e, a fortiori, conduz à extinção do processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC. 3. O Ministério Público possui legitimidade para promover o inquérito civil, procedimento este que tem natureza preparatória da ação judicial, não lhes sendo inerentes os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. 4. In casu, o recorrente afirma que o inquérito civil restou instaurado com suposto objetivo de apurar irregularidades nos procedimentos licitatórios realizados pela Prefeitura Municipal de São Lourenço e pela Fundação Municipal de Saúde, motivado unicamente por animosidade político-partidária, em razão de representação de vereadores e outros. 5. A norma imposta pelo inciso LV, do art. 5º da Constituição da República é expressa no sentido de sua observância no processo judicial e no administrativo. Entretanto, no procedimento meramente informativo, o contraditório e a ampla defesa não são imprescindíveis, salvo se houver restrição de direitos e aplicação de sanções de qualquer natureza, o que inócorre in casu. 6. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a opinião actio do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. (Resp. 644.994/MG, Segunda Turma, DJ 21/03/2005). Precedentes desta Corte de Justiça: REsp 750591 / GO, Quinta Turma, DJe 30/06/2008; REsp 886137 / MG, Segunda Turma, DJe 25/04/2008. 7. A doutrina do tema é coadjuvante do referido

Não obstante, o mesmo Tribunal Superior reconhece o valor probatório, ainda que relativo, das provas colhidas no inquérito, destacando que as mesmas somente devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, leia-se, produzida sob a vigilância do contraditório³³⁰.

Assim, a partir do momento em que se admite o valor probatório das provas produzidas no inquérito civil, não se pode afirmar que o seu escopo estaria restrito à finalidade de convencer o membro do Ministério Público quanto à viabilidade de propositura da ação civil pública. Nessa esteira, o respeito ao princípio do contraditório revela-se indispensável³³¹.

Neste ínterim, a aplicação ao inquérito civil dos dispositivos que disciplinam o procedimento probatório extrajudicial surge como meio adequado para promover o resgate do contraditório indispensável que se impõe a tais procedimentos

entendimento, verbis: (...) "Tal aspecto, o de servir o inquérito como suporte probatório mínimo da ação civil pública, já havia sido notado por José Celso de Mello Filho quando, na qualidade de Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, assim se pronunciou no procedimento relativo ao projeto de que resultou a Lei n. 7.347/85: 'O projeto de lei, que dispõe sobre a ação civil pública, institui, de modo inovador, a figura do inquérito civil. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias. (grifos nossos). (Rogério Pacheco Alves, em sua obra intitulada "Improbidade Administrativa", 2a edição, págs. 582/583). 8. Como mero instrumento de apuração de dados, o inquérito civil, a símile do que ocorre com o inquérito policial, tem caráter inquisitório, não se aplicando, em decorrência disso, os postulados concernentes ao princípio do contraditório. (...) No inquérito civil, inexistem litigantes, porque o litígio, se houver, só vai configurar-se na futura ação civil; nem acusados, porque o Ministério Público limita-se a apurar fatos, colher dados, juntar provas e, enfim, recolher elementos que indiciem a existência de situação de ofensa a determinado interesse transindividual indisponível. (...) Sendo inaplicável, pois, o princípio do contraditório e da ampla defesa, não pode ser exigido do Ministério Público que acolha peças de contestação, indicação de testemunhas de defesa, pedido de alegações escritas ou orais e outros semelhantes. Nada impede, é verdade, que o órgão que presida o inquérito civil atenda a pedidos formulados por interessados, mas se o fizer será apenas para melhor constituição dos dados do procedimento. (...) (Ação Civil Pública, comentários por artigo, 5. ed., José dos Santos Carvalho Filho, pág. 254). 9. Extinção do processo sem análise do mérito." (Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 jan. 2014).

³³⁰ Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 644.994, de Minas Gerais, sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon, julgado em 17.02.2005, cujo acórdão fora publicado no Diário da Justiça em 21.03.2005, p. 336 (Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 jan. 2014).

³³¹ Neste sentido, confira-se: FERRARESI, Eurico. *Inquérito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1. ed., 2010, p. 19.

administrativos³³². A adoção do procedimento probatório extrajudicial não enfraquece o poder de investigação do Ministério Público, mas tão somente garante a transparência necessária ao procedimento, o que atende o interesse público de uma forma geral³³³.

Não se vislumbra qualquer incompatibilidade com relação ao procedimento probatório extrajudicial e o procedimento das ações coletivas. Na verdade, a ampla participação do investigado na produção da prova legitima a sua utilização na fase judicial, dispensando a sua repetição em juízo³³⁴, colaborando para a economia e celeridade processual.

Ademais, o procedimento extrajudicial prévio estimula a resolução da controvérsia fora do judiciário, com a possibilidade de serem firmados termos de ajustamento de conduta antes mesmo do ajuizamento da ação coletiva, privilegiando a economicidade e contribuindo para a redução da carga de demandas no judiciário.

4. *Dos formulários para a produção de provas.* Os formulários, que acompanharão as petições iniciais e defesas, têm como objetivo primordial a objetivação das questões submetidas à apreciação judicial com a conseqüente otimização da proposição e produção de provas, evitando que o processo se desenvolva no tempo com a prática de atos inúteis decorrentes de proposições jurídicas, fáticas e probatórias imprecisas.

Uma das fontes de inspiração para esses formulários foi encontrada nos formulários para a declaração escrita de testemunha, previstos no artigo 257, *bis*, do Código de Processo Civil Italiano, decorrente da reforma processual de 2009.

³³² Destacando a necessidade de observância do contraditório no inquérito civil público, vide: TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI e José Rogério Cruz. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 26-27.

³³³ “Sendo órgão essencial à justiça, de sua atuação é exigido, sobretudo, o direito justo (dever ser), muito mais do que o direito posto (ser), ou seja, sua atuação não se pode desligar de sua finalidade (dever ser) renovando continuamente o direito posto, pois só assim se faz essencial à Justiça; pesando tamanha responsabilidade sobre tal órgão, por decorrência direta dos dispositivos constitucionais citados, nada justificaria que ele abrisse mão de uma das garantias fundamentais do devido processo legal – o contraditório – uma vez que este é o único modo de se legitimar o exercício da jurisdição em um estado democrático de direito.” FIORE, Edgard. O contraditório no inquérito civil. *Revista dos Tribunais*, n. 811, v. 92, 2003, p. 37.

³³⁴ “Quando o Promotor de Justiça tenha autorizado a ampla participação do investigado durante as averiguações que se deram no inquérito civil, e as provas sejam suficientes para elucidar a questão, abre-se pouco espaço para nova instrução na fase judicial, salvo para esclarecimento do próprio juiz.” FERRARESI, Eurico. *Inquérito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2010, p. 20.

Todavia, o anteprojeto amplia a sua adoção para todas as espécies de prova admissíveis no processo, além da possibilidade de declaração escrita de testemunha, na forma prevista no direito italiano, a qual deverá ser acompanhada de formulário específico.

Os formulários contribuirão positivamente para a explicitação, desde os articulados iniciais, da necessária correlação entre os fatos e as provas, cujo objetivo é traçar o rumo adequado para a produção da prova, bem como limitar o seu escopo, evitando gasto de tempo desnecessário com a prova de fatos que não são relevantes para o deslinde da controvérsia. A delimitação do escopo exato da prova ganha relevo, principalmente, nas hipóteses de prova testemunhal e pericial.

Conforme se observa do artigo 44 do anteprojeto, os formulários deverão ser apresentados concomitantemente com a petição inicial ou a defesa. Após a apresentação da inicial ou defesa, a alteração ou apresentação dos formulários poderá ser feita tão somente na audiência prevista no artigo 48 do anteprojeto, na forma do inciso II do referido dispositivo.

Os mesmos formulários referentes à petição inicial e à defesa serão utilizados nas exceções e incidentes processuais. O anteprojeto, nos seus anexos apresenta uma sugestão de modelos de formulários, recomendando que o Conselho Nacional de Justiça aprove formulários mais elaborados dos que os ora propostos, desde que atendam as exigências dos artigos 39, § 5º, 101, § 2º, 107, § 1º, e 128, § 4º, desta Lei. Assim, poderá o CNJ aprovar formulários específicos para cada espécie de ação, incidente, exceção e defesas.

Os formulários relativos à colheita de prova testemunhal foram divididos em duas hipóteses. A primeira trata da oitiva de testemunha em audiência, na forma do artigo 102 do anteprojeto. Neste caso o formulário servirá para a própria intimação da testemunha, a fim de garantir que esta terá prévio conhecimento dos fatos relacionados à causa, bem como sobre os quais terá de depor. Mesmo na hipótese do § 4º, do artigo 102, na qual é possibilitado à parte levar a testemunha à audiência, independentemente

de intimação, a entrega do formulário se faz obrigatória, reforçando a importância do conhecimento prévio dos fatos pela testemunha depoente, o que se justifica, inclusive, como forma de amplificar a eficiência da colheita da prova.

A segunda hipótese de formulário para a colheita de prova testemunhal é aquela prevista no artigo 108 do anteprojeto, no qual se admite a substituição da oitiva da testemunha por declaração escrita ou gravada mediante qualquer recurso tecnológico de registro de sons ou de sons e imagens. Nesse caso, além de garantir que a testemunha tenha conhecimento prévio dos fatos sobre os quais irá depor, o formulário tem a função de garantir o atendimento das exigências previstas no artigo 108 para o depoimento escrito da testemunha, nas quais se incluem a declaração de ciência expressa e inequívoca do declarante de que sua manifestação se destina a provar fatos relevantes especificamente no processo judicial em que for apresentada sua declaração e ainda, de que tem consciência de seu dever de veracidade.

Enquanto não forem aprovados os formulários pelo Conselho Nacional de Justiça, a adoção dos modelos propostos no anexo ao anteprojeto será cogente.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE DE DIREITO

GRUPO DE PESQUISA “OBSERVATÓRIO DAS REFORMAS PROCESSUAIS”

VERSÃO PRELIMINAR

DEZEMBRO DE 2013

ANTEPROJETO DE LEI

Dispõe sobre as provas no processo civil

TÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Capítulo I – Objeto e finalidade da prova; meios de prova; deveres das partes e de terceiros

Art. 1º. A prova tem por objeto a investigação racional dos fatos relevantes para o descobrimento da verdade necessária ao exame e decisão da causa, bem como das questões preliminares, prejudiciais e de todos os seus incidentes.

§ 1º. São fatos relevantes todos aqueles dos quais as partes possam extrair alguma consequência jurídica em seu favor, assim como os que sirvam para extrair alguma ilação sobre a sua existência ou sobre as regras de experiência aplicáveis ao caso.

§ 2º. A qualificação jurídica dos fatos e o conteúdo das normas serão objeto de prova, se o conhecimento da vida real puder influenciar a determinação do campo de aplicação da norma ou a sua compreensão.

§ 3º. Os direitos municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário serão objeto de prova quanto ao seu teor e à sua vigência, se assim o determinar o juiz. A norma jurídica que preveja direito ou dever decorrente de fato determinado também poderá ser objeto de prova, nas mesmas condições.

Art. 2º. Todos os meios, ainda que não previstos em lei, são hábeis a provar a verdade, desde que respeitados a dignidade humana, os direitos fundamentais, o segredo de Estado, as exigências impostas pela ordem jurídica à constituição e à validade dos atos e negócios jurídicos e aos registros públicos dos fatos da vida civil.

§ 1º. A ilicitude da prova deve ser reconhecida de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, ouvidas previamente as partes.

§ 2º. A excepcional admissão de prova obtida por meio que viole direito fundamental, com base na ponderação dos interesses envolvidos, não exclui a sua ilicitude para todos os demais efeitos.

§ 3º. Na hipótese prevista no parágrafo anterior, a prova deverá ser de imediato desentranhada, e inutilizada logo após o trânsito em julgado da decisão final da causa, permanecendo nos autos somente o registro documental constante dessa decisão.

§ 4º. Se a prova ilícita não for admitida, a sua inutilização deverá ser realizada imediatamente após a preclusão da decisão que a indeferir, salvo se alguém demonstrar que tem direito a conservá-la, caso em que será desentranhada e entregue a essa pessoa.

§ 5º. É vedado, mesmo com o consentimento da pessoa interessada, o emprego de meios que afetem a sua liberdade de autodeterminação ou a sua capacidade de rememoração e de avaliação dos fatos.

Art. 3º. Os indícios dos fatos relevantes serão provados por quaisquer meios (artigo 2º) e a sua força probante será livremente apreciada pelo juiz (artigo 17) em conjunto com as demais provas.

§ 1º. Na sua avaliação, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, considerando, sempre que possível, o grau de probabilidade ou a margem de erro definidos em estudos científicos de reconhecida reputação.

§ 2º. Ressalvado o disposto no artigo 56, quaisquer ilações sobre a existência de fatos relevantes que possam ser extraídas das ações ou omissões das partes serão submetidas previamente à sua manifestação.

Art. 4º. As presunções serão avaliadas em conformidade com a sua verossimilhança e em conjunto com as demais provas.

Parágrafo único. As presunções não eximem as partes do ônus de produzir, sempre que possível, as provas necessárias à comprovação dos fatos alegados.

Art. 5º. Todas as pessoas, órgãos, instituições e entes despersonalizados, públicos e privados, sejam ou não partes no processo, têm o dever de colaborar entre si e com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Art. 6º. São deveres das partes:

I – comparecer em juízo e responder ao que lhes for interrogado;

II - submeter-se à inspeção judicial;

III – prestar as informações que lhes forem requisitadas para o esclarecimento da verdade;

IV – colaborar na produção das provas deferidas ou determinadas pelo juiz, e apresentar, quando solicitadas, todas as que se encontrem em seu poder;

V – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

VI – não praticar atos, comissiva ou omissivamente, que saibam serem contrários à verdade dos fatos;

VII – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito;

VIII – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso;

IX – praticar os atos que lhes forem determinados e permitir, na sua esfera pessoal ou de domínio, a sua prática.

§ 1º. A infração ao disposto neste artigo sujeitará a parte à multa punitiva em valor não superior ao da causa, salvo se prevista sanção mais grave por norma específica, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, e da utilização dos meios coercitivos que forem possíveis para a obtenção do resultado almejado, independentemente da presunção de veracidade do fato que a prova eventualmente omitida visava a demonstrar, que será apreciada pelo juiz em conjunto com as demais provas.

§ 2º. A multa imposta para compelir à prática de ato será exigível tão logo decorrido o prazo para o cumprimento da obrigação. Se imposta para a abstenção de ato, será exigível desde a sua prática.

§ 3º. A multa punitiva ou coercitiva será exequível de imediato em autos apartados, como título executivo judicial.

§ 4º. A execução imediata da multa se aplica igualmente às partes que tenham isenção de custas ou que sejam beneficiárias da gratuidade de justiça.

§ 5º. Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa referida no § 1º poderá ser fixada em valor pecuniário não excedente a dez salários mínimos.

§ 6º. Reconhecida a violação ao disposto no inciso VIII, o juiz, sem prejuízo da aplicação do § 1º, ordenará o restabelecimento do estado anterior.

§ 7º. A intimação da parte à prática ou à abstenção de ato, em regra, pode ser feita por meio de seu advogado, mas necessariamente será pessoal quando representada por defensor público, advogado dativo ou assistida por curador especial.

§ 8º. O juiz reconhecerá, nos termos desta Lei, a legitimidade da recusa ou omissão da parte se a conduta exigida importar:

I – violação da dignidade, da integridade física ou moral da pessoa;

II – intromissão indevida na privacidade;

III – violação indevida do sigilo profissional ou do segredo de Estado.

§ 9º. Respeitado o contraditório, o juiz, de ofício ou a requerimento, modificará o valor ou a periodicidade da multa periódica vincenda ou determinará a cessação da sua incidência, em ambos os casos sem eficácia retroativa, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento;

III – o beneficiário não tiver promovido a sua execução no prazo de seis meses do início da sua fluência.

Art. 7º. São deveres de qualquer outro sujeito do processo:

I – informar ao juiz, quando por este solicitado, os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II – exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder;

III – colaborar na produção das provas deferidas ou determinadas pelo juiz;

IV – praticar o ato que lhe for determinado e permitir, na sua esfera pessoal ou de domínio, a sua prática.

§ 1º. O disposto nos parágrafos do artigo anterior, com exceção da presunção de veracidade, se aplica à violação dos deveres prescritos neste artigo.

§ 2º. Os advogados públicos e privados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não estão sujeitos pessoalmente às sanções a que se refere o parágrafo anterior, sem prejuízo das responsabilidades civil, criminal e disciplinar, devendo o juiz, quanto às duas últimas, officiar ao órgão competente para promovê-las.

Art. 8º. Aplicam-se aos meios coercitivos a que se referem os artigos 6º e 7º as disposições relativas à tutela específica, no que couber.

**Capítulo II – Princípios dispositivo e inquisitório, poderes instrutórios do juiz;
livre convicção; ônus da prova**

Art. 9º. Incumbe às partes a iniciativa de proposição e produção de todas as provas que possam demonstrar a procedência das suas postulações, não podendo o juiz restringir o exercício desse direito com fundamento na reduzida probabilidade de êxito da prova requerida, na celeridade ou na economia processual.

§ 1º. As partes serão previamente ouvidas sobre a admissão das provas, devendo o juiz adverti-las da conveniência de complementação da sua proposição, quando lhe parecer útil ao esclarecimento dos fatos.

§ 2º. Os requerimentos de diligências manifestamente inúteis ou protelatórias serão indeferidos em decisão fundamentada.

Art. 10. O juiz somente determinará de ofício a produção de provas não propostas pelas partes:

I – para evitar dano ao direito indisponível de uma delas;

II – para coibir simulação, falsidade ou fraude;

III – para suprir, em caráter subsidiário, a deficiência de iniciativa probatória da parte que não se encontre comprovadamente em condições favoráveis de propor ou produzir as provas de seu interesse;

IV – para submeter ao contraditório fatos e provas relevantes cujo conhecimento tenha adquirido fora do processo.

§ 1º. Versam sobre direito indisponível as causas da Fazenda Pública:

I – que envolvam a preservação do interesse público primário; ou

II – em que não seja admissível a transação, a conciliação ou a renúncia administrativa.

§ 2º. O juiz somente determinará de ofício a produção da prova se tiver sido inócua a advertência à parte sobre a conveniência da sua produção.

§ 3º. A iniciativa probatória do juiz não se sujeita à preclusão.

§ 4º. Nas hipóteses deste artigo, o juiz poderá determinar a qualquer tempo a produção de provas anteriormente inadmitidas, desde que haja motivo que a justifique.

§ 5º. Na decisão em que determinar de ofício a produção de provas, o juiz indicará com precisão os fatos a que se referem.

§ 6º. A iniciativa probatória oficial respeitará as disposições protetivas da privacidade, do segredo de Estado e do segredo profissional, constantes do capítulo V deste título.

Art. 11. Em regra, recai sobre cada uma das partes o ônus de propor e produzir as provas dos fatos por ela alegados.

§ 1º. Quando uma das partes tiver mais facilidade de acesso à prova, ser-lhe-á atribuído o ônus de produzi-la. Se, para a parte a que interesse a prova do fato, a sua produção for excessivamente onerosa, o juiz deverá impor à outra parte o ônus da sua produção ou da prova contrária, se esta tiver mais possibilidade de fazê-lo.

§ 2º. A decisão sobre a distribuição do ônus da prova será fundamentada, observado o contraditório e assegurada ampla oportunidade de desempenho adequado do ônus pela parte à qual for ele atribuído, não podendo ser instrumento que coloque uma das partes em posição de nítida vantagem em relação à outra no acesso à tutela jurisdicional do seu interesse ou que sujeite esta última a encargo de impossível cumprimento.

§ 3º. Se nenhuma das partes tiver possibilidade de acesso à prova do fato relevante ou da sua inexistência, caberá ao juiz determinar de ofício a sua produção, nos termos do artigo 10, para dirimir a dúvida.

Art. 12. É válida a distribuição convencional do ônus da prova, salvo se recair sobre direito indisponível da parte, ou se tornar excessivamente oneroso a uma das partes o exercício do direito de defesa.

Parágrafo único. A convenção probatória que excluir determinado meio de prova ou manifestar preferência por algum deles não vinculará o juiz, nos termos do artigo 10.

Art. 13. No litígio que verse sobre a validade do ato administrativo, incumbe ao Estado o ônus da prova da sua causalidade adequada.

Art. 14. Os fatos notórios e os fatos incontrovertidos se presumem verdadeiros, ressalvadas a falta da sua verossimilhança ou a sua contradição com o conjunto das alegações e das provas.

§ 1º. São notórios os fatos cuja existência está consolidada na consciência coletiva em determinada comunidade, época e local.

§ 2º. A presunção a que se refere o *caput* deste artigo, quanto aos fatos incontroversos, não se aplica àqueles dos quais possa resultar a inexistência ou a perda de um direito indisponível, àqueles para cuja prova a lei exija documento público, e àqueles relativos a interesses defendidos por curador especial, defensor dativo, substituto processual ou pelo Ministério Público.

Art. 15. As declarações das partes, incluídas as confissões judiciais e extrajudiciais, são retratáveis até decisão final da causa nas instâncias ordinárias, se decorrerem de erro de fato ou vício de vontade, da inobservância dos requisitos estabelecidos nesta lei ou se, por qualquer outro motivo, não violarem direito adquirido da parte contrária, a sua expectativa legítima ou a boa fé.

Parágrafo único. Ultrapassado o limite temporal previsto neste artigo, a retratação da declaração poderá ser objeto de ação autônoma ou de ação rescisória, desde que preenchidos os respectivos pressupostos, sendo exclusiva do declarante a legitimidade para propor a ação nos casos de que trata este artigo; proposta a ação e sobrevindo morte do declarante, a legitimidade se transmite a seus herdeiros.

Art. 16. Cada uma das partes arcará com a responsabilidade provisória de antecipar o custeio integral das despesas decorrentes das provas que requerer, daquelas que tiver o ônus de produzir e, por metade, das demais determinadas de ofício pelo juiz ou requeridas pelo Ministério Público como fiscal da lei.

Parágrafo único. Cada tribunal instituirá sistema de custeio público das despesas geradas na produção de provas de interesse de beneficiários da assistência jurídica e de todos aqueles que, apesar do seu interesse, não estiverem obrigados por lei a antecipar o seu custeio.

Art. 17. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo que não alegados, ressalvados os que dependem de iniciativa da parte.

§ 1º. A apreciação das provas pelo juiz será antecedida do oferecimento às partes da efetiva oportunidade de se manifestarem, de proporem e produzirem provas e contraprovas, devendo o juiz adverti-las da conveniência da sua complementação para a formação do seu convencimento.

§ 2º. É obrigatória em todas as decisões, sob pena de nulidade, a precisa indicação dos motivos de formação do convencimento do juiz a respeito dos fatos relevantes que julgou provados e que julgou não provados e da importância nelas atribuída a cada uma das provas produzidas no processo, expondo expressamente as razões pelas quais desprezou as provas contrárias.

§ 3º. Nas decisões relativas à admissão, à produção e à avaliação das provas, o juiz deverá adotar enunciados logicamente encadeados e de fácil compreensão, levando em conta a força probante dos documentos públicos, dos exames periciais e das presunções legais, bem como a correlação entre as provas e os fatos a que se referem.

§ 4º. A utilização de prova produzida em outro processo observará o disposto neste artigo, dependendo da prévia manifestação das partes sobre a sua admissão, a sua licitude, o seu conteúdo e a sua utilidade no processo ao qual tiver sido transportada.

§ 5º. Na apreciação da prova produzida perante juízo absolutamente incompetente, bem como da que tiver sido extraída de qualquer procedimento administrativo, o juiz levará em consideração se a sua produção observou os direitos fundamentais e as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Capítulo III – Limitações probatórias: provas suspeitas

Art. 18. Não serão impostas restrições à admissibilidade das provas com fundamento na suspeita da sua falta de credibilidade.

§ 1º. Este artigo se aplica:

I – às incompatibilidades, às incapacidades e a qualquer fato que possa afetar a credibilidade dos depoimentos das partes e das testemunhas;

II – à restrição da prova exclusivamente testemunhal em função do valor do contrato, em razão de já estar o fato provado por documento ou confissão ou de exigir a lei para a sua comprovação o documento ou o exame pericial;

III – à estipulação convencional da forma do negócio jurídico ou da eficácia de qualquer de suas cláusulas;

IV – à vedação à prova indiciária nos casos em que a lei a exclua;

V – às restrições à prova da confissão extrajudicial;

VI – aos requisitos formais da produção judicial das provas;

VII – aos demais casos em que a lei estabeleça restrições fundadas exclusivamente na falta de credibilidade da prova.

§ 2º. Na avaliação das provas, o juiz apreciará as hipóteses previstas neste artigo, fundamentando-a específica e expressamente nas regras de experiência e nos demais elementos probatórios (artigo 17).

§ 3º. Os impedimentos, os motivos de suspeição ou a insuficiência de conhecimentos técnicos ou científicos dos peritos serão considerados no juízo de admissibilidade da prova pericial. Caso produzida a prova sem a observância destas restrições, seu conteúdo ficará sujeito ao disposto no parágrafo anterior.

Capítulo IV – Limitações probatórias: celeridade, procedimento, prazos e preclusões

Art. 19. A verificação dos prazos estabelecidos nesta lei para a proposição e produção das provas destina-se a assegurar a boa marcha do processo e a observância do princípio da confiança legítima.

§ 1º. É admissível a produção da prova ainda que tardiamente requerida.

§ 2º. Salvo motivo legítimo, se da produção tardia resultar adiamento do calendário, a parte proponente será condenada em multa (artigo 6º, §§ 1º e 3º a 5º) e ressarcimento das custas decorrentes do atraso.

§ 3º. São motivos legítimos, dentre outros:

I – a proposição, na primeira oportunidade que a parte tiver de falar nos autos:

- a) de fatos ou provas supervenientes;
- b) de fatos ou provas conhecidos após os articulados; ou
- c) de provas que se tornaram acessíveis ou disponíveis posteriormente.

II – a proposição de novas provas para contrapô-las às produzidas no processo ou às novas alegações da parte contrária;

III – a proposição de novas provas para atender à redistribuição do ônus da sua produção (artigo 11), para possibilitar a apreciação de questão cognoscível de ofício pelo juiz ou para elucidar questões definidas na fixação dos pontos controvertidos;

IV – a proposição e produção de novas provas quando, mesmo após a produção das provas inicialmente propostas, permaneça controvérsia sobre determinado fato, que por esse meio possa ser elucidada.

§ 4º. Salvo disposição expressa em contrário, o disposto neste artigo se aplica a todos os procedimentos e em todos os graus de jurisdição.

Art. 20. A desistência de prova já admitida não será aceita, salvo se justificada na sua evidente inutilidade, se materialmente impossível a sua produção ou se, versando o litígio sobre direito disponível, houver concordância expressa da parte contrária.

**Capítulo V – Limitações probatórias: privacidade, não autoincriminação e
interesse público**

Art. 21. A necessidade de proteção de direitos fundamentais e da segurança da sociedade e do Estado, avaliados pelo juiz como preponderantes, pode restringir a busca da verdade exclusivamente nas seguintes hipóteses:

- I – proibição de produção de provas ilícitas;
- II – estipulação do registro ou do instrumento público como prova legal de determinados fatos, como os relativos à vida civil, para preservação da segurança jurídica;
- III – escusas de depor, de exhibir e de informar fundadas na privacidade;
- IV – proibição de acesso a documentos e informações acobertados pelo segredo de Estado;
- V – preservação do sigilo religioso ou profissional.

§ 1º. Considera-se ilícita a prova obtida ou produzida mediante a violação de direito fundamental.

§ 2º. A ilicitude se estende a todas as provas que venham a ser reveladas ou obtidas em decorrência da violação do direito fundamental.

§ 3º. Consideram-se segredo de Estado exclusivamente as seguintes informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado:

- I – aquelas cuja revelação possa causar grave risco à defesa da integridade do território ou à soberania nacionais;
- II – as que ponham em risco as relações internacionais do País e as que tenham sido fornecidas ao Governo brasileiro em caráter sigiloso por outros Estados soberanos e organismos internacionais;
- III – as que possam prejudicar ou causar grave risco a operações estratégicas das Forças Armadas em tempo de guerra.

§ 4º. Os limites do sigilo de cada profissão são os estabelecidos pela lei que regulamenta o respectivo exercício.

§ 5º. Os limites do sigilo impostos pelo dever religioso são os estritamente necessários à preservação da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença.

Art. 22. É proibida a realização de exames ou diligências que ponham em perigo a vida, a integridade física ou psíquica ou a saúde e as que, em conformidade com a ciência médica, possam provocar sofrimento intenso.

Parágrafo único. Os exames ou diligências que afetem a dignidade ou o pudor da pessoa somente serão admitidos com a sua expressa concordância.

Art. 23. As informações a respeito das relações particulares entre cada sujeito de direito e terceiros, assim como as acobertadas pelos sigilos fiscal, comercial, industrial e financeiro, integram a sua privacidade protegida pela lei, nos termos do artigo 21.

§ 1º. As provas referentes às relações referidas no *caput* serão admitidas e produzidas em juízo, se forem necessárias ao acesso ao direito de outrem, e se, ponderados os interesses em conflito, for tal direito reputado mais valioso do que aquela privacidade ou do direito por esta resguardado.

§ 2º. A invasão da privacidade a que se refere o presente artigo, autorizada previamente pelo juiz, imporá ao processo o segredo de justiça e a observância do sigilo das informações por parte de todos os sujeitos processuais que delas tiverem conhecimento.

§ 3º. O sigilo das telecomunicações somente poderá ser devassado para atender ao disposto neste artigo mediante prévia e expressa autorização judicial e na impossibilidade de obtenção da prova por outros meios.

§ 4º. A recusa à perícia médica, cuja produção vise a comprovar fato de que resulte direito indisponível, pode suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Art. 24. A restrição à produção de provas fundada na privacidade será sempre observada, independentemente de ponderação, na preservação da sua inviolabilidade psíquica, do acesso exclusivo do sujeito a registros para si mesmo, à produção intelectual individual a que o ser humano não tenha dado publicidade e ao conhecimento do próprio corpo.

§ 1º. A produção de provas relativas a essas espécies de privacidade somente é admissível com a autorização do próprio interessado, se por ele voluntariamente reveladas a terceiros, se registradas em base de dados de terceiros ou com terceiros compartilhadas, observando-se, nos três últimos casos, o disposto no *caput* do artigo 21.

§ 2º. Às hipóteses do parágrafo anterior aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 23.

Art. 25. A violação da privacidade fora dos limites admitidos nesta lei importará na inadmissibilidade da prova, no seu desentranhamento ou inutilização (artigo 2º, §§ 3º e 4º), se já produzida, e sujeitará o infrator às sanções previstas nos artigos 6º e 7º.

Art. 26. O juiz imporá o segredo de justiça e a observância do sigilo das informações por parte de todos os sujeitos processuais que delas tiverem conhecimento, quando a parte ou terceiro, no cumprimento do dever de colaboração, na prestação de depoimento, na exibição de documento ou informação, ou na produção de qualquer outra prova, invocar fundamentadamente o direito a não atribuir, a si ou a pessoas de suas relações familiares ou de afeição, a prática de ato criminoso ou torpe. Nesses casos, o juiz poderá dispensar o interessado da produção da prova, se manifestamente inútil ou manifestamente irrelevante o fato que com ela a parte pretenderia demonstrar.

§ 1º. Na hipótese deste artigo, a prova colhida não poderá ser trasladada a outro processo, nem mesmo de natureza criminal.

§ 2º. À violação do disposto no parágrafo anterior aplica-se o disposto no artigo 25.

Art. 27. O juiz também imporá o segredo de justiça e a observância do sigilo das informações a todos os sujeitos processuais que delas tiverem conhecimento, quando estas se referirem a interesse público precisamente determinado, que não tenha sido avaliado como preponderante em relação à busca da verdade como segredo de Estado, na forma do artigo 21.

Art. 28. A lei de organização judiciária poderá instituir juízo de primeiro grau ou órgão fracionário colegiado do tribunal de segundo grau com competência funcional para decidir a admissão de provas em poder de terceiros cuja produção possa entrar em conflito com direitos fundamentais ou com o segredo de Estado.

Capítulo VI – Procedimento Probatório Extrajudicial

Art. 29. Independentemente de qualquer demanda judicial no seu curso ou antes dela, as partes de qualquer relação jurídica poderão instaurar procedimento probatório extrajudicial para a definição precisa dos fatos, a identificação e a revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam, com uma destas finalidades:

I – propiciar a tempestiva troca de informações entre as partes para o eventual esclarecimento da controvérsia;

II – favorecer a rápida solução amigável das divergências entre as partes, evitando custos e prejuízos em consequência da possível necessidade de submetê-las à apreciação judicial;

III – contribuir para uma adequada preparação de demanda futura.

§ 1º. A instauração deste procedimento independe do requisito da urgência.

§ 2º. O procedimento será iniciado e conduzido pelas partes, com a eventual cooperação do juiz na forma dos artigos 36, 37, 40, parágrafo único, e 42 § 4º.

§ 3º. O procedimento poderá anteceder qualquer ação judicial em que se verifique a conveniência de prévio esclarecimento dos fatos, de identificação e revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam, inclusive a ação civil pública, demais ações coletivas e as ações que envolvam interesses de órgãos públicos, não induzindo a prevenção do juízo para qualquer processo futuro.

§ 4º. A não instauração do procedimento probatório extrajudicial, sem motivo justificado, que redunde na falta, no processo judicial, de definição precisa dos fatos relevantes ou de identificação e revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam, implicará extinção do processo sem resolução do mérito.

§ 5º. Se instaurado para o esclarecimento de fatos ou a revelação de provas que possam vir a ser utilizados em processo em curso, as providências dos artigos 36, 37, 40, parágrafo único, e 42, § 4º, serão da competência do juízo do processo em curso.

Art. 30. O interesse de esclarecimento dos fatos é suficiente para justificar a instauração do procedimento probatório extrajudicial.

Art. 31. O procedimento probatório extrajudicial pode ter por objeto a produção de prova documental, pericial, testemunhal, os depoimentos dos próprios litigantes ou seus prepostos ou a simples vistoria informal de pessoas, coisas ou documentos.

Art. 32. Convenções coletivas podem ser celebradas por organizações representativas de categorias ou grupos que frequentemente se defrontam em demandas judiciais sobre determinados tipos de interesses para estabelecer, nos limites do artigo 29, as informações e documentos que devem ser exigidos, bem como as regras a serem adotadas no procedimento probatório extrajudicial, observado o disposto nos artigos 36 a 40 e 42.

Parágrafo único. Os juízes e tribunais, no âmbito da sua competência, com a colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público e da Defensoria Pública, estimularão a negociação, celebração e efetiva aplicação dessas convenções.

Art. 33. A petição inicial do procedimento conterà:

- I – a síntese da controvérsia ou da possível controvérsia, com a indicação precisa dos fatos e circunstâncias a serem esclarecidos, suficiente para a compreensão do requerido;
- II – uma cópia dos documentos disponíveis em que se fundamenta o direito alegado;
- III – o pedido de uma primeira resposta imediata em cinco dias do recebimento da notificação postal e de uma segunda resposta mais extensa em trinta dias;
- IV – a proposição dos esclarecimentos e provas solicitados ao destinatário;
- V – a advertência de que o procedimento se submete às disposições deste capítulo e a eventual convenção coletiva em vigor, cujas cópias serão anexadas ao requerimento, e que a falta de resposta ou de colaboração poderá ser interpretada em prejuízo do requerido numa futura demanda judicial, sujeitando-o à multa prevista nos §§ 1º e 3º a 5º do artigo 6º;
- VI – a indicação do endereço do requerente para recebimento de resposta ou para a entrega das informações e das cópias dos documentos solicitados.

§ 1º. No preenchimento do requisito do inciso I, o requerente, nos limites da informação razoavelmente disponível, deverá revelar, dentre outras informações e documentos:

- I – o nome e, se conhecidos, o endereço e demais dados para contato de cada indivíduo capaz de fornecer informação relevante para a investigação dos fatos;

II – a cópia ou a descrição de todos os documentos, informações eletronicamente armazenadas e objetos que se encontram em sua posse, custódia ou controle que podem vir a ser utilizados para o alcance dos objetivos do procedimento (artigo 29);

III – os cálculos de todos os valores passíveis de postulação, a título de reparação, compensação e sanções pecuniárias, assim como todas as demais fontes de provas utilizadas para aferição dos referidos montantes.

§ 2º. A petição também poderá conter:

I – a declaração da intenção do requerente de instaurar uma demanda contenciosa, no caso de falta de resposta;

II – o convite ao requerido para um encontro em dia, hora e local determinados, a fim de iniciarem uma tentativa de conciliação ou para a tomada de depoimentos das partes, dos seus prepostos ou de testemunhas;

III – o pedido de exibição ou de fornecimento de informações e de cópias de documentos;

IV – o pedido de autorização do requerido de que sejam submetidos a exame pericial por pessoas habilitadas documentos, pessoas, coisas, locais e arquivos que se encontrem sob o seu domínio, com a indicação de perito da confiança do requerente e o pedido de indicação de perito de confiança do requerido ou a concordância com a escolha de perito comum;

V – o pedido de autorização do requerido para que seja promovida vistoria informal com indicação de pessoa de confiança do requerente e o pedido de indicação de pessoa de confiança do requerido ou a concordância deste com a escolha do primeiro.

§ 3º. No caso de fornecimento de cópias, qualquer um dos interessados poderá exigir do outro sua conferência com original.

§4º. Em se tratando de perícia, ainda que tenham concordado com a indicação extrajudicial de perito, as partes poderão designar assistentes técnicos de sua confiança para acompanhá-las, formular quesitos e influir no resultado das conclusões do experto.

Art. 34. O requerido será notificado por carta registrada com aviso de recebimento ou por qualquer outro meio de comunicação eficaz contratual ou convencionalmente adotado.

Art. 35. Nas suas respostas, o requerido poderá, em igualdade de condições, pedir esclarecimentos, documentos e diligências, negar o dever de informação, justificar a impossibilidade do seu atendimento por não ter o requerente prestado as suas informações adequadamente, observando-se o disposto nos artigos 33 e 37.

Parágrafo único. O requerido poderá exigir do requerente o depósito prévio, em conta-corrente bancária que indicar, do montante necessário ao custeio do fornecimento dos documentos e informações solicitados.

Art. 36. O requerido poderá solicitar ao juiz, ouvido o requerente, que limite a extensão das informações que lhe forem requeridas nas seguintes hipóteses:

I – se forem manifestamente desnecessárias ou puderem ser obtidas por outra fonte mais acessível ou mais econômica;

II – se o requerente, em procedimento anterior, judicial ou extrajudicial, houver tido ampla oportunidade de obtê-las;

III – se o custo das informações solicitadas superar acentuadamente a sua utilidade, levando em conta as necessidades do caso concreto, o valor da controvérsia, os recursos das partes e a importância das questões que visam a esclarecer;

IV – se contrariar a necessidade de proteção de direitos fundamentais, da segurança da sociedade ou do Estado, na forma do disposto no capítulo V deste título;

V – se não puderem ser fornecidas em decorrência da deficiência das informações prestadas pelo requerente na forma do artigo 33, I;

VI – em razão da acentuada dificuldade de fornecimento da informação solicitada por força do sistema de tratamento da informação adotado rotineiramente pelo requerido.

Parágrafo único. Esta limitação não se estende a qualquer procedimento judicial subsequente.

Art. 37. Em caso de ausência de resposta ou de prova de insinceridade ou de falta de consistência da resposta negativa, o requerente poderá pedir ao juiz que, ouvido o requerido, determine a busca e apreensão de documentos ou coisas de que prove a existência, indicando os fatos de seu interesse que com eles pretende demonstrar ou esclarecer.

Art. 38. Em procedimento judicial subsequente, as partes não estão vinculadas às declarações feitas no procedimento probatório extrajudicial, ressalvada a que foi efetuada para os fins do artigo anterior.

Art. 39. As provas resultantes deste procedimento serão apresentadas pelas partes em eventual demanda judicial subsequente e livremente apreciadas pelo juiz, nos termos do artigo 17.

Art. 40. No curso do procedimento probatório extrajudicial, qualquer das partes poderá solicitar esclarecimentos, informações ou documentos a terceiros.

Parágrafo único. A eventual recusa pelo terceiro poderá ser suprida mediante o procedimento judicial previsto na Seção III do Capítulo II do Título II desta lei.

Art. 41. O procedimento probatório extrajudicial pode ser instaurado de comum acordo pelos interessados que definirão o seu objeto e procedimento, observada a efetiva participação de todos os interessados.

Art. 42. As despesas dos atos do procedimento probatório extrajudicial estritamente necessárias à sua prática serão antecipadamente custeadas pela parte que os tiver requerido e serão a final imputadas ao vencido, caso dele decorra demanda judicial.

§ 1º. A cada uma das partes caberá a remuneração dos peritos que designar.

§ 2º. Se qualquer das partes não tiver condições de arcar com as despesas do parágrafo anterior, poderá solicitar ao juiz a concessão da gratuidade de justiça e a indicação de peritos cadastrados, cuja remuneração será custeada nos termos do artigo 16, parágrafo único.

§ 3º. Sem prejuízo do disposto no artigo 16, parágrafo único, as convenções coletivas de que trata o artigo 32 e a Defensoria Pública poderão constituir fundos para o custeio dos procedimentos preparatórios de interesse dos beneficiários da assistência jurídica, bem como dos que não estiverem obrigados por lei a antecipar o custeio das despesas judiciais.

§ 4º. A parte poderá submeter ao juiz o arbitramento das despesas, caso se mostre excessivo o pedido da outra parte.

Art. 43. O disposto nos artigos antecedentes não impede a instauração dos procedimentos judiciais de exibição, de produção antecipada de provas e de justificação, regulados nesta lei e no Código de Processo Civil, bem como de outros procedimentos cautelares e antecipatórios, preenchidos os respectivos requisitos.

Capítulo VII – Procedimento Judicial

Art. 44. As provas serão propostas pelas partes na petição inicial, na resposta do réu e nos demais articulados.

§ 1º. A petição inicial e a resposta do réu serão instruídas com os documentos comprobatórios dos fatos nelas alegados e os depoimentos por escrito de que trata o artigo 108.

§ 2º. Atos probatórios produzidos em procedimento probatório extrajudicial também poderão instruir a petição inicial e a contestação.

§ 3º. A inicial e a contestação conterão também os requerimentos de depoimento pessoal das partes, de prova pericial, com formulação dos quesitos e designação dos peritos e assistentes técnicos, de qualquer outra prova documental, e de prova testemunhal, com o rol de testemunhas.

§ 4º. Na alegação dos fatos relevantes, as partes indicarão precisamente as provas de cada um deles, inclusive as presunções e indícios que lhe conferem fundamento.

§ 5º. Acompanharão igualmente a petição inicial e a resposta do réu formulários contendo:

I – a descrição concisa e articulada dos elementos individualizadores da demanda ou dos fundamentos da defesa;

II – a síntese do conteúdo de cada prova requerida, vinculada ao fato que visa a demonstrar;

III – índice dos documentos anexados.

§ 6º. Na audiência preliminar, o juiz observará o cumprimento das exigências constantes deste artigo. Na hipótese de descumprimento, o juiz não poderá julgar provados os fatos alegados e controvertidos, nem poderá deferir as provas requeridas para demonstrá-los, salvo se a causa versar sobre direitos indisponíveis.

§ 7º. O disposto no § 4º se aplica a todos os requerimentos de proposição de provas, ressalvados os casos de risco iminente de perecimento do direito.

Art. 45. Após a distribuição e a autuação da petição inicial, o escrivão, independentemente de despacho do juiz, expedirá o mandado de citação do réu, que conterá a data em que este deverá depositar em cartório a sua contestação e a data da

audiência preliminar, que deverá realizar-se no mínimo quarenta e cinco dias após a data designada para a resposta, intimando-se o autor da data da audiência.

Parágrafo único. Do mandado de citação constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor.

Art. 46. Além do oferecimento das preliminares processuais e das exceções substanciais, o réu se pronunciará na contestação sobre os fatos alegados na petição inicial, sobre os documentos a ela anexados, sobre as provas nela propostas e sobre os fundamentos jurídicos e os pedidos dela constantes.

§ 1º. No mesmo prazo da contestação, o réu poderá deduzir pedido reconvenicional, exceção de incompetência, impugnação ao valor da causa, impugnação à gratuidade de justiça ou arguição de falsidade.

§ 2º. A citação deverá anteceder pelo menos vinte dias a data fixada para a resposta.

§ 3º. Independentemente de intimação, o autor tomará conhecimento em cartório da resposta do réu e dos documentos que a instruíram, manifestando-se em petição escrita até seis dias antes da data da audiência preliminar sobre os fatos nela alegados, sobre os documentos anexados, sobre as provas propostas, sobre as preliminares processuais e exceções substanciais nela arguídas, bem como sobre a demais postulações por ele apresentadas com fundamento no § 1º deste artigo. Ao réu será facultado igualmente o acesso em cartório da réplica do autor e dos documentos que a instruíram, podendo sobre eles manifestar-se por escrito ou oralmente na audiência preliminar.

§ 4º. Nos cinco dias que antecederem à audiência preliminar, os autos serão conclusos ao juiz para que tome conhecimento dos articulados das partes e se prepare para a prolação das decisões que forem cabíveis.

§ 5º. Nenhum requerimento ou incidente será objeto de decisão judicial antes da audiência preliminar, salvo nos casos de urgência ou de intervenção de terceiro.

Art. 47. Deduzida pelo réu demanda contra terceiro e não sendo possível a realização da audiência preliminar na data marcada, o juiz fixará o termo em que o terceiro deverá depositar em cartório a sua resposta e designará, desde logo, nova data para a audiência preliminar, que deverá realizar-se quarenta e cinco dias após a data designada para a resposta, intimando-se as partes da nova designação.

Parágrafo único. Aplica-se à resposta do terceiro e à manifestação das partes o disposto no artigo anterior.

Art. 48. Na audiência preliminar, se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz, em diálogo com as partes:

I – decidirá as questões processuais pendentes e, não sendo o processo extinto, fixará, com a colaboração das partes, o conjunto de questões de direito que deverá ser objeto da sentença final e as questões de fato a serem elucidadas, deferindo ou determinando de ofício as provas a serem produzidas, e distribuindo o ônus da sua produção de acordo com o artigo 11;

II – observará o cumprimento das exigências do artigo 44, admitindo no seu curso que as partes esclareçam, complementem e emendem as suas postulações e defesas, apresentem ou retifiquem os formulários, bem como complementem a proposição de provas, nos termos do artigo 19, indiquem peritos e assistentes técnicos e formulem quesitos;

III – colherá o pronunciamento delas sobre as provas pré-processuais, os documentos e declarações escritas já produzidos, para que manifestem claramente se os admitem, impugnam, reconhecem, ou, se for caso, se arguem a sua falsidade, bem como, se pronunciem sobre a admissibilidade das provas propostas;

IV – fixará o calendário dos atos subsequentes do processo, inclusive a data de disponibilização da sentença final.

§ 1º. Se não houver necessidade de produzir novas provas, o juiz ouvirá as partes em alegações finais orais, cada uma pelo prazo de vinte minutos, e proferirá em dez dias o julgamento antecipado da lide.

§ 2º. Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz fixará prazos sucessivos para o seu oferecimento.

§ 3º. O calendário é vinculativo e só poderá ser alterado por convenção das partes ou por motivo alheio à sua vontade.

§ 4º. O juiz imporá multa, nos termos dos §§ 1º e 3º a 5º do artigo 6º, à parte que der causa ao adiamento injustificado do calendário, a qual também responderá pelas custas do retardamento.

§ 5º. O juiz que alterar o calendário de forma injustificada responderá por perdas e danos, nos termos da lei.

§ 6º. Os tribunais manterão registro dos calendários de todos os processos e velarão pelo seu cumprimento. O descumprimento do calendário acarretará para o juiz responsabilidade disciplinar e avaliação negativa de desempenho para fins de estágio confirmatório, promoção e remoção, assim como responsabilidade civil do Estado se dela decorrer o desrespeito à necessária duração razoável do processo.

§ 7º. Os tribunais deverão criar agendas ou sistemas eletrônicos em que sejam lançados com facilidade e brevidade as datas para a prática dos atos previstos no calendário, nos dias úteis disponíveis no juízo, adaptáveis de acordo com os prazos e a sequência que o juiz fixar.

§ 8º. O fato relevante sobre cuja existência uma das partes não se considerar devidamente esclarecida será obrigatoriamente incluído no rol dos que devem ser objeto de prova subsequente.

§ 9º. A audiência preliminar é una, devendo, se necessário, prolongar-se após o término do horário de expediente forense ou retomar o seu curso em data próxima não superior a dez dias, até que sejam praticados todos os atos previstos no presente artigo.

Art. 49. Salvo motivo justificável, as provas orais serão produzidas na audiência nesta ordem:

I – os depoimentos dos peritos, dos assistentes técnicos e eventualmente de outros profissionais autores de estudos técnicos ou científicos ;

II – os depoimentos das testemunhas, primeiro as arroladas pelo autor e depois as arroladas pelo réu;

III – os depoimentos das partes, primeiro o autor e depois o réu.

Art. 50. Terminada a instrução, se a prova produzida mostrar-se insuficiente, poderá ser determinada a prática de novos atos, observados para a iniciativa do juiz os limites do artigo 10, formando-se calendário complementar na forma do artigo 48, IV e seus parágrafos.

TÍTULO II – PROVAS EM ESPÉCIE

Capítulo I – Depoimento pessoal e confissão

Seção I - Dos depoimentos das partes

Art. 51. Cabe à parte requerer que seus litisconsortes ou que a parte contrária sejam intimados a prestar depoimento pessoal, em contraditório, na audiência de instrução e julgamento, devendo indicar quais os fatos e circunstâncias a serem esclarecidos.

§ 1º. Se a parte legitimada a atuar em juízo não for o titular do direito ou do dever discutido, pode ser solicitado o depoimento pessoal deste.

§ 2º. O juiz pode, de ofício, ordenar o comparecimento pessoal das partes, inclusive incapazes, assim como seus representantes ou assistentes, a fim de que prestem depoimento pessoal, em qualquer fase do processo.

§ 3º. A fim de esclarecer fatos que digam respeito a pessoa jurídica ou entidade despersonalizada, incluindo as entidades públicas, o juiz pode convocar a prestar depoimento pessoal qualquer empregado ou funcionário, sócio ou associado, integrante ou representante; caso essa pessoa não tenha intervindo pessoalmente nem tenha tido conhecimento direto dos fatos a serem esclarecidos, a pessoa jurídica ou entidade interessada poderá, no prazo de cinco dias da ciência da convocação, indicar quem são as pessoas que tomaram parte nos fatos ou tiveram conhecimento direto do evento.

Art. 52. A parte pode requerer seja admitida a prestar depoimento pessoal, em contraditório, em audiência preliminar ou de instrução e julgamento, para clarificar o alcance da pretensão deduzida em juízo, os fatos e circunstâncias a serem investigados, e as pessoas que podem contribuir para o deslinde da controvérsia.

Art. 53. O depoimento pessoal terá por objeto fatos de interesse da causa ou dos quais o depoente possa ter conhecimento, formuladas as perguntas em sentido afirmativo, com clareza e precisão, sem incorporar valorações ou qualificações.

§ 1º. A parte deve responder pessoal e diretamente ao juiz e de forma clara e precisa às perguntas, não podendo servir-se de escritos anteriormente preparados; o juiz lhe

permitirá, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos, determinando, quando for útil, sua juntada aos autos.

§ 2º. Além de responder às perguntas, a parte poderá formular outros comentários que considerar pertinentes ao esclarecimento de todas as circunstâncias da causa.

Art. 54. As partes serão ouvidas na ordem e forma prescritas para a inquirição de testemunhas (artigo 107), observado o artigo 49.

§ 1º. Depois de respondidas as perguntas formuladas pelo juiz e pelo advogado da parte que requereu a prova, os advogados das demais partes e do próprio depoente podem, nesta ordem, formular suas perguntas.

§ 2º. Se o advogado entender que a sua intervenção não é essencial, o juiz poderá autorizar que as perguntas sejam formuladas pela parte que ele represente, desde que concorde o depoente.

§ 3º. Sem prejuízo do poder do juiz de fiscalizar de ofício a admissibilidade das perguntas, as partes e seus advogados poderão deduzir sua oposição, que será julgada de imediato.

§ 4º. As partes prestarão depoimento pessoal, em regra, na presença das demais, a menos que as circunstâncias exijam a prestação separadamente.

§ 5º. As partes podem ser interrogadas na presença dos peritos e assistentes técnicos e confrontadas entre si ou com as testemunhas.

Art. 55. O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que ocorrerá, preferencialmente, durante a realização da audiência de instrução e julgamento, observado o disposto no artigo 110.

Parágrafo único: O advogado do depoente poderá participar da inquirição, presente no juízo deprecante ou no deprecado.

Art. 56. Se a parte, pessoalmente intimada a prestar depoimento pessoal e advertida pelo mandado de intimação, deixar de comparecer, sem motivo justificado, à audiência, presumir-se-ão verdadeiros os fatos contra ela alegados sobre os quais foi chamada a

depor, salvo se o contrário resultar do exame dos demais elementos de prova (artigos 3º e 4º).

§ 1º. A mesma consequência terá efeito se a parte, presente à audiência e advertida pelo juiz, deixar de responder, sem motivo justificado, ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, caso em que o juiz consignará em ata a recusa a depor.

§ 2º. Se a parte alegar a impossibilidade de comparecimento por motivo de enfermidade, o juiz pode determinar que médico de sua confiança verifique a veracidade da alegação; se constatada impossibilidade de deslocamento da parte que não interfira em sua capacidade de depor, o juiz pode adiar a audiência, ou designar dia, hora e local para ouvi-la.

Seção II - Da confissão

Art. 57. Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite de forma voluntária e inequívoca a verdade de um fato contrário, consciente de que esse reconhecimento é prejudicial ao seu interesse e favorável ao adversário.

Parágrafo único. A confissão não abrange a qualificação jurídica nem os efeitos legais decorrentes do fato confessado, e não constitui renúncia ao próprio direito nem reconhecimento do direito do adversário.

Art. 58. A confissão judicial poderá decorrer de declaração espontânea feita em qualquer ato do processo, firmado pela própria parte ou por representante com poder especial.

Parágrafo único. O juiz alertará a parte das consequências das suas declarações orais em audiência (artigo 56), quando estas implicarem em confissão.

Art. 59. A confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz; quando feita oralmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal.

Art. 60. A confissão só é eficaz se feita por pessoa capaz de dispor do direito a que o fato confessado se refere.

§ 1º. Não vale como confissão a admissão de fatos relativos a direitos indisponíveis ou para cuja prova a lei exija o instrumento público.

§ 2º. A confissão feita pelo representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

§ 3º. Não gera a presunção de veracidade, devendo ser avaliada como elemento de prova juntamente com as demais, a admissão de fatos desfavoráveis:

I – feita pelo legitimado extraordinário;

II – referentes a direitos reais sobre bens imóveis sem a concordância do cônjuge ou companheiro, salvo se adotado o regime de separação absoluta de bens;

III – inverossímeis ou notoriamente inexistentes.

§ 4º. O reconhecimento de fatos desfavoráveis que não constitua confissão é elemento probatório a ser livremente apreciado pelo juiz.

Art. 61. A confissão se interpreta restritivamente, sendo vedado extrair da admissão de certos fatos ou circunstâncias a veracidade de outros que não tenham sido expressamente confessados, ainda que entre eles haja indissociável correlação.

Art. 62. O reconhecimento de fatos desfavoráveis que não constitua confissão eficaz é elemento probatório a ser livremente apreciado pelo juiz.

Capítulo II – Da Prova Documental

Seção I – Disposições Gerais

Art. 63. Documento é qualquer objeto físico ou eletrônico elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar de modo estável uma pessoa, coisa ou fato.

Parágrafo único. Constituem igualmente documentos os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem.

Art. 64. Os documentos públicos fazem prova da sua formação, assim como da veracidade dos fatos que o seu autor declare ter presenciado no exercício das suas funções com a finalidade de documentá-los, admitida, entretanto, prova em contrário.

§ 1º. Para que o documento público produza os efeitos previstos no *caput*, deverá ser expedido por servidor público no regular exercício de suas funções, com a observância das formalidades exigidas pela lei, ou elaborado, nos limites das respectivas atribuições, por tabelião ou quaisquer outros agentes públicos aos quais a lei tenha expressamente conferido fé pública.

§ 2º. Os juízos pessoais ou técnicos do servidor serão livremente apreciados pelo juiz.

§ 3º. São particulares quaisquer outros documentos, ainda que expedidos por servidores, tabeliães ou outros oficiais públicos no exercício de suas funções.

§ 4º. A força probante dos documentos particulares será livremente apreciada pelo juiz.

Art. 65. Os registros fotográficos, cinematográficos, fonográficos e, de um modo geral, quaisquer outros, mecânicos ou digitais, de fatos ou de coisas fazem prova dos fatos e das coisas que representam, se a parte contra a qual são apresentados não impugnar a sua exatidão.

Parágrafo único. A impugnação da autenticidade da reprodução poderá ser feita incidentalmente, para sua livre apreciação judicial em conjunto com as demais provas, ou por meio de arguição de falsidade documental.

Art. 66. A assinatura do documento particular prova, como regra, a sua autenticidade. Esta regra não se aplica aos documentos que por costume não se assinam.

Parágrafo único. Os documentos particulares devem ser assinados pelo seu autor, ou por outrem a seu rogo, se o rogante não souber ou não puder assinar.

Art. 67. À parte que apresentar documento caberá a prova de sua autenticidade se esta for questionada ou impugnada.

Parágrafo único. Se a autenticidade for questionada ou impugnada pela parte a quem a autoria do documento é atribuída, a esta caberá a prova da sua falta.

Art. 68. Presume-se verdadeira a assinatura do documento particular se estiver reconhecida presencialmente por tabelião.

Parágrafo único. O reconhecimento por semelhança vale como mero juízo pessoal do tabelião.

Art. 69. O documento particular cuja autoria seja reconhecida nos termos dos artigos antecedentes faz prova das declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguição e prova da sua falsidade ou da ausência de veracidade das declarações.

Parágrafo único. Se o documento contiver notas marginais, entrelinhas, rasuras, emendas ou outros vícios externos, sem a devida ressalva, o julgador apreciará fundamentadamente (artigo 13) em que medida esses vícios excluem ou reduzem a sua força probatória.

Art. 70. Substituem os originais:

I – as certidões de teor extraídas de documentos arquivados ou lavrados nos cartórios das serventias judiciais e extrajudiciais ou nas repartições públicas, quando expedidas pelo oficial ou por outro funcionário público autorizado.

II – as reproduções físicas ou digitalizadas dos documentos públicos ou particulares.

§ 1º. A conferência em juízo com os originais poderá ser exigida pelo juiz ou pela parte contrária. Se houver suspeita de falsidade do documento ou de sua reprodução ou outro motivo relevante, o juiz poderá determinar o depósito do original em cartório, nos termos do artigo 10.

§ 2º. Os originais dos documentos anexados por reprodução deverão ser preservados pelo seu detentor ao menos por dois anos a partir do final do processo em que as reproduções foram apresentadas.

Art. 71. Também se consideram autênticas as reproduções de peças do processo judicial, quando juntadas pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, salvo se for questionada ou impugnada a sua autenticidade.

Art. 72. Quando a lei exigir o instrumento público como essencial à substância do ato, nenhuma outra prova pode suprir-lhe a falta, salvo se cabalmente comprovada a impossibilidade material absoluta da sua apresentação.

Art. 73. A data do documento particular, quando a seu respeito surgir questionamento ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito; em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular:

- I – no dia em que foi registrado;
- II – desde a morte de algum dos signatários;
- III – a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários;
- IV – da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;
- V – do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.

Art. 74. Reputa-se autor do documento particular:

- I – aquele que o fez e o assinou;
- II – aquele que apenas o firmou, embora feito por outrem;
- III – aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos.

Art. 75. O telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão têm a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente.

§ 1º. A firma do remetente poderá ser reconhecida pelo tabelião, declarando-se essa circunstância no original depositado na estação expedidora.

§ 2º. Sem prejuízo da livre apreciação da prova, à falta de assinatura, a informação da estação expedidora atestará somente a origem do documento ou da comunicação.

§ 3º. O telegrama e o radiograma presumem-se em conformidade com o original, provando a data de sua expedição e do recebimento pelo destinatário.

Art. 76. Os livros escriturais provam contra o seu autor, sendo-lhe lícito, todavia, demonstrar por todos os meios permitidos em direito que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se a todas as pessoas físicas, jurídicas ou entes despersonalizados que, por lei, costume ou convenção, mantêm registros escriturais.

Art. 77. Uma vez declarada judicialmente a falsidade, não merece fé o documento público ou particular, bem como qualquer reprodução, registro ou cópia deste.

§ 1º. A falsidade consiste:

I – em formar documento não verdadeiro;

II – em alterar documento verdadeiro.

§ 2º. Independentemente do disposto na seção seguinte, a falsidade poderá ser arguída incidentalmente para influir na livre apreciação das provas.

Seção II – Da Declaração de Falsidade

Art. 78. A declaração definitiva da falsidade de documento, reprodução ou registro pode ser proposta pela parte, contra quem foi ele produzido, no curso do próprio processo, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Parágrafo único. Se proposta pela parte na contestação ou no prazo de quinze dias, contados da intimação da juntada do documento, o pedido de declaração será instruído e decidido nos próprios autos, sem suspensão do processo, conforme determinar o juiz na fixação do calendário a que se refere o artigo 48, IV. Passado esse prazo, o pedido será processado em apenso.

Art. 79. Na petição de arguição, a parte exporá os motivos em que funda a sua pretensão e proporá com precisão as provas com que irá demonstrar a sua procedência.

Art. 80. Intimada a parte que produziu o documento, reprodução ou registro a responder no prazo de dez dias, o juiz ordenará o exame pericial.

Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial do documento, reprodução ou registro se a parte que o produziu concordar em retirá-lo e se a parte contrária não se opuser ao desentranhamento.

Art. 81. A decisão que julgar o incidente procedente declarará a falsidade do documento, reprodução ou registro.

Art. 82. A falsidade poderá também ser demandada em ação autônoma, nos termos do artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Seção III – Da Exibição de Documento ou Coisa e Fornecimento de Informações ou Reproduções

Art. 83. Respeitado o disposto no artigo 10, o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa ou forneça informação ou reprodução de documento que se encontre em seu poder.

Art. 84. Quando o pedido for formulado pela parte, conterà:

I – a individualização, tão completa quanto possível, do documento, da coisa, da informação ou da reprodução;

II – a finalidade da prova, indicando os fatos que com ela se relacionam;

III – as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento, a coisa, a informação ou a reprodução existe e se acha em poder da parte contrária.

Art. 85. O requerido dará a sua resposta nos dez dias subsequentes à sua intimação na pessoa do seu representante judicial, salvo se este for representado por defensor público, advogado dativo ou assistido por curador especial. Se afirmar que não possui o documento, a coisa, a informação ou a reprodução, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade.

Parágrafo único. A critério do juiz, o prazo previsto no *caput* poderá ser reduzido, em virtude da urgência na necessidade do documento, ou prorrogado, conforme a complexidade ou a dificuldade em sua obtenção.

Art. 86. Ressalvado o disposto no artigo 21, o juiz não admitirá a recusa:

I – se o requerido tiver obrigação legal de exhibir o documento ou a coisa, de fornecer a informação ou a reprodução;

II – se o requerido aludiu ao documento, à coisa, à informação ou à reprodução, no processo, com o intuito de constituir prova;

III – se a parte contrária tiver direito próprio ao documento, à coisa, à informação ou à reprodução; ou

IV – se a sua exibição ou o seu fornecimento puderem ser úteis ao esclarecimento dos fatos.

Art. 87. Se o requerido não efetuar a exibição ou o fornecimento, não fizer qualquer declaração no prazo do artigo 85 ou se a sua recusa for ilegítima, o juiz:

I – ordenará a sua intimação, por meio de comunicação idôneo, para efetuar a sua entrega em cartório no prazo de cinco dias;

II – decorrido o prazo do inciso anterior, expedirá mandado de busca e apreensão do objeto pretendido, se for materialmente possível;

III – cominará ao requerido multa coercitiva periódica para o caso de descumprimento da ordem de entrega, que fluirá a partir do decurso do prazo previsto no inciso I, até que a prova seja produzida ou se torne impossível ou desnecessária a sua produção;

IV – determinará a adoção de quaisquer outras medidas sub-rogatórias ou coercitivas que se figurarem necessárias ou úteis à efetiva entrega do objeto pretendido.

Parágrafo único. A recusa injustificada sujeita o infrator à responsabilidade por perdas e danos, sem prejuízo da presunção de veracidade do fato que a prova eventualmente omitida visava a demonstrar, que será apreciada pelo juiz em conjunto com as demais provas.

Art. 88. Os artigos 83 a 87 aplicam-se às pessoas jurídicas de direito público quando forem partes.

Art. 89. Quando o documento, a coisa, a informação ou a reprodução estiver em poder de terceiro, o juiz requisitará a sua exibição ou entrega por meio de comunicação idôneo, fixando prazo razoável.

Art. 90. Se o terceiro alegar justo motivo para a recusa da obrigação de exhibir ou de informar, ou negar a posse do documento, da coisa ou da informação, o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, de testemunhas; em seguida proferirá decisão.

Parágrafo único. A prática desses atos será incluída no calendário de que trata o artigo 48, IV.

Art. 91. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito em cartório ou noutro lugar designado, no prazo de cinco dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; caso o terceiro descumpra a ordem, o juiz expedirá mandado de busca e apreensão, se for materialmente possível, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência e da aplicação do disposto no inciso IV do artigo 87 e no § 1º do artigo 7º.

Art. 92. Em qualquer tempo ou grau de jurisdição, para instruir processo judicial, os cartórios das serventias judiciais ou extrajudiciais, órgãos públicos e entidades previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 12.527/2011 atenderão à requisição judicial:

I – das certidões necessárias à prova das alegações das partes;

II – dos procedimentos administrativos, documentos, coisas, informações ou reproduções úteis à instrução da causa que se encontrem em seu poder.

III – os documentos, coisas, informações ou reproduções úteis à instrução da causa que se encontrem em seu poder.

§ 1º. Além do disposto nos artigos 87 a 91 desta Lei, o descumprimento da requisição judicial sujeitará pessoalmente à multa pecuniária (artigo 7º, § 1º) o agente destinatário da requisição identificado como responsável pela entrega da certidão, do documento, da coisa, da informação ou da reprodução, que tiver sido cientificado da ordem judicial, sem prejuízo de outras sanções nas esferas administrativa e penal.

§ 2º. Recebidos em juízo os autos do processo administrativo, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de trinta dias, certidões ou reproduções das peças indicadas pelas partes ou de ofício; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem, salvo se indispensável à apuração dos fatos a sua retenção.

§ 3º. Todos os documentos e informações poderão ser fornecidos em meio eletrônico, conforme disposto em lei.

Capítulo III – Da Prova Testemunhal

Art. 93. Podem depor como testemunha todas as pessoas que, por meio dos próprios sentidos, tenham adquirido conhecimento de fatos relevantes para o julgamento da causa, mesmo que tenham atuado ou devam atuar no processo como árbitros, conciliadores, mediadores, peritos, terceiros intervenientes, órgão do Ministério Público, escrivão, oficial de justiça ou outros auxiliares.

Parágrafo único. Os árbitros, os conciliadores e os mediadores estão proibidos de depor sobre fatos e provas relativos ao direito material das partes objeto do procedimento do qual participaram, mas poderão ser chamados a depor sobre questões processuais relativas ao mesmo procedimento ou sobre fatos diversos.

Art. 94. Não podem depor como testemunhas as partes e aqueles que, no momento em que ocorreram os fatos ou no momento em que devam prestar depoimento, encontrem-se privados da capacidade de entendimento ou de autodeterminação.

Art. 95. O juiz poderá indeferir o depoimento dos menores de dezesseis anos, dos interditos por demência e dos acometidos por enfermidade ou debilidade mental, se houver risco de que a prestação de depoimento possa, de algum modo, ser prejudicial aos seus próprios interesses.

Parágrafo único. O juiz poderá autorizar que essas pessoas prestem depoimento acompanhadas de seus representantes legais, de seus advogados ou de qualquer outra pessoa que possa colaborar com o juízo para viabilizar o testemunho, sendo vedada aos acompanhantes qualquer interferência nas declarações.

Art. 96. São deveres das testemunhas:

- I – comparecer à audiência no dia e horários designados;
- II – responder às perguntas que lhes forem feitas;
- III – dizer a verdade.

Art. 97. O rol de testemunhas (artigo 44, § 3º) conterà todos os dados necessários à sua precisa identificação, como, por exemplo, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o

número do cadastro de pessoa física e do registro de identidade e o endereço da residência e do local de trabalho.

Art. 98. As partes poderão arrolar todas as testemunhas cujos depoimentos possam contribuir para demonstrar a procedência de suas alegações (artigo 9º).

Art. 99. Quando o juiz da causa for arrolado como testemunha, este:

I – declarar-se-á impedido, se tiver conhecimento de fatos que possam influir na decisão; caso em que será vedado à parte que o incluiu no rol desistir de seu depoimento;

II – se nada souber, mandará excluir o seu nome.

Parágrafo único. O disposto no inciso II se aplica ao membro do Ministério Público que atuar como parte, caso em que, se nada souber, o seu nome será excluído do rol.

Art. 100. As testemunhas depõem na audiência de instrução e julgamento, exceto:

I – as que prestam depoimento antecipadamente;

II – as que são inquiridas por carta;

III – as que, por doença, ou outro motivo relevante, estão impossibilitadas de comparecer em juízo;

IV – as relacionadas no artigo seguinte.

Parágrafo único. Se constatada impossibilidade de deslocamento da testemunha que não interfira em sua capacidade de depor, o juiz pode designar dia, hora e local especiais para ouvi-la.

Art. 101. São inquiridos em sua residência ou onde exercem a sua função:

I – o presidente e o vice-presidente da República;

II – os ministros de Estado;

III – os ministros do Supremo Tribunal Federal, os conselheiros do Conselho Nacional de Justiça, os ministros do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União;

IV – o procurador-geral da República e os conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público;

V – os senadores e os deputados federais;

VI – os governadores dos Estados e do Distrito Federal;

VII – os deputados estaduais e distritais;

VIII – os desembargadores dos Tribunais de Justiça, os juízes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;

XII – o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.

§ 1º. O juiz solicitará à autoridade que designe dia, hora e local a fim de ser inquirida, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da resposta oferecida pela parte que a arrolou como testemunha.

§ 2º. Passados trinta dias sem manifestação da autoridade, o juiz designará dia, hora e local para o depoimento, preferencialmente na sede do juízo.

§ 3º. O juiz também designará dia, hora e local para o depoimento, quando a autoridade não comparecer, injustificadamente, à sessão agendada para a colheita do seu depoimento, nos dia, hora e local por ela mesma indicados.

Art. 102. Cabe ao advogado da parte intimar a testemunha que arrolou do local, do dia e do horário da audiência designada, cientificando-a de modo claro e preciso a respeito dos fatos relevantes sobre os quais preferencialmente irá depor.

§ 1º. A intimação da testemunha deverá ser realizada mediante formulário elaborado de acordo com modelo aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º. O formulário deverá ser entregue à testemunha por qualquer meio idôneo que prove o seu recebimento pessoal, ou enviada por carta com aviso de recebimento em mão própria, cumprindo ao advogado juntar aos autos, com antecedência determinada de acordo com o calendário fixado na audiência preliminar, cópias da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento.

§ 3º. Na ausência de prazo fixado no calendário estabelecido na audiência preliminar, o advogado deverá juntar aos autos as cópias de que trata o § 2º com antecedência mínima de três dias da data da audiência em que serão ouvidas as testemunhas.

§ 4º. A parte pode comprometer-se a levar à audiência a testemunha, independentemente da intimação de que trata o § 2º, entregando à testemunha o formulário de que trata o § 1º; caso a testemunha não compareça ou a parte não

comprove a entrega do formulário, tais circunstâncias poderão ser interpretadas como desistência de sua oitiva, observado o disposto nos artigos 10 e 20.

§ 5º. Poderá, ainda, ser interpretado como desistência da oitiva da testemunha o descumprimento ao disposto nos §§ 1º e 2º e 4º deste artigo, observado o disposto nos artigos 10 e 20.

§ 6º. A intimação será realizada pela via judicial:

I – se frustrada a intimação prevista no § 1º deste artigo ou quando a sua necessidade for devidamente demonstrada ao juiz;

II – se figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir;

III – se a parte estiver representada pela Defensoria Pública, por advogado dativo ou assistida por curador especial;

IV – se a testemunha for uma daquelas previstas no artigo 101;

V – se a oitiva for determinada de ofício pelo juiz.

VI – se a oitiva se realizar por carta.

§ 7º. Caso a intimação seja realizada pela via judicial, o respectivo mandado deverá ser instruído com resumo dos fatos sobre os quais preferencialmente a testemunha irá depor.

§ 8º. Na hipótese da oitiva ter sido determinada de ofício, deverá o juiz indicar na decisão os fatos sobre os quais preferencialmente irá depor a testemunha.

§ 9º. A testemunha que, intimada na forma dos §§ 2º ou 6º, deixar de comparecer sem motivo justificado, será conduzida coercitivamente e responderá pelas despesas do adiamento.

Art. 103. Salvo motivo justificável, indicado em decisão fundamentada, a ausência de testemunha não autoriza o adiamento da produção das demais provas na audiência designada, mesmo que tal providência implique modificação da ordem estabelecida no artigo 49.

Art. 104. O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, sem permitir que as que ainda não tenham prestado depoimento tomem conhecimento dos depoimentos das que as antecederam, na mesma audiência.

Art. 105. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco, afinidade, amizade, inimizade ou profissão com as partes, interesse no objeto do processo, ou se existe algum outro fato ou circunstância que possa afetar a credibilidade do seu depoimento (artigo 18).

§ 1º. A parte poderá contraditar a testemunha, arguindo qualquer das hipóteses previstas nos artigos 94 e 95.

§ 2º. A parte também poderá contraditar a testemunha alegando, até o início da sua inquirição, qualquer fato ou circunstância que possa influenciar a credibilidade de seu depoimento.

§ 3º. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, apresentadas no ato e inquiridas em separado.

§ 4º. Acolhida a contradita, o juiz:

I – nas hipóteses do § 1º, aplicará o disposto nos artigos 94 e 95;

II – nas hipóteses do § 2º, tomará o depoimento da testemunha, avaliando a prova de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 17.

Art. 106. Ao início da inquirição, o juiz advertirá a testemunha de seu dever de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, conscientizando-a da importância de seu depoimento para a administração da justiça e para a busca da verdade.

Art. 107. As perguntas serão formuladas inicialmente pelo juiz e sucessivamente pelo advogado da parte que a arrolou, pelos advogados das demais partes e pelo Ministério Público, se for o caso.

§ 1º. Os advogados poderão consultar informações, inclusive por meio eletrônico, ou se valer de auxiliares, cuja identidade será declinada na audiência, para assisti-los na inquirição.

§ 2º. As perguntas deverão ser formuladas em sentido afirmativo, com clareza e precisão, sem incorporar valorações ou qualificações, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, forem manifestamente inúteis ou importarem repetição de outra já respondida.

§ 3º. A testemunha deve responder pessoal e diretamente ao juiz e de forma clara e precisa às perguntas, não podendo servir-se de escritos anteriormente preparados; o juiz lhe permitirá, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos, determinando, quando for útil, sua imediata juntada aos autos.

§ 4º. As perguntas que o juiz indeferir serão registradas no termo de audiência, se a parte o requerer.

§ 5º. As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

Art. 108. Admite-se a substituição da oitiva da testemunha por declaração escrita ou gravada mediante qualquer recurso tecnológico de registro de sons ou de sons e imagens. Dessa declaração deverá constar a ciência expressa e inequívoca, pela testemunha, de que sua manifestação se destina a provar fatos relevantes especificamente no processo judicial em que for apresentada sua declaração e de que tem consciência de seu dever de veracidade, devendo ainda declarar todas as circunstâncias exigidas pelo *caput* do artigo 105.

§ 1º. O Conselho Nacional de Justiça aprovará modelos de formulários a serem observados para o atendimento das exigências estabelecidas no parágrafo anterior.

§ 2º. Em qualquer caso, fica ressalvada a inquirição presencial da testemunha sob contraditório, desde que determinada pelo juiz ou requerida por qualquer das partes antes ou depois da apresentação da declaração escrita ou gravada, observado o calendário fixado na audiência preliminar.

§ 3º. As declarações escritas submeter-se-ão às regras de proposição, autenticidade e produção da prova documental.

§ 4º. Deferida a inquirição presencial da testemunha, sua substituição por declaração escrita ou gravada somente poderá ocorrer mediante prévia concordância das partes e sem prejuízo do calendário.

Art. 109. O depoimento, sob ditado do juiz, será reduzido a termo pelo escrivão e registrado por qualquer método idôneo de documentação escrita, devendo ser assinado pelo juiz, pelo escrivão, pelo depoente e pelos advogados.

§ 1º. O depoimento escrito deverá ser acompanhado por gravação ou outro tipo de registro de sons ou de sons e imagens.

§ 2º. Independentemente de autorização do juiz, as partes poderão, em qualquer caso, gravar o depoimento, desde que tal circunstância seja comunicada ao juiz e às demais partes presentes.

Art. 110. A inquirição de testemunha por carta poderá ser efetuada por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que ocorrerá, preferencialmente, durante a realização da audiência de instrução e julgamento no juízo de origem, dirigindo o juiz da causa e os advogados das partes que o acompanharem as perguntas a serem respondidas pelo depoente no juízo responsável pelo seu cumprimento.

§ 1º. Sempre que possível, a inquirição da testemunha será realizada na presença de um juiz, sem prejuízo da atuação do juiz da causa no juízo de origem.

§ 2º. Caso inviabilizado o disposto no § 1º, a inquirição da testemunha poderá se dar na presença de um funcionário do juízo responsável pelo cumprimento, devendo, neste caso, ser elaborado termo escrito e circunstanciado, a ser remetido ao juízo de origem, no qual constarão, no mínimo, as seguintes informações:

I – identificação do funcionário que supervisionou a inquirição e que será responsável, sob as penas da lei, pela exatidão das informações prestadas;

II – explicitação dos motivos pelos quais não se realizou a inquirição na presença de um juiz, na forma do § 1º;

III – identificação completa da testemunha e de todas as circunstâncias exigidas pelo *caput* do artigo 105;

IV – indicação dos horários de início e de encerramento da inquirição;

V – indicação de que a testemunha foi advertida expressamente de seu dever de veracidade, na forma do artigo 106;

VI – indicação de que foi observada a incomunicabilidade da testemunha (artigo 104), bem como a regra disposta no artigo 107, § 2º;

VII – identificação de quaisquer outras pessoas presentes durante a inquirição da testemunha, incluindo os advogados das partes e o Ministério Público, se for o caso.

§ 3º. O funcionário que supervisionar a inquirição poderá, ainda, fazer constar no termo qualquer outra circunstância relevante.

§ 4º. Surgindo qualquer ocorrência relevante durante a inquirição, o funcionário responsável pela sua supervisão deverá, sempre que possível, submeter tal circunstância de imediato e em tempo real ao juiz da causa.

Art. 111. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

I – a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou de outras testemunhas, observado o disposto no artigo 10;

II – a inquirição de testemunhas que somente apresentaram declarações escritas ou gravadas;

III – a inquirição conjunta de duas ou mais pessoas que tenham prestado depoimento para complementação das informações ou esclarecimento dos fatos de conhecimento comum.

Art. 112. A testemunha pode requerer o reembolso das despesas que efetuou para comparecimento à audiência, caso em que o juiz arbitrará o valor devido e determinará à parte que a arrolou o imediato pagamento.

Art. 113. O depoimento prestado em juízo é considerado serviço público. A testemunha, quando sujeita ao regime da legislação trabalhista, não sofre, por comparecer à audiência, perda de salário nem desconto no tempo de serviço.

Art. 114. Determinada a inquirição de testemunha em processo, recurso ou incidente de competência de órgão colegiado, ela deverá ser ouvida, preferencialmente, perante todos os julgadores que o compõem. Nessa hipótese, incumbirá ao relator presidir a sua inquirição, na forma do disposto neste capítulo, sendo assegurada aos demais integrantes do órgão colegiado a faculdade de formularem, após aquele, perguntas para esclarecer ou complementar o depoimento da testemunha.

Capítulo IV – Da Prova Pericial

Art. 115. Quando o conhecimento técnico, científico ou especializado puder contribuir à solução da causa, caberá a produção de prova pericial.

Seção I – Da Escolha dos Peritos

Art. 116. Os peritos do juízo são nomeados pelo juiz entre os profissionais e órgãos técnicos ou científicos devidamente cadastrados perante o tribunal ao qual o juiz está vinculado. Na ausência de perito cadastrado especialmente qualificado, a escolha ficará a critério do juiz, devendo recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico de notória especialização na matéria objeto da perícia.

§ 1º. O juiz poderá deixar de designar perito se considerar que o indicado pela parte assegura o adequado cumprimento do objeto da prova pericial.

§ 2º. O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder a chamamento público, no mínimo a cada triênio, por meio da rede mundial de computadores e jornais de grande circulação, além de comunicação direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à Ordem dos Advogados do Brasil e a outras instituições relevantes, para o ingresso de novos interessados e renovação periódica dos registros existentes, que obedecerão ao disposto neste artigo.

§ 3º. A inclusão no cadastro, em qualquer caso, será antecedida da avaliação da comprovada capacidade e idoneidade das pessoas e órgãos que o requererem, mediante critérios objetivos previamente conhecidos. A renovação incluirá a avaliação do desempenho do perito no triênio anterior.

§ 4º. O cadastro e a escolha observarão, quando for o caso, a especialidade e o registro exigidos para o exercício profissional.

§ 5º. Em cada órgão jurisdicional, será dada publicidade, inclusive por meio da rede mundial de computadores, à lista atualizada de peritos designados nos últimos três anos e dos documentos apresentados para cadastramento ou recadastramento, resguardado o sigilo profissional, para fins de consulta dos interessados, bem como para que as nomeações sejam distribuídas de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e a

área de conhecimento.

§ 6º. As decisões judiciais, inclusive as dos tribunais superiores, em que tiverem sido apreciadas as questões que foram objeto da perícia mencionarão os nomes dos peritos do juízo e das partes e explicitarão os motivos que levaram o juiz, ou tribunal, a considerar ou não os laudos periciais. O teor dessas decisões será comunicado aos peritos e ao órgão do tribunal responsável pelo cadastro, sendo arquivado no histórico do profissional ou do órgão para futuras consultas e avaliações.

§ 7º. Nos casos de segredo de justiça, das comunicações a que se refere o parágrafo anterior excluir-se-ão a identificação das partes e dos fatos em que se fundamentaram as decisões.

§ 8º. Os órgãos técnicos ou científicos designados para a realização de perícia informarão ao juiz o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil dos profissionais que participarão dessa atividade, bem como possíveis relações de parentesco, afinidade, amizade, inimizade ou profissão com as partes, o interesse no objeto do processo, ou se existe algum outro fato ou circunstância que possa prejudicar a credibilidade desses profissionais. Tais órgãos e profissionais não poderão ter qualquer interesse em relação às partes e ao objeto do litígio.

§ 9º. Também estão sujeitos ao cadastro os técnicos de estabelecimentos oficiais.

§ 10. Nas localidades onde não houver inscritos na relação posta à disposição pelos tribunais, a indicação de peritos é de livre escolha do juiz e das partes, devendo recair sobre profissionais ou órgãos técnicos ou científicos que comprovadamente possuam o conhecimento necessário para realizar a perícia, preferencialmente estabelecidos na sede do juízo ou em localidade próxima, observados os requisitos dos parágrafos 3º e 8º.

Art. 117. Às partes é facultada a indicação de peritos para participarem da produção da prova pericial.

§ 1º. Os peritos das partes, enquanto auxiliares da justiça, devem preencher os mesmos requisitos de capacidade, idoneidade e isenção do perito do juízo, devendo ser indicados preferencialmente entre os profissionais ou órgãos cadastrados no tribunal, nos termos do artigo 116.

§ 2º. Às partes é facultada a juntada de outros estudos técnicos ou científicos, elaborados por profissionais que atendam aos requisitos do § 1º, mas não necessariamente cadastrados no tribunal, para o esclarecimento do objeto da perícia.

§ 3º. A parte contrária será ouvida sobre esses pareceres que serão encaminhados aos peritos se houver, para as considerações que entenderem pertinentes, sem prejuízo do cumprimento do calendário.

§ 4º. Sem prejuízo da indicação de perito, as partes podem designar assistentes técnicos para auxiliá-las na realização da perícia e colaborar com os peritos.

Art. 118. As partes podem, de comum acordo, observado o disposto no artigo 117, escolher um ou mais peritos, indicando-os mediante requerimento, desde que:

I – sejam elas plenamente capazes;

II – a causa possa ser resolvida por autocomposição.

§ 1º. A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por peritos nomeados pelo juiz, mas não inibe o poder deste de, após a sua produção, determinar nova perícia por peritos por ele escolhidos.

§ 2º. Em qualquer caso, após a perícia consensual, ou a nova perícia determinada pelo juiz, as partes poderão impugnar o seu resultado, valendo-se de estudos técnico-científicos dos seus próprios peritos, de seus assistentes técnicos ou de outros profissionais ou órgãos, produzidos nos autos e submetidos ao contraditório.

Art. 119. Os peritos serão cientificados do calendário (artigo 48, IV) e têm o dever de cumprir o ofício no prazo que lhes assinar o juiz, empregando toda a sua diligência; podem, todavia, escusar-se do encargo alegando falta dos conhecimentos necessários para cumpri-lo, impedimentos, motivos de suspeição ou qualquer outra circunstância que possa afetar a sua credibilidade, bem como outro motivo justo, alheio à sua vontade.

§ 1º. A escusa será apresentada dentro de cinco dias contados da intimação da designação ou da ocorrência do fato gerador do motivo alegado, se superveniente, sob pena de considerar-se renunciado o direito a alegá-la.

§ 2º. No prazo fixado no calendário ou no de cinco dias, contado da ciência do fato gerador, e pelos mesmos fundamentos, as partes poderão impugnar a designação, ouvido o perito no prazo de cinco dias. Ao julgar procedente a recusa, o juiz nomeará novo perito ou facultará à parte que tiver designado o perito excluído a sua substituição.

§ 3º. Aplicam-se aos peritos os mesmos impedimentos e motivos de suspeição do juiz.

Art. 120. O perito que, por dolo ou culpa grave, evidenciada pela falta de observância

das regras e métodos geralmente aceitos na sua área de conhecimento ou profissão, prestar informações inadequadas ou inverídicas, sem prejuízo das sanções previstas no artigo 7º, § 1º, responderá pelos danos que causar à parte e ficará sujeito à inabilitação de dois a cinco anos para atuar em outras perícias, por decisão do órgão fiscalizador da respectiva profissão, após procedimento regular em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 1º. O controle do exercício profissional do perito será de competência do órgão fiscalizador da respectiva profissão.

§ 2º. A inabilitação acarretará a imediata exclusão do nome do perito ou órgão técnico ou científico do cadastro do Tribunal e os motivos que ensejaram a inabilitação ficarão registrados no histórico do profissional ou órgão técnico ou científico no cadastro do tribunal.

Seção II – Da Produção da Prova Pericial

Art. 121. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º. O juiz indeferirá a perícia quando:

I – o conhecimento científico, técnico ou especializado não puder fornecer qualquer contribuição à solução da causa, ou quando não atender ao disposto no artigo 44, §§ 4º e 5º;

II – a utilização do conhecimento científico, técnico ou especializado for materialmente e impossível.

§ 2º. Em substituição ou complemento da prova pericial, o juiz e as partes poderão designar pessoas que preencham os requisitos de atuação como peritos para prestarem depoimentos a respeito de fatos ou coisas que houverem examinado ou avaliado, observado o disposto nos incisos II e III do artigo 129.

Art. 122. Ao requerer a perícia (artigo 44, § 3º), a parte indicará desde logo, sob pena de rejeição, o respectivo objeto, enunciando as questões de fato que pretende ver esclarecidas através da diligência, bem como especificará a área do saber técnico, científico ou especializado de que o perito deva ter conhecimento.

Art. 123. Intimada da proposição da perícia, a parte contrária se manifestará.

Art. 124. Incumbe ao juiz, na decisão fundamentada que determinar a produção da perícia (artigo 17, § 3º), definir o respectivo objeto, propor e deferir os quesitos que considere úteis à apuração da verdade, indeferir os que reputar manifestamente irrelevantes, nomear os peritos do juízo e ordenar a sua intimação, que incluirá o calendário.

§ 1º. Na fixação do calendário (artigo 48, IV), o juiz estabelecerá a sequência dos atos de produção da prova pericial, fixando, entre outros, os seguintes prazos:

I – para que as partes indiquem peritos e assistentes técnicos, cientificando-os dos seus encargos e do calendário (artigo 120), e formulem quesitos, se não o tiverem feito anteriormente;

II – para que as partes formulem a recusa de qualquer dos peritos designados (artigo 119, § 2º);

III – para que os peritos do juízo e das partes apresentem as suas propostas de honorários;

IV – para que sobre elas as partes se manifestem;

V – para que os honorários arbitrados pelo juiz sejam depositados (artigo 16);

VI – para que as partes formulem quesitos suplementares;

VII – para que os peritos do juízo e das partes entreguem os seus laudos;

VIII – para que as partes se manifestem sobre os laudos, anexando, se for o caso, pareceres dos seus assistentes técnicos;

IX – para que os peritos esclareçam eventuais divergências ou dúvidas suscitadas pelo juiz, por qualquer das partes, pelos demais peritos ou assistentes técnicos;

X – para que o juiz, de ofício, determine ou as partes requeiram a prestação de esclarecimentos orais em audiência pelos peritos, assistentes técnicos ou outros profissionais autores de estudos técnicos ou científicos juntados pelas partes.

§ 2º. O calendário fixará, desde logo, dia e hora para a audiência final de instrução e julgamento.

§ 3º. Se a escolha recair em profissionais ou órgãos não cadastrados no tribunal (artigo 116, § 10), os peritos apresentarão, no prazo de cinco dias da ciência das suas nomeações, seus currículos, com a comprovação de suas especializações e, se possível, relações de casos semelhantes, que envolvam a mesma espécie de perícia, em que eventualmente tenham atuado.

4º. O juiz poderá autorizar o pagamento de parte dos honorários arbitrados a favor dos peritos do juízo e das partes no início dos trabalhos, no limite suficiente para reembolso das suas despesas iniciais. Os peritos demonstrarão com memória de cálculo a necessidade da antecipação. O que remanescer será pago apenas ao final, depois de entregue o laudo e prestados todos os esclarecimentos necessários.

§ 5º. Quando a perícia for inconclusiva ou deficiente por culpa dos peritos aplicar-se-á, se for o caso, o disposto no artigo 120 e o juiz ainda deverá reduzir ou revogar a remuneração inicialmente arbitrada.

§ 6º. Os peritos do juízo e das partes equiparam-se ao funcionário público para fins penais.

Art. 125. Os peritos do juízo e das partes têm o dever de colaborar entre si.

Parágrafo único. Cada um dos peritos assegurará aos demais e aos assistentes técnicos das partes a participação efetiva em suas diligências e o acesso a todos os documentos e objetos que examinar.

Art. 126. Se o perito, sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado, o juiz o substituirá e comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva.

Parágrafo único. O perito substituído restituirá, no prazo de quinze dias, os valores recebidos pelo trabalho não realizado, sob pena de ficar sujeito à inabilitação, nos termos do artigo 120 e às sanções do artigo 7º § 1º.

Art. 127. No prazo fixado no calendário as partes poderão apresentar quesitos suplementares, que serão respondidos pelos peritos nos seus laudos.

Parágrafo único. O escrivão dará à parte contrária e aos peritos do juízo e das partes ciência da juntada dos novos quesitos.

Art. 128. O juiz poderá dispensar a produção da prova pericial nos termos do disposto nesta Seção, quando as partes trouxerem do procedimento probatório extrajudicial ou apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos considerados suficientes por elas mesmas e pelo juiz.

Art. 129. O laudo pericial deverá conter:

I – a exposição do objeto da perícia;

II – o relato das observações feitas diretamente pelo perito, sua análise e fundamentação técnica;

III – a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área de conhecimento da qual se originou, incluindo a margem de erro, se houver, e as fontes utilizadas para a conclusão do laudo;

IV – a resposta a todos os quesitos apresentados pelo juiz e pelas partes.

§ 1º. O laudo pericial deve ser redigido em linguagem simples e com coerência lógica, de modo que o juiz e as partes possam compreender o encadeamento da fundamentação com as conclusões.

§ 2º. É vedado ao perito ultrapassar os limites da sua designação, bem assim emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

§ 3º. Para o desempenho de sua função, os peritos do juízo e das partes podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, desde que atendido o disposto no *caput* do artigo 106, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos úteis ao esclarecimento do objeto da perícia.

§ 4º. O Conselho Nacional de Justiça aprovará formulário a ser preenchido pelo perito e que deverá acompanhar o laudo para caracterizar com precisão o cumprimento dos requisitos do *caput* deste artigo.

Art. 130. O juiz e as partes poderão nomear dois ou mais peritos, se o objeto da perícia abranger mais de uma área de conhecimento especializado ou se houver outro motivo justificável.

Art. 131. Se o perito, por motivo justificado, não puder apresentar o laudo dentro do prazo, o juiz poderá conceder-lhe prorrogação pelo tempo necessário, com a consequente retificação do calendário.

Art. 132. Tendo sido os peritos, assistentes técnicos e outros profissionais autores de

estudos técnicos ou científicos intimados do calendário e havendo pedidos de esclarecimentos orais, comparecerão na audiência para prestar depoimento, na forma do artigo 49.

§ 1º. Nos pedidos de esclarecimento, as partes indicarão com precisão as questões a serem esclarecidas, sem prejuízo da inquirição do perito, do assistente técnico ou do profissional a respeito da totalidade do trabalho pericial.

§ 2º. A falta de pedidos de esclarecimento dispensará o perito, o assistente técnico ou o profissional de comparecer à audiência.

§ 3º. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte, a inquirição conjunta de dois ou mais sujeitos de que trata este artigo que tenham prestado depoimento.

Art. 133. Se o perito for técnico de estabelecimento oficial especializado, o juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento.

Parágrafo único. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e da firma, o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas; na falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa a quem se atribuir a autoria do documento lance em folha de papel, por cópia ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação.

Art. 134. O juiz não está adstrito aos laudos periciais (artigo 2º.).

Art. 135. Quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida, o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia ou a apresentação pelo mesmo perito de laudo complementar, e retificará o calendário.

Parágrafo único. Também poderá determinar a realização de nova perícia qualquer circunstância que possa afetar a sua credibilidade, revelada desde o início do trabalho pericial até o julgamento da causa (artigo 18, § 2º), tais como a falta dos conhecimentos necessários, impedimentos e motivos de suspeição dos peritos.

Art. 136. A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira.

Parágrafo único. A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra.

Capítulo V – Inspeção Judicial

Art. 137. Observado o disposto nos artigos 10, 21 e 22, assim como as demais limitações probatórias tratadas nesta lei, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, determinará a inspeção direta ou indireta de lugares, pessoas, coisas ou documentos, a fim de se esclarecer sobre fatos que interessem à decisão da causa, em especial quando:

I – essa observação puder ser útil para a sua apuração ou interpretação;

II – a existência de pormenores relevantes de difícil apuração recomende que se realize a sua reconstituição, preferencialmente com pessoas que deles participaram.

Parágrafo único. A inspeção de lugares, pessoas, coisas ou documentos que se encontrem sob a posse ou guarda de terceiros sujeitar-se-á às regras da exibição de documento ou coisa em poder de terceiro.

Art. 138. A inspeção judicial de pessoas, coisas ou documentos será realizada na sede do juízo, salvo quando a este não puderem ser trazidos sem consideráveis despesas ou graves dificuldades ou, ainda, no caso de documentos, for materialmente impossível sua juntada ou exibição.

Art. 139. A inspeção judicial será realizada preferencialmente de forma pessoal pelo juiz.

§ 1º. Ao realizar a inspeção direta, o juiz ou a pessoa por ele designada poderá ser assistido de um ou mais peritos, bem como poderá colher esclarecimentos com as partes e com quaisquer outras pessoas cuja manifestação lhe pareça útil à busca da verdade.

§ 2º. Nas situações em que o objeto da inspeção for de fácil constatação, poderá o juiz atribuir sua realização a servidor do juízo ou a terceiro que nomeará.

§ 3º. Em qualquer caso, o juiz designará, preferencialmente na audiência preliminar (artigo 48, IV), dia, hora e local para a realização da inspeção, intimando-se as partes.

§ 4º. As partes têm sempre direito de assistir à inspeção, bem como de fazer-se acompanhar de seus advogados e peritos, assim como de técnicos e pessoas de sua confiança, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa.

Art. 140. Concluída a inspeção, será lavrado auto da diligência, sob orientação do juiz, servidor ou terceiro que a realizou, no qual serão mencionadas todas as circunstâncias relevantes para o julgamento da causa.

Parágrafo único. Ao auto da diligência serão anexados, sempre que possível, registros de som e imagem, fotografias, plantas, gráficos e desenhos que ilustrem as observações feitas, produzidos por quaisquer pessoas que dela participaram.

TÍTULO III – DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 141. Esta lei substitui os artigos 332 a 443 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973).

§ 1º. O procedimento ordinário reger-se-á segundo as disposições desta lei e dos Livros I e II do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973).

§ 2º. No procedimento ordinário, os motivos de indeferimento da petição inicial (Código de Processo Civil, arts. 285-A e 295) passam a ser apreciados na audiência preliminar (artigo 46, § 5º).

§ 3º. Considera-se proposta a ação no momento do ajuizamento da petição inicial.

§ 4º. O disposto nesta Lei não dispensa o despacho inicial do juiz nas execuções, nas medidas cautelares, nos requerimentos de antecipação de tutela e nos procedimentos especiais em que haja requerimento de medida liminar.

Art. 142. Aplicam-se as disposições desta lei a todas as relações jurídicas submetidas à jurisdição civil, comum e especial, salvo quanto aos requisitos formais de existência e validade dos atos e negócios jurídicos.

Art. 143. Os dispositivos desta lei sobre o procedimento probatório extrajudicial se aplicam ao inquérito civil de que tratam o § 1º do artigo 8º e o artigo 9º da Lei nº 7.347/1985.

Art. 144. O disposto no capítulo VII do título I não exclui a aplicação aos atos processuais neles tratados das disposições do Código de Processo Civil que lhes correspondam, no que não contrariarem o disposto nesta Lei.

Art. 145. Dá-se aos artigos 272, 308 e 325 e ao *caput* e ao § 2º do artigo 219, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973) a seguinte redação:

"Art. 272. O procedimento especial rege-se pelas disposições que lhe são próprias, aplicando-se-lhe, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento comum."

“Art. 308. Concluídos os autos, o juiz mandará processar a exceção, ouvindo o excepto dentro em dez dias e decidindo em igual prazo, salvo se tiver sido oferecida no prazo de resposta.”

“Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, em réplica, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (artigo 5º).”

“Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, inclusive para a reunião de ações conexas, induz litispendência, torna a coisa litigiosa; e, ainda quando promovida em juízo incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

.....
§ 2º. Incumbe à parte promover a citação do réu nos dez dias subsequentes à expedição do respectivo mandado, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

.....”

Art. 146. Dá-se aos artigos 202, inciso I, 212, 215, *caput*, 223, 227, 228, *caput* e inciso IV, do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) a seguinte redação:

“Art. 202.....

I – pela citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

.....”

“Art. 212. Os requisitos formais de existência e de validade dos atos e negócios jurídicos são regulados neste Código.”

“Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública.

.....”

“Art. 223. A cópia fotográfica de documento não supre a ausência do título de crédito, ou do original, nos casos em que a lei ou as circunstâncias condicionarem o exercício do direito à sua exibição.”

“Art. 227. Nos casos em que a lei exija a forma escrita como requisito de existência ou de validade do ato ou negócio jurídico, este não pode ser provado exclusivamente por testemunhas.

Parágrafo único. Nestes casos, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.”

“Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas de existência ou de validade dos atos ou negócios jurídicos:

.....
IV – o interessado, o amigo íntimo ou o inimigo capital de qualquer das partes no ato ou negócio jurídico;

.....”

Art. 147. Revogam-se os artigos 274, 275 a 281, 284, 285, 297, 299, 300, 306, 316, 323, 326, 327, 328 e 331 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973), os artigos 213, 216, 218, 222, 225, 229, 230, 231, 232, e o parágrafo único do artigo 219, todos do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e o artigo 41 da Lei nº 6.830/80.

Art. 148. Caberá ao Conselho Nacional de Justiça aprovar os formulários previstos nos artigos 39, § 5º, 101, § 2º, 107, § 1º, e 128, § 4º, desta Lei, atualizando-os periodicamente.

§ 1º. Na elaboração dos formulários, o Conselho Nacional de Justiça consultará a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público, a Defensoria Pública e outras instituições e grupos interessados.

§ 2º. Enquanto não forem aprovados pelo Conselho Nacional de Justiça os formulários a que se refere este artigo, vigorarão os formulários constantes do Anexo a esta Lei.

Art. 149. Esta Lei se aplica aos processos ajuizados a partir do início da sua vigência.

Art. 150. Esta Lei entra em vigor um ano após a sua publicação.

ANEXO

FORMULÁRIO 1 – PETIÇÃO INICIAL

A) INFORMAÇÕES INICIAIS

Autor (es)	
Réu (s)	
Juízo	
Natureza da ação, exceção ou incidente	
Síntese dos fatos (com as circunstâncias relevantes de tempo e local)	1) 2) 3) Etc.
Fundamentos jurídicos	1) 2) 3) Etc.
Pedidos	1) 2) 3) Etc.

B) REQUERIMENTO DE PROVAS

	Fato 1	Fato 2	Fato 3	Etc.
Descrição dos fatos a serem provados, com as circunstâncias de tempo e local				
Provas a serem				

produzidas				
Conteúdo das provas				

C) ROL DE DOCUMENTOS ANEXADOS

Documento 1	
Documento 2	
Documento 3	
Documento 4	
Documento 5	

FORMULÁRIO 2 – CONTESTAÇÃO

A) INFORMAÇÕES INICIAIS

Autor (es)	
Réu (s)	
Juízo	
Natureza da defesa, exceção ou incidente	
Fundamentos jurídicos da defesa	1) 2) 3) Etc.

B) REQUERIMENTO DE PROVAS

	Fato 1	Fato 2	Fato 3	Etc.
Descrição dos fatos a serem provados, com as circunstâncias de tempo e local				
Provas a serem produzidas				
Conteúdo das provas				

C) ROL DE DOCUMENTOS ANEXADOS

Documento 1	
Documento 2	
Documento 3	
Documento 4	
Documento 5	

FORMULÁRIO 3 – TESTEMUNHA (art. 102)

Autor (es)	
Réu (s)	
Juízo	
Natureza da ação/defesa/exceção/ incidente	
Fundamentos do pedido e pedido (extraídos do formulário apresentado na inicial)	1) 2) 3) Etc.
Fundamentos da defesa (extraídos do formulário apresentado na defesa)	1) 2) 3) Etc.
Fatos que se pretende provar com o depoimento da testemunha, especialmente aqueles que sejam de seu conhecimento direto	1) 2) 3) Etc.

Nome e qualificação da testemunha:

Nome da parte que a arrolou:

Data do recebimento do formulário: ___/___/___

Assinatura da Testemunha: _____

**FORMULÁRIO 4 – ACOMPANHA A DECLARAÇÃO ESCRITA OU
GRAVADA DA TESTEMUNHA (art. 108)**

Autor (es)	
Réu (s)	
Juízo	
Natureza da ação/defesa/exceção/incidente	
Qualificação da testemunha	Nome completo: Profissão: Residência: Estado Civil:
Existência de relações de parentesco, afinidade, amizade, inimizade ou profissão com as partes, interesse no objeto do processo	Declaração da testemunha:
Existência de circunstância que possa afetar a credibilidade do depoimento	Declaração da testemunha:
Fundamentos do pedido e pedido (extraídos do formulário apresentado na inicial)	1) 2) 3) Etc.
Fundamentos da defesa (extraídos do formulário apresentado na defesa)	1) 2) 3) Etc.
Fatos que se pretende provar com o depoimento da testemunha, especialmente	1) 2) 3)

aqueles que sejam de seu conhecimento direto	Etc.
---	------

Nome da parte que arrolou a testemunha:

A testemunha declara ter ciência expressa e inequívoca de que sua manifestação se destina a provar fatos relevantes especificamente no processo judicial discriminado no presente formulário, bem como que possui consciência de seu dever de veracidade.

Data do recebimento do formulário: __/__/__

Assinatura da Testemunha: _____

FORMULÁRIO 5 – LAUDO PERICIAL (art. 129, § 4º)

Autor (es)	
Réu (s)	
Juízo	
Natureza da causa ou incidente	
A.1) Síntese do objeto da perícia: 1,2,3,4 etc. A.2) Síntese das observações: 1,2,3,4 etc. A.3) Síntese da fundamentação: 1,2,3,4 etc. A.4) Síntese das conclusões: 1,2,3,4 etc.	
B.1) Indicação do método utilizado: B.2) Prova da aceitação pelos especialistas da área: B.3) Margem de erro, se houver: e B.4) Fontes de validação do método e das conclusões:	
Nome e qualificação do perito:	