

**AS PROVAS: O PRESENTE E O FUTURO (AVANÇO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO – ANÁLISE NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROJETO DE LEI 8046/2010)**

**EVIDENCIA: EL (EL PROGRESO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO - ANÁLISIS EN ACTUAL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y LEY 8046/2010), PRESENTE Y FUTURO**

Sarah Caroline de Deus Pereira<sup>1</sup>  
Iara Rodrigues de Toledo<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo discutir o direito à prova, traçando um apanhando histórico, em que abrange a sua finalidade, o presente, a perspectiva de futuro, o avanço tecnológico e científico na sociedade e a influência ocasionada pelo Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo. Com sustentáculo nesta nova dinâmica, a qual implicou em um Direito Processual Constitucional, traz a lume o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8046/2010) e coteja a sua redação para com a do Código de Processo Civil, e, na investigação dos seus dispositivos correlatos e possíveis acréscimos legislativos, responderá se houveram ou não mudanças, e quais os alcances e substancialidade frente ao atual sistema de direito processual fundamental.

**Palavras-chave:** Provas; Neoconstitucionalismo; PL 8046/2010; Direito Processual Fundamental.

**RESUMEN**

Este artículo tiene como objetivo discutir el derecho a la prueba, el trazado de una reunión histórica en la cobertura de su propósito, el presente, la perspectiva de los futuros avances científicos y tecnológicos en la sociedad y la influencia causada por neoconstitucionalismo y Neoprocessualismo. Mainstay con esta nueva dinámica, lo que implicó un Derecho Procesal Constitucional, saca a la luz el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil (PL 8046/2010), y compagina su ensayo con el Código de Procedimiento Civil, y en la investigación sus dispositivos relacionados y posibles adiciones legislativas responden si hay cambios o no, y cuál es el alcance y la sustancialidad contra el actual sistema de derechos procesales fundamentales.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Teoria do Direito e do Estado – Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem); bolsista Capes/PROSUP; especialista em Direito e Processo do Trabalho – Universidade Anhanguera/Uniderp; aluna pesquisadora do grupo “Bioética e Direitos Humanos”; membro do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania de Marília, da Associação Brasileira de Saúde Mental e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; advogada. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Marília, São Paulo, Brasil. E-mail: scdp88@gmail.com.

<sup>2</sup> Ex - Procuradora do Estado de São Paulo; Graduada em Direito pela Instituição Toledo de Ensino- ITE/Bauru; Mestre em Direito: Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC/SP; Doutora em Direito: Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC/SP; Professora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM/Marília, na disciplina “Direitos da Personalidade no Direito das Famílias”. Email: iarardetoledo@uol.com.br.

**Palavras-chave:** Provas; Neoconstitucionalismo, PL 8046/2010; Direito Processual fundamental.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa fazer um balanço geral sobre o direito probatório, desde a sua gênese até a contemporaneidade, trazendo a discussão do Projeto do Novo Código de Processo Civil frente à legislação processual em vigor; histórico.

Num primeiro momento, por meio da análise histórica, discute-se a desenvoltura da prova ao longo dos séculos e a sua conquista como direito humano fundamental, que por sua vez, vocaciona-se a proteger a dignidade de seus proponentes, imbuídos da carga neoconstitucionalista e neoprocessualista, configurando um direito processual fundamental, em específico no Processo Civil, um Direito Processual Constitucional.

Em seguida, é feita uma exposição comparativa entre o Projeto e o atual Código de Processo Civil, demonstrando as similitudes, dissonâncias e “novidades” albergadas na proposta da nova legislação.

### 1. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PROBATÓRIO

O Direito Probatório visto e debatido na sociedade contemporânea é fruto de uma longa conquista histórica, a visão do instituto<sup>3</sup> e a sua finalidade<sup>4</sup> dentro das Ciências Jurídicas e seus ramos (Direito Processual Civil, Processual Penal, Processual Trabalhista, e

---

<sup>3</sup> Marinoni e Arenhart lecionam: “[...] prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juíz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.” (ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p.313).

<sup>4</sup> Segundo Moacyr Amaral a finalidade da prova é “[...] a formação da convicção de alguém”. (ANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva. p. 341). Por outro lado, Luciano Henrique alega que: “[...] a finalidade das provas é convencer o juiz, denominado por Pinto Ferreira como sendo um “convencimento judicial”, cujas alegações da parte em relação aos fatos são verídicos, ou, ao menos, verossímeis, isto é, que existe uma grande probabilidade de que os mesmos tenham realmente ocorrido, conforme narrado, seja pelo autor, ou pelo réu”.(RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. *As provas como instrumentos de efetividade no Processo Civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 39).

etc...), perpassou a visão adâmica do direito sectário<sup>5</sup> para concepção de prova como direito fundamental<sup>6</sup>.

Na sua gênese<sup>7</sup>, preleciona Echandia<sup>8</sup> cinco fases, a primeira étnica ou primitiva, a segunda religiosa ou mística, a terceira legal (ou da tarifa legal), a quarta sentimental (ou da livre convicção do juiz) e a quinta científica (ou da persuasão racional do juiz).

Primordialmente, a étnica o era assim conhecida pelas características diferentes que apresentava em cada região, não havia um sistema probatório propriamente dito em cada sociedade, e o autor entendeu ser mais coerente o termo “primitivo”, pois o sistema processual era rudimentar, de modo de que as provas eram abandonadas as impressões pessoais. Na Grécia, o exame das provas era por indução e silogismo, quanto à forma era por oralidade, havia a crítica à razão lógica e racional da prova e o predomínio do princípio dispositivo.<sup>9</sup> Cumprir mencionar, que em Roma na fase do Império houve um retrocesso para o sistema tarifário, ou seja, valoração da prova, malgrado tenha sido neste momento o nascedouro das presunções legais e o reconhecimento do contraditório em matéria de interrogatório da testemunha de acusação. Teve-se em contrapartida a diminuição da liberdade do juiz na apreciação das provas e a imposição de regras gerais preestabelecidas para muitos casos.

Seguindo a esteira histórica, a fase religiosa<sup>10</sup> ou mística, lastreava-se na crença de uma intervenção divina e aplicava a “justiça de Deus” para os casos particulares, tendo

---

<sup>5</sup> Leia-se direito sectário, tendo em vista que a visão primeva de direito era de intolerância, lastreando-se na vingança privada, nesse sentido obtempera Jônatas Milhomens :“No primeiro período, primórdios da existência da humanidade, fase embrionária das sociedades primitivas, não havendo juízes , tampouco justiça organizada, o direito começando a esboçar-se sob a forma vaga e imprecisa do costume, as contendas e questões eram resolvidas entre os interessados, que se faziam justiça a si mesmos e com as próprias mãos. Imperava a violência, a força, a astúcia, a vingança.” (MILHOMENS, JÔNATAS. *Prova no Processo* - Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p.31)

<sup>6</sup> Os doutrinadores Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira entendem a prova como direito fundamental, que decorrem dos direitos fundamentais ao contraditório e ao acesso a justiça, ponderando que este não é um direito fundamental absoluto, todavia se externaliza como um instrumento a serviço do processo na busca de uma tutela jurisdicional justa, ou seja, a efetivação do princípio do devido processo legal substancial. (DIDIER JR, Fredie, et.al. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol II. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 18 a 20).

<sup>7</sup> A autora nesse primeiro momento não fará distinção entre os ramos, em momento oportuno fará o recorte epistemológico para análise do Código de Processo Civil em cotejo com Projeto de Lei 8046/2010.

<sup>8</sup> ECHANDIA, Hernando Davies. *Teoria General de La Prueba Judicial*. Tomo I, 3ª ed. Buenos Aires: Editor Victor P. de Zavalía, 1976, p. 55 a 77.

<sup>9</sup> Para Didier, o princípio dispositivo : “[...] está intimamente ligado à relação jurídica material no processo”. (DIDIER JR, Fredie, et.al. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, cit.,p.23)

<sup>10</sup> Oportuno transcrever as impressões de Jônatas Milhomens sobre este período: “A religião, processo biológico de adaptação social, sempre exerceu sobre o homem, função específica, mais do que hoje, nos primórdios da humanidade. [...] No segundo período, profundamente religiosa, o regime de provas compreende os ordálios, o duelo e o juramento. Especialmente os ordálios e o juramento são meios de prova de base religiosa.”

perdurado até a entrada da Idade Média, quando os escabinos remodelaram o Direito Romano Germânico buscando a verdade real, a qual era aferida pela convicção pessoal à luz das regras legais, caracterizando um abandono gradual dos meios bárbaros de prova na fase do Direito Canônico, revelando nos julgadores eclesiásticos o “espírito” de verdadeiros juízes, pois não se regiam pela livre convicção pessoal, mas por uma verdadeira apreciação jurídica das provas, as quais eram sujeitas a regras muito mais numerosas.

A outro tanto na fase legal ou da tarifa legal, houve a introdução da lógica processual, propagação do inquisitório<sup>11</sup>, faculdades inquisitivas e da livre apreciação da prova judicial, busca da verdade material, império do sistema legal de modo absoluto, em que o juiz tinha que julgar segundo o alegado e o provado.

Neste passo chega-se a fase sentimental, originária da Revolução Francesa, inspirada nos ideias de “liberdade, igualdade e fraternidade”, reproduziu um julgador que não necessitava de critérios, sustentando na crença da infalibilidade<sup>12</sup> da razão humana e do instinto animal. Vale observar, a prova apreciada pela convicção moral do magistrado não satisfaz as necessidades daquela nova sociedade.

Nessa vereda, instaurou-se a fase científica ou da persuasão racional do juiz, de modo que este ganhou a liberdade de apreciar o valor da prova de acordo com os princípios da sociologia e da lógica, cristalizando o respeito à formalidade das leis materiais e a liberdade de apreciação, que resultaram no modelo moderno<sup>13</sup> da lógica indutiva e da experiência.

---

(MILHOMENS, JÔNATAS. *Prova no Processo*, cit. p. 32) O autor salienta que neste período foi perpetrado atos de terror contra a vida, em que exemplifica: “Do anglo-saxão ordâl (no alemão Urtheil), ordálio significa juízo, ato ou efeito de julgar um julgamento. Daí as expressões juízos de Deus, julgamento de Deus, indicativos desses meios de provas, para nós outros, bárbaros, mas para os antigos, acordes com as suas convicções, seus sentimentos, suas religiões, seu direito. [...] A prova, por esse meio, essencialmente formalista, não visava a formar a consciência do juiz a respeito da verdade; tinha por escopo fazer permitir pendesse o êxito, na experimentação, para o lado do justo. Não mais cabia ao juiz, na sua impassibilidade senão declarar o direito a favor do vencedor.” O autor retrata em sua obra as provas de água, de fogo, de veneno, nas quais de forma degradante o cidadão era exposto para fazer prova das suas alegações, que eram submetidas à experimentação sob o juízo de Deus, *verbi gratia*, o réu era jogado na água com a mão direita amarrada a ao pé esquerdo, se este afundasse era declarado inocente e seria remido dos seus pecados, em caso contrário, era considerado culpado.

<sup>11</sup> Leia-se Santa Inquisição e os Ministros de Cristos, império dos extremos, como a excomunhão, Concílios de Letrán, León, dentre outros.

<sup>12</sup> Nessa senda, Danilo Knijnik, apud Zanetti observa: “O conceito clássico de prova, dominante entre os séculos XII a XV, partindo das limitações próprias do homem na apreensão do fato, da falibilidade do próprio conhecimento humano, da sempre presente hipótese de erro e, com isso, da injustiça, procurava pois, fornecer as bases para que o erro, o equívoco, fossem evitados, já o conceito moderno, numa visão positivista científicas, procura, na verdade, “conhecer” o fato em sua inteireza fenomênica, reconhecendo-o como “mundo autônomo”, “perfeitamente” apreensível” pelos sentidos com auxílio da razão.” (JÚNIOR ZANETTI, Hermes. *O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e procedimento probatório*. Revista de Direito Processual Civil. Genesis: Curitiba, n. 31, p. 001-216, janeiro-março 2004. Pg. 42

<sup>13</sup> Quanto ao modelo moderno, assimétrico e científico, Hermes Zanetti cita Antônio Carrata, atestando que: “a prova como instrumento demonstrativo, voltado para o conhecimento (científico) da verdade dos fatos relevantes para a decisão. Não obstante, relata que o procedimento deste modelo é caracterizado por forte ativismo judicial

Assim, percebe-se que o Direito Probatório é uma construção histórica, cuja importância<sup>14</sup> é inquestionável, e, que no campo processual, especialmente no Direito Processual Civil, é irradiado por comandos principiológicos e legais, por força do neoconstitucionalismo<sup>15</sup> e do neoprocessualismo<sup>16</sup>. Deste modo, corroborando a prova como direito fundamental<sup>17</sup>.

---

e pelo privilégio da prova escrita. Critica a nomenclatura, ao afirmar que embora recorrente em várias obras que a prova objetiva a demonstração da verdade dos fatos, essa “demonstração”, não possui para o autor um real significado, e, em razão disso, acredita ser duvidosa a alcunha de modelo científico de prova. Nesse liame, traz a baila o modelo contemporâneo, em que salienta que a visão de prova como demonstração é incongruente, e para isso explica que o entendimento de prova como demonstração e prova como demonstrar representa um silogismo simplista, sustentando que atualmente a prova deve ser entendida como *argumentum*, e não simplista, em que recorre a uma argumentação de Dinamarco,” o trabalho do juiz consiste apenas (a) na busca da verdade dos fatos através da prova”, (b) no enquadramento desses fatos no modelo genérico definido em lei (*fattispecie*) e (c) na explicitação e efetivação da norma concreta emergente da ocorrência do fato concreto.” O autor refuta este entendimento, colacionando a Apelação Cível 7001464676, julgada pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, rel. Des. Est. Osvaldo Stefanello, em que a decisão emanada pelo Tribunal, buscou a solução justa e para isto recorreu a premissas probatórias e ao raciocínio presuntivo e demonstrativo para proferir uma solução justa. Neste sentido pondera: [...] o juiz também faz escolhas dos fatos relevantes para a decisão, que esta escolha é arbitrária e não automática, que as partes devem poder influenciar nesta decisão (na opção por um ou outro fato) e que a complexidade, inerente ao Direito, revela que além de possível a cisão entre fato e questão de direito, a lógica demonstrativa indutiva ou dedutiva, não retira o caráter argumentativo da prova. (JÚNIOR ZANETI, Hermes. *O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e procedimento probatório*, cit., p. 44; 46-50)

<sup>14</sup> Moacyr Amaral faz uma ressalva sobre relevância da prova: “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, o avanço e recuos dos povos, a evolução da civilização”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. I. 3ed. Max Limonad: São Paulo, sem data, p.23)

<sup>15</sup> O neoconstitucionalismo é entendido como a constitucionalização do Direito, à luz dessa realidade pondera Virgílio Afonso: “[...] a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação [...] revela-se na vinculação das relações entre particulares e direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais”. (DA SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18). Nesse sentido, Fredie Didier afirma: “Vive-se, atualmente, uma nova fase da renovação do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa, e, por consequência, também têm força normativa os princípios e os enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol I. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p.25)

<sup>16</sup> Didier, sustenta que o Neoconstitucionalismo é: “[...] o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico”. Ressalta que alguns doutrinadores chamam de *formalismo-valorativo*, em razão da importância que os valores constitucionais tutelados na esfera dos direitos fundamentais representam no aspecto de edificação e utilização do formalismo processual. Convém pôr em relevo, que para o escritor essas premissas são similares a do Neoprocessualismo, que tem a função didática, de remeter a noção do Neoconstitucionalismo, e, metodológica, porque representa a redefinição das categorias processuais, por isso o termo “neo”, por caracterizar: “[...] o processualismo do final do século XIX, e meados do século XX”. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, cit., p.26-27).

<sup>17</sup> Os direitos fundamentais para visão de Luiz Alberto e Vidal, “constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões.” Destarte, é possível entender a prova como corolária não apenas do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas também do princípio da dignidade da pessoa humana. À evidência, assim não o é que o direito a prova por ser um direito fundamental, é direcionado a proteção da dignidade da pessoa humana, por que faz uso dos seus

Desta feita, a aplicação do direito processual na atualidade é revestida de forte carga principiológica, que por ventura foi uma das razões ensejadores da criação do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Lei 8046/2010).

## 2 – O Projeto do Novo Código de Processo Civil

O Projeto de Lei 8046/2010 é fruto da compilação de outros trabalhos legislativos, tendo por antecedente o Anteprojeto 166/2010, a qual para Marcos Vinicius<sup>18</sup> tinha por escopo proporcionar um equilíbrio entre a segurança jurídica e a celeridade processual, fito este também almejado pelo atual projeto que tramita na Câmara dos Deputados.

O autor supracitado defende que “[...] o Novo Código de Processo Civil prima pela celeridade<sup>19</sup>, como a simplificação sem prejudicar o direito a ampla defesa, olhos postos nas inafastáveis garantias constitucionais da razoável duração do processo e do devido processo legal”<sup>20</sup>.

Verifica-se, pois, a *mens legislatoris* de externar a onda do neoprocessualismo<sup>21</sup> ou Direito Processual Constitucional<sup>22</sup>. Diante disso, Marcos Vinicius pontua: “[...] as garantias constitucionais<sup>23</sup> do devido processo legal e da rápida solução dos litígios, direitos

---

mecanismos para dar azo as suas pretensões. (ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 110)

<sup>18</sup> COELHO, Marcos Vinicius Furtado. *O Anteprojeto do Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança*. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 35, n. 185, julho de 2010, p. 145.

<sup>19</sup> Dedução amparada no artigo 4º da PL 8046/2010, *in verbis*: “As partes tem direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.”

<sup>20</sup> COELHO, Marcos Vinicius Furtado. *O Anteprojeto do Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança*. op. cit., p. 146.

<sup>21</sup> Esse preceito tem o lineamento no 1º da PL 8046/2010, dispõe: “O processo civil será ordenado disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais, estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando as disposições deste Código.”

<sup>22</sup> Dinamarco apud Azevedo conceitua: “[...] Estudo da ordem processual a partir dos princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que sobre ela proteja a Constituição” (GUILHERME, Thiago Azevedo. *Regras de Distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora : Sergio Antônio Fabris, 2011, p.45). Nesse viés, Sérgio Porto assevera: “A Carta Magna representa o conjunto mais expressivo de direitos constituídos pela sociedade. Direitos estes, como se percebe de um simples exame objetivo, de diversos matizes. Entre essas variações, como sinalizado, anteriormente, emergem também direitos de índole nitidamente processual, circunstância que, por decorrência, naturalmente empresta conteúdo processual à Constituição Federal e fez nascer um verdadeiro direito processual fundamental.” (PORTO, Sérgio Gilberto. *A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil*. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. v. 12, n.72, julho/agosto de 2011, p. 65).

<sup>23</sup> “Nessa linha, cumpre destacar que o conjunto de garantias representa um verdadeiro direito processual fundamental, que – por óbvio – permeia todos os sistemas vigentes e, como decorrência, estabelece a existência de um verdadeiro sistema processual matriz a reger todos os desdobramentos do direito processual, ou seja, fixa a incidência dos primados constitucionais em todas as disciplinas processuais especializadas e especialmente no

fundamentais, constituem parâmetros inafastáveis da comissão que elabora o Novo Código de Processo Civil.”<sup>24</sup>

Como leva a lição de Sérgio Porto: “Neste passo, emerge a necessidade de (re) compreender o processo<sup>25</sup> civil contemporâneo, como forma de promover a solução dos conflitos de interesses sintonizada com os propósitos constitucionais”<sup>26</sup>.

Em suma, há de se perceber perfeitamente a força do neoprocessualismo na proposta do Novo Código de Processo Civil (PNCPC<sup>27</sup>), porque no Capítulo I do Título<sup>28</sup> dispõe, “Dos princípios e das garantias fundamentais do Processo Civil”, - consagrando em doze artigos uma gama de princípios, tais quais: inércia<sup>29</sup>, razoabilidade<sup>30</sup>, dignidade da pessoa humana<sup>31</sup>, isonomia<sup>32</sup>, cooperação<sup>33</sup>, publicidade<sup>34</sup>, inafastabilidade do poder judiciário<sup>35</sup>, dentre outros.

À vista do exposto, o artigo 7º do Projeto em comento, suscita a discussão principal deste artigo no que pertence ao exercício dos direitos e faculdades processuais, em específico ao Direito Probatório, pois aspira cotejar o PNCPC com o Código de Processo Civil.

## 2.1 – O Código de Processo Civil atual e o Projeto de Lei 8046/2010: O que mudou?

---

processo civil.” (PORTO, Sérgio Gilberto. *A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil*, cit.,p.75)

<sup>24</sup> COELHO, Marcos Vinicius Furtado. *O Anteprojeto do Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança*, cit.,p. 150

<sup>25</sup> Sobreleva notar que o processo e as relações processuais se desenvolvem gradualmente, por isso é necessário a sua compreensão de maneira ampla. Nesse ínterim, Oskar Bülow retrata o processo além do hermetismo conceitual de práxis, na assertiva: “O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem matéria de debate judicial apresentam-se totalmente concluídas, a relação processual se encontra em embrião”.

<sup>26</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil*, cit.,p.76

<sup>27</sup> Para fins didáticos, adota-se a sigla PNCPC (Projeto do Novo Código de Processo Civil).

<sup>28</sup> Acerca do Livro I, Teresa Wambier explica que este veio suprir a necessidade apontada pela doutrina por uma parte geral no Código de Processo Civil. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reforma do CPC: Por um renovado Processo Civil*. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n.314, 15 de fevereiro de 2010, p.29.

<sup>29</sup> Art.2: O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial.

<sup>30</sup> Art. 4: As partes tem direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa

<sup>31</sup> Art. 6º: Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige às exigências de bem comum, observando sempre, os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

<sup>32</sup> Art.7º: É assegurada às partes a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e a aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

<sup>33</sup> Art. 5:As partes tem direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo –lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

<sup>34</sup> Art.11: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

<sup>35</sup> Art.3: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

O cerne da questão é investigar se existem mudanças, e caso a resposta seja positiva quais foram em relação ao Direito Probatório.

A fim de explicar acerca da temática, se estabelece tópicos, a começar pelas disposições gerais.

### 2.1.1 – Disposições Gerais

As disposições gerais do Projeto de Lei 8046/2010 apresentam ínfima disparidade da redação do atual. Em interessante prisma o art. 353 do PNCPC, “as partes tem direito e empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz”. A única diferença desta redação para com o artigo 333 do CPC reside na disposição explícita a respeito da finalidade da prova que não se observa no CPC, mas se infere por meio da doutrina.

Cumprе ressaltar algumas disposições não pertencentes ao CPC, dentre elas, *in verbis*:

Art. 354: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide.

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

Art. 355: O juiz apreciará livremente a prova, independente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formam o convencimento.

Art. 356: O juiz poderá admitir a utilização da prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

É de se perceber que os artigos supramencionados não apresentam inovação, eis que o art.354 está em consonância com o art. 130 do CPC<sup>36</sup>, visto que retrata o princípio inquisitivo, tal qual se afere nos Tribunais, essa situação que se pretende tutelar, já é uma realidade, haja vista, que o processo na atualidade se lastreia na tutela satisfativa, atribuindo ao juiz à medida que forem necessárias para este desiderato. Vale observar que o art.356, apenas relata uma prática forense e sedimentada nas doutrinas sobre a utilização da prova emprestada.

Ao passo que o art. 355 é temerário, embora consagre o livre convencimento e o princípio inquisitivo<sup>37</sup>, apresenta uma pranteada inconstitucionalidade no uso da terminologia

---

<sup>36</sup> Vale frisar a redação do art.131 do CPC que alberga o princípio da livre apreciação das provas pelo juiz.

<sup>37</sup> É sabido que o princípio inquisitivo consiste na atribuição de maiores poderes aos juízes, de modo que estes conduzirão o processo numa postura mais ativa na instrução. Em decorrência disso, deve o magistrado agir com acuidade, tendo por setentrional a razoabilidade e a proporcionalidade na condução da fase probatória.

“indicar”, colidindo frontalmente com o art.93, X da Constituição Federal, ao juiz há o dever de motivação das decisões judiciais, Marinoni e Arenhart anotam<sup>38</sup> “ [...] a produção de certa prova dever ser fundamentada, esclarecendo de modo preciso as razões que levam o magistrado a sentir a sua necessidade, o que determinem a sua rejeição”, não é critério de discricionariedade, mas uma vinculação constitucional, José Afonso adverte: “ Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade [...]”<sup>39</sup>. Este é um ponto tênue, sendo aconselhável repensar neste dispositivo, quiçá, uma nova redação, em contrário senso, será inócua *ab ovo*.

Por seu turno, o art. 358<sup>40</sup>, consagra-se a distribuição dinâmica do ônus da prova, contudo opera no parágrafo 2º apenas uma mera inversão do ônus da prova, *in verbis*:

Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-se à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art.357<sup>41</sup>, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alterações das regras referentes aos encargos expressivos da respectiva produção. (grifo nosso)

Todavia, *data venia* à orientação alhures, é nítido que os legisladores laboraram em equívoco, haja vista, quando as partes forem hipossuficientes, a questão do encargo tomara outras proporções<sup>42</sup>, o que torna contraproducente o dispositivo.

---

<sup>38</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*, cit.,p.331

<sup>39</sup> SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p.511.

<sup>40</sup> Acerca do artigo 358, vaticina Ada Pellegrini: “O sistema do Código mantém o princípio clássico de que a prova dos fatos constitutivos cabe ao autor, e a dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos ao autor. Trata-se de um princípio estático, superado pela realidade, em que frequentemente o réu tem mais condições de provas os fatos constitutivos do que o autor, sobretudo quanto existe desigualdade na real posição das partes. Por isso, o ACBCP adotou a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, muito prestigiada na doutrina processual moderna, estabelecendo que a carga incumba à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração (art. II, § 1º). (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Reforma do Código de Processo Civil*. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n.314, 15 de fevereiro de 2010, p.31)

<sup>41</sup> Art. 357: O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>42</sup> Theotônio Negrão e José Gouvêa, colacionam que:“ É pertinente, toda, a seguinte advertência “A inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a pagar à custa da prova requerida pelo consumidor, mas sofre as consequências de não produzi-la”. (GOUVÊA, José Roberto; NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 485). Por força da horizontalização dos direitos fundamentais nas relações privadas esse artigo se torna incongruente, pois se ambas as partes são hipossuficientes, não é aplicável a lógica consumerista, se o fizer, acarretará danos irreversíveis. Os autores prosseguem :” [...] o autor continua responsável pelo adiantamento das despesas decorrentes dos atos por ele requeridos, determinados de ofício ou requeridos pelo Ministério Público”, circunstâncias que aos escritores, caberia ao consumidor hipossuficiente também sob o ponto de vista financeiro requerer os benefícios da

Impende destacar, a continuidade do art.337 do CPC por meio do artigo 362 do PNCPC, que versa sobre a alegação do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário necessitar de provas acerca do teor e da vigência pela parte que o alegar, fato este que não converge com a modernidade, uma vez que o magistrado possui mecanismos hábeis para fazer esta constatação, a informatização proporciona o acesso a estes dados, despicienda a continuidade deste dispositivo frente às inovações tecnológicas.

Resta de sobejo comprovado que as Disposições Gerais do Projeto pouco acrescentaram em relação ao CPC. Alguns pontos dentro do Título I não são visualizados no atual CPC, dentre eles a produção antecipada de provas e a ata notarial.

### 2.1.2 – Da Produção Antecipada de Provas e da Ata Notarial

A propósito no que tange a produção antecipada de provas, atinentes nos arts. 846 a 850 do CPC e dispostos no PNCPC nos arts. 367 a 369, pode se inferir ínfima as alterações legislativas. A guisa de exemplificação, o PNCPC vaticina que os autos deverão permanecer em cartório durante um mês, para extração de cópias e certidões pelos interessados, e encerrado o prazo são entregues aos promoventes da medida, mas este procedimento na *práxis* é contumaz<sup>43</sup>.

Assevera ainda o PNCPC, a admissibilidade da antecipação da prova<sup>44</sup>, nas hipóteses que esta seja suscetível de viabilizar tentativa de conciliação e quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação<sup>45</sup>. Observa-se a preocupação com a

---

assistência judiciária gratuita. Mas, se ambos não possuem condições de arcar caberá ao Estado fazê-lo, seria muito mais coerente se adotasse o disposto no Código de Processos Coletivos para a Ibero-América, art. 12,§1º” O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por essas razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir a deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, à custa da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar a sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos de Grupo”. (DIDIER JR, Fredie, et.al. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, cit.,p.97). Caso fosse este o aplicado, ou se a redação fosse mais convergente, não teria laborado em erro o legislador.

<sup>43</sup> O artigo 399 do CPC permite esta interpretação, tendo em vista que limitar ao prazo de 30 (trinta) dias para os autos permanecerem em cartório, no fim de as partes extraírem as certidões. Raciocínio plenamente cabível no procedimento assecuratório de provas.

<sup>44</sup> Corresponde ao art.367 do PNCPC.

<sup>45</sup> Vale destacar a nota publicada pelo Escritório Arruda Alvim, a qual reza: “A possibilidade de produção de prova antes da propositura do processo de conhecimento destinado ao reconhecimento de direitos, fora das hipóteses em que haja receio de se tornar impossível ou muito difícil a verificação dos fatos na pendência de

celeridade e economia processual, não obstante a função pedagógica, uma vez que atua prestigiando as proposições conciliatórias em detrimento da “cultura litigante” que macula e acresce a morosidade do Judiciário brasileiro. Vale ressaltar que Marinoni e Arenhart<sup>46</sup> já previam a possibilidade da prova de modo preventivo, “basta que ele demonstre ter interesse na prova – porque poderá utilizá-la em processo futuro – para que seja legitimado a postular a medida de asseguarção da prova<sup>47</sup>.” Logo, esta proposição decorre de uma análise constitucional, do princípio do acesso à justiça, a parte tendo a prova como direito fundamental, o faz uso para consagrar o princípio da ampla defesa, de forma a se resguardar ou se munir a respeito da propositura de uma ação de conhecimento.

Por conseguinte no art. 368, é atribuída ao magistrado a possibilidade de por ofício determinar a citação dos interessados para a produção de provas ou a fato a ser provado, além de não se pronunciar sobre a ocorrência ou inoocorrência do fato, bem como as consequências jurídicas deste. Com efeito, não há novidade, se perfaz na releitura do princípio inquisitivo estampado no art. 130 do CPC, “cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Vale dizer que Nunes<sup>48</sup> perfilha deste entendimento, com fulcro nos avanços técnicos e científicos do Processo Civil, em que redige: “[...] instrumento ético de e para a realização do direito material, a ser estudado e aplicado sob a perspectiva dos direitos fundamentais devendo o juiz, quando necessário, criarem procedimentos que se amoldem às peculiaridades do caso concreto.” Logo, em razão da prova ser um direito fundamental, cabe ao magistrado

---

ação futura, traz consigo uma modificação paradigmática no instituto da prova. Em lugar de se atribuir à atividade probatória a finalidade exclusiva de formar a convicção do juiz sobre os fatos do litígio, passa-se a atribuir-lhe também a função de influenciar o próprio juízo que fazem as partes das perspectivas de êxito num eventual processo judicial. Esse novo propósito da atividade probatória, que, de certa forma, situa também as partes como destinatárias da prova, tem como objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático. Por outro lado, se da análise que feita pelas partes sobre a prova produzida antecipadamente não resultar que se evite o processo judicial, é bem possível que a produção antecipada proporcione ao autor e ao réu melhor desempenho na defesa de seus direitos, uma vez que suas alegações já estarão amparadas nos elementos probatórios colhidos. Sob esse prisma, concretiza-se o objetivo jurídico do processo de, por meio do contraditório e da busca da verdade, possibilitar a prolação de uma sentença justa e consentânea com a realidade dos fatos.” (ARRUDA ALVIM, Escritório. *Notas Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. <http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

<sup>46</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 259.

<sup>47</sup> Os autores entendem que o termo asseguarção de prova é mais adequado do que antecipação de prova, tendo em vista que a medida cautelar é de preservar alguma prova e não produzi-la, razão esta que enseja a definição de “medida de asseguarção de prova”. (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Cautelar*, cit., p.258)

<sup>48</sup> NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.p.60

com espeque no princípio inquisitivo conduzir e velar pelos princípios que regem o direito probatório, os sopesando em caso de atrito<sup>49</sup> a favor da efetividade processual<sup>50</sup>.

De outra banda, mais uma reafirmação doutrinária no § 3º do art. 368, que redige a possibilidade dos interessados requererem a produção de qualquer prova no procedimento, desde que se relacione ao fato, e que não produza excessiva demora. Os argumentos trazidos à baila, provêm de um raciocínio outrora existente, atestado por Cambi apud Oya<sup>51</sup>, em que afiança sobre a garantia da prova ser, “componente insuprimível do poder de agir, conferindo ao autor a possibilidade de utilização de todos os meios probatórios admissíveis pelo sistema processual, desde que se mostrem relevantes para a comprovação dos fatos deduzidos como fundamentos da pretensão”. Nos termos dessas proposições é evidente a preocupação com a efetividade do processo.

O deslinde do art. 368 é ultrajante ao espírito constitucionalista que norteia o PNCPC, porque ao inadmitir defesa ou recurso, exceto nas decisões de indeferimento total ou parcial, da produção pleiteada pelo requerente originário, o legislador fere de morte o art.5.º, LIV e LV da Constituição Federal, visto que ataca o direito de defesa, Nery<sup>52</sup> ao comentar o artigo 848 do CPC que se assemelha a esta disposição, enfatiza: “Admite-se a contestação em produção antecipada de prova, ainda que restrita a impugnar a existência do *periculum in mora e do fumus boni iuris*, bem como a falta de condições da ação e de pressupostos processuais.”<sup>53</sup>. A incoerência desta redação ultraja norma constitucional explícita e se apresenta assíncrona com a proposta do PNCPC.

Feitas essas ressalvas, oportuno transcrever o art.370 “a existência e o modo de existir de algum fato que seja considerado controvertido e apresente relevância para a situação jurídica de alguém, pode ser atestada, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por

---

<sup>49</sup> “A colisão entre direitos fundamentais, é resolvida pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que apesar de não está expressamente previsto no ordenamento jurídico, decorre do devido processo legal, estabelecido no art. 5, inciso LIV, da Constituição.” (NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 95)

<sup>50</sup> Sugestão da leitura: *As provas como instrumentos de efetividade no Processo Civil*, do professor Luciano Henrique Diniz Ramires (dantes referenciada), em que o autor faz um estudo da prova revelando-a como uma ferramenta do processo e a serviço deste, na busca da efetivação do devido processo legal substancial.

<sup>51</sup> OYA, Marcio Koji. *Conceito e Natureza jurídica da prova*. Revista de Processo. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 33, n. 157, agosto de 2008. p. 21

<sup>52</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006, p. 961.

<sup>53</sup> Na mesma linha Marinoni e Arenhart, “[...] o campo de defesa deferido ao requerido é reduzido, já que não lhe compete discutir o direito a ser debatido na ação principal. Todavia, é evidente que poderá o requerido, por exemplo, apontar sua ilegitimidade passiva para a assecuração da prova – porque não se entende legitimado para figurar na outra ação – ou ainda a imprestabilidade da prova a ser ali assegurada, por não ter relação com o litígio a ser discutido na ação principal.” ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Cautelar*. op. cit., p. 267)

tabelião.” Trata-se da ata notarial<sup>54</sup>, a qual o professor José Maria<sup>55</sup> em 2004 redigiu um artigo alertando da revolução que esta provocaria no processo civil, ou seja, esta disposição já ocorre à quase oito anos. Permitindo substituir eventuais testemunhas no procedimento instrutório, mas não alcança a possibilidade de abranger um reconvinte, pois a este cabe o depoimento pessoal.

### 2.1.3 – Depoimento Pessoal

O depoimento pessoal no PNCPC (arts. 371 a 374), redige no art.371, a possibilidade de videoconferência<sup>56</sup>, comunicando-se com o art. 439,§ 1<sup>a</sup><sup>57</sup> que versa sobre a oitiva de testemunha por videoconferência quando ela residir em comarca ou seção judiciária diversa da que tramita o processo. Indubitavelmente, este é o meio mais adequado para o procedimento cível, o professor Gomes<sup>58</sup> pondera que: “No processo civil todo tipo de modernização eletrônica já é admitida (e vem sendo praticada). A vida moderna seria impraticável sem a informatização”. Tese esposada por Mário Paiva<sup>59</sup>, “[...] o uso da videoconferência no processo civil permitiria às partes litigantes e eventuais testemunhas economizar o dinheiro gasto com transportes, alimentação e até hospedagem, além de facilitar

---

<sup>54</sup> “A ata notarial é um meio de prova formada extrajudicialmente, contribuindo para a formação da convicção do magistrado. Por ser elaborada por notário, detentor de fé pública, sua força probatória substitui eventuais testemunhas, e dá maior segurança na apreciação da ocorrência ou existência do fato narrado” (TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *A ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS*. Disponível em: <http://revistas.unipar.br/juridica/article/viewFile/2246/1847> Acesso em: 28 fev. 2012.)

<sup>55</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. *Ata notarial como meio de prova - uma revolução no processo civil*. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/242-artigos-jun-2004/4954-ata-notarial-como-meio-de-prova-uma-revolucao-no-processo-civil>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2012.

<sup>56</sup> Art. 371, § 3º - Possibilidade de videoconferência ou outro recurso de transmissão de sons e imagens em tempo real, ao depoente que resida em Comarca ou seção judiciária diversa daquela que tramita o processo, podendo ocorrer inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento. Cabe salientar que os juízes deverão manter equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens.

<sup>57</sup> Art.399,§ 1º: A oitiva de testemunha que residir em Comarca ou seção judiciária diversa daquela que tramita o processo, poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive durante a audiência de instrução e julgamento. Cabe salientar que os juízes deverão manter equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens.

<sup>58</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Comentários - Videoconferência: Comentários à Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009*. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/579332/comentarios-videoconferencia-comentarios-a-lei-n-11900-de-8-de-janeiro-de-2009>. Aceso em: 28 fev. de 2012.

<sup>59</sup> PAIVA, Mário. *Conselheiro Mário Paiva fala sobre o processo eletrônico e o novo Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.oabpa.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=817:conselheiro-mario-paiva-fala-sobre-o-processo-eletronico-e-o-novo-codigo-de-processocivil&catid=30:noticias&Itemid=110](http://www.oabpa.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=817:conselheiro-mario-paiva-fala-sobre-o-processo-eletronico-e-o-novo-codigo-de-processocivil&catid=30:noticias&Itemid=110) . Acesso em: 28 fev. 2012.

sobremaneira o trabalho do juiz e dos serventuários da Justiça.” Exsurge clara e insofismável a importância da aplicação da videoconferência no Processo Civil.

Hão de serem observados os parâmetros do art. 374 do PNCPC, o qual amplia o rol da não obrigatoriedade de depor sobre alguns fatos, acrescentando as hipóteses em que ao fazê-lo possa responder por desonra própria, do seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível e a fatos que exponham essas pessoas a perigo de vida ou a dano patrimonial imediato, não aplicando essa disposição às ações de estado e de família. Sublinhe-se que o PNCPC utilizou da mesma redação do artigo 229 do Código Civil, que estabelece que ninguém é obrigado a depor nas hipóteses mencionadas, deveras também muito semelhante como o art.406 do CPC, uma vez que este não obriga a testemunha a depor de fatos a cujo respeito deva guardar sigilo, por estado e profissão e aqueles que causarem grave dano, a ela ou ao cônjuge e seus parentes consanguíneos, ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau.

O preceito retroaduzido tutelou de forma mais ampla a previsão do art.347 do CPC, que tinha por arrimo os fatos criminosos ou torpes imputados à parte e àqueles que em razão de profissão ou por estado, devesse guardar sigilo, dando mais concretude à realidade processual. Cabe mencionar, nas palavras de Moacyr Amaral que a continuidade da exceção, tem por fundamento: “[...] o interesse que move tais ações, que é de ordem pública, e no caráter das mesmas, que se regem pelo princípio inquisitivo, que confere ao juiz o mais amplo poder de apurar a verdade.”<sup>60</sup> Nessa tentativa de apuração da verdade, durante o depoimento pessoal, algumas vezes ocorre à confissão.

#### 2.1.4 – Confissão

Ao revés do art.350 do CPC, parágrafo único, o PNCPC, no art.377 parágrafo único, por meio de um adendo louvável, descaracteriza no regime de casamento por separação absoluta de bens a necessidade da outorga uxória nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos sobre bens alheios, proporcionando validade à confissão de um dos cônjuges sem o outro. Embora Nery<sup>61</sup> justifique que a redação do parágrafo único do art.350, parágrafo único,

---

<sup>60</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. op. cit., p. 456.

<sup>61</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, op. cit., p.543)

trata-se da “preocupação do legislador no sentido de que não possa o cônjuge, por vias transversas, burlar o processo legal contido no CC 1647 (CC/1916235I e 242I), prejudicando a sociedade conjugal”. Como esteio na natureza do regime de separação total de bens, não logra êxito o entendimento vigente.

É premente que se deixe claro algumas disposições propostas, dentre elas: a não validade da confissão feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados e a limitação da confissão do representante, que será eficaz apenas no limite em que se vincular o representado (correspondentes artigo 378, §§ 1º e 2º do NPCPC), consiste na reprodução do artigo 213 do Código Civil. Enquanto a confissão, esta é irrevogável, exceto nos casos que emanam erro ou coação, hipótese que só poderá ser tornada sem efeito por ação anulatória (art.379), similar ao art. 214 do CC, o que para Alexandre<sup>62</sup> ao observar os termos do art.352 do CPC, “corrige defeito de redação do dispositivo processual que menciona que a confissão pode ser revogada pelos vícios de consentimento que nomina.” Um clássico exemplo é a parte que porta um documento que favorece seu inimigo capital, e por um azar do destino, terceiro toma conhecimento do fato e com *animus* de obter vantagem pecuniária, o coage a lhe prestar depoimento diverso em ação que lhe favorecia, caso em que lhe é possibilitado à ação anulatória, em que justificará que sofreu coação em virtude de um documento que possuía e que não lhe interessava que fosse exibido.

### 2.1.5 – Exibição de Documento ou Coisa

No tocante a Exibição de documento e coisa, há um “plus” o art.362 do CPC, possibilitando ao magistrado estabelecer o pagamento de multa e outras medidas mandamentais, sub-rogatórias, indutivas e coercitivas, para que seja exibido o documento. Frisa-se a possibilidade de interposição de agravo de instrumento nas hipóteses dos art.388<sup>63</sup> o e *caput* do art.389<sup>64</sup> do PNCPC. Ademais, há dilação do prazo de citação para coisas em

---

<sup>62</sup> LOUREIRO, Eduardo Cesar. *Das Provas do Negócio Jurídico*. Disponível em: <http://www.coladaweb.com/direito/das-provas-do-negocio-juridico> . Acesso em: 28 fev. 2012.

<sup>63</sup> Art.388: “Se o terceiro negar a obrigação de exhibir ou a posse de documento ou da coisa, o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem com o das partes e, se necessário, de testemunhas, em seguida proferirá a decisão.” Contumácia, poderia ser evitado, desde que o juiz aplicasse base principiológica, ex vi., princípio da cooperação, por certo seria mais célere.

<sup>64</sup> Art.399. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de cinco dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão,

poder de terceiro, que passou a ser de quinze dias (art.387). Contempla-se a preocupação com a tutela satisfativa e ao mesmo tempo a razoabilidade da citação do terceiro para apresentar a coisa, v.g., apresentar prova documental.

#### 2.1.6 – Prova Documental, Arguição de Falsidade e Prova Pericial

Sob o pálio do art. 339 do PNCP, muito semelhante ao art.372 do CPC, alteram-se para cinco<sup>65</sup> dias à alegação da autenticidade e veracidade do contexto de documento particular produzido contra parte. Forçoso é perceber que o art.417 (arguição de falsidade), continua preceituando o prazo de dez dias, enquanto o art.339 consagra o quinquídio.

Ponderação salutar a realizada pelo legislador no art. 419, parágrafo único do PNCP, “não procedência do exame pericial, se a parte que o produziu concordar em retirá-lo, sendo que anteriormente parte contrária tinha que concordar com o desentranhamento.” Embora a parte tenha direito de se opor, em nome da celeridade processual, que é o intuito do Projeto, esta disposição é arrazoado.

Prosseguindo o estudo, atribui-se força probatória de acordo com o art. 412, § 3º a “fotografia digital<sup>66</sup> e as extraídas de rede mundial de computadores, se impugnada sua autenticidade, só terão força probatória quando apoiadas por prova testemunhal ou pericial”. Enquanto no § 4º, “aplicando-se também o disposto à forma impressa de mensagem eletrônica.” O Código de Processo Civil é de 1973, portanto a redação do § 1º do art.385 do

---

requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas mandamentais, sub-rogatórias, indutivas e coercitivas.

<sup>65</sup> “A falsidade de documento deve ser suscitada na própria contestação ou no prazo de cinco dias, sucessivos à juntada do documento nos autos, e a sentença que decidir sobre a falsidade deve fazê-lo na parte dispositiva com autoridade de coisa julgada”. “ARRUDA ALVIM, Escritório. *Notas Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. op. cit., p.1.)

<sup>66</sup> Crislaine Moraes demonstra que o Supremo Tribunal Federal, compreende o termo documento de forma ampliativa, afirma com apoio no RHC 95689, cuja relatoria do ministro Eros Grau sustenta: EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ABUSO DE PODER. REVOGAÇÃO DO ART. 350 DO CÓDIGO PENAL PELA LEI N. 4.895/65. INOCORRÊNCIA. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. SOLUÇÃO. PRETENSÃO DE QUE O TERMO "DOCUMENTO" SE REFIRA A "QUALQUER ESCRITO OU PAPEL". IMPROCEDÊNCIA: CONCEITO ABRANGENTE. 1. (...). 2. O termo "documento" não se restringe "a qualquer escrito ou papel". O legislador do novo Código Civil, atento aos avanços atuais, conferiu-lhe maior amplitude, ao dispor, no art. 225 que "[a]s reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão". Ordem denegada. (grifo nosso). MORAES, Crislaine Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de. *Prova Eletrônica: Aspectos controvertidos*. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5633#\\_ftn27](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5633#_ftn27) . Acesso em: 01 mar. 2011.

CPC, solicita quando se tratar de fotografia o negativo<sup>67</sup>, todavia não se deve o interpretar restritivamente, pois com o advento do Código Civil de 2002, no art. 225 do CC, há proposição sobre a fotografia digital<sup>68</sup>, nesse sentido Lister de Freitas<sup>69</sup> enfatiza que: “a modificação da regra ocorreu tacitamente, ou seja, sem que o legislador tenha expressamente declarado”. Na atual senda processualística, se admite a prova digital, mas necessita ara discutir a validade desta, o incidente de investigação da autenticidade do documento<sup>70</sup>.

Como se pode verificar, o art. 420 do PNCP dispõe: “A declaração sobre falsidade constará da parte dispositiva da sentença, de que, necessariamente, dependerá da decisão da lide, sobre a qual também pesará a autoridade da coisa julgada.” No que se pauta a autoridade de coisa julgada, Theotônio Negrão e José Roberto<sup>71</sup> já o enfatizavam, “a sentença de incidente de falsidade faz coisa julgada material; entre as partes [...]”. Acertada é a redação do art. 420 da PNCP, pois “o Direito consiste em um ramo do conhecimento que se encontra em constante transformação, o valor justiça tem um grau de importância maior do que o valor da segurança.”<sup>72</sup>, logo o juiz diante da inovações tecnológicas se depara com inúmeros

---

<sup>67</sup> “É de se lembrar a evolução técnica digital de fotografia, que permite a tomada de fotos sem o concurso de negativo. Apresentada fotografia dessa modalidade (o que não poderá ser acompanhada por negativo, como quer a lei) caberá ao juiz ouvir a parte contrária. Se não houver impugnação, será acolhida como prova. Ocorrendo, porém rejeição, somente por meio de perícia será possível aquilatar a fidelidade do registro fotográfico. Se a prova técnica não for conclusiva, não terá de ser desclassificada como legítimo de prova, principalmente porque é notória a facilidade com que se manipulam as imagens colhidas sob as técnicas digitais.” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil. vol. I. Teoria Geral do Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 52ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 466)

<sup>68</sup> “Entende-se que a fotografia digital é um documento eletrônico. Ocorre que o Código de Processo Civil de 1973 está em descompasso com as inovações tecnológicas e não possui normas a respeito desse tema que dispõe sobre esse tema. As fotos digitais estão cada vez mais presentes no cotidiano de todas as sociedades, pois são frequentemente veiculadas em websites, existindo sites onde se pode transmitir apenas imagens (Fotolog e Flickr), ou apenas vídeos (YouTube), além das redes sociais (Facebook e Orkut) onde se pode compartilhar fotos, vídeos e informações pessoais. Todos esses meios têm gerado inúmeros litígios, principalmente relacionados a alegações de danos morais em que alguns indivíduos utilizam-se fotos de terceiros de má-fé” (CRIPPA, Joanna Vitória. A integridade da fotografia digital por ata notarial. Postado em 12 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/colunistas/226/83731/> Acesso em: 29 fev. 2012.

<sup>69</sup> ALBERMAZ, Lister de Freitas. *Foto digital como meio de prova*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/5983-5975-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2012.

<sup>70</sup> A autenticidade será aferida por meio de perícia, assim relata Lister: “A foto digital é válida em perícias, porém deve-se tomar o cuidado de anexar ao laudo fotos reveladas e a mídia (CD-ROM ou DVD-ROM), e não só a foto impressa, incluindo sempre datas nas fotos. Deve-se atentar quanto à ocorrência de impugnação por assistente técnico do laudo. Mesmo que as fotos digitais sejam passíveis de retoques, deve o perito tomar sempre o cuidado de realizar as vistorias na presença do assistente técnico. E mais, a alegação de que as fotografias digitais são passíveis de serem alteradas a critério do perito, assim como também o são, os dados amostrais efetivamente utilizados na composição de amostras. Assim não vejo nenhuma restrição no uso das fotos digitais, admitindo que o perito seja idôneo. No caso de perícias judiciais, este, o perito, é de confiança do juiz. Portanto, suas fotos também devem merecer sua plena validade. Penso que tratar o tema de forma a colocar que a foto digital não é válida como prova baseando-se, simplesmente, do art. 385, §1º, do CPC, é o mesmo que tentar barrar o avanço da tecnologia.” (ALBERMAZ, Lister de Freitas. *Foto digital como meio de prova.cit.*)

<sup>71</sup> GOUVÊA, José Roberto; NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, cit., p. 511.

<sup>72</sup> NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, cit., p.57.

incidentes de falsidade, em que a autoridade da coisa julgada, além de reproduzir maior segurança, não se afasta da promoção da justiça, eis que acompanha as inovações da sociedade, se valendo dos peritos para lhe ajudar na resolução do processo.

O art. 456 do PNCPC permite ao juiz dispensar a realização da perícia quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que consideram suficientes. Atendendo ao princípio da celeridade e do inquisitivo, nesse lume no art.465, permite ao magistrado por ofício ou a requerimento da parte realizar nova perícia.

Com base nas provas documentais acostadas, procede-se a verificação da autenticidade, assim aduz o art. 434 do CPC, nos dizeres de Theodoro<sup>73</sup>: “Quando o exame tiver por objeto a autenticidade do documento ou a falsidade do documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados”. Nestes casos, quando for gratuidade de justiça, os órgãos e repartições oficiais deverão cumprir a determinação judicial com preferência, descumprido o prazo imposto pelo juiz, haverá imposição de multa (art. 462 e parágrafos do PNCPC), cabe salientar que este prazo pode ser prorrogado desde que haja motivação, elucida Theodoro<sup>74</sup>, “os próprios peritos, todavia, podem demonstrar que ele não foi suficiente para concluir a diligência. Daí a permissão legal de sua prorrogação.” Oportuno o comentário do § 3º do art. 450, que estabelece que o perito ao ficar ciente da nomeação, em cinco dias apresentará a proposta de honorários, e o juiz decidirá depois de ouvidas as partes. Houve por bem idealizado este artigo, haja vista, que a necessidade do trabalho dos peritos perante o avanço tecnológico é mais solicitada e exige maior qualificação, principalmente nos casos dos documentos eletrônicos.

#### 2.1.7 – Documentos Eletrônicos

---

<sup>73</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil. vol. I. Teoria Geral do Processual Civil e Processo de Conhecimento*, cit., p.489.

<sup>74</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil. vol. I. Teoria Geral do Processual Civil e Processo de Conhecimento*, cit., p.491.

Quanto aos documentos eletrônicos, “a prática dos atos processuais por meio eletrônico não é novidade no Brasil, havendo a Lei<sup>75</sup> que instituiu o processo eletrônico resultado de outras leis e projetos de lei, em face dos avanços tecnológicos, com o intuito de um novo enfoque, mais ágeis, de acesso à jurisdição.”<sup>76</sup> Neste sentido, Gomes<sup>77</sup> certifica: “Conspira seriamente contra o Estado Democrático de Direito, com efeito, a não aceitação de documentos eletrônicos sem assinatura digital e/ou comprovação de origem, vistos ser uma realidade da sociedade da informação.” O PNCPC frustra na seção dos Documentos Eletrônicos, propondo apenas três artigos, a princípio, no art.425 determina: “A utilização dos documentos eletrônicos<sup>78</sup> no processo convencional dependerá de sua conversão à forma e de verificação de sua autenticidade, na forma da lei.” Loureiro<sup>79</sup> sintetiza: “Assegurados esses dados, bem como a tempestividade, deve-se atribuir força probatória aos registros eletrônicos, não produzindo qualquer efeito a impugnação a eles dirigida”.

Não restam dúvidas que o documento eletrônico, por força da sua natureza terá que ter a sua autenticidade verificada, cabendo ao juiz fazer essa avaliação. Nesse âmbito, o art. 426: “O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.” Nesse sentido é a jurisprudência do Rio Grande do Sul<sup>80</sup>, e, em complemento Crislaine advoga a tese que caso haja a impugnação da documentação e a

---

<sup>75</sup> BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. LEI Nº 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006: *Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.* Disponível no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm) .Acesso em 01 de março de 2012.

<sup>76</sup> GOMES, Márcio da Silva. *A força probante dos documentos eletrônicos.* Disponível em: [http://www.castilhoegomes.com.br/publicacao\\_view.jsp?idPub=782](http://www.castilhoegomes.com.br/publicacao_view.jsp?idPub=782) .Acesso em: 29 de fevereiro de 2012.

<sup>77</sup> GOMES, Márcio da Silva. *A força probante dos documentos eletrônicos*, cit.

<sup>78</sup> Essa disposição é pacífica para doutrina, Antonio do Passo<sup>78</sup> sintetiza: “A inclusão dos documentos eletrônicos entre as definições clássicas de documento faz com que aqueles meios de prova submetam-se às disposições contidas no CPC acerca da teoria geral da prova e da prova documental.” (CABRAL, Antonio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. Revista de Processo. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 31, n. 135, maio de 2005.

<sup>79</sup> LOUREIRO, Eduardo Cesar. *Das Provas do Negócio Jurídico*, cit.

<sup>80</sup> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO ENVIADO POR EMAIL. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. 1.As circunstâncias do caso permitem concluir que o autor realizou o pedido administrativo de exibição de documentos via e-mail. 2. ***Cabível o requerimento ter sido formulado por meio de mensagem eletrônica, pois disponibilizada pela própria demandada esta ferramenta ao autor. Nesse contexto, entendo que a forma eletrônica tem validade, sendo amplamente utilizada em nossos dias.*** 3. Sendo direito de o autor obter os documentos relacionados aos contratos entabulados com a ré, e havendo pretensão resistida em sede administrativa, na medida em que buscou tutela jurisdicional mais de um mês após não ter sido atendido o pedido, caracterizado está o interesse de agir do autor. 4. Sentença desconstituída, sendo determinada remessa dos autos à origem para regular prosseguimento do feito. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. (Apelação Cível Nº 70044622124, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 13/09/2011) (grifo nosso).

inexitosidade da perícia, “o magistrado pode levá-los em consideração, apreciando-os juntamente com as demais provas constantes no processo.”<sup>81</sup>

A última disposição quanto aos documentos eletrônicos do PNCPC, é a do art. 427, em que determina: “Serão admitidos documentos eletrônicos e conservados com a observância da legislação específica.” A excepcionalidade se dará quando “for observada a incompatibilidade entre a disciplina geral da lei processual e a sistemática peculiar das mensagens veiculadas pela internet”<sup>82</sup> Eis que ao apreciar os meios de prova eletrônicos, não haverá prejuízo da produção de outras, dentre elas a testemunhal.

#### 2.1.8 – Da Prova Testemunhal e sua produção

O PNCP no art. 433, § 1º, III, relata que são incapazes “o menor de quatorze anos”, sendo que o CPC determina “dezesseis anos”<sup>83</sup>, arrazoadada a proposição do PNCP, tendo em vista, que na contemporaneidade um adolescente maior de quatorze anos tem discernimento suficiente para ser testemunha, não assistindo razão para que este não o seja.

Argui o art. 440, parágrafo único do PNCPC, que nos casos de inquirição de autoridade, a princípio o juiz irá solicitar que ela designe dia, hora e local, todavia se no interregno de trinta dias não o fizer, o magistrado o fará, dando por preferência a sede do juízo. Cumpre mencionar, que esta é uma prerrogativa dada a pessoas egrégias (art.411, CPC), mas em nome da celeridade processual, não se pode aguardar *ad eternum* por uma posição, em razão disso, prudente a estipulação do prazo de trinta dias para manifestação das autoridades.

O art. 441 do PNCPC apresenta inúmeras determinações, dentre elas, incumbe ao advogado de informar ou intimar a testemunha que arrolou, sobre o local, o dia e o horário de

---

<sup>81</sup>MORAES, Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de. *Prova Eletrônica: Aspectos controvertidos*, cit.

<sup>82</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *A eficácia probatória das mensagens eletrônicas*, cit.,p.130

<sup>83</sup> “A vedação absoluta constante da lei de que os menores de dezesseis anos possam depor como testemunhas já era criticada ao tempo do Código de 1939, uma vez que, ao contrário dos demais incapazes relacionados neste dispositivo, os menores, especialmente, depois de uma certa idade, têm condições psíquicas de testemunhar, e seu depoimento frequentemente é indispensável nos litígios derivados do direito de família”. (SILVA, Ovído A. Baptista da. *Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento*. 7ª ed; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.355)

audiência designados, dispensando a intimação do juízo<sup>84</sup>. Não obstante, o fará por aviso de recebimento<sup>85</sup>, o qual juntará aos autos, com antecedência mínima de três dias da data de audiência, cópia do ofício de intimação e do comprovante de recebimento. A parte pode se comprometer a levar a testemunha<sup>86</sup>, independente de intimação, se esta não aparecer ocorrerá presunção de desistência. No caso do advogado se demonstrar inerte quanto à intimação, ocorrerá à desistência da oitiva da testemunha. Deste modo, a intimação judicial será uma excepcionalidade, ocorrendo quando for necessário e demonstrado isso ao juiz, ou quando a parte for representada pela Defensoria Pública, ou nos casos em que figura um rol de testemunhas de servidor público ou militar, caso em que é requisitado o chefe de repartição ou o comando do corpo em que servir.

Em suma, no art. 445 do PNCP, que possibilita as partes formularem as perguntas diretamente às testemunhas<sup>87</sup>, começando pela que arrolou. Almeida<sup>88</sup> obtempera na senda do Direito Processual Penal a respeito das perguntas formuladas diretamente das partes as testemunhas, “a nova regra contida no Código de Processo Penal ao processo civil, com vistas a garantir maior efetividade à instrução processual.” Vale observar, que o juiz não permitirá

---

<sup>84</sup> A Justiça do Trabalho há anos já adota esse posicionamento, Bezerra Leite comenta : “Inspira-se no princípio da concentração dos atos processuais em audiência, e o art. 845 da CLT determina que o “reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando nessa ocasião, as demais provas.” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo, LTr, 2011, p. 52). Malgrado o art.825 da CLT dispor: “As testemunhas comparecerão a audiência independentemente de notificação ou intimação”. Em consonância com os §§ 2º e 3º do art.852-H da CLT:” Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente. § 2º As testemunhas, até o máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação; § 3º Só será deferida intimação de testemunha que, comprovadamente convidada, deixar de comparecer. Não comparecendo a testemunha intimada, o juiz poderá determinar sua imediata condução coercitiva. (PEREIRA, Leone. *CLT: Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 176 e 179). É recorrente na Justiça do Trabalho, não apresentando óbice algum.

<sup>85</sup> Theotônio Negrão e Gouvêa em 2008, em comentário ao art.412, *in verbis*:“ Desde o momento em que a lei permite a intimação da parte pelo correio (art.239 na redação da Lei 8710, de 24.03.93), nada impede que também a testemunha seja intimada por esse meio.” (GOUVÊA, José Roberto; NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, cit., p. 523). Veja, esse preceito não é inovador, ao contrário é uma forma que o Judiciário encontrou para agilizar o procedimento e evitar custos, com o encaminhamento do oficial de justiça, o PNCP prima pela celeridade e economia processual. Cabendo advogado intimar a testemunha e peticionar pedindo juntada do comprovante desta intimação por aviso de recebimento.

<sup>86</sup> Marcus Vinicius sustenta “a parte que arrola testemunha pode comprometer-se a promover o comparecimento independentemente de intimação [...]”. Nota-se, que essa sistemática já é adotada, o Código vem reafirmar explicitamente esta disposição, em razão dos princípios da economia e da celeridade processual. (GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Direito Processual Civil Esquemático*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 395).

<sup>87</sup> Em nota, o escritório Arruda Alvim opina sobre a esta possível “inovação”, “simplifica-se e agiliza-se o procedimento de proposição de provas judiciais, na medida em que as testemunhas serão indicadas na petição inicial e na contestação [...] regra atualmente aplicável apenas ao procedimento sumário (arts. 277 e 278 do Código de Processo Civil).” ARRUDA ALVIM, Escritório. *Notas Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. cit.)

<sup>88</sup> ALMEIDA, Alexandre Lima de. *Exame da prova testemunhal diretamente pelas partes e sua aplicação no Direito Processual Civil. Alterações ao Código de Processo Penal decorrentes da Lei nº 11.690*. De 09 de junho de 2008. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/37858>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2012.

indução à resposta, e, também inquirirá a testemunha antes ou depois das partes, e estas perguntas serão transcritas no termo, se houver requisição da parte. Devendo as partes agirem com urbanidade para com as testemunhas. Perceba claramente o espírito principiológico deste artigo, uma vez que, amplia o direito do contraditório e da ampla defesa, ao permitir que as partes formulem diretamente perguntas as testemunhas<sup>89</sup>, e ao mesmo tempo em estimula a prática do princípio da cooperação e da boa-fé, utilizando o meio probatório como instrumento de efetividade processual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Vamos zarpar para o futuro, andando de ré pela calçada” Nei Lisboa

Ante o exposto, o direito probatório é fruto de uma conquista histórica, a qual acompanhou o desenvolvimento das civilizações e das relações jurídicas, promovendo maiores poderes aos juízes (ativismo judicial); faculdades as partes e discricionariedade na produção de provas, tendo por espeque que este é um direito humano fundamental, em que as partes devem conduzir o processo de maneira leal, com boa-fé e colaborando com o juiz para obtenção do “justo”.

Esta perspectiva principiológica, fruto do Neoconstitucionalismo, gerou o direito processual fundamental, e na área processualista civil, o Direito Processual Constitucional, o qual se deparou com uma realidade repleta de avanços tecnológicos e científicos, acarretando ao juiz uma responsabilidade de prover meios hábeis para a satisfação da pretensão deduzida, soluções estas alcançadas pelo estudo da jurisprudência, doutrina e legislação.

No que tange as leis, a Câmara dos Deputados discute o substitutivo da PL 166/2010, que corresponde a PL 8046/2010, a qual pretende revogar o Código de Processo Civil. Todavia, em que pese às argumentações favoráveis e desfavoráveis ao projeto, no campo do direito probatório atinente a este ensaio, a PL pouco inovou, ao contrário, apresentou disposições dantes conhecidas e estabelecidas em outros textos legais como no Direito

---

<sup>89</sup>Alexandre assim o entende: “Tenho que a aplicação da inquirição direta das testemunhas no processo civil, além de priorizar a agilidade processual e a eficácia da instrução, tem sua aplicação possibilitada pela prática judicial, tendo em vista que muitos juízes se utilizam de tal forma de inquirição, sem que com isso incorram em nulidades, violação de direitos ou de garantias fundamentais.” (ALMEIDA, Alexandre Lima de. Exame da prova testemunhal diretamente pelas partes e sua aplicação no Direito Processual Civil. cit.)

Processual Penal, Trabalhista, e no Direito Civil, sem prejuízos dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que permeiam o Judiciário.

O recorte epistemológico feito aduz que a PL 8046/2010, repercute no campo probatório pouca substancialidade e alcance, ao contrário, apresenta mínimas afortunadas redações, e uma reprodução praticamente integral dos dispositivos vigentes, inclusive na repetição de equívocos, v.g., a parte que alegar direito estrangeiro o provar, - e, em alguns momentos, verdadeira *aberratio juris*, como o cerceamento de direito na hipótese de vedação ao direito de defesa ou recurso na “produção antecipada de provas”. Não obstante, a temeridade de atribuir ao juiz a liberdade de “informar” as provas que (des) acolher, contrariando norma constitucional, que impõe o dever de motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade. Malgrado uma seção acerca dos documentos eletrônicos aquém dos avanços tecnológicos e científicos, eis que, estes na contemporaneidade influenciam diretamente aplicação do direito processual.

Conclui-se, então, que o presente e o futuro da prova estão coligados com a desenvoltura científica e tecnológica da sociedade, cabendo ao operador do Direito adequar estas situações a lei material e processual, não havendo necessidade desta sede legiferante que assola o Judiciário brasileiro, mas de bom senso, ponderação e um olhar cuidadoso ao processo, de maneira que na produção probatória, se faça prevalecer o devido processo legal substancial e se tenha a ciência que o direito probatório é o instrumento primordial para obtenção da efetividade processual.

## REFERÊNCIAS

ALBERMAZ, Lister de Freitas. *Foto digital como meio de prova*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/5983-5975-1-PB.pdf> . Acesso em: 29 fev. 2012.

ALMEIDA, Alexandre Lima de. *Exame da prova testemunhal diretamente pelas partes e sua aplicação no Direito Processual Civil. Alterações ao Código de Processo Penal decorrentes da Lei nº 11.690*. De 09 de junho de 2008. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/37858>. Acesso em: 28 fev. 2012.

ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARRUDA ALVIM, Escritório. *Notas Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. <http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizarartigo.php?Artigo=2&data=14/03/2011&titul=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 28 fev. 2012.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 8046/2010: Dispõe sobre*. Disponível no sítio: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em: 01 mar. 2012.

BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *LEI Nº 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006: Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências*. Disponível no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm). Acesso em: 01 mar. 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. *A eficácia probatória das mensagens eletrônicas*. Revista de Processo. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 31, n. 135, maio de 2005.

COELHO, Marcos Vinicius Furtado. *O Anteprojeto do Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança*. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 35, n. 185, julho de 2010.

CRIPPA, Joanna Vitória. *A integridade da fotografia digital por ata notarial*. Postado em 12 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/colunistas/226/83731/> Acesso em: 29 fev. 2012.

DIDIER JR, Fredie, et.al. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol II. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol I. Salvador: Editora JusPodivm, 2009

ECHANDIA, Hernando Davies. *Teoria General de La Prueba Judicial*. Tomo I, 3ª ed. Buenos Aires: Editor Victor P. de Zavalia, 1976.

GOMES, Luiz Flávio. *Comentários - Videoconferência: Comentários à Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009*. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/579332/comentarios-videoconferencia-comentarios-a-lei-n-11900-de-8-de-janeiro-de-2009>. Acesso em: 28 fev. 2012.

GOMES, Márcio da Silva. *A força probante dos documentos eletrônicos*. Disponível em: [http://www.castilhoegomes.com.br/publicacao\\_view.jsp?idPub=782](http://www.castilhoegomes.com.br/publicacao_view.jsp?idPub=782) .Acesso em: 29 fev. 2012

GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Direito Processual Civil Esquemático*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GOUVÊA, José Roberto; NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GUILHERME, Thiago Azevedo. *Regras de Distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora : Sergio Antônio Fabris, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Reforma do Código de Processo Civil*. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n.314, 15 de fevereiro de 2010.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. *O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e procedimento probatório*. Revista de Direito Processual Civil. Genesis: Curitiba, n. 31, p. 001-216, janeiro-março 2004.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil. vol. I. Teoria Geral do Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 52º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo, LTr, 2011.

LOUREIRO, Eduardo Cesar. *Das Provas do Negócio Jurídico*. Disponível em: <http://www.coladaweb.com/direito/das-provas-do-negocio-juridico>. Acesso em: 28 fev. 2012.

MILHOMENS, JÔNATAS. *Prova no Processo* - Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

MORAES, Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de. *Prova Eletrônica: Aspectos controversos*. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5633#\\_ftn27](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5633#_ftn27) . Acesso em: 01 mar. 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

OYA, Marcio Koji. *Conceito e Natureza jurídica da prova*. Revista de Processo. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 33, n. 157, agosto de 2008.

PAIVA, Mário. *Conselheiro Mário Paiva fala sobre o processo eletrônico e o novo Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.oabpa.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=817:conselheiro-mario-paiva-fala-sobre-o-processo-eletronico-e-o-novo-codigo-de-processocivil&catid=30:noticias&Itemid=110](http://www.oabpa.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=817:conselheiro-mario-paiva-fala-sobre-o-processo-eletronico-e-o-novo-codigo-de-processocivil&catid=30:noticias&Itemid=110). Acesso em: 28 fev. 2012.

PEREIRA, Leone. *CLT: Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Editora Método, 2011.

PORTO, Sérgio Gilberto. *A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil*. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 12, n.72, julho/agosto de 2011.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. *As provas como instrumentos de efetividade no Processo Civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. I. 3ed. Max Limonad: São Paulo, sem data.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SILVA, Ovído A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7ª ed; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Ata notarial como meio de prova - uma revolução no processo civil*. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/242-artigos-jun-2004/4954-ata-notarial-como-meio-de-prova-uma-revolucao-no-processo-civil>. Acesso em: 28 fev. 2012.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *A ata notarial como meio de prova e efetivação de direitos*. Disponível em: <http://revistas.unipar.br/juridica/article/viewFile/2246/1847> Acesso em: 28 de fevereiro de 2012

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reforma do CPC: Por um renovado Processo Civil*. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n.314, 15 de fevereiro de 2010.