XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E A ANÁLISE DAS SUAS ESPÉCIES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE PROOF AND ANALYSIS OF ITS SPECIES IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE.

Thiago Barreto Portela

Resumo

O novo código de processo civil é marcado por importantes alterações no estudo das provas em espécie. São mudanças que visam, em sua maioria, atualizar o processo civil moderno em relação às disposições do processo judicial eletrônico. Nesse sentido, o presente trabalho tem o escopo de apresentar as importantes alterações no diploma adjetivo cível, trazendo as novidades que compoem cada meio de prova elencado no código através de um exame aprofundado entre a legislação atual em paralelo ao diploma normativo vindouro. Além disso, busca-se, ainda que sucintamente, expor sobre algumas nuances importantes que orbitam sobre a temática das provas, como o seu caráter de direito fundamental e algumas teorias sobre o ônus da prova.

Palavras-chave: Novo código de processo civil, Das provas em espécie, Ata notarial, Documentos eletrônicos, Prova pericial.

Abstract/Resumen/Résumé

The new Code of Civil Procedure is marked by major changes in the study of the evidence in kind. These changes are aimed, mostly, update the modern civil process in relation to the provisions of electronic judicial process. In this sense, this study has the scope to make major changes in civil adjective law, bringing the news that make up each part listed in the evidence code through a thorough examination of the current legislation in parallel to the coming legislative instrument. In addition, we seek to, even briefly, expound on some important aspects that orbit on the subject of the evidence, as his character as a fundamental right and some theories about the burden of proof.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New code of civil procedure, The kinds of proofs, Notarial certificate, Electronic documents, Expert evidence.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa uma abordagem constitucional sobre o direito à prova, bem como tem o escopo de estudar os principais aspectos referentes às provas em espécie do novo Código de Processo Civil – Lei de nº. 13.105/2015 – em contraposição à lei adjetiva que será sucedida.

Nesse sentido, impõe-se o estudo sobre a dinâmica das provas no novo CPC, pois o estudo satisfatório e o domínio dessa temática possibilita ao aplicador do direito transformar uma regra de experiência em uma regra legal, como preleciona Carnelutti (2004, p. 579):

> "A avaliação das provas ocorre por meio do emprego das regras de experiência; portanto, uma regulação das provas nesta fase pode-se fazer no sentido de que o órgão judicial não fique em liberdade para a escolha da regra por aplicar, mas que tal regra lhe seja imposta convertendo-se assim a regra de experiência em uma regra legal".

Ademais, uma apropriada produção de provas permite o alcance da efetividade do processo. Sendo este, na lição de Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 15), o instrumento essencial à tutela da ordem jurídica material que possui o distinto papel de harmonizar a convivência social e a realização das garantias constitucionais.

Por derradeiro, examinamos neste artigo as principais alterações referentes às provas em espécie previstas no novo CPC através da análise da jovem doutrina acerca da temática.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

É comum o estudo da temática sobre provas quando lidamos com o Direito Processual Civil, uma vez que o direito subjetivo alegado perante um processo judicial, máxime quando sustentado em questões de fato, normalmente não recebe uma tutela jurisdicional ao seu favor se não for devidamente comprovado.

Nesse sentido, a prova é o meio pelo qual se investigam e consolidam as pretensões afirmadas, buscando-se a verdade perante um órgão administrativo ou ao Poder Judiciário. É o que entende Francisco Augusto das Neves e Castro (2000, p. 32) ao mencionar que a prova consiste no "meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade". Destarte, o magistrado pode se certificar da veracidade do fato alegado por meio da análise minuciosa das provas.

Sobre a necessidade de comprovação de todas alegações em um processo, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 583) ensina:

> Não basta alegar: é preciso provar, pois *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt* (nada alegar e alegar e não provar querem dizer a mesma coisa). O que se prova é o fato alegado, não o direito a aplicar, pois é atribuição do juiz conhecer e aplicar o direito (*iura novit curia*). Por outro lado, o ônus da prova incumbe a quem alega o fato e não a quem o contesta, sendo que os fatos notórios independem de prova.

Por sua vez, Theodoro Júnior (2012, p. 437) conceitua a prova sob os aspectos objetivo e subjetivo:

> a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.); b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Contudo, em face do constitucionalismo moderno, a discussão sobre a prova alcança um outro patamar, visto sua ligação às normas constitucionais relacionadas ao devido processo legal e as garantias do contraditório e ampla defesa, insertas no art. 5º da Constituição Federal.

A questão sobre a constitucionalidade do direito à prova é fundamentada por diversos autores através de vários dispositivos da Constituição.

Fredie Didier (2014, p. 17) afirma que "o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Nesse sentido, o direito à prova é também um direito fundamental".

O contraditório tanto possibilita ao cidadão tomar conhecimento dos pretensos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos dos direitos alegados quando garante a oportunidade de apresentar a referida resposta.

Noutro giro, o direito constitucional à prova também é garantido sob o princípio da ampla defesa, pois esta, através de seus "meios e recursos", oferece o suporte normativo para conferir a quem alega a possibilidade jurídica de reforçar o convencimento do julgador quanto à veracidade das alegações por meio de um conjunto probatório.

Relacionando o direito à jurisdição e o direito de produzir provas, Hugo de Brito Machado (2014, p. 141) ensina:

> Como todo direito subjetivo compõe-se dos elementos norma e fato, evidente é que a proteção judicial a quem afirme ter um direito seu lesionado ou ameaçado depende da demonstração da existência desse direito subjetivo; e isto quer dizer: depende da prova do fato do qual decorra o alegado direito subjetivo. Assim, é evidente a existência de íntima relação entre a prova judicial e o direito à prestação jurisdicional. E como a Constituição garante a prestação jurisdicional, pode-se cogitar, sim, de um direito constitucional à produção de provas.

Nota-se que o reconhecimento do direito constitucional à produção de provas é corolário do próprio direito à prestação jurisdicional, pois todo aquele que busca a proteção

jurisdicional contra alguém que violou direito seu, também possui o direito de provar todas as suas alegações.

Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 46) reconhece que:

> [...] a imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o direito à prova em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do direito ao processo".

Percebe-se que o direito à prova decorre do conjunto de garantias previstas na Constituição, máxime nos princípios do contraditório e ampla defesa, pois o direito ao devido processo legal garante a observância desses princípios, bem como possibilita "a liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem ou descaracterizem o justo processo" (DINAMARCO, 2009, p. 47).

Ressalte-se que com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos podem equivaler às emendas constitucionais se aprovadas em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros das respectivas casas parlamentares. Por corolário, vale destacar a existência de dois tratados já incorporados ao direito brasileiro, quais sejam: A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A partir da leitura do texto constitucional, Álisson Melo (2014, p. 32) destaca:

> Conquanto o texto constitucional não esclareça o que poderia ser entendido como "meios e recursos inerentes" à ampla defesa, pode-se elaborar uma construção sistêmico-deduzida de que, pelo menos, os meios de prova são inerentes à ampla defesa, partindo-se da constatação de que o inciso LVI do art. 5º da CF, que segue o dispositivo em exame, adianta exceção à produção probatória (a exemplo do que foi feito em relação ao direito de propriedade e seu condicionamento à função social nos incisos XXII e XXIII do art. 5º da CF).

Verifica-se, destarte, que o direito à prova está intimamente ligado e tutelado pelo direito constitucional, eis que o contraditório assegura o direito de formular teses e antíteses, bem como provas e contraprovas.

Segundo Fredie Didier (2014, p. 17), o direito fundamental à prova é composto de um conteúdo complexo que possibilita as seguintes garantias processuais: a) o direito de produzir provas; b) o direito de participar da produção da prova; c) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

3 O ÔNUS DA PROVA

É natural que o principal interessado no convencimento do juiz no que diz respeito a aferição da verdade sobre um fato é aquele que demanda a produção de determinada prova (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 74).

Segundo Adrian Sgarbi (2007, p. 582), o "ônus" denota uma "incumbência atribuída a alguém que apenas a ele aproveita, ou seja, a quem se lhe atribui o encargo". Nesse passo, exercer um ônus significa obter uma vantagem ou, ainda, evitar que uma desvantagem ocorra.

Eduardo Cambi (2006, p. 315) define o ônus como:

> [...] a liberdade de realização de certos atos ou condutas previstas em uma norma jurídica, para a satisfação de um interesse próprio, não havendo sujeição ou um outro sujeito que tenha o direito de exigir sua observância, visto que o seu não-cumprimento pode acarretar apenas consequências desfavoráveis para a pessoa beneficiada.

Por outro lado, prossegue o autor sustentando que o "ônus da prova" difere do sentindo amplo da terminologia "ônus" pois o simples cumprimento daquele não garante uma consequência favorável. Isto é, não basta à parte produzir a prova para que sua pretensão seja acolhida, pois é necessário que a prova realizada tenha força persuasiva suficiente para influenciar o livre convencimento motivado do juiz e obter uma tutela jurisdicional favorável (CAMBI, 2006, p. 315-316).

O código de processo civil (CPC) atual consagra a teoria da distribuição estática do ônus da prova por meio da qual o legislador distribui prévia e abstratamente o encargo probatório a cada uma das partes para que forneçam os elementos de prova acerca dos fatos alegados.

Pontes de Miranda (1974, p. 229) esclarece sobre a teoria estática:

> Ao autor, quanto a tudo que alegou na petição inicial, concernente ao seu direito, cabe o ônus da prova [...] Se o réu reconheceu o fato de que derivou todo o direito ou parte do direito, ou algum dos direitos do autor, mas alega que houve causa impeditiva, modificativa ou extintiva, o ônus da prova é dele.

Destarte, nos termos do art. 333 do atual CPC, ao autor cabe o ônus da prova sobre o fato constitutivo do seu direito, ao passo que para o réu compete a prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor.

No entanto, consoante a lição de Fredie Didier Jr. (2014, p. 93), nem sempre autor e réu têm condições de realizar a atribuição de ônus probatório previsto estaticamente na lei, culminando-se numa situação em que o processo amadurece sem um acervo probatório suficiente para elucidar os fatos, quando a parte adversária teria melhores condições de produzir a prova se a incumbência fosse sua.

Para essa situação o art. 373 do novo Código de Processo Civil (NCPC) consagra a teoria do ônus dinâmico da prova que possibilita ao juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso ao que a lei estabelece estaticamente, desde que o faça de forma fundamentada e nas seguintes situações: a) diante de certas peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo estático da prova; b) for perceptível que uma das partes tem maior facilidade na obtenção da prova do fato contrário; c) noutros casos previstos em lei.

Ressalte-se que em todos os casos o juiz deve possibilitar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Assim, a decisão judicial que atribui o ônus da prova para determinada parte não pode gerar uma situação em que a desincumbência de tal ônus seja impossível ou excessivamente difícil.

Desse modo, consagra-se a teoria dinâmica do ônus da prova, por meio da qual a incumbência sobre quem deve produzir provas acerca dos fatos alegados recai para aquele que tem as melhores condições de produzi-la.

Sobre a teoria do ônus dinâmico da prova, Didier (2014, p. 94) ensina:

> i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova.

Ademais, o NCPC possibilita que, antes ou durante o processo, as partes podem convencionar como será distribuído o ônus da prova, exceto quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Por fim, destaque-se a lição de Lucas Buril (2014, p. 209) ao diferenciar a figura processual da *inversão judicial* do ônus da prova dirigida exclusivamente ao direito do consumidor – prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – da *dinamização do ônus da prova*. O autor destaca que a primeira é "uma via de mão-dupla, dependente da análise criteriosa das condições fáticas das partes, a segunda, muito embora dependa do caso conreto, é uma via de mão única, é dizer, a inversão só pode ser feita uma única vez e em um único sentido".

4 DAS PROVAS EM ESPÉCIE

A lei de nº. 13.105/2015 traz disposições similares ao código de processo civil atual no que tange a forma como é organizado o capítulo que versa sobre as provas. O conteúdo dos primeiros dispositivos – Artigos 369 a 383 – faz referência às disposições gerais

sobre provas, estabelecendo, por exemplo, a possibilidade da parte utilizar todos os meios de provas jurídicamente idôneos, típicos ou atípicos, para provar a verdade dos fatos e influenciar o livre convencimento motivado do magistrado.

Por conseguinte, nas seções vindouras do capítulo das provas, o novo código de processo civil estatui os meios de prova em espécie. Estes consistem, na lição de Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 444), nos instrumentos através dos quais se torna possível a demonstração da veracidade das alegações sobre a matéria fática controvertida e relevante para o julgamento da pretensão. Isto é, "são os recursos diretos ou indiretos utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo, ou seja, são os métodos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo" (PINHEIRO, 2009, p. 58).

4.1 Ata notarial

O novo código de processo civil inova a legislação adjetiva brasileira com a inclusão da ata notarial como uma espécie de prova, uma vez que o art. 384 da lei de nº. 13.105/2015 traz em seu texto que a "existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião".

Segundo a previsão legal, é possível que qualquer interessado na documentação de determinado fato solicite que um tabelião assim o faça, narrando por escrito aquilo de que tomou ciência ou ocorreu em sua presença. Como forma de exemplificar a utilização da ata notarial, Fredie Didier (2014, p. 165) ensina que "pode-se pedir que o tabelião documente o estado de conservação de um bem, a divulgação de obra protegida por direito autoral sem a indicação precisa da autoria, o conteúdo de um determinado site da internet".

Malgrado a ata notarial seja uma novidade dentro da lei processual brasileira, ela já existia dentro do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o art. 7º, III, da lei federal n.º 8.935/1994 (lei dos cartórios) estabelece a competência exclusiva dos tabeliães de notas para lavrar atas notariais. Nesse sentido, por se tratar de documento público, a ata notarial já era utilizada dentro da regulamentação legal contida nos dispositivos sobre a prova documental do atual código de processo civil.

Sobre a natureza pública do documento denominado ata notarial, Fredie Didier (2014, p. 165) ensina:

> Uma vez lavrada a ata, ela constitui tipicamente um documento e como tal pode ser inserida no processo. Trata-se de documento público, de conteúdo narrativo ou testemunhal – já que, por meio dele, o tabelião simplesmente narra o que vivenciou sensorialmente (o que viu, ouviu, cheirou, tateou etc.). Essa narrativa, sempre que

> conveniente ou necessário à adequada documentação do fato, pode fazer-se acompanhar, por exemplo, de relatórios fotográficos, audiovisuais, fonográficos etc.

Destaque-se que o parágrafo único do dispositivo supramencionado possibilita a documentação em ata notarial de dados representados por imagens ou sons gravados em arquivos eletrônicos.

4.2 Depoimento pessoal

Em semelhança ao código atual, o novo CPC traz o depoimento pessoal como o meio de prova que se destina a realizar o interrogatório da parte contrária visando provocar sua confissão ou o esclarecimento de fatos discutidos na causa (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 457).

A novidade está na possibilidade de colheita do depoimento pessoal por meio de videoconferência ou recurso tecnológico equivalente quando a parte residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo, nos termos do art. 385, §3º da lei de nº. 13.105/2015.

Outra alteração relevante envolve a ampliação das escusas de depor. Trata-se, em verdade, de atualização da lei processual diante das disposições sobre provas encontradas no Código Civil brasileiro. Nesse sentido, o legislador do novo CPC adicionou 2 (duas) hipóteses de escusa, importando-as do art. 229 do Código Civil (CC).

Nesse sentido, invocando o direito ao silêncio, a parte não é obrigada a depor sobre fatos que coloquem em perigo ou cause desonra à própria vida do depoente, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível. Observe-se que o direito ao silêncio consubstancia-se, no mais das vezes, em um dever de recusa a depor. Contudo, deve-se deixar claro que o manto da escusa de depor não autoriza a produção de mentiras, conforme ensina Fredie Didier (2014, p. 124), “o dever de dizer a verdade (art. 14, I, do CPC) convive com o direito de calar, mas é incompatível, obviamente, com o direito de mentir”.

4.3 Da confissão

No novo CPC, a confissão permanece como o meio de prova em que a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário, seja por meio judicial ou extrajudicial. Destarte, para que exista a confissão, “é necessário ao confitente *declarar* a existência de fatos que sejam, ao mesmo tempo, contrários ao seu interesse e favoráveis aos interesses do seu adversário” (CAMBI, 2006, p. 126).

Em semelhança ao que ocorre com o depoimento pessoal, as novidades relacionadas à confissão dizem respeito a uma atualização frente ao que dispõe o código civil, especificamente nos arts. 213 e 214, CC.

Consoante o art. 392, §§ 1º e 2º do novo CPC, a primeira alteração se refere a inserção de regra sobre a eficácia da confissão, pois esta será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados. Trata-se da hipótese em que a lei retira a eficácia da confissão praticada por incapaz.

Nesses casos, Didier (2010, p. 98-99) entende que a declaração de ciência do fato proferida por um incapaz impede que o juiz atribua os efeitos jurídicos típicos da confissão, mas possibilita que a prova seja valorada conforme seu livre convencimento motivado.

A lei de nº. 13.105/2015 também "regula a hipótese de a confissão ser feita por um representante em detrimento do representado (§2º)" (BUENO, 2014, p. 213), ou seja, prevê que a confissão realizada por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

O novo CPC mantém a regra da irrevogabilidade da confissão e corrige um erro técnico do código de processo civil que menciona a possibilidade de "revogação" da confissão, quando deveria se referir a terminologia "invalidação" ou "anulação". Nesse sentido, a nova lei processual civil possibilita que a coação seja anulada quando decorrer de erro de fato ou de coação (art. 393, NCPC).

O parágrafo único do art. 393 do novo código de processo civil enuncia, ainda, que o confitente tem a legitimidade exclusiva para propor ação anulatória, todavia se este falecer após a propositura da ação, o referido direito é transferido a seus herdeiros.

4.4 Exibição de coisa ou documento

A exibição de documento ou coisa é mantida no novo CPC com poucas alterações, porém nenhum em sua essência, mantendo-se como "mecanismo de obtenção de elementos de prova" (MARINONI, 2014, p. 324).

Trata-se de meio de obtenção de elementos de prova documental que se coaduna com o direito constitucional à prova, conforme a lição de Didier (2014, p. 178):

> Funda-se no direito constitucional à prova, que é assegurado a todo aquele que participa de um processo, seja judicial ou administrativo. Nesse sentido, não pode o litigante ver tolhida a possibilidade e valer-se de uma determinada prova somente porque está ela em poder da outra parte ou de terceiro particular. Com efeito, em casos tais, existem mecanismos aptos a buscar a prova onde quer que ela esteja e trazê-la aos autos do processo.

A principal novidade albergada pelo novo CPC consiste na possibilidade garantida ao juiz de determinar medidas coercitivas e sub-rogatórias para que o documento seja exibido. Nesse caso, contra essa decisão, o referido diploma legal prevê expressamente a utilização do agravo de instrumento como meio de impugnação. Nota-se através dessa mudança a superação da súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça que veda, em ação de exibição de documentos, a determinação de multa cominatória.

O novo CPC manteve as causas de escusa à exibição do documento ou coisa, acrescentando-se apenas uma escusa "em branco", na hipótese que exista uma disposição legal que justifique a recusa da exibição. Ademais, caso a recusa legítima incida apenas sobre parte do documento, em relação a outra parte deve ser extraída cópia reprográfica, nos termos do art. 404 do novo código de processo civil.

Noutro giro, tratando-se de exibição de documento ou coisa em posse de terceiro, o atual prazo de 10 (dez) dias para resposta é modificado para 15 (quinze) dias.

4.5 Prova documental

A prova documental é conceituada por Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 471) como o "resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento".

O código atual considera autêntico o documento quando há o reconhecimento da firma do signatário pelo tabelião. Por sua vez, o novo CPC insere duas novas hipóteses em que o documento é considerado autêntico. A primeira é quando a autoria está identificada por meio legal de certificação, inclusive eletrônico; ou quando não exista impugnação da parte contra quem foi produzido o documento.

O novo código reproduziu parte da regra que trata da força probante de reproduções mecânicas, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica e a forma impressa da mensagem eletrônica. A diferença está na inclusão de regra sobre a utilização das fotografias digitais e extraídas da rede mundial de computadores, destacando-se que estas fazem prova das imagens que reproduzem. Entretanto, caso sejam alvo de impugnação, a parte deve apresentar a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, será realizada perícia.

Observe-se que o novo CPC traz leve alteração no que tange a cessação da fé do documento particular, apontando sua ocorrência que for impugnada a autenticidade do

documento, enquanto não se lhe comprovar a veracidade; e, se o documento for assinado em branco, lhe for impugnado o conteúdo por preenchimento abusivo.

Quanto ao procedimento de arguição de falsidade de documento, o novo CPC prevê que a falsidade deve ser suscitada na contestação – em relação aos documentos da petição inicial –, na réplica – em relação aos documentos da contestação – ou no prazo de quinze dias – quando for juntado documento novo –, a partir da intimação da juntada aos autos do documento. Vale ressaltar que, salvo se a parte requerer que o juiz decida como questão principal, a falsidade deve ser resolvida como questão incidental.

Fredier Didier Jr. (2014, p. 183) preleciona sobre a arguição de falsidade:

> O instituto de que ora se cuida tanto se presta à arguição de falsidade quanto à formação do documento (a chamada falsidade *material*), como, quando ele contiver declarações narrativas, à impugnação do seu conteúdo, nos casos em que os fatos nele representados não forem condizentes com a realidade (a chamada falsidade *ideológica*).

Outra novidade suscitada pelo novo CPC versa sobre o momento da exposição de documento cujo seu conteúdo é composto por uma reprodução cinematográfica ou fonográfica. Nesse caso, seguindo a inteligência do art. 434, a parte deverá instruir sua petição inicial ou contestação com os referidos documentos, mas a exposição destes deverá ser realizada em audiência, após a intimação prévia das partes.

Ainda sobre a produção da prova documental, o art. 435 do novo código de processo civil admite a juntada posterior aos autos de documentos novos, formados após a petição inicial ou a contestação, bem como daqueles que se tornaram conhecidos ou disponíveis somente após esses atos. Para isso, incumbe à parte que deseja produzir a prova o dever o dever de comprovar o motivo que a impediu de juntá-la anteriormente.

Por conseguinte, a juntada de documento novo ao processo implica na oitiva da parte contrária com o fito de atender o princípio do contraditório. Destarte, a outra parte disporá do prazo de quinze dias para adotar algumas das posturas taxativamente previstas no art. 436 do novo CPC, quais sejam: a) impugnar a admissibilidade da prova documental; b) impugnar a sua autenticidade; c) suscitar a sua falsidade, com ou sem deflagração do incidente de arguição de falsidade; d) manifestar-se sobre o seu conteúdo.

Observe-se, por fim, que o art. 437, §2º, do novo CPC, faculta ao juiz, a requerimento da parte, dilatar o prazo para manifestação acerca da prova documental produzida, tomando em consideração a quantidade a complexidade da documentação.

4.6 Documentos eletrônicos

A legislação processual brasileira acolhe uma importante alteração com os arts. 439-441 da lei de nº. 13.105/2015. Trata-se da admissão do documento eletrônico como meio de prova, dependendo apenas da sua conversão à forma impressa e de verificação de sua autenticidade.

Nesse sentido, ensina Cassio Scarpinella Bueno (2014, p. 229) que "a primeira dessas regras impõe a conversão à forma impressa do documento eletrônico para ser apresentada no 'processo convencional', isto é, em papel, ressalvada a verificação de sua autenticidade".

Caso o documento eletrônico não seja convertido à forma impressa, o juiz apreciará o seu valor probante conforme o seu livre convencimento motivado, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

Comentando acerca do valor probatório dos documentos eletrônicos, Fredie Didier Jr. (2014, p. 168):

> Para que se possa atribuir valor probatório aos documentos eletrônicos, é fundamental avaliar o grau de segurança e de certeza que se pode ter, sobretudo quanto à sua autenticidade, que permite identificar a sua autoria, e à sua integridade, que permite garantir a inalterabilidade do seu conteúdo. Somente a certeza quanto a esses dados é que poderá garantir a eficácia probatória desses documentos.

Augusto Tavares Rosa Marcacini (2014, *online*) conceitua o documento eletrônico como:

> [....] *uma seqüência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato*. Da mesma forma que os documentos físicos, o documento eletrônico não se resume em escritos: pode ser um texto escrito, como também pode ser um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital.

Destaque-se, por fim, que serão admitidos os documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica, qual seja a Lei Federal 11.419/2006.

4.7 Prova testemunhal

A nova lei processual mantém o mesmo conceito para prova testemunhal, sendo "aquela produzida oralmente perante o juiz através de depoimento de pessoa estranha à lide" (ALVIM, 2010, p. 375) que através de suas declarações esclarecem o fato controvertido pelas partes. (CASTRO, 2000, p. 440).

O modo de produção da prova testemunhal passou por uma significativa alteração, sobretudo para os advogados, eis que, segundo o art. 455 do novo CPC, é ônus do advogado da parte providenciar a intimação da testemunha que arrolou, fazendo-o por carta com aviso de recebimento, cujo comprovante deve ser juntado aos autos pelo menos três dias antes da audiência. A inércia na realização da intimação pelo advogado importa desistência da inquirição da testemunha.

Caso a parte se comprometa a levar as testemunhas para a audiência, o advogado está desobrigado a intimá-las. Entretanto, caso as testemunhas não compareçam em audiência, presumir-se-á que a parte desistiu de sua inquirição.

Malgrado o novo CPC transfira o ônus da intimação para o advogado, restaram hipóteses excepcionais em que a intimação ainda será obrigação do Estado-juiz, quais sejam: a) Frustrada a intimação feita pelo advogado ou quando a necessidade da intimação for devidamente demonstrada pelo juiz; b) Se a testemunha for servidor público civil ou militar; c) Quando a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou Defensoria Pública; d) A testemunha for uma das autoridades descritas no art. 454 do novo CPC, tais como parlamentares, ministros do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores, presidente da República, etc.

Destaque-se que a testemunha responderá pelas despesas do adiamento e será conduzida coercitivamente se deixar de comparecer a audiência sem motivo justificado, após ser intimada por advogado ou pelo Estado-juiz.

Outra alteração refere-se a ordem de inquirição das testemunhas, cuja regra permanece em que o juiz inquirirá primeiro as do autor e depois as do réu. No entanto, o juiz poderá alterar essa ordem se as partes concordarem.

A lei de nº. 13.105/2015 prevê que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas, após isso, será facultado ao juiz promover algum novo questionamento. Ressalte-se que o juiz não deve admitir as formulações das partes que não guardarem relação com as questões de fato discutidas no processo ou importarem repetição de outra pergunta já respondida.

Por derradeiro, o novo CPC traz duas alterações substanciais em relação ao processo eletrônico. A primeira refere-se a possibilidade de documentar o depoimento das testemunhas por algum meio de gravação. Ressaltando-se que, havendo recurso em processo em autos não eletrônicos, o depoimento somente será digitado quando for impossível o envio de sua documentação eletrônica.

A segunda, conforme a lição de Cássio Scarpinella Bueno (2014, p. 238): “O projeto da Câmara acrescenta dois parágrafos a respeito das regras a serem observadas no caso de acareação, admitindo inclusive sua realização por videoconferência ou tecnologia similar”.

4.8 Prova pericial

A prova pericial permanece aplicável com a mesma essência do código atual, sendo utilizada nos casos em que o julgamento da demanda depende de conhecimentos técnicos específicos de que não dispõe o magistrado. Nessa situação, o magistrado necessita do auxílio de especialistas, sejam os peritos ou assistentes, que transmitirão o conhecimento técnico por meio de laudo pericial (CÂMARA, 2014, p. 463).

Em semelhante sentido, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 612): “Perícia é o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto aos fatos”.

O novo CPC elabora uma nova figura chamada de “prova técnica simplificada”. Esta terá o lugar da prova pericial quando, a requerimento das partes ou de ofício pelo juiz, for preciso solucionar questão controvertida de menor complexidade. Consistirá na inquirição pelo juiz de especialista sobre o ponto controvertido que demande especial conhecimento técnico ou científico, sendo facultado ao especialista – com formação específica na área objeto do seu depoimento – utilizar qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens para esclarecer as controvérsias apontadas.

Ainda na nova legislação processual, surgem algumas mudanças procedimentais. O art. 465, do novo CPC, prevê que as partes gozarão do prazo de 15 (quinze) dias, contados do despacho de nomeação do perito, para: a) arguir o impedimento ou a suspeição do perito; b) indicar o assistente técnico; c) apresentar quesitos.

Empós, ciente da nomeação, o perito disporá do prazo de 5 (cinco) dias para apresentar: a) sua proposta de honorários; b) seu currículo, com a respectiva comprovação de sua especialidade; c) seus contatos profissionais, como o domicílio e endereço eletrônico, onde serão dirigidas as intimações pessoais.

Da proposta de honorários, as partes disporão dessa vez de um prazo comum de 5 (cinco) dias para manifestação. Somente após isso que o juiz arbitrará o valor, podendo desde já autorizar o pagamento de até cinquenta por cento dos honorários arbitrados a favor do perito. A outra metade apenas será paga depois de entregue o laudo pericial e prestados todos

os esclarecimentos necessários ao deslinde dos pontos controvertidos. O juiz poderá, ainda, reduzir a remuneração inicialmente arbitrada caso a perícia seja inconclusiva ou deficiente.

Segundo Eduardo Cambi (2006, p. 233):

> O perito colabora com o juiz, podendo simplesmente observar a existência dos fatos cuja percepção de um saber técnico ou científico, ainda que seja apenas para indicar as regras de experiência comum, que, depois de reveladas, são aplicadas pelo juiz, ou, mais frequentemente, para valorar esses fatos em conformidade com o conhecimento especializado.

O novo CPC mantém a regra que possibilita a substituição do perito quando faltar-lhe conhecimento técnico-científico ou pelo não cumprimento do encargo ao qual foi incumbido. Entretanto, cumpre-nos destacar que surge ao perito substituído, no prazo de 15 (quinze) dias, a obrigação de restituir os valores recebidos pelo trabalho não realizado, sob pena de ficar impedido de atuar como perito judicial pelo prazo de 5 (cinco) anos. Ressaltando-se que, caso não ocorra a restituição voluntária, a parte que adiantou os honorários periciais poderá promover a execução contra o perito com base na decisão que determinou a devolução do numerário.

No que tange ao papel do assistente técnico indicado pelas partes, o art. 466 do novo CPC assegura aos assistentes o acesso e o acompanhamento das diligências e exames realizados pelo perito. Incumbe a este comunicá-los previamente – antecedência mínima de 5 (cinco) dias) – das diligências periciais.

Outra figura inovadora presente no novo CPC, é a da perícia consensual. Trata-se da hipótese em que as partes podem, de comum acordo, escolher e indicar o perito mediante requerimento ao juiz. Todavia, a perícia consensual só é admitida se as partes forem plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição.

Por derradeiro, o novo CPC traz o art. 473 que versa sobre o conteúdo do laudo pericial, devendo conter a: a) exposição do objeto da perícia; b) análise técnica ou científica realizada; c) indicação do método utilizado; d) resposta conclusiva a todos os quesitos.

O perito deve demonstrar como alcançou suas conclusões a partir de uma linguagem simples e coerente, sendo vedado ultrapassar os limites do objeto da perícia bem como emitir opiniões pessoais que excedam ao caráter técnico do seu trabalho.

4.9 Inspeção judicial

A inspeção judicial permanece inalterável no NCPC, tratando-se da situação em que o juiz pode inspecionar pessoas ou coisas com o fito de esclarecer determinado fato que

interesse à decisão da causa. Tal inspeção pode ocorrer em qualquer fase do processo, seja de ofício ou a requerimento das partes.

Para cumprir esse objetivo, o juiz se dirigirá ao local ou à pessoa que será inspecionada, podendo ser auxiliado por um ou mais peritos, quando julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar ou na ocasião em que a coisa não possa ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou dificuldades acentuadas.

Trata-se de um meio de prova que possibilita ao magistrado ter contato direto, através dos próprios sentidos, com o mundo fenomênico apresentado nos fatos do processo. Assim, o juiz da causa terá condições de perceber as qualidades e circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas, bem como promover a *imediatidade* com a fonte de prova (CAMBI, 2006, p. 249-250).

Ao fim da inspeção, o juiz determinará a lavratura de auto circunstanciado que mencione tudo que for útil ao julgamento da causa, utilizando-se de gráficos, desenhos ou fotografias, caso seja necessário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A produção de provas consiste no principal instrumento pelo qual os inconformismos das partes podem ser solucionados, eis que a tutela jurisdicional sempre estará pautada na apreciação das provas que embasam o direito subjetivo do autor e réu.

Restou contatado que o avanço tecnológico também repercutiu na legislação processual brasileira, sobretudo na temática das provas em espécie, visto suas disposições expressas que possibilitam o depoimento pessoal e a oitiva de testemunhas por videoconferência.

O novo código de processo civil foi atualizado não apenas em virtude do avanço tecnológico, mas também para adequar-se às leis já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como o Código Civil e a Lei 11.419/2006 (processo eletrônico). Assim, possibilita-se a utilização dos documentos eletrônicos e a ampliação dos casos em que a parte pode invocar o direito ao silêncio em seu depoimento pessoal.

Por derradeiro, cumpre-nos mencionar que a obtenção da prova pericial passa a ser mais célere e democratizada haja vista a nova figura da prova técnica simplificada e da perícia consensual.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Julgamento e ônus da prova.** In: Temas de direito processual (Segunda série), São Paulo: Saraiva, 1988.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo Còdigo de Processo Civil comparados e anotados : Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)** / Cassio Scarpinella Bueno. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BURIL, Lucas. **A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo código de processo civil.** IN: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Novas tendências do processo civil**. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 209-216.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil** *:* volume 1 / Alexandre Freitas Câmara. -- 25. Ed. -- São Paulo : Atlas, 2014.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância** / Eduardo Cambi; prefácio Michele Taruffo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. / Francesco Carnelutti / traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2. Ed. – São Paulo : Lemos e Cruz, 2004.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis**/ Francisco Augusto das Neves e Castro. – Campinas, Servanda, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

_____. **Regras processuais no Código Civil : aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual** – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume I : parte geral – 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **A prova em questões tributárias**. IN: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). A prova em questões tributárias. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARCACINI, Augusto Rosa Tavares. **O documento eletrônico como meio de prova.** Obtido em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>. Acesso em: 10.05.2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – vol. 2 – 12. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Álisson. **Apontamentos sobre a prova em questões tributárias**. IN: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). A prova em questões tributárias. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 13-39.

PINHEIRO, Fernanda Leticia Soares. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (Primeiras Lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** - vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003.