

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE
1973 E NO NOVO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Vinícius Pires Chaves

Presidente Prudente/SP

2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE
1973 E NO NOVO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Vinícius Pires Chaves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do título de Especialista em Direito Civil e Processo Civil, sob orientação do Professor Gilberto Notário Ligerio.

Presidente Prudente/SP

2015

A PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO NOVO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Civil e Processo Civil.

GILBERTO NOTÁRIO LIGERO

Orientador

X

Examinador

X

Examinador

Presidente Prudente/SP, XX de XX de 2015

A verdade é de dois gêneros: consiste ou na descoberta das relações das ideias consideradas como tal, ou na conformidade das nossas ideias dos objetos com a sua existência real.

David Hume

Dedico este trabalho à minha família,
sem exceções.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente.

À minha família, por entenderem o período de concentração para que esse estudo fosse possível e por me apoiarem sempre. Esse suporte foi mais que necessário para que fosse possível chegar até aqui.

Aos meus pais, Paulo e Angela, meus guias nessa jornada e inspiração para continuar na luta, continuar a história começada e escrita por eles.

Aos meus irmãos, Amanda e Felipe, amigos para as situações presentes, passadas e futuras.

Aos meus avós, que me ensinaram por meio de gestos e palavras, que viver e amar vale muito a pena.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Gilberto Notário Liger, por ter aceitado o meu convite de orientação, além de ter me ajudado nas situações e problemas que surgiram durante este estudo.

RESUMO

O presente trabalho científico aborda as modificações legislativas a serem realizadas no ordenamento jurídico brasileiro no tocante, principalmente à prova testemunhal, devido ao novo Código de Processo Civil. Traz como objetivo a demonstração das disposições do Código de Processo Civil de 1973 em comparação ao texto do novo Código de Processo Civil, por meio de análise dialética e dedutiva, a fim de comparar os dois textos legais. Demonstra a evolução histórica da prova, passando pelas ordálias, pelo juramento e pelos duelos judiciais. Evidencia o conceito da prova, demonstrando a prova como atividade, instrumento e convencimento. Aponta a fundamentação constitucional da prova decorrente da análise do devido processo legal, gerando as garantias da ação e da defesa. Especifica os princípios relacionados à prova, demonstrando a presença do princípio dispositivo e suas limitações, bem como a apresentação da oralidade e imediatidade, passando também pelo livre convencimento motivado. Explica a relação entre a verdade e a prova, concluindo que a verdade a ser buscada pelo processo é aquela trabalhada com os fatos em contraditório com as partes e o juízo. Traça o histórico da prova testemunhal, demonstrando que sua gênese está ligada à própria prova e que possuímos parte do instituto decorrente do Direito Romano. Registra os conceitos relacionados à prova testemunhal, bem como da própria testemunha. Classifica a prova testemunhal, não para determinar e separar as provas em classificações, mas para melhor entendimento de tal meio de prova. Enfoca as cinco principais características da prova testemunhal, qual sejam, a sua oralidade e imediatidade que resultam em melhor produção probatória, a sua objetividade para com os fatos narrados, a retrospectividade ao se referir a fatos passados e a individualidade de cada testemunho. Aborda os principais objetivos da prova testemunhal no Código de Processo Civil de 1973, relacionando as mudanças que acontecerão no novo Código de Processo Civil. Relaciona as situações ao tratar da admissibilidade da prova testemunhal e suas exceções demonstradas no novo Código. Apresenta as incapacidades, os impedimentos e as suspeições, principalmente estas que tiveram retiradas previsões possivelmente inconstitucionais. Alista que alguns artigos relacionados ao rol de testemunhas foram reorganizados para organização lógica do Código de Processo Civil. Proporciona análise da evolução processual quanto à admissão expressa da inquirição por videoconferência. Enfoca que foi alterado o rol de pessoas egrégias, atualizando ao ordenamento jurídico após a Constituição Federal de 1988 e suas emendas, concedendo também poderes ao magistrado para efetivar a inquirição destas autoridades. Define que a intimação da testemunha é, no novo Código, atribuição do advogado, ao invés do juízo, como era no Código de 1973. Compartilha que a modificação do sistema presidencialista para o sistema de inquirição direta permite efetivar e promover a celeridade na inquirição de testemunhas no processo civil.

Palavras-chave: Prova. Processo Civil. Prova Testemunhal. Sistemas de Inquirição de Testemunhas. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This scientific work covers the legislative changes to be made in the Brazilian legal system regarding mainly to witnesses, due to the new Code of Civil Procedure. Has the objective of demonstrate the changes comparing the 1973 Civil Procedure Code, and the new Civil Procedure Code, through dialectic and deductive analysis in order to compare the two legal texts. Shows the history of evidence, through the ordeals, by the oath and the judicial duels. Highlights the concept of evidence, demonstrating the evidence as an activity, instrument and convincement. Points to the constitutional grounds of the evidence from the analysis of due process, generating the action and defense guarantees. Specifies the principles relating to the evidence, demonstrating the presence of the device principle and its limitations, and the presentation of orality and immediacy, also through the motivated conviction. Explains the relationship between truth and evidence, concluding that the truth be sought by the process that is crafted with the facts in contradiction with the parties and the court. Traces the history of the testimonial evidence demonstrating that its genesis is linked to the proof and has sources in Roman Law. Shows the concepts related to witnesses, and the witness himself. Sort the witnesses, not to determine and separate the evidence in ratings, but for better understanding of such evidence. Focuses on the five key features of the witnesses, which are, its orality and immediacy that result in better probative production, its objectivity towards the narrated facts, the back-casting to refer to past events and the individuality of each witness. Addresses the main objectives of the witnesses in the 1973 Civil Procedure Code relating the changes that take place in the new Civil Procedure Code. Lists the situations when dealing with the admissibility of the testimony and its exceptions stated in the new Code. Displays disabilities, impediments and suspicions, especially those that possible unconstitutional forecasts was withdrawn. Lists some articles related to the list of witnesses have been reorganized to logical organization of the Civil Procedure Code. Provides analysis of the procedural developments now that admission of inquiry by videoconference is the new Code. Focuses on the role of egregious people has changed, updating the legal system after the Federal Constitution of 1988 and its amendments, also empowering the magistrate to conduct the examination of these authorities. Sets the intimation of the witness is, in the Code, lawyer assignment. Share that modification of the presidential system for the direct examination system allows efficiency and speed in inquiry in civil proceedings.

Keywords: Evidence. Civil Procedure. Testimonial Evidence. Witness Hearing System. New Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA PROVA	13
2.1 Breve Evolução Histórica	13
2.2 Conceito	16
2.3 Fundamentação Constitucional da Prova	20
2.4 Princípios	25
2.4.1 Princípio dispositivo	26
2.4.2 Princípio da atipicidade das provas	29
2.4.3 Princípio da oralidade	31
2.4.4 Princípio da imediatidade	33
2.4.5 Princípio da identidade física do juiz	34
2.4.6 Princípio de concentração	35
2.4.7 Princípio do contraditório	37
2.4.8 Princípio da necessidade da prova	38
2.4.9 Princípio do livre convencimento motivado	39
2.4.10 Princípio da aquisição da prova	40
2.5 Verdade e Prova	41
3 PROVA TESTEMUNHAL	51
3.1 Breve Evolução Histórica	51
3.2 Conceito	57
3.3 Classificação	61
3.4 Características	63
3.4.1 Oralidade e imediatidade	63
3.4.2 Objetividade	65
3.4.3 Retrospectividade	67
3.4.4 Individualidade	68
4 A PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	70
4.1 Admissibilidade da Prova Testemunhal	71
4.2 Incapacidade, Impedimento e Suspeição	75
4.3 Exclusão do Dever de Depor	81
4.4 Local de Inquirição	82
4.5 Rol de Testemunhas	83
4.6 Inquirição por Videoconferência	86
4.7 Pessoas Egrégias	88
4.8 Intimação da Testemunha	92
4.9 Ordem de Inquirição das Testemunhas	95
4.10 Sistema de Inquirição das Testemunhas	96
4.11 Gravação dos Depoimentos	99

5 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104

1 INTRODUÇÃO

As últimas modificações no ordenamento jurídico processual brasileiro possuíram a justificativa de adequação da legislação infraconstitucional à realidade fática da sociedade, bem como à preceitos e princípios presentes na Constituição Federal de 1988 e suas emendas. Neste contexto, adveio um projeto de novo Código de Processo Civil que altera substancialmente o processo civil brasileiro. Com modificações prestes à integrarem o ordenamento, restou necessária uma análise mais extensiva acerca destas alterações futuras.

A possibilidade de um novo Código de Processo Civil gerou nos operadores do direito um receio quanto às dificuldades que seriam enfrentadas. Sendo assim, remanesceu a conveniência de verificação destas alterações para tais dúvidas fossem sanadas para se evitar um errôneo sentimento de retrocesso.

Como as alterações previstas no projeto de novo Código de Processo Civil eram extensivas ao Código como um todo, houve a necessidade de concentração do estudo em somente parte deste para melhor análise destas já presentes modificações. Como a prova, e o conseqüente direito à esta, possui fundamentação constitucional, estando ligada ao devido processo legal, e visto sua importância como instrumento de comprovação da realidade e verdade dos fatos apresentados pelas partes, modificações em tal instituto necessitaram reflexão.

Entre os diversos meios de provas que existem no ordenamento jurídico, a prova testemunhal possui função importante, já que, dependendo da situação e realidade fática, tal produção de prova será o único meio de prova possível, e o magistrado precisará desta para compor seu livre convencimento. Restou imperativa a análise de importância desta dentro do ordenamento, a normatização atual e a normatização no novo Código de Processo Civil.

Com isso, o presente trabalho visou abranger todas as modificações que o novo Código de Processo Civil trouxe ao ordenamento no tocante à prova testemunhal, ao relacionar o modo que esta é tratada atualmente pelo Código de Processo Civil de 1973 e como estará estabelecida no novo Código.

A metodologia se trata de uma combinação de diversos métodos suficientes que, uma vez agrupados de forma sistemática possibilitam o desenvolver

e a conseqüente conclusão do estudo. Sendo assim, para uma variada metodologia, visando melhor compreensão do contexto do trabalho, diversos métodos foram utilizados neste trabalho.

Inicialmente, o método histórico foi utilizado no início das análises da prova e da prova testemunhal em si, ao analisar a evolução histórica de cada, para entendimento da complexidade e evolução destes para atingir o limiar processual que estamos vivenciando, qual seja, a integração destas dentro do ordenamento jurídico sem qualquer relação com à religião, restando tal relação aos fatos.

Posteriormente, foi utilizado o método dedutivo para compreensão de regras gerais para possibilitar a análise e entendimento das regras específicas. Este método foi utilizado, pois as relações relativas à prova testemunhal e suas modificações possuem suas origens nas bases da prova em si.

As pesquisas bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial foram utilizadas com a intenção e finalidade de possibilitar abranger as situações mencionadas de forma extensa o suficiente para aprimorar e esmiuçar as hipóteses e objetivos da pesquisa.

O segundo capítulo cuidou de explicitar a prova em sentido geral, discorrendo brevemente quanto à sua evolução histórica desde seus primórdios nos povos antigos. Posteriormente, analisou o conceito da prova para analisar diversos sentidos que tal palavra pode obter atuando como verbo, instrumento e convencimento. Além disso, fundamentou constitucionalmente a prova para melhor analisar a sua importância no processo, principalmente no tocante à sua conexão ao devido processo legal. Os princípios mais importantes atinentes à prova também foram estudados com a finalidade de melhor apresentar a prova. Finalizou com a apresentação da discussão acerca da relação intrínseca da verdade e a prova, bem como da necessidade daquela ser constituída em contraditório.

O terceiro capítulo discorreu acerca da prova testemunhal, demonstrando sua evolução histórica e seu primórdio que adveio da prova em sentido geral, estando presente em grandes períodos históricos como no Egito antigo, na Babilônia e na Palestina, passando pelo Direito Romano e influenciando o ordenamento atual. Verificou também a determinação de seu conceito e suas classificações possíveis para real demonstração da importância de sua análise, delimitando sua ocorrência. Concluiu com o estudo das características de tal meio

de prova, demarcando a oralidade, a imediatidade, a objetividade, a retrospectividade e a individualidade como essenciais para a prova testemunhal.

O capítulo quatro finda o estudo ao analisar os principais aspectos da prova testemunhal no Código de Processo Civil de 1973 e os comparou à normatização prevista no novo Código de Processo Civil. Foram analisadas alterações com a finalidade de melhor organização do Código de forma lógica e sequencial, como nas disposições reorganizadas do rol de testemunhas. Reconheceu a intenção de desjudicialização do procedimento de intimação das testemunhas ao transferir a obrigação ao advogado, restando a intimação judicial como exceção em casos previstos no novo Código.

Além disso, o capítulo analisou as adequações do novo Código à realidade fática ou à nova realidade do ordenamento jurídico, como nas disposições acerca da exclusão do dever de depor de companheiros, modificações no rol das pessoas egrégias e na previsão expressa da videoconferência. Verificou também as mudanças que garantem efetividade e celeridade ao processo civil, como a alteração da intimação das testemunhas ao a modificação do sistema de inquirição de testemunhas para a inquirição direta ou cruzada.

As diversas modificações realizadas no novo Código de Processo Civil no tocante à prova testemunhal possibilitaram uma análise de suas potenciais evoluções com relação ao Código de Processo Civil de 1973, adequando o processo civil à realidade fático-normativa, sem desvincular-se, entretanto, de suas bases conceituais ao não gerar alterações drásticas na condução e produção de tal meio de prova.

2 DA PROVA

Antes do estudo acerca da prova testemunhal, da normatização desta no Código de Processo Civil vigente e no novo Código de Processo Civil, objetos principais deste estudo, é imprescindível o estudo da prova em seu sentido amplo, bem como um breve histórico, para melhor compreensão de todos os aspectos e suas possibilidades dentro de o ordenamento jurídico brasileiro.

A importância da prova dentro do processo é avaliada por Moacyr Amaral Santos (2011, p. 371) alertando quanto à necessidade desta para que o processo não flua somente baseada em afirmações de fatos:

Para o juiz não bastam as afirmações de fatos, mas impõe-se a demonstração da sua existência, ou inexistência. Por outras palavras, o juiz *quer e precisa* saber da *verdade* em relação aos fatos afirmados pelos litigantes.

A exigência da verdade, quanto à existência, ou inexistência, dos fatos, se converte na exigência da *prova* destes.

O magistrado não poderá, e não deve, basear-se somente nas afirmações relatadas pelas partes acerca dos fatos que estão em litígio. A prova é necessária para demonstrar a existência ou, se for o caso, a inexistência dos fatos, sendo imprescindível que se apresente a verdade dos fatos alegados. Tal verdade será analisada posteriormente, entretanto está aí a exigência da prova dos fatos e a necessidade de estudo acerca dela.

2.1 Breve Evolução Histórica

Os antigos não utilizavam com os meios de prova hoje tão presentes na praxe forense, pelas partes e seus advogados. Diversas formas foram utilizadas, sendo que, no início, parte considerável delas possuía relação com a religião. Esta e a própria sociedade coexistiam em sincronia, não sendo possível, muitas vezes, separar as regras societárias em que viviam e os preceitos religiosos presentes.

Ensina João Batista Lopes (2002, p. 19) que nos primórdios, os povos “não conheceram critérios técnicos e racionais para a demonstração dos fatos e

apuração da verdade, que se faziam por métodos rudimentares e empíricos, inteiramente estranhos ao conceito de prova judiciária”. Como não haviam critérios pré-estabelecidos, devido ao pouco conhecimento ou organização em sociedade, eram utilizados diversos meios que eram pouco desenvolvidos ou sem noções científicas para tal comprovação.

Exatamente devido à tal situação presente nos tempos antigos, João Batista Lopes (2002, p. 19) atesta que “a prova dos fatos era, então, fortemente influenciada pela religião, isto é, invocava-se a proteção divina em busca da verdade”. Busca-se que os fatos fossem provados pelos meios altamente influenciados pela religião, devido a forte presença desta nas organizações societárias, se é assim que se possa classificar tais grupos devido à precariedade das relações existentes.

Os métodos utilizados, segundo João Batista Lopes (2002, p. 19) “incluíam-se as ordálias, o juramento e o duelo”, sendo cada uma destas formas diferentes de se provar. As ordálias são apresentadas e exemplificadas da seguinte maneira por João Batista Lopes (2002, p. 19):

As ordálias, também denominadas julgamentos ou juízos de Deus, foram utilizadas pelos germanos antigos e tinham por finalidade a descoberta de verdade mediante emprego de expedientes cruéis e até mortais, como a “prova de fogo”, a “prova das bebidas amargas”, a “prova das serpentes”, a “prova da água fria”, etc.

Na “prova pelo fogo” o acusado era obrigado a tocar com a língua um ferro quente ou carregar uma barra de ferro em brasa ou, ainda, caminhar descalço sobre ferros quentes.

A “prova das bebidas amargas” consistia em obrigar a uma mulher acusada de adultério a ingerir bebidas fortes e amargas: se mantivesse a naturalidade, seria considerada inocente; mas culpada, se contraísse o rosto e apresentasse os olhos injetados de sangue.

Na “prova das serpentes”, o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis.

Já na “prova da água fria” atirava-se o acusado num reservatório de água: se afundasse, seria tido como culpado; se flutuasse, como inocente.

É possível detectar que as ordálias estavam ligadas à questões e pensamentos religiosos: a verdade seria constatada e provada por meio de provas cruéis e mortais, sendo que, caso sobrevivesse, seria a verdade deste a correta. Eram diversas as modalidades de prova utilizadas, até mesmo pelo uso do fogo ou animais, não possuindo qualquer conexão ao procedimento probatório atual. Seriam, para aqueles povos, julgamentos efetuados por Deus.

Outro método utilizado era o do juramento, que conforme escreve João Batista Lopes (2002, p. 20) “consiste em invocação da divindade como testemunha da verdade, do que decorre da imposição de castigo ao acusado, na hipótese de mentira”. Bastava-se invocar a divindade adorada pelos locais como testemunha daquilo que era objeto da discussão probatória. Caso fosse mentira o juramentado, não seriam os homens que imporiam castigo, mas sim a própria divindade.

Entretanto, alerta João Batista Lopes (2002, p. 20) que tal método “com o passar do tempo foi desvirtuado e, por isso, despojado da credibilidade inicial, razão por que veio a ser substituído [...] pelo duelo ou combate judiciário”. Ou seja, visto que o juramento perdeu as virtudes antes presentes dentro da organização societária, o duelo surgiu como outro método utilizado para prova dos fatos.

Segundo João Batista Lopes (2002, p. 20), “o duelo também constitui prova divina ou juízo de Deus: funda-se na crença de que Deus não permite a vitória do litigante desassistido de razão”. O duelo começou a ser aplicado como método para prova dos fatos. Este também era intimamente ligado à religiosidade presente, já que Deus nunca iria permitir a vitória de quem não estava correto.

Com o passar do tempo, “com a abolição das ordálias e proibição do duelo, no séc. XIV, a prova testemunhal recuperou seu antigo prestígio e passou a ser largamente admitida”, conforme escreve João Batista Lopes (2002, p. 20). Com a abolição dos métodos de prova anteriormente utilizados, retorna a prova testemunhal ao patamar que antes possuía. O histórico acerca da prova testemunhal em si merece tratamento e análise separada, já que esta é o objeto principal de estudo.

Com a evolução dos sistemas e organizações, ainda segundo João Batista Lopes (2002, p. 21), “ao lado da prova testemunhal, passa a ser utilizada a prova literal [...]. A partir do séc. XVI [...], ao lado da prova testemunhal e da documental, a perícia, a confissão e o interrogatório” passam a ser admitidos dentro como prova, já verificando-se um sistema mais próximo ao utilizado nos dias atuais.

Por meio de tal histórico, verifica-se que a prova, passando pelas ordálias, pelo juramento e pelo duelo judiciário, precisou proceder à uma evolução, quando, finalmente, restou-se separada de métodos ligados à religiosidade. Estas situações não mais existem no ordenamento jurídico atual devido à normatização da prova judiciária como um todo. Não se trata de um método de prova condizente com

os preceitos e normatizações posteriormente deduzidos e concluídos tais conexões. A prova precisa estar conectada com a realidade fática, ou a parte dela que será apresentada, para que realmente tenha força de convencimento.

2.2 Conceito

A conceituação da prova em si é necessária para que suas principais características, possibilidades e funções sejam entendidas como um todo. Tal importante presença no ordenamento jurídico, e conseqüentemente, no próprio processo precisa ser melhor explicada e verificada.

O vocábulo prova advém, segundo José Carlos G. Xavier de Aquino (2002, p. 7) das “vozes latinas *probatio, probationis*, que vêm de *probus*, significando bom, correto, honrado”. Tal origem da palavra já começa a determinar o grande fundo por detrás da produção probatória, qual seja, a demonstração da realidade fática e da verdade presente nos fatos narrados pelas partes.

Complementa João Batista Lopes (2002, p. 26) ao escrever que “o vocábulo prova provém do Latim (*probatio*), com o significado de verificação, exame, inspeção”. Tal análise já parte do vocábulo mais próximo da palavra prova em sua concepção atual, já podendo compreender a prova como um modo de demonstrar, verificar, inspecionar, examinar.

Além de ser possível conceituar a prova pela sua origem literal, tal vocábulo pode receber outras nuances ou significados dependendo do escopo a ser utilizado. Nas ciências experimentais, por exemplo, conforme escreve Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 335), “geralmente valem-se da expressão para significar o ensaio, a verificação ou a confirmação pela experiência de um dado fenômeno, objeto de investigação científica”. A palavra prova é adaptada e moldada para melhor abranger as situações presentes nas ciências onde experimentos reais são utilizados para comprovação teórica.

Utilizando o grande aspecto probatório, Moacyr Amaral Santos (2011, p. 371) escreve que “provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”. Novamente, mais uma forma de definição da prova e do ato de provar que leva em consideração o aspecto da demonstração da verdade.

Ao definir a palavra prova, Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 269) faz uma análise relacionada ao destinatário principal da prova, qual seja o magistrado, ao escrever que:

“Prova” é palavra que deve ser compreendida para os fins que aqui interessam como tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.

Determina-se, assim, que será prova tudo aquilo que possa interferir e influenciar na convicção do juiz ao decidir os pedidos apresentados durante o processo, no acolhimento ou rejeição destes. É uma forma de ver a prova, bem como o procedimento probatório pela perspectiva do destinatário da prova, o magistrado.

É exatamente nesse sentido que Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 372) escreve que o “*destinatário da prova é o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, se dirigem ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos*”. O magistrado é o principal destinatário da prova, já que com base nas afirmações e demonstrações efetuadas é que ele formará seu convencimento acerca dos fatos narrados, bem como sua existência ou inexistência.

Por sua vez, Pontes de Miranda (1997, p. 245) faz uma análise similar ao comparar aos fatos presentes no processo, determinando que “a prova refere-se a fatos; portanto: a elementos do suporte fático, ao suporte fático e aos fatos jurídicos que de suportes fáticos resultam”. Verifica-se que a prova tem total referência aos fatos: desde aos elementos do suporte fático, ao suporte fático em si e, finalmente, os fatos jurídicos de resultam daquele suporte fático apresentado durante o procedimento.

É possível ainda estudar a prova sob um duplo aspecto diverso segundo João Batista Lopes (2002, p. 26). Quanto ao aspecto objetivo, é definido como “o conjunto de meios produtores de certeza jurídica ou conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo”. Tal como apresentado acima, o aspecto objetivo da prova seria a conjunção dos meios utilizados para que a existência dos fatos seja demonstra perante o processo. Já quanto ao aspecto subjetivo, “é a própria convicção que se forma no espírito do

jugador a respeito da existência ou inexistência dos fatos alegados no processo”. Sendo assim, tal aspecto seria o próprio convencimento do destinatário da prova, qual seja, o magistrado, quanto a veracidade e existência, ou se for o caso, inexistência, dos fatos narrados no processo pelas partes.

Dois sentidos diferentes são enfrentados por Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 335) ao escrever que:

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra *prova* não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através de exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação. No segundo sentido, a palavra *prova* é empregada para significar não mais a ação de provas, mas o próprio *instrumento* utilizado, ou o *meio* com que a prova se faz.

O autor demonstra que a palavra prova possui dois sentidos básicos. Em um primeiro sentido, a prova significa a própria atividade dos sujeitos processuais demonstrando e confirmando a existência de fatos que formaram os seus direitos questionados judicialmente, demonstrando sua veracidade, ou seja, provando que os fatos narrados por eles são os verdadeiros. No segundo sentido apresentado, a palavra prova seria o instrumento em si utilizado, qual seja, o meio de prova utilizado para demonstrar seus fatos.

Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 336) escreve também que é possível “empregar o mesmo vocábulo *prova* para significar o convencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato. [...] Temos aqui o terceiro significado do vocábulo *prova* em direito judiciário”. Sendo assim, além dos dois sentidos básicos acima apresentados, a palavra prova também seria o próprio convencimento que é adquirido quanto a veracidade e devida existência de fatos mencionados.

Por sua vez, em uma análise legalista, o Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 332, elenca que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Ao especificar os meios de prova admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, o Código determina

que a prova é aquela hábil para demonstrar a verdade dos fatos alegados pelas partes, tanto pelo requerido quanto pelo requerente, seja na ação ou na defesa.

Para Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 337), o Código de Processo Civil de 1973 equipara a palavra prova e refere-se aos meios de prova, “tais como testemunhas, documentos, exames periciais ou quaisquer outros meios possíveis de prova, mesmo não especificados em lei”, estando intimamente ligado ao aspecto objetivo da prova, conforme já explicitado anteriormente.

Continua, então, Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 269), com a seguinte advertência:

O tema, contudo, não se refere a provar qualquer fato mas, apenas e tão somente, os fatos que direta ou indiretamente, relacionem-se com aquilo que o juiz precisa estar convencido para julgar. Objeto da prova, portanto, são os fatos relevantes e os pertinentes para aquilo que deve ser enfrentado pelo juiz, seja no plano processual (ocorrência de algum pressuposto processual negativo como a “litispêndência”) ou no plano material (pagamento anterior da dívida reclamada pelo autor).

Determina-se que para ser considerada, a prova não deve ser utilizada para provar todo e qualquer fato. Somente aqueles que possuem ligação direta ou indireta com os pedidos elencados pelas partes devem ser apresentados. Define-se, então, que os fatos devem ser relevantes ou pertinentes para ter sua devida participação na formação do convencimento do magistrado.

Tal análise é necessária para verificação do critério classificatório que irá considerar exatamente o objeto da prova: a divisão entre provas diretas e provas indiretas. Escreve Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 269) que “as diretas são as provas que apresentam relação imediata com o fato probando”. Nessa situação, qual seja, as provas diretas, os fatos narrados e demonstrados, e que serão eventualmente provados, tem relação direta na produção probatória.

Continua ainda, Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 269) ao escrever que “as indiretas são as provas em que não há relação imediata com o fato probando, mas com um fato distinto que permite, por meio de raciocínios e induções, concluir pela existência ou conformidade do fato probando”. Por sua vez, as provas indiretas são aquelas que não têm relação direta com os fatos, entretanto, por meio de comprovação de existência e veracidade será possível realizar uma conexão ao fato probando no processo.

Diante de tais conceitos e análises quanto à prova, é possível constatar que há variadas formas e nuances quanto a tal palavra. Já não mais podemos constatar a prova como aquilo que significa o correto ou o bom, advindos de sua voz latina, embora tais definições estejam conectadas à sua grande finalidade, a demonstração da verdade ocorrida em algum momento histórico.

O verbo provar está ligado diretamente à atividade realizada por todos os sujeitos processuais que, em contraditório, irão demonstrar de acordo com todos os fatos que foram apresentados judicialmente, devendo, neste momento, demonstrar a sua relação com a realidade.

Já o instrumento prova está ligado ao meio de prova que será utilizado para tal demonstração de relação com a realidade. Por meio de todos os procedimentos probatórios apresentados pelo Código de Processo Civil, as partes se utilizarão de tais meios de prova para completa apresentação e confirmação de seus fatos.

Por fim, em um sentido subjetivo, podemos entender que a prova é também o convencimento em si que foi adquirido, essencialmente pelo principal destinatário da prova, o magistrado. Este utilizará de tal convencimento para adequar suas decisões de acordo com a verdade apresentada e realizada em contraditório.

2.3 Fundamentação Constitucional da Prova

Após passar pelos diversos conceitos possíveis e análises do vocábulo prova, é muito importante verificar a fundação constitucional da prova com a finalidade de entender a sua presença dentro do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no tocante à presença na Constituição Federal de 1988 e suas interconexões ao ordenamento infraconstitucional.

Antes mesmo de adentrar tal conhecimento, é necessário entender o devido processo legal. Conforme Nelson Nery Júnior (2009, p. 79), o princípio do devido processo legal, de forma genérica, "caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico". O devido processo legal é a própria garantia da

presença da jurisdição, sendo que, para qualquer privação dos direitos presentes em nossa Constituição Federal, ou até mesmo os direitos presentes na legislação infraconstitucional, é necessário um prévio processo, devendo este ser regido pelas formalidades existentes no ordenamento jurídico.

Não podemos entender o devido processo legal somente nesse sentido genérico. Entende Nelson Nery Júnior (2009, p. 81) que o devido processo legal poderá ser analisado também em seu sentido material, "para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio de processo judicial ou administrativo". O devido processo legal em sentido material pode ser entendido como a exteriorização do princípio em si, ao permitir que os direitos materiais, principalmente no tocante a vida, a liberdade e a propriedade sejam tutelados por meio de processos judiciais ou administrativos.

Além disso, o devido processo legal poderá ser analisado também em seu sentido processual, conforme escreve Nelson Nery Júnior (2009, p. 84), que "nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível". Neste sentido, o devido processo legal é traduzido na possibilidade real de ter acesso ao processo e, conseqüentemente à justiça, podendo defender-se da maneira mais ampla possível.

Entende Eduardo Cambi (2011, p. 110) que a finalidade do processo "é procurar conhecer os fatos, mediante audiência bilateral dos interessados, para, depois ser possível a atribuição das conseqüências jurídicas deles decorrentes". O objetivo de todo o processo é a demonstração dos fatos alegados por cada parte, para que haja um julgamento por parte do magistrado que esteja de acordo com a verdade destes fatos.

Pode-se entender, então, é de que o devido processo legal, conforme entendimento de Nelson Nery Júnior (2009, p. 77) "é, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies". Para ser possível atingir a finalidade do processo, o devido processo legal abrange outras garantias processuais, para que seja atingida tão desejada finalidade. O devido processo legal deve ser tratado como o gênero das outras regras e princípios constitucionais, que seriam espécies daquele.

Conclui quanto ao devido processo, então, Eduardo Cambi (2011, p. 111) ao escrever o seguinte:

Desse modo, a garantia do devido processo legal dá uma configuração não apenas técnica, mas também ético-política ao processo civil, compreendendo não somente a pura ordenação de atos ligados a um procedimento qualquer, mas vinculados, ao contrário, a um procedimento que assegure a participação contraditória das partes, para que possam sustentar suas razões, produzir as provas e contraprovas necessárias e, assim, ter amplas e iguais oportunidades de influir na formação do convencimento do juiz para, com isso, o exercício do poder jurisdicional poder legitimar-se.

É possível compreender que o devido processo legal não é simplesmente uma situação técnica dentro do processo, não é somente a ordenação dos atos de um procedimento, mas sim vinculada à presença de contraditório para que cada razão seja comprovada. Além disso, para que as provas sejam produzidas e para que todos possam influenciar no convencimento do magistrado.

A justiça, segundo Eduardo Cambi (2011, p. 112), tem seu valor “inerente à garantia do devido processo legal”, e “só se torna efetivo quando, no curso do processo, a ação e a defesa possam vir a ser adequadamente exercidas”. Conclui-se, então, que a justiça só terá seu valor efetivado quando a defesa e ação possam ser efetivamente exercidas no curso do processo.

É possível verificar, então, segundo Eduardo Cambi (2011, p. 113) a seguinte questão acerca do direito à prova:

Pode-se, então, afirmar que o direito à prova, embora não seja um dos institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa *careceriam de conteúdo substancial*; afinal, impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à *ordem jurídica justa*, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto. Por isso, pode-se concluir que o direito à prova é decorrência da ampla garantia do devido processo legal ou que, especificadamente, é um dos elementos constitutivos das garantias constitucionais da ação e da defesa. Caso contrário, as garantias constitucionais da ação e da defesa teriam alcance restritivo e limitado, o que contradiria o sentido justo e democrático da Constituição brasileira de 1988.

Determina-se a importância do direito à prova e sua relação constitucional de que as garantias de defesa e de ação ficaram esvaziadas sem a sua presença. Sendo assim, o direito à prova decorre do devido processo legal, e de

forma mais específica, das garantias, presentes na Constituição, da ação e da própria defesa da parte, sendo que sem tal direito, estas garantias seriam restringidas, o que não está de acordo com o sistema constitucional brasileiro.

A garantia da ação está presente no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, ao prever que “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como a lei não poderá excluir lesão ou ameaça a direito de análise pelo Poder Judiciário, tal situação estará protegida por meio da ação.

A ação, segundo entende Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 112) “é uma posição jurídica capaz de permitir a qualquer pessoa a prática de atos tendentes a provocar o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional”. Será provocada a atividade jurisdicional por meio da ação, tirando o Estado da sua situação padrão de inércia.

Por sua vez, a garantia constitucional da ampla defesa, conforme Alexandre de Moraes (2011, p. 113) é entendida como a asseguaração que é dada “ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário”. Verifica-se que a defesa é uma resposta constitucional à garantia da ação, com a possibilidade de não conformação do réu aos fatos e direitos apresentados pelo autor por meio do processo.

O autor e o réu devem possuir as mesmas garantias para que ambos possam ter seus direitos protegidos e assegurados, sem que nenhuma das partes seja priorizada. Somente assim, haverá uma plena e ampla defesa, adequando à todo o ordenamento constitucional.

Tal interpretação da garantia de defesa deve ser extensiva, conforme artigo 5, LV da Constituição Federal, ao prever que “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Conclui Eduardo Cambi (2011, p. 123) que “dentre os meios inerentes à ampla defesa, inclui-se o direito à prova ou o direito de *defender-se provando*, até porque uma defesa, sem a possibilidade de prova, não seria uma defesa ampla”. É realizada uma análise da ampla defesa no sentido de concluir que está ligada a esta o próprio direito à prova, e que sem este, não seria esta defesa ampla como previsto na Constituição Federal.

A conclusão que Eduardo Cambi (2011, p. 123) chega é que:

[...] o direito à prova é uma decorrência tanto da garantia constitucional da ação quando da garantia constitucional da defesa, porque corresponde, do mesmo modo, a ambas as partes. Caso contrário, uma das partes ficaria indefesa; logo uma interpretação diversa infringiria o princípio da igualdade, o que implica dizer que as partes do processo dispõem dos mesmos direitos, oportunidades e ônus a fim de defender suas respectivas posturas. Ademais, na falta de um direito à prova, igualmente exercitável por ambas as partes, restaria impossível o exercício de um contraditório efetivo, tornando ilusória a proteção jurisdicional dos direitos substanciais através do mecanismo processual, além de poder caracterizar o *cerceamento de defesa* de uma das partes.

Com base em todas as informações aqui apresentadas, conclui-se que o direito à prova tem sua base constitucional nas garantias da ação e da defesa, antagônicas, porém igualitárias, na medida em que permitem uma isonomia entre as partes dentro do processo, priorizando assim, uma devida proteção jurisdicional aos direitos, permitindo assim um efetivo contraditório, necessário para tal caracterização.

Tal contraditório efetivo é analisado por Alexandre de Moraes (2011, p. 113) ao defini-lo da seguinte forma:

[...] o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Para que haja um contraditório realmente efetivo, é necessário que os instrumentos processuais estejam à disposição das partes, para que haja um efetivo diálogo entre as partes, o magistrado e os auxiliares da justiça.

Eduardo Cambi (2011, p. 132) escreve que “às partes devem ser conferidas todas as possibilidades de participação do *iter* de formação da decisão judicial, com amplas oportunidades de influir no convencimento do juiz”. Todas as possibilidades para participação devem ser permitidas às partes para que o convencimento do magistrado seja o mais condizente possível com a realidade probatória apresentada pelo autor e pelo réu.

Como adicional, o contraditório deve ser encarado como “*paridade de armas*, isto é, de assegurar o equilíbrio entre as partes, para que ambas tenham equivalentes possibilidades de influenciar na marcha e no resultado do processo,

além de estarem sujeitas às mesmas limitações”, sendo assim que escreve Eduardo Cambi (2011, p. 132). É imprescindível que o contraditório seja encarado como um equilíbrio entre as partes processuais, para que ambas tenham a possibilidade de influir no decorrer processual, bem como na produção probatória, sendo que ambas também devem ter as mesmas limitações, para que este mesmo contraditório não seja violado.

Finaliza Eduardo Cambi (2011, p. 136) ao escrever que:

[...] o direito à prova, além de se mostrar um componente essencial para a concretização das garantias constitucionais da ação e da defesa, constitui um aspecto fundamental do contraditório. Aliás, o contraditório deixaria de ser uma garantia, efetiva e real, se não assegurasse a cada uma das partes a possibilidade de contradizer os argumentos da parte adversa, mediante a produção de todos os elementos necessários para influir no convencimento do juiz.

A fundamentação constitucional da prova encontra-se, principalmente baseada no princípio do devido processo legal, tanto no seu sentido genérico quanto nos sentidos material e processual. Como o devido processo legal engloba outras garantias legais, e como a finalidade do processo é o conhecimento dos fatos, o direito à prova decorre da necessidade de efetiva ação e defesa, trabalhada em contraditório.

Conclui-se que o direito à prova tem sua previsão constitucional por uma análise das garantias da ação e da defesa, sendo um componente essencial nestas, bem como do contraditório, sendo um aspecto fundamental deste. Se cada parte não puder questionar, e apresentar suas razões acerca de todos pontos e questões apresentados pela outra parte, inclusive, e principalmente, na questão probatória, o contraditório deixa de ser uma garantia efetiva, sem influir de forma correta e necessária no convencimento do magistrado acerca dos fatos narrados para a decisão a ser proferida.

2.4 Princípios

Sempre é de fundamental importância ao analisar qualquer aspecto do Direito, detectar e explicitar os principais princípios relativos a determinado assunto

com a finalidade de melhor compreensão destes aspectos, não sendo uma exceção a prova dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao explicitar essa importância dentro do ordenamento, Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 132) escreve o referenciado abaixo:

Os princípios são importantes auxiliares no ato do conhecimento, na compreensão global do sistema. São a base do ordenamento jurídico. São as ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto de coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade.

Os princípios são imprescindíveis para que haja uma compreensão unificada do ordenamento jurídico, já que este é um todo. São extremamente importantes para que haja uma interpretação sistemática dos assuntos tratados, mantendo uma coordenação e lógica para unicidade de procedimentos e interpretações com base no direito processual e material.

2.4.1 Princípio dispositivo

Por este princípio, segundo Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 61), “o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes”. O julgador deverá se basear somente e estritamente com fulcro nos fatos apresentados pelas partes, e provados por estas. Não poderá o magistrado buscar fatos não apresentados pelas partes e se basear em provas não postuladas por estas mesmas partes.

De maneira similar, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 29), quanto ao princípio dispositivo, escreve que este “atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador”. O princípio dispositivo reserva às partes, e somente a estas, a iniciativa, tanto na instauração quanto no impulso no processo. As provas, por sua vez, só devem ser produzidas pelas partes, restando ao juiz uma posição de espectador.

Há uma dupla vinculação do juiz aos fatos pelas partes alegados o que, segundo Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 61), o impede “de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira”. O julgador não poderá proferir sentença baseando-se em fatos não afirmados pelas próprias partes, obrigando-o a apenas utilizar e considerar a situação fática narrada e provada pelas partes. Conforme já mencionado anteriormente, não poderia o juiz trazer novos fatos ao processo, mudando a realidade fática, em respeito ao princípio dispositivo.

Ainda conforme Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 63), “a regra fundamental, em direito probatório, que confere expressão legal ao princípio dispositivo está no art. 333 do CPC”. Este artigo prevê que o ônus da prova é de responsabilidade das partes, ao estabelecer critérios e situações em que este ônus é do autor ou do réu. Ao realizar tal estabelecimento, afasta tal responsabilidade do magistrado, que deverá respeitar, em regra, o princípio dispositivo.

Entretanto, a própria exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973 no número 18 explicita que o Código “consagra o princípio dispositivo [...], mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça”. A exposição de motivos, embora consagre o princípio dispositivo demonstrado, resguarda a potencialidade do magistrado de realizar atos para prevenção e repreensão de atos atentatórios à justiça.

É exatamente neste sentido que Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 107) entende ao escrever que “se, como regra, cabe à iniciativa das partes dar a prova dos fatos alegados, concede a lei também ao juiz o poder de ordenar, de ofício, as diligências necessárias à instrução do processo”. Embora a produção de provas seja, em regra, de iniciativa das partes, o magistrado tem, de ofício, o poder de organizar as diligências que forem necessárias para instrução processual, sem, é claro, que novos fatos sejam trazidos ao processo.

O Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 130 determina outra questão acerca dessa situação: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Percebe-se a possibilidade gerada pelo Código de Processo Civil de o juiz, de ofício, determinar

as provas que forem necessárias para a instrução processual, possuindo, inclusive, o poder de indeferimento de diligências inúteis, bem como as protelatórias.

Observa Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 281) que “o art. 130 agasalha o chamado princípio inquisitorial, em detrimento do princípio dispositivo, ao autorizar ao juiz a determinação de produção de provas de ofício e o indeferimento de quaisquer diligências”. Há no artigo 130 do Código de Processo Civil uma demonstração de que não só o princípio dispositivo foi abarcado no ordenamento jurídico, apresentando uma faceta do princípio inquisitorial dentro do processo civil.

Pode-se dizer, inclusive, que tal artigo demonstra exatamente o disposto na exposição de motivos do Código de Processo Civil. Embora, em regra, o Código consagre o princípio dispositivo, foram criados meios para que a dignidade da justiça seja preservada. Uma diligência que seja inútil, ou uma diligência que seja meramente protelatória, só irá gerar percalços processuais, bem como adiar a finalização do processo em si, qual seja, a tutela que se deseja obter.

Alerta, entretanto, Arruda Alvim (2011, p. 947) que “se, de um lado, pode o juiz, lícitamente, adentrar a atividade probatória, tendo em vista a necessidade da prova para a formação de sua convicção, deverá fazê-lo subsidiariamente, não suprimindo as omissões da parte inerte”. A determinação de produção de provas, de ofício, pelo magistrado deve ser realizada de forma subsidiária, não podendo suprir omissões das partes, bem como fatos não apresentados por estas. É imprescindível que o processo tenha prova produzida o suficiente para que o magistrado possa formar sua convicção e, finalmente, proferir sentença procedente ou improcedente aos pedidos.

Lembra Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 107) que “o alargamento desmedido dos poderes do juiz, no campo da colheita da prova, ofende o princípio da igualdade das partes e poderá até mesmo quebrar a imparcialidade com que deve exercer as funções jurisdicionais”. Priorizar e alargar de forma exagerada os poderes do magistrado, principalmente no campo probatório, fará com que o outro princípio seja atingido, qual seja, a igualdade das partes, bem como quebrará a imparcialidade do magistrado dentro de sua função jurisdicional.

O ordenamento processual brasileiro atual preza por não permitir que o princípio dispositivo seja levado às últimas consequências. Entretanto, também não o elimina em suas disposições. O magistrado deverá, sempre que possível, estar

adstrito aos fatos apresentados pelas partes, mas a autoridade deste é reforçada com a possibilidade de realização de atos para reprimir ou prevenir atos atentatórios à dignidade da justiça, como a manutenção normal do processo. Atingir e mitigar o princípio dispositivo de forma exacerbada ofenderá o princípio da igualdade das partes, bem como quebrará a imparcialidade das funções jurisdicionais.

2.4.2 Princípio da atipicidade das provas

O princípio da atipicidade das provas, conforme escreve Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 278), é “princípio pelo qual qualquer meio de prova deve ser admitido, ainda quando não previsto expressamente, desde que não agrida os valores consagrados no ordenamento jurídico”. Por meio deste princípio, entende-se que não há uma especificidade quanto aos meios de prova admitidos no processo civil brasileiro. Qualquer meio de prova é admitido, mesmo que não esteja de forma expressa na legislação, lembrando-se, entretanto, que este meio de prova deve estar condizente com o ordenamento jurídico em si, não podendo agredir qualquer valor nele presente.

Sendo assim, entende ainda Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 278) que se deve entender a prova como atípica aquela “que pode ser legitimamente obtida e produzida no processo e, como tal, ser analisada e valorada pelo magistrado”, ainda que não seja um meio de prova expresso pelo Código de Processo Civil. Percebe-se que, no mesmo sentido da definição expressada ao princípio, considera-se como prova atípica aquela prova produzida e obtida de acordo com a legislação prevista, tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional, mesmo que não haja previsão expressa com meio de prova.

Um exemplo de prova atípica aceita no processo civil brasileiro é a prova emprestada, que segundo Moacyr Amaral Santos (2011, p. 407) pode ser entendida como uma “prova de um fato, produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, pode ser translada para outro, por meio de certidão extraída daquele”. Na chamada prova emprestada, utiliza-se a prova de fato já ocorrida e produzida em outro processo. É imprescindível lembrar que não há previsão expressa da prova emprestada como

meio de prova admitido no processo civil brasileiro. Entretanto, desde que siga os preceitos e princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, e os valores nele constantes, a prova emprestada será admitida visto o princípio da atipicidade da prova.

Outro exemplo de prova atípica é explicitado por João Batista Lopes (2002, p. 170): “o comportamento extraprocessual das partes e das testemunhas, ainda que não previsto como relevante pela lei processual, pode, em alguns casos, influenciar a formação do convencimento do juiz”. Nesse sentido, qualquer tipo de comportamento das partes e das testemunhas pode ser utilizado pelo magistrado na formação de seu convencimento, mesmo que tais situações não estejam previstas como relevantes ou como meio de prova pela legislação. Tal exemplo está intimamente ligado com outro princípio, o do convencimento motivado do juiz, que será explicitado posteriormente.

É importante acrescentar que o princípio da atipicidade tem como fundamentação o artigo 5º, LVI da Constituição Federal, ao ditar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Verifica-se que a Constituição Federal estabeleceu que não será admitida no ordenamento jurídico prova que seja obtida por meio ilícito. Sendo assim, pode-se compreender que a prova deverá seguir os preceitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, não necessitando, entretanto, que seja um meio de prova expressamente previsto.

Conforme Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 279), embora não esteja de forma expressa no texto constitucional, é inegável a relação do princípio da atipicidade da prova com a Constituição Federal:

[...] qualquer método probatório é admitido no plano do processo civil *desde que* não sejam agredidos os valores superiores do ordenamento, expressos ou implícitos na Constituição Federal. As prescrições legais, estejam ou não presentes no Código de Processo Civil, não podem violar aquela diretriz mais ampla, de que a prova, ela mesma considerada, não pode contrariar o ordenamento jurídico e, mesmo quando “lícita”, em conformidade, pois, o com o ordenamento jurídico nacional, não pode ser *obtida* de forma *ilícita*, contrária ao ordenamento jurídico (“prova *ilegítima*”).

Pode-se compreender, conforme já mencionado anteriormente, que qualquer meio de prova será admitido no processo civil, desde que não sejam atingidos valores presentes no próprio ordenamento jurídico, mesmo que estes valores estejam de forma implícita no texto constitucional ou infraconstitucional.

Além disso, o princípio da atipicidade das provas também está previsto infraconstitucionalmente no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 332, ao prever que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. O Código de Processo Civil é claro quanto à possibilidade de qualquer meio de prova, mesmo que não previsto no próprio Código, ser utilizado para prova da verdade dos fatos permeados e discutidos no processo pelas partes.

Em uma referência histórica, escreve Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 481) quanto ao Código de Processo Civil de 1939:

[...] o Código de 1973 foi muito mais liberal do que o anterior e, matéria de meios de prova, mostrou-se consentâneo com as tendências que dominam a ciência processual de nossos dias, onde, acima do formalismo, prevalece o anseio da justiça ideal, lastreada na busca da verdade material, na medida do possível.

Há de se concluir que o Código de Processo Civil vigente, qual seja, o de 1973, foi liberal com relação ao Código de Processo Civil de 1939, deixando parcialmente o formalismo de lado e dando preferência à busca da verdade no processo, na medida do que for possível dentro dos outros princípios atinentes ao processo civil.

2.4.3 Princípio da oralidade

Ao escrever sobre a oralidade, escreve Arruda Alvim (2011, p. 948) que “somente tem validade para o processo aquilo que tenha sido produzido originariamente de forma oral, frente ao juiz ou juízes”. Tal princípio determina que há clara preferência a oralidade, ou seja, há prioridade ao que foi produzido de forma oral, originariamente, durante o processo, perante o destinatário da prova, qual seja, o juiz.

Também chamado de predominância da palavra falada, segundo Moacyr Amaral Santos (2011, p. 115), tal situação do princípio da oralidade, qual seja, “essa predominância se manifesta na produção das provas de natureza oral”. Verifica-se tal situação no Código de Processo Civil de 1973 nos debates das partes

(artigo 456), resumo de laudo pericial em audiência, bem como esclarecimentos (artigo 435), o depoimento das testemunhas (artigo 410) e o depoimento das partes (artigos 344 e 346), demonstrando clara manifestação do legislador quanto à prioridade da oralidade.

Não se trata apenas da preferência da palavra falada, conforme explica Ovídio Araújo Baptista da Silva (2003, p. 66):

A prevalência da palavra falada como meio de expressão, ao invés da escrita, é uma proposição que, em si mesma, nada representa, tendo apenas relevância para o processo à medida que, sendo empregada como instrumento para a comunicação entre o juiz e as partes, força necessariamente um contato pessoal entre o julgador e os litigantes, tornando possível ao juiz uma apreensão imediata do litígio, em sua versão original e autêntica, que lhe transmitem de viva voz os próprios contendores, dando-lhe, igualmente, o ensejo de presidir a coleta do material probatório com base no qual haverá de fundamentar a futura decisão [...].

É imprescindível alertar que não basta a oralidade em si, ou a prioridade desta com relação à palavra escrita. Tal situação não gera uma qualidade ao processo civil. Tem-se a necessidade de comunicação entre as partes e o magistrado, já que, impondo-se esse contato, o julgador verificará, diretamente, os fatos apresentados, podendo avaliar essa transmissão oral, mais clara e verdadeira do que a crua palavra escrita, para melhor fundamentação de futura decisão.

O princípio da oralidade guarda importante relação com à prova testemunhal, já que diversos elementos, no depoimento da testemunha, poderão ser observados diretamente pelo magistrado. Nessa situação, ele poderá justificar e dar o valor necessário à cada afirmação prestada pelas testemunhas, bem como fatos provados por outros meios. Tal análise será realizada em capítulo subsequente.

É no mesmo sentido que escreve Arruda Alvim (2011, p. 948) ao ditar que “o mais correto é falar-se em adoção do princípio da oralidade, no sentido do seu predomínio sobre o princípio da forma escrita. Razão essa de falar-se, usualmente, em *processo misto, com predomínio da oralidade*”. É extremamente importante tal alerta de que há predomínio da oralidade em relação à forma escrita, e não total superioridade. Há também a necessidade da forma escrita para outros meios e situações, sendo este o motivo para se falar em processo misto, contendo tanto a oralidade quanto à forma escrita, mas com predominância, quando possível, daquela.

2.4.4 Princípio da imediatidade

Escreve Arruda Alvim (2011, p. 951) que tal princípio é entendido como a “necessidade de o juiz colher as provas imediatamente, junto às partes e testemunhas, e receber os esclarecimentos o perito e dos assistentes técnicos, ou seja, que deve fazê-lo pessoalmente”. Possuindo ligação com o princípio da oralidade, o princípio da imediatidade estabelece que o magistrado deverá colher as provas ele mesmo, de forma direta, imediata, tanto quanto às partes, quanto às testemunhas, peritos e assistentes técnicos, realizando-se tal colheita de forma pessoal.

Tal situação está expressamente prevista no Código de Processo Civil de 1973 no artigo 446, inciso II ao determinar que “compete ao juiz em especial [...] proceder direta e pessoalmente à colheita de provas”. Ao estabelecer algumas providências relativas à audiência, o Código de Processo Civil expressamente previu a necessidade de colheita direta e pessoal das provas pelo magistrado.

Uma advertência é levantada por Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 280) ao escrever que:

Não que as partes, sempre por intermédio de seus advogados, não possam dirigir perguntas umas às outras, às testemunhas ou ao perito judicial. É que, para o direito brasileiro, a “mediação” é tão intensa que estas questões são feitas sempre por intermédio do magistrado. É por isso o uso frequente do verbo “reperguntar” para descrever o ato de o juiz formular às testemunhas, por exemplo, a pergunta feita originalmente pelo advogado de uma das partes. A prática é digna de destaque porque o magistrado ao ouvir previamente a pergunta a ser respondida pela parte, pela testemunha, ou pelo perito tem condições de decidir sobre sua relevância e sobre sua pertinência, evitando, com isto, desperdício de atividade jurisdicional.

Verifica-se que o princípio da imediatidade não proíbe eventuais perguntas pela parte, por meio de seu advogado, à outra parte, ao perito, ou até mesmo, às testemunhas. Entretanto, a mediação é tão presente, que estas perguntas serão sempre feitas pelo magistrado. Esta é a figura da repergunta: a formulação da pergunta é realizada pelo juiz, e não pela própria parte. Tal situação permite ao magistrado decidir sobre a pertinência ou relevância da questão apresentada pelas partes, evitando-se desperdício durante a atividade de jurisdição.

Mudanças poderão atingir esse princípio com base na modificação extensiva nesta questão realizada pelo novo Código de Processo Civil. A figura da chamada inquirição indireta por meio do magistrado, qual seja, a presença da mediação pelo magistrado gerando as reperguntas, poderá ser substituída pela inquirição direta, já presente no Código de Processo Penal. Nesta situação, as partes, por intermédio de seus advogados, realizam a pergunta diretamente. Esta possível modificação será analisada de forma mais específica posteriormente.

2.4.5 Princípio da identidade física do juiz

Trata-se de princípio diretamente ligado aos princípios da oralidade e da imediatidade e, entende Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 279) que “o juiz que colhe as provas orais e coordena os trabalhos desenvolvidos em audiência em que as provas, se não na sua integralidade, mas na sua maioria, são colhidas, profira sentença, isto é, decida”. Como decorrência da prioridade da oralidade, e a necessidade da imediatidade do magistrado na colheita da prova, verifica-se o princípio da identidade física do juiz, vinculando o julgador que colheu as provas e coordenou a audiência ao julgamento na sentença.

A seguinte comparação é realizada por Ovídio Araújo Baptista da Silva (2003, p. 68) ao relacionar este princípio com os já mencionados princípios da oralidade e da imediatidade:

Ora, se a oralidade, como se viu, tem por fim capacitar o julgador para uma avaliação pessoal e direta não só do litígio mas da forma como as partes procuram prová-lo no processo, não teria sentido que o juiz a quem incumbisse prolatar a sentença fosse outra pessoa, diversa daquela que tivera esse contato pessoal com a causa.

Se a oralidade tem como finalidade possibilitar ao julgador uma melhor avaliação, sendo esta direta e imediata, não há sentido de o julgador ser pessoa diversa daquela que teve contato com a causa, os fatos e, principalmente, com a produção de provas realizadas no processo.

Há um limite de incidência de tal princípio, conforme Arruda Alvim (2011, p.949), “no caso de o juiz ser convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, desde que esteja em meio à instrução da causa

em audiência”. Não há como vincular totalmente o magistrado que colheu as provas ao proferir sentença e naquele processo, já que poderão ocorrer situações que o afastarão da atividade jurisdicional, tais como: convocação, afastamento, promoção ou aposentadoria.

Foi exatamente nesse sentido que a Lei 8.637/1993 alterou o artigo 132 do Código de Processo Civil vigente para prever que:

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. (Redação dada pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993)
Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. (Incluído pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993)

A previsão do Código de Processo Civil demonstra exatamente o limite de incidência deste princípio, elencando situações em que se excetua a sua aplicação, inclusive com uma cláusula aberta de afastamento por qualquer motivo. Tal previsão já existia antes da modificação, entretanto, com a presença de cláusula aberta, passou a ser rol exemplificativo de situações de exceção.

2.4.6 Princípio de concentração

Pelo princípio em questão, conforme escreve Arruda Alvim (2011, p. 251), “os atos processuais, particularmente os relativos à instrução oral, devem ser o mais proximamente realizados uns dos outros, e, sendo possível, dever-se-á realizar toda a instrução oral numa só audiência”. Deve-se haver uma concentração dos atos processuais, sendo estes realizados o mais próximo possível dos outros e, se possível, ter toda a instrução oral realizada em uma audiência única.

É neste sentido o que prevê o artigo 455 do Código de Processo Civil vigente ao estabelecer que “a audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo”. O Código de Processo Civil, no artigo em questão, prevê uma audiência una e contínua, sendo que, se necessário, haverá prosseguimento no dia subsequente.

Este princípio guarda relação com o princípio da oralidade, já que, conforme Ovídio Araújo Baptista da Silva (2003, p. 68), para que os efeitos desejados da oralidade ocorram, “torna-se necessária a redução processual a um número mínimo de audiências, se possível a uma única audiência, onde se façam, desde logo, a instrução da causa e seu julgamento”. Novamente o princípio da oralidade demonstra sua necessidade dentro do processo civil brasileiro, sendo que, para que seus efeitos ocorram da maneira desejada, é importante a realização de única audiência.

A motivação pela previsão desta normatização, e consequente princípio no ordenamento, é explicitada por Ovídio Araújo Baptista da Silva (2003, p. 68), ao esclarecer questões acerca do tempo transcorrido no processo:

A proximidade temporal entre aquilo que o juiz apreendeu, por sua observação pessoal, e o momento em que deverá avaliá-lo na sentença é elemento decisivo para a preservação das vantagens do princípio, pois um intervalo de tempo excessivo entre a audiência e o julgamento certamente tornará difícil ao julgador conservar, com nitidez, na memória os elementos que o tenham impressionado na recepção da prova, fruto de sua observação pessoal, sujeita a desaparecer com o passar do tempo.

É demonstrada a necessidade de aproximação temporal entre o que o magistrado constatou na audiência, durante, inclusive a produção de prova, para que o juiz possa lembrar nitidamente os elementos constatados e que possam influenciar no proferir da sentença. Caso tempo excessivo passe entre esse período, certas situações e constatações podem desaparecer da memória.

Há também correlação com os princípios da imediatidade e da identidade física do juiz, princípios estes que, na verdade, guardam relação com o princípio da oralidade, já que, conforme Arruda Alvim (2011, p. 951):

[...] mesmo havendo imediatidade na colheita da prova pelo juiz, e que seja ele mesmo o que venha a decidir (princípio da identidade física), se se realizarem audiências, umas distantes das outras, é bem provável que ele se esqueça de circunstâncias que tenha envolvido a colheita da prova oral, praticamente irreduzíveis à documentação, o que diminuirá a alta utilidade da prova colhida imediatamente por esse magistrado.

É no mesmo sentido que se faz essa correlação com os princípios da imediatidade e da identidade física do juiz: mesmo que tais princípios sejam seguidos de forma correta e exata, caso diversas audiências sejam realizadas, com

distância considerável entre elas, é muito provável que diversas constatações e circunstâncias, principalmente no tocante à prova oral, sejam esquecidas, o que diminuirá a utilidade da sua colheita imediata pelo magistrado e manutenção deste mesmo julgador durante o transcorrer do processo.

2.4.7 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório, ou também chamado de princípio da audiência bilateral, escreve Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 105), determina que “não pode o juiz decidir sobre uma pretensão se não é ouvida, ou citada, a parte contra a qual em face da qual é proposta. Ao ataque do autor deverá suceder a defesa do réu”. Sendo assim, pelo princípio do contraditório, não pode haver decisão por parte do julgador sem que a outra parte seja citada ou ouvida. Em regra, é necessária a defesa do réu após o ataque do autor.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 31) entende que o contraditório “consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégios, de qualquer sorte”. Verifica-se a necessidade de que as partes sejam ouvidas antes de ser proferida a decisão, sendo garantido o direito de defesa, bem como o direito de se pronunciar durante o processo. Não poderá haver qualquer tipo de privilégio a cada uma das partes.

Entende Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 105) que “no princípio do contraditório se agasalha o direito de defesa, de natureza constitucional (Const. Federal, art. 5º, LV), e segundo o qual ninguém pode ser julgado sem ser ouvido”. Juntamente com o princípio do contraditório, de acordo, inclusive com situações já mencionadas anteriormente, advém o próprio direito de defesa, este previsto constitucionalmente.

A previsão constitucional mencionada, qual seja o artigo 5º, LV, garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A Constituição Federal demonstra o direito de defesa ao garantir às partes o próprio contraditório, bem como a ampla defesa, e todos os meios e

recursos que forem necessários. Cria-se a situação de que ninguém poderá ser julgado, sem que seja ouvido, sendo a defesa imprescindível dentro do processo, para que esteja de acordo com a própria Constituição Federal e o ordenamento jurídico como um todo.

O seguinte alerta é realizado por Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 32) com relação ao destinatário da garantia do contraditório prevista constitucionalmente: “não pode o juiz conduzir o processo sem respeitar o contraditório; à parte, entretanto, cabe a liberdade de exercitá-lo ou não, segundo seu puro alvedrio. Ninguém é obrigado a defender-se”. O direito de defesa é, assim, disponível. Caberá ao magistrado apenas garantir a possibilidade de se exercer o direito de defesa, ou seja, caberá a oportunidade e liberdade de exercício do contraditório por meio do direito de defesa. Ninguém está obrigado a se defender.

Verifica-se também, conforme Ovídio Araújo Baptista da Silva (2003, p. 71), que “para a completa realização do princípio do contraditório, é mister que a lei assegure a efetiva igualdade das partes no processo, não bastando a formal e retórica igualdade de oportunidades”. Para a completa realização do contraditório dentro do processo, bem como na produção de provas, é necessária igualdade de condições entre as partes, não sendo apenas uma igualdade formal de oportunidades. As condições igualitárias entre as partes precisam ser garantidas pelo magistrado para que todo o processo corra de acordo, inclusive com o preconizado e previsto na Constituição Federal.

Tal principiologia está, inclusive, prevista no Código de Processo Civil e seu artigo 125: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento”. A igualdade de tratamento, qual seja, a igualdade de condições entre as partes está, conforme visto, prevista de forma expressa no Código de Processo Civil, refletindo exatamente o contraditório constitucional de forma infraconstitucional.

2.4.8 Princípio da necessidade da prova

Segundo o princípio da necessidade da prova, escreve Ovídio Araújo Baptista da Silva (2003, p. 344), “os fatos afirmados pelas partes não de ser

suficientemente provados no processo, não sendo legítimo que o juiz se valha de seu convencimento privado para dispensar a produção de prova”. É, de certa forma, uma consequência das regras previstas para o ônus da prova. Os fatos apresentados pelas partes precisam ser provados de forma suficiente no processo, não podendo o magistrado se utilizar de convencimento prévio e privado para poder dispensar a produção de prova requerida pela parte. Se a parte tem o ônus da prova, ela necessita provar de forma segura os fatos por ela alegados, não podendo o magistrado realizar, por este motivo, a dispensa da produção probatória.

Ainda quanto a este princípio, escreve ainda Ovídio Araújo Baptista da Silva (2003, p. 344) que existem preceitos latinos que dão sustentabilidade ao princípio da necessidade da prova:

[...] um deles afirma que o juiz só deve decidir com base nos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*); o outro declara que o que não está no processo não está no mundo (*quod non est in actis nos est in hoc mundo*).

Aqui é demonstrada ligação deste princípio com o princípio dispositivo. O magistrado somente poderá decidir com fulcro nos fatos que foram alegados e provados pelas partes, bem como que seu convencimento e conhecimento prévio e privado não podem influenciar o julgamento, já que a produção probatória e as informações precisam estar no processo para possuírem validade.

2.4.9 Princípio do livre convencimento motivado

Este princípio tem sua construção com base no artigo 131 do Código de Processo Civil vigente que determina que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. O magistrado possui liberdade para apreciar a prova, desde que atenda aos fatos constantes no processo, mesmo que não sejam alegados pela parte. Entretanto, deverá demonstrar na sentença, a motivação que formou seu convencimento e consequente decisão. A presença desse princípio possibilita uma condizente motivação de acordo com o ordenamento jurídico atual.

Sendo assim, escreve Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 108) que “ao juiz é concedido o poder de formar livremente a sua convicção quanto à verdade emergente dos fatos constantes dos autos”. O magistrado, conforme já mencionado, possui o poder de formação livre quanto à convicção da verdade dos fatos que estiverem nos autos. É necessário que tais fatos estejam constantes nos autos para haver uma motivação em seu convencimento de acordo com outros princípios já mencionados, como o princípio dispositivo.

Entretanto, conforme Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 280), “a liberdade do juiz ao apreciar as provas não pode significar que não há o correlato dever de justificar as razões de seu convencimento”. A liberdade do magistrado para apreciação probatória não significa, no entanto, que ele poderá decidir da forma que bem quiser. Tal decisão e convencimento deverá ser justificado e demonstrado na própria sentença.

No mesmo sentido, alerta Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 108) que esta “liberdade de convencimento não equivale a convencimento arbitrário”. Não significa que, por possuir essa liberdade de convencimento, que o magistrado poderá se convencer da forma que lhe bem entender, decidindo e sentenciando de forma arbitrária. Deverá haver referência aos preceitos presentes no próprio artigo 131 do Código de Processo Civil, qual seja, deverá ser uma decisão motivada e baseada na própria produção probatória dos fatos constantes no processo.

2.4.10 Princípio da aquisição da prova

Dentre diversos princípios, o princípio da aquisição da prova, embora de simples entendimento, está relacionado ao destinatário real da prova. Segundo Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 280), “trata-se de princípio segundo o qual é irrelevante quem tenha sido aquele que produziu a prova em juízo que passa a pertencer ao próprio processo, longe da disponibilidade ou dos interesses das partes ou de eventuais terceiros”. Quando a prova é produzida em juízo, segundo esse princípio, não importa quem a produziu, passando a pertencer ao processo, sem interesse da parte que a produziu, da parte contrária ou até mesmo de terceiros que possam integrar o processo.

Referenciar este princípio, ainda conforme Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 280) é realizar a seguinte constatação com relação ao destinatário da prova:

[...] é dizer, a prova, porque destinada ao juízo e ao próprio juiz, deve ser considerada, analisada e avaliada independentemente de quem a produziu em juízo e, em última análise, pode, até mesmo, acabar por prejudicar quem a trouxe para o plano do processo, isto é, quem a produziu.

Como o destinatário da prova é o juízo e o magistrado em si, ela deve ser considerada de forma independente de quem a produziu, inclusive podendo prejudicar a própria parte que a trouxe para o processo, ou seja, quem realmente realizou a produção da prova.

2.5 Verdade e Prova

Existe uma profunda ligação entre a verdade e a prova, e consequente produção probatória, dentro do processo brasileiro. É imprescindível que essa ligação, e principalmente a verdade em si, seja analisada. O processo não pode ser refém de situações que não condizem com os fatos apresentados perante o Poder Judiciário com a finalidade de efetivação da justiça.

Tal necessidade de justiça é mencionada por Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 484) ao relacionar com os interesses processuais:

A realização da justiça é um dos objetivos primaciais do Estado moderno. O poder de promover-la inscreve-se entre os atributos da soberania. Acima dos interesses particulares das partes, há um interesse superior, de ordem pública, na justa composição da lide e na prevalência da vontade concreta de lei, como desígnios indissociáveis do ideal da manutenção da paz social e do império da ordem jurídica.

O Estado precisa garantir a efetividade da justiça e sua consequente realização. Tal necessidade está intimamente ligada à soberania do próprio Estado garantida pela Constituição Federal e pelos preceitos do Direito Internacional. Há um interesse além dos interesses de cada parte, principalmente dentro do processo, de que haja um preavalecimento do ordenamento jurídico para manutenção da ordem e paz social, com especial atenção à justiça.

Tal imposição que o Estado apresenta pode ser realizada através do próprio ordenamento jurídico, por exemplo. Por este prisma, a análise pode ser iniciada verificando-se o artigo 339 do Código de Processo Civil de 1973 ao estabelecer que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Aqui, o Estado, por meio do legislador, prevê a importância da verdade dentro dos preceitos do próprio ordenamento, realizando a imposição do dever de colaboração daqueles que participam, direta ou indiretamente, para obtenção do resultado.

Ao analisar o artigo 339, Pontes de Miranda (1997, p. 296) traz a seguinte observação quanto ao dever de verdade:

[...] no campo do Direito, logo percebemos que há o dever de verdade, que supõe esteja na mente do legislador, para que a lei faça o bem social, o dever de verdade de quem interpreta as leis e o dever de verdade de quem as tem de aplicar.

O dever de verdade que o legislador explicitamente coloca no artigo do Código de Processo Civil tem o objetivo que a lei atinja seu valor social está presente, bem como inclui-se também o dever de verdade daqueles que realizam o trabalho de interpretação e aplicação destes textos normativos.

Ainda com base no artigo em questão, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 484) escreve que “trata-se de sujeição que atinge não apenas às partes, mas a todos que tenham entrado em contato com os fatos relevantes para a solução do litígio”. Verifica-se a presença desse dever de verdade para com todos aqueles que possuem ligação ou contato com os fatos relacionados dentro do processo.

A relação da própria verdade para com o processo é levantada e apresentada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 26) ao escreverem:

[...] a descoberta da verdade sempre foi indispensável para o processo. Na realidade, esse é considerado como um dos seus principais objetivos. Por meio do processo (especialmente aquele de conhecimento), o juiz descobre a verdade sobre os fatos, aplicando a esses a norma apropriada. O chamado “juízo de subsunção” representa essa ideia: tomar o fato ocorrido no mundo físico e a ele dar a regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico.

A verdade, e sua conseqüente demonstração dentro do processo, sempre foi indispensável, sendo um dos objetivos principais desta movimentação

processual. Pelo próprio processo, é apresentada e descoberta a verdade, cabendo ao magistrado aplicar as normas que estão conectadas e relacionadas aos fatos demonstrados. Trata-se do próprio juízo de subsunção, qual seja, com base nos fatos ocorridos, são relacionadas regras abstratamente previstas no ordenamento.

Sendo assim, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 28) levantam a situação da verdade ser encarada como pressuposto de legitimação das decisões judiciais:

Realmente, seria difícil legitimar as decisões judiciais caso não tivessem como pressuposto a reconstrução dos fatos sobre os quais incidem. Afinal, como fazer o cidadão crer na legitimidade das decisões se essas não declarassem que a hipótese, sobre a qual a norma incide, configurou-se na realidade?

Aí está a raiz de toda a relevância, para a doutrina processual, da verdade substancial. Eis a função primordial do processo: conhecer (*cognoscere*); e essa é a matriz legitimante de toda a atividade jurisdicional.

É presente na doutrina processual brasileira a necessidade e relevância da verdade substancial ser revelada durante a produção probatória durante o processo. Tal presença seria com a finalidade de legitimação da própria decisão judicial, já que estaria de acordo com o real acontecimento do mundo fático. Verifica-se, também, que esta seria a função principal de todo o processo: o próprio conhecer, legitimando a atividade jurisdicional num todo.

Uma dessas relações da verdade para com relação à prova, e conseqüente relação ao processo, é apresentada por Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 472) ao escrever sobre a verdadeira meta da produção probatória:

Não é raro a parte produzir um grande volume de instrumentos probatórios (documentos, perícia, testemunhas etc.) e mesmo assim a sentença julgar improcedente o seu pedido “por falta de prova”. De fato, quando o litigante não convence o juiz da veracidade dos fatos alegados, prova não houve, em sentido jurídico: houve apenas apresentação de elementos com que se pretendia provar, sem, entretanto, atingir a verdadeira meta da prova – o convencimento do juiz.

Mesmo com uma quantidade ampla de produção probatória por meio de diversos instrumentos, como a prova documentação, pericial ou, até mesmo, testemunhal, há a possibilidade do pedido apresentado por uma das partes será julgado improcedente pela falta de prova. A verdadeira meta da produção da probatória, qual seja, da própria prova, é o convencimento do magistrado. Se não

houver convencimento deste quanto ao acontecimento dos fatos apresentados, não haveria real produção de prova, juridicamente falando.

É exatamente nesse sentido que escreve Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 371) ao apresentar que “para o juiz, não bastam as afirmações de fatos, mas impõe-se a demonstração da sua existência, ou inexistência. Por outras palavras, o juiz quer e precisa saber da verdade em relação aos fatos afirmados pelos litigantes”. Não basta apenas afirmar que os fatos ocorreram ou não, mas sim demonstrar a veracidade de tais alegações por meio da produção das provas dentro do processo. A verdade tem ligação com a própria prova, e tem sua importância dentro dos objetivos processuais.

Complementa Arruda Alvim (2011, p. 932) ao escrever que “a verdade, no processo, deve ser sempre buscada pelo juiz, mas o legislador, embora se preocupe com a busca da verdade, não a coloca como um fim absoluto em si mesmo”. O legislador não colocou essa busca da verdade como um fim em si mesmo, ou seja, essa procura da verdade não deve ser encarada como uma simples busca pela verdade, sem qualquer outro motivo atrelado.

São necessárias considerações acerca da verossimilhança e sua relação com a verdade e com a própria prova. Lembram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 38) que para que seja atingido o “conceito de verossimilhança, Calamandrei se vale da ideia de máxima de experiência. Partindo desse conceito, estabelece a noção de que verossimilhança é uma ideia que se atinge a partir daquilo que normalmente acontece”. Conforme o conceito apresentado por Calamandrei, os autores demonstram que a verossimilhança está ligada com as máximas de experiência, ou seja, com o que normalmente acontece.

Utilizando-se do conceito acima, para explicar a verossimilhança, Eduardo Cambi (2001, p. 58) relacionada esta com a produção da prova:

O juízo de verossimilhança é formulado com base no conhecimento que o juiz tem, antes da produção da prova, estando baseado na mera alegação do fato e fundado em uma máxima de experiência, isto é, na frequência com que fatos do tipo daquele alegado acontecem na realidade. Portanto, é um juízo genérico e abstrato sobre a existência do fato típico, formulado sob o critério da normalidade.

Sendo assim, a verossimilhança está ligada ao conhecimento prévio do magistrado, antes mesmo da produção probatória dentro do processo, baseando-se

somente naquilo que comumente ocorre em situações semelhante, ou seja, com base em máxima de experiência. Trata-se de um juízo abstrato e genérico quanto à ocorrência dos fatos, baseando, basicamente, na normalidade.

Continua Eduardo Cambi (2001, p. 60) ao escrever que tal verossimilhança “é uma simples hipótese que serve como ponto de partida para as investigações, não constituindo um elemento probatório nem tampouco se confundindo com a verdade”. Não poderá o juízo de verossimilhança ser utilizado como elemento probatório, nem mesmo pode ser confundido com a verdade, trata-se de uma hipótese que pode servir como um começo para as investigações a serem realizadas, para a produção da prova.

Compara, então, Eduardo Cambi (2001, p. 67) o juízo de verossimilhança ao juízo de verdade:

O que Calamandrei pretendia [...] era evitar a busca, não razoável, de uma verdade absoluta, não afirmar [...] que todo juízo de verossimilhança é um juízo de verdade. Caso contrário, o juiz estaria legitimado a dar razão a uma das partes mesmo sem qualquer tentativa de conhecer todos os aspectos relevantes da causa. O direito à prova é, nesse sentido, um modo de assegurar a liberdade, porque permite que as partes tenham todas as oportunidades de convencer o juiz de que têm razão e, por outro lado, exige que o juiz valora as provas produzidas, explicando quem o convenceu e por que o fez.

A verdade absoluta não deve ser buscada de todo o modo. Não deve ela ser o objetivo principal dentro do processo. Nem todo juízo de verossimilhança será um juízo de verdade. Se assim o fosse, o magistrado não precisaria conhecer todos os aspectos apresentados pelas partes, nem mesmo a própria produção probatória seria necessária.

O direito à prova é encarado, então, como forma de garantir a liberdade dentro do processo, já que permite às partes tentar convencer o juiz de que sua posição está correta, bem como exige que o magistrado tenha que valorar as provas produzidas, motivando suas decisões. Há direta ligação ao princípio, já apresentado, do livre convencimento motivado.

Ao realizar comparações entre o processo civil e o processo penal, escrevem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 30) que “sustentava-se que o processo penal trabalhava com a verdade substancial, ao passo que o processo civil satisfazia com a verdade formal”. Há um entendimento

presente na doutrina brasileira, que o processo penal necessita da verdade substancial, esta que determinaria a reconstrução real dos fatos apresentados. Já o processo civil, necessitaria apenas de uma verdade formal acerca dos fatos.

Para definir a verdade formal, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 31) elencam que:

O conceito de verdade formal identifica-se muito mais com uma “ficção” da verdade. Obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa, considerando o resultado obtido como verdade – mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame.

A verdade formal poderia ser encarada como uma “irrealidade” da verdade. Se as regras determinadas pelo Código de Processo Civil fossem seguidas, como o ônus da prova, e ultrapassada toda a fase instrutória, o juiz deveria encarar os fatos apresentados pelas partes como a reconstrução completa e real destes fatos, considerando este resultado como verdade. Tal situação se manteria, mesmo que sabido que tal resultado guarda poucas relações com a verdade do caso concreto.

É nesse sentido Arruda Alvim (2011, p. 933) ao escrever que “a ordem jurídica convive e alberga decisões menos exatas (não desejáveis, mas toleráveis) quanto à apreciação da prova, ou seja, quanto à 'verdade' (inexata verdade) apurada”. Poderia o ordenamento jurídico suportar, dentro do processo civil, com decisões não exatas com realização à verdade e a produção da prova. Ou seja, não estaria totalmente de acordo com o que a realidade fática foi, já que não pode ser comprovada perante a produção probatória. Essa é a figura da verdade formal.

Entretanto, alerta Arruda Alvim (2011, p. 933) que a situação será diferente quando se tratar de bens indisponíveis. Diante destes, “procura-se, de forma mais acentuada, fazer com que, o quanto possível o resultado obtido no processo (verdade formal) seja o mais aproximado da verdade material, que se pretende fielmente retratar no processo”. Mesmo quando se aceita a verdade formal, principalmente quando se tratar dos bens indisponíveis, o resultado da produção probatória deve ser o mais próximo o possível da verdade substancial dos fatos, ou seja, deve ser o mais fiel possível, afastando-se do conceito apresentado para a verdade formal.

É exatamente nesse sentido o entendimento do STJ já em 1995 ao julgar Recurso Especial 43.467/MG que trata de direitos indisponíveis, sendo no caso, relacionado ao Direito de Família:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHAS. POSSIBILIDADE. DIREITO INDISPONÍVEL. ART. 130, CPC. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. HERMENÊUTICA. PRECENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I – Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses do menor.

II – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

III – Tem o julgador iniciativa probatória quanto presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgar, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

Tal decisão guarda firme relação com a busca da verdade. Há aqui um rompimento do princípio dispositivo, havendo uma prioridade ao princípio inquisitivo, como no caso em que direitos indisponíveis estão em discussão. Entretanto, não poderá o magistrado decidir desmedidamente, devendo haver respeito ao livre convencimento motivado, sendo que este guarda relação com o princípio do contraditório. Tal alteração no entendimento acerca dos poderes dos juízes dentro da produção da prova já foi explicitado quando tratados os princípios em questão.

Quanto à esta questão, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 30) apresentam os seguintes argumentos:

A doutrina moderna busca ampliar os poderes do juiz na instrução da causa, sob a bandeira de que o processo é instrumento público que deve buscar a verdade sobre os fatos investigados. Ao se autorizar que o juiz determine, de ofício, a produção de provas – suprindo, pois a atividade que competiria primariamente às partes –, novamente pretende-se dar ênfase à busca da verdade substancial, trazida como dogma para o direito processual.

O argumento apresentado é no sentido de que, como é instrumento público, o processo deve apresentar a verdade dos fatos. Ao permitir o magistrado determinar produção probatória de ofício, suprindo atividade primária das partes, dá-

se prioridade à busca da verdade absoluta ou substancial. Esta está cada mais presente no entendimento da doutrina e na jurisprudência.

Eduardo Cambi (2001, p. 68) alerta que “devem-se evitar os excessos nocivos que poderiam derivar da busca de uma verdade absoluta, uma vez que qualquer mecanismo humano, destinado a estabelecer um juízo histórico sobre os fatos, é falível e não daria conta de toda a verdade”. A busca de uma verdade absoluta dos fatos pode levar a excessos nocivos ao processo. Qualquer estrutura humana com finalidade de estabelecer a verdade dos fatos não é infalível, não sendo possível resgatar toda a verdade condizente com os fatos.

Entretanto, escreve ainda Eduardo Cambi (2001, p. 70) que “a impossibilidade de obter a verdade absoluta não deve implicar a exclusão da busca da verdade entre os objetivos do processo”. Essa impossibilidade de obtenção da verdade chamada de absoluta ou substancial, não deve impedir a busca da verdade como um dos objetivos do processo. Mesmo que a realidade completa dos fatos não possa ser obtida, esta busca da verdade deve ser realizada para obtenção de todos os objetivos do processo.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 32) alertam para quanto à diferenciação da verdade formal e substancial dentro da doutrina moderna do direito processual:

Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objetos da relação jurídica processo penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil.

Cada vez mais, a discussão entre as duas situações de verdade perde força. A doutrina moderna processual vem criticando tal conceituação ao concluir que o objeto da relação jurídica processual penal não tem qualquer particularidade que autorize uma forma de reconstrução dos fatos diferente do adotado pelo processo civil.

Com base das provas admissíveis no ordenamento jurídico, tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional, deve-se obter a melhor verdade que for possível. Quanto mais abrangente for a investigação destes fatos

apresentados pelas partes, o conhecimento destes, e conseqüentemente, a verdade será o mais próximo da realidade. Obtendo essa verdade, justa será a decisão que terá estes fatos como fundamento. Se o Estado possui como tarefa pronunciar as sentenças mais justas possíveis, essa investigação dos fatos deve ser consumada com a garantia do direito à prova.

Sendo assim, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 47) escrevem que é extremamente importante ao processo que haja argumentação colaborada:

[...] tem-se uma construção da verdade, legitimidade pelo procedimento adotado, que deve ser o de uma argumentação em colaboração (não em conflitualidade). As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito diálogo, na tentativa de construir (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação ao caso submetido ao Judiciário. Portanto, assume relevante papel dessa ordem a noção e a extensão do contraditório. É esse elemento a válvula reguladora que permitirá estabelecer o nível da argumentação dialética e, conseqüentemente, a legitimação da construção da verdade.

Para a construção da verdade dentro do processo, legitimada pelo procedimento, deve ser utilizada uma argumentação colaborada entre todos aqueles que entraram em contato com a produção probatória. As versões e visões das partes, geralmente parciais, somando-se a um papel mais ativo do magistrado, atualmente permitido pela jurisprudência e pela doutrina, em diálogo, construirão a melhor verdade que for possível para aplicação ao caso concreto. Tem-se o contraditório altamente presente nessa situação de construção da verdade. É por meio dele que será possível regular o nível da argumentação entre todos e, finalmente, permitir a legitimidade nessa construção da verdade dos fatos.

Concluem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 49) ao relacionar à verdade ao processo moderno:

A doutrina processo precisa superar sua visão ontológica a respeito da verdade. Somente assim poderá aceitar reformas profundas nos axiomas processuais, a fim de garantir a efetividade do processo. É preciso convencer os processualistas de que a descoberta da verdade é mito e que o processo trabalha (e sempre trabalhou, embora veladamente) com a verossimilhança e com a argumentação.

É preciso superar essa visão centrada da verdade. A busca pela verdade substancial, ou a busca da verdade por si só, precisa ser modificada por

meio de reformas profundas nas máximas processuais para garantir a efetividade de todo o processo. Descobrir a verdade substancial seria um completo mito, e o processo precisa trabalhar com uma mistura da verossimilhança, ou seja, aquilo que normalmente acontece, e a própria argumentação trabalhada no contraditório.

3 PROVA TESTEMUNHAL

Após expor e detalhar a prova em si, analisar a prova testemunhal, sua evolução histórica, seu conceito e suas características é imprescindível para compreender as mudanças que o novo Código de Processo Civil irá realizar ao meio de prova em questão. Tal análise restará imprescindível para que as mudanças sejam melhor entendidas.

3.1 Breve Evolução Histórica

Com o escopo de melhorar a compreensão acerca da prova testemunhal, e antes mesmo de estabelecer conceitos desta, é necessária uma breve análise da evolução histórica de tal modalidade de prova, demonstrando a influência do histórico da produção da prova testemunhal para a concepção desta no direito processual moderno.

Conforme escreve José Carlos G. Xavier de Aquino (2002, p. 3), a noção de prova já estava presente nos povos antigos:

[...] os povos antigos, mesmo aqueles de civilização mais rudimentar, possuíam certa noção de prova. Contudo, nessa época, predominava a chamada prova mística, que sujeitava os acusados a determinados processos bárbaros e desumanos. Tais processos recorriam ao juízo dos deuses para a indicação do culpado. Para tanto, os suspeitos tinham de suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, provariam sua inocência. Esse meio primitivo de prova denominava-se “ordália”.

Estes povos antigos, mesmo aqueles advindos de civilizações rudimentares, precisavam de ter noção da prova, para o mínimo de organização societária ocorresse. O histórico da prova testemunhal remonta a própria história da prova. Conforme verificado quando um breve histórico da prova em si foi relatado, o início da questão probatória foi com as ordálias. Estas eram um meio de prova que guardava relação com à religião. Tratava-se de processos cruéis que significavam o juízo dos próprios deuses para indicação e qualificação do culpado. Se aquele suportasse o sofrimento, eram os deuses indicando a sua inocência.

Devido a tais meios primitivos de prova, escreve Jayme de Altavila (1967, p. 13) que a prova testemunhal em seu início não estava relacionada à ordem civil:

É possível [...] que os primeiros depoimentos não fôssem de ordem civil. A brutalidade da vida, quase primitiva, ainda restringia de certo modo os interesses comuns. [...] Porém o argumento da força não era mais um argumento consagrado pela sociedade que se erigira através da experiência. Assim, as primeiras testemunhas talvez depuseram em esclarecimento de um crime, perpetrado pelo desejo da apropriação de um objeto, ou pela disputa de uma companheira.

Devido ao modo de vida primitivo e quase brutal daquele momento histórico, os primeiros momentos de depoimento, ou seja, os primeiros momentos em que situações similares à prova testemunhal despontaram não tinham ligação com a ordem civil. Tal modo de vida impedia que houvesse interesses comuns a serem disputados e defendidos. Entende-se, então, que os primeiros depoimentos das primeiras testemunhas estariam relacionados à questão criminal, à vontade de se apropriar de uma coisa, ou à disputa por uma companheira.

Posteriormente, Eloah Carone Costa Felizardo (2002, p. 201) analisa como a prova testemunhal, ou o início dela, funcionava no Egito Antigo:

No Egito, por exemplo, existia o Livro dos Mortos, um formulário religioso de tamanha relevância que as múmias levavam um exemplar em seu sarcófago. Nele se continha, então, a defesa que a alma teria que proclamar perante o Tribunal de Osíris.

Havia total ligação entre a questão da prova testemunhal e a religião do Egito Antigo. As múmias levavam consigo o chamado Livro dos Mortos, sendo que neste constava a defesa que a alma deveria utilizar perante o Tribunal após a morte.

Acrescenta Jayme de Altavila (1967, p. 17) que no Livro dos Mortos estava escrita “essa asserção de maior importância para sua absolvição: Não menti no Tribunal”. Há uma profunda ligação também com a punição ao falso testemunho. Proferir tal falso testemunho, ou seja, mentir perante o Tribunal seria punido no pós-vida pelos deuses.

Continua Jayme de Altavila (1967, p. 19) ao determinar que a alma “tinha que ajustar contas, na eternidade, perante Osíris, sobre a veracidade dos seus depoimentos prestados aqui na Terra”. Mais uma vez é demonstrada a relação

que acreditava se ter o testemunho com a religião naquele período histórico. O proferimento de falso testemunho seria punido perante os seus deuses no chamado Tribunal de Osíris.

Quanto a outro período histórico, Eloah Carone Costa Felizardo (2002, p. 202) escreve que “durante a época de Hamurabi (2067-2025 a.C.), baseado em antigas leis semitas e sumerianas foi criado o Código de Hamurabi”. Durante a época de Hamurábi, foi criado um Código baseado em antigas normatizações.

Para explicar esse período escreve José Carlos G. Xavier de Aquino (2002, p. 4) que “na Babilônia, aquele que acusasse e não provasse a culpabilidade do imputado [...] sofria a mesma pena que a este seria infligida, caso a acusação fosse verdadeira”. Na Babilônica, caso alguém acusasse, mas não conseguisse provar a culpabilidade daquele que acusou, a punição era simples: sofreria a mesma pena que o acusado receberia, se fosse a acusação verdadeira. Era uma forma de se punir o falso testemunho.

Amilcare Carletti (1986, p. 23) traz o artigo 3º do Código de Hamurábi: “Se alguém se apresenta num processo como testemunha para agravar a acusação, e não prova o que afirma, se se tratar de um processo que importe a pena de morte, aquele deverá ser morto”. Verifica-se equivalência entre a punição possível ao acusado e ao que comete o falso testemunho. Não podendo provar o que está afirmando, a testemunha receberá a mesma punição que levaria o acusado.

Para explicar sobre outro período histórico, José Carlos G. Xavier de Aquino (2002, p. 3) escreve que “através da Bíblia, na Palestina, verifica-se a presença da prova testemunhal como meio de atestar a realidade de um fato”. Em muitas situações, é presente na Bíblia a figura da prova testemunhal com a finalidade de atestar a veracidade de certos fatos.

Diversas passagens bíblicas demonstram a importância e presença da prova testemunhal dentro do contexto em questão. Tais como em Êxodo 20,16: “Não apresente testemunho falso contra o seu próximo”; Números 35,30: “Em casos de homicídio, o homicida será morto através do depoimento de testemunhas. Contudo, não basta uma testemunha para levar alguém à pena de morte”; Deuteronômio 19, 15: “Uma só testemunha não é suficiente contra alguém, seja qual for o caso de crime ou pecado. Em todo pecado que alguém tiver cometido, o processo será aberto pelo depoimento pessoal de duas ou três testemunhas” e Provérbios 14,5: “A

testemunha verdadeira não mente; a testemunha falsa respira mentiras”. Há constante preocupação com a ocorrência de falso testemunho, bem como previsões de punições para quem o cometer. É presente também a situação de não admissibilidade de testemunha única como comprovação do acontecimento de fatos.

Com relação à prova testemunhal na Índia, na época das Leis de Manu, Eloah Carone Costa Felizardo (2002, p. 203) escreve que:

Na Índia, as Leis de Manu (promulgadas entre 1300 e 800 a.C.) reserva, no Livro Oitavo, um item para o pronunciamento sobre a prova, sendo certo que, dos meios de prova admitidos àquela época, a testemunhal era, sem sombra de dúvidas, a que mais preocupou o Estatuto.

As Leis de Manu previam diversos pronunciamentos acerca da prova, sendo que, dentro dos meios de prova possíveis e admitidos naquele período, a prova testemunhal foi a mais abrangida demonstrando uma prioridade à esta.

Como exemplo destas diversas previsões, José Carlos G. Xavier de Aquino (2002, p. m5) traz que “o Código de Manu estabelecia que as testemunhas deveriam pertencer à mesma classe social do imputado”. Obedecendo às regras sociais indianas daquele período, as testemunhas deviam ser da mesma classe social do acusado para prestar seu testemunho.

É exatamente neste sentido que Amilcare Carletti (1986, p. 256) traz o artigo 54 do Código de Manu ao prever que:

Art. 54

Mulheres devem prestar testemunhos para mulheres; *Dvijā* da mesma classe para *Dvijās*; *Sudras* honestos para pessoas da classe servil; homens pertencentes às (sic) classes misturadas para os que nasceram nessas classes. Mas, se se trata de um fato acontecido nos aposentos inferiores ou em uma floresta, ou de um assassinato, aquele, quem quer que seja, que viu o fato, deve dar testemunho entre as duas partes.

Este artigo previa diversas situações similares acerca das classes sociais, bem como a previsão de que mulheres deveriam prestar testemunho para as mulheres. Previa também uma exceção a estas situações: se o acontecimento fosse em lugares escondidos, ermos, ou fosse relacionado a um assassinato, qualquer pessoa, qualquer que fosse, deveria dar testemunho.

Tratando do mesmo Código, José Carlos G. Xavier de Aquino (2002, p. 5) alertava que “se os fatos fossem presenciados por criança, ancião ou doente e

estes viessem a prestar testemunho, o seu depoimento deveria ser considerado fraco”. Sendo assim, fatos presenciados por pessoas em situação de fragilidade ou entendidas como frágeis, como crianças, idosos e doentes, ao proferir testemunho, esses depoimentos seriam considerados fracos.

Já no Direito Romano, César Fiuza (2002, p. 56) detalha algumas situações concernentes à prova testemunhal:

Todas as testemunhas tinham que comparecer em juízo, salvo as pessoas ilustres, como altos dignitários. Estes prestavam depoimento no local de sua conveniência.

A testemunha prestava juramento antes de depor. As partes podiam contraditá-la. As causas de impedimento e suspeição era, *mutantibus mutandis*, as mesmas de nosso Direito atual.

Só o magistrado dirigia as perguntas, assim como hoje, no processo brasileiro. O depoimento era tomado por escrito, integrando-se aos *acta*.

Assim como algumas regras presentes no Direito atual, em Roma as testemunhas deviam sempre comparecer em juízo, exceto pessoas importantes e ilustres daquela época, sendo que estas testemunhavam no local que melhor lhes conviesse. Havia também a figura do juramento antes do depoimento, a presença da contradita e diversas situações de suspeição e impedimento eram as mesmas do Direito atual. Outra situação presente era que o juiz quem realizava as perguntas às testemunhas, bem como que os depoimentos eram colocados na forma escrita.

Alerta José Carlos G. Xavier de Aquino (2002, p. 6) que “as mulheres, os escravos, os delinqüentes, os incapazes, as prostitutas e as crianças não podiam testemunhar”. Alguns sujeitos da sociedade romana não podiam testemunhar, não podendo ter o seu depoimento valor dentro do Direito Romano.

Entretanto, Benedicto Bernal Costa (1987, p. 20) anota que algumas modificações foram acontecendo dentro do Direito Romano:

Depois de Constantino em caso algum bastava o testemunho único: *testi unus, testi nullus*. Justiniano foi além; não se admite provar por testemunhas a quitação parcial ou integral da dívida documentada, salvo se as testemunhas, pessoas consideradas idôneas, em número de cinco, jurassem haver assistido o pagamento.

Após Constantino, não era possível o testemunho único de forma alguma. Justiniano diminuiu a força da prova testemunhal ao estabelecer que não era possível provar através da prova testemunhal a quitação, seja parcial ou integral,

de dívida que estivesse documentada, exceto que figurassem com testemunhas, cinco pessoas idôneas que fizessem juramento de ter assistido tal pagamento.

Com o passar do tempo, José Carlos G. Xavier de Aquino (2002, p. 6) lembra que “com o surgimento do Cristianismo, às mulheres e aos escravos foi outorgado o direito ao testemunho”. Com o advento do Cristianismo na história, e com base nos ensinamentos nesse pregados, foi concedido o direito de testemunhar aos escravos e às mulheres.

Benedicto Bernal Costa (1987, p. 21) continua o avanço do período analisando que “ao surgirem os bárbaros no norte da Europa, invadindo e dominando Roma, a prova testemunhal cedeu o passo às ordálias e aos juízos de Deus”. Mais uma vez, com o advento dos bárbaros, devido à forma de organização destes, as provas irracionais, tais como as ordálias e os juramentos, passaram a ter importância em tal local, deixando à prova testemunhal de lado, por certo tempo. Tal situação seria reposta posteriormente.

É importante acrescentar o lembrete de José Carlos G. Xavier de Aquino (2002, p. 6) que a prova testemunhal era possível na Grécia antiga, embora “predominassem, tal qual no direito romano, proibições com relação ao testemunho das mulheres, dos escravos e das crianças. Estes somente podiam testemunhas nos crimes contra a vida”. De forma similar ao Código de Manu no tocante à exceção, e similar ao direito romano no tocante à proibição, o testemunho das crianças, mulheres e escravos não era permitido, exceto em situações de crimes contra a vida.

Acrescenta Eloah Carone Costa Felizardo (2002, p. 206) ao escrever que “no Direito Canônico, ao depor falsamente, a testemunha cometia um tríplice delito: contra Deus, contra a sociedade e contra a pessoa prejudicada com o falso testemunho”. Devido aos entendimentos e doutrina presente no Direito Canônico, cometer falso testemunho seria um tríplice delito: contra a pessoa, contra a sociedade e contra Deus.

Avançando, Eloah Carone Costa Felizardo (2002, p. 206) lembra que “o Código de Napoleão deu bastante crédito à prova testemunhal, mas fazia restrição às mulheres, pois o testemunho era uma espécie de *munus publicum*”. O Código de Napoleão fazia diversas menções, e dava importância, à prova testemunhal, entretanto fazia algumas restrições ao depoimento das mulheres.

No tocante à presença e evolução da prova testemunhal dentro do ordenamento jurídico brasileiro, Eloah Carone Costa Felizardo (2002, p. 207) registra que:

O Direito brasileiro sempre admitiu a prova testemunhal. Nas Ordenações do Reino o falso testemunho era considerado um pecado, punido com açoite e corte da língua. As Ordenações de Dom Manoel impunham pena de morte ou confisco de bens.

No período imperial, o Código Criminal do Império, expressão avançada do pensamento penalista, contemplou o falso testemunho sob a denominação de perjúrio.

Sempre esteve presente no Direito brasileiro a prova testemunhal como meio de prova. Como em diversos períodos históricos, as Ordenações do Reino consideravam o falso testemunho como pecado, sendo punido com corte da língua e açoite. Para a mesma situação, as Ordenações de Dom Manuel previam a pena de confisco de bens ou a morte. O Código Criminal do Império já contemplava o falso testemunho, mas tratado com a denominação de perjúrio.

3.2 Conceito

A prova testemunhal em si pode ser analisada sobre diversos aspectos. Cada forma de análise pode levar a conceitos similares, entretanto com nuances diferenciadas. É importante também analisar a figura da testemunha e suas principais características.

Para escrever sobre a prova testemunhal, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2013, p. 450) determina que esta “é aquela produzida pela inquirição de pessoas estranhas ao processo a respeito dos fatos que sejam relevantes para o julgamento”. Tal conceito da prova testemunhal parte, principalmente, da análise das pessoas que serão as testemunhas, bem como com relação aos fatos relacionados. Estas pessoas deverão ser estranhas com relação ao processo para poderem testemunhar. Além disso, os fatos sobre os quais irão testemunhar deverão ser relevantes ao processo.

Partindo de um foco mais relacionado ao resultado, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 567) escrevem que “consiste a prova

testemunhal, em uma reprodução oral do que se encontra guardado na memória daqueles que, não sendo parte, presenciaram ou tiveram notícia dos fatos da demanda”. A prova testemunhal é conceituada e determinada em sua oralidade, qual seja, em sua reprodução oral. Tal manifestação será apresentada por aqueles que não são parte, mas tiveram contato ou souberam dos fatos apresentados perante o processo.

Analisando a prova testemunhal sob seus requisitos processuais, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 522) conclui que:

Só é prova testemunhal a colhida com as garantias que cercam o depoimento oral, que obrigatoriamente, em presença do juiz e das partes, sob compromisso legal previamente assumido pelo depoente e sujeição a contradita e reperguntas daquele contra quem o meio de convencimento foi produzido. Não se pode atribuir valor de prova testemunhal, portanto, às declarações ou cartas obtidas, particular e graciosamente, pela parte.

Verifica-se que somente será prova testemunhal aquela realizada com todas as garantias que envolvem o depoimento oral: presença do magistrado e das partes, juramento prévio realizado pela testemunha, possibilidade de contradita e possibilidade de reperguntas pela parte contrária. Não se pode considerar como prova testemunhal meras declarações realizadas pela testemunha, sem estas garantias processuais, bem como cartas obtidas.

Para definir e explicar a figura da testemunha, Pontes de Miranda (1997, p. 420) nota que:

As testemunhas são pessoas que aparecem no processo, porém não na relação jurídica processual; são fatos na *existentia fluens* dessa, que é a instância. Daí serem inconfundíveis com os sujeitos processuais, inclusive com o mais leve interveniente adesivo, que não chega a ser parte. Falta-lhe o pressuposto de qualquer interesse na causa.

Verifica-se que são consideradas como testemunhas aquelas pessoas que participam no processo, mas não figuram na relação jurídica processual propriamente dita. Para estas pessoas, não há qualquer tipo de interesse nos fatos mencionados, debatidos e argumentados no processo.

De outra forma, escreve Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 329) que “as testemunhas são terceiros que concretizam ou que realizam, em juízo, um meio de prova, a prova testemunhal”. Por tal análise, as testemunhas são, basicamente,

terceiros que realizam, judicialmente, o meio de prova em questão, qual seja, a prova testemunhal.

Considerando algumas outras situações, Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 491) determina que “a testemunha é uma pessoa distinta dos sujeitos processuais, que convidada na forma da lei, por ter conhecimento do fato ou ato controvertido entre as partes, depõe sobre este em juízo, para atestar a sua existência”. Nessa situação, a testemunha é definida como pessoa diferente dos sujeitos do processo, sendo convidada na forma da legislação, já que possui conhecimento dos fatos em debate pelas partes. Devido à tal posição, a testemunha depõe sobre tais fatos judicialmente com a finalidade de atestar a existência destes.

Para demonstrar algumas nuances da própria prova testemunhal, é importante trazer o conceito de Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 368): “prova testemunhal é a que se obtém através da declaração prestada em juízo por pessoa estranha ao litígio ao respeito de fatos percebidos pelos sentidos”. Verifica-se que a prova testemunhal é obtida por meio de uma declaração em juízo por pessoa estranha às partes, e ao litígio, sobre fatos que percebeu através de seus sentidos.

Ao definir a testemunha em si, escreve Arruda Alvim (2011, p. 1000), “é, em regra, alguém estranho ao objeto do litígio, quer direta ou indiretamente, que vem narrar ao juiz um fato de que tem conhecimento direto, por qualquer um dos meios de sua percepção”. Novamente verifica-se a presença dos sentidos, e qualquer um deles, para a finalidade de compor o testemunho na prova testemunhal. Essa pessoa estranha ao litígio pode narrar ao magistrado os fatos que possuem conhecimento por meio de qualquer um de seus sentidos.

Acerca da utilização de qualquer um dos sentidos para a composição do depoimento no testemunho, Nicola Framarino Dei Malatesta (1996 p. 323) ao analisar a prova testemunhal possível no Direito Penal, como comparação dizia:

Conquanto se possa ser testemunha para qualquer espécie de sensação, não se fala, geralmente, senão de testemunhas de vista e ouvir. Isto é devido à maior precisão e exatidão desses dois sentidos, o que não importa, contudo, que, com um valor inferior, não possa haver testemunhos apoiados em outros sentidos.

É possível que os cinco sentidos (paladar, olfato, tato, audição e visão) sejam utilizados para testemunhar perante o juízo. É certo que a visão e a audição

são os testemunhos mais comuns e mais exatos, entretanto, mesmo que incomum, e com valor inferior, os outros sentidos também podem ser utilizados para composição dos fatos e dos depoimentos.

Para apoiar seus próprios ensinamentos, Malatesta (1996, p. 323) dá como exemplo de testemunha de tato a situação seguinte:

Tício, numa luta noturna que ocasionou a morte de um homem, entrou no quarto completamente escuro, o teatro da luta, e colocou as mãos sobre o assassino; suas mãos atingiram a cabeça deste, arrancado uma madeixa de cabelos, que lhe pareceram anelados e espessos. O homem escapou e fugiu sem que Tício o pudesse ver.

Embora relacionando-se à questão penal, o exemplo de testemunha de tato é importante de ser elencado para se demonstra que os outros sentidos, além da visão e da audição, também são possíveis dentro da prova testemunhal. Por meio destes, a testemunha pode ter tido contato com a questão fática elencada e argumentada dentro do processo em que figurar.

Acerca dos fatos possíveis de serem objeto da prova testemunhal, Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 369) escreve que “os fatos a respeito dos quais a testemunha haverá de depor devem ser fatos da experiência comum, que possam ser percebidos independentemente de qualquer habilitação técnica ou científica especial”. As testemunhas deverão depor acerca de fatos advindos da experiência comum, ou seja, aqueles que podem ser percebidos sem a necessidade de qualquer conhecimento técnico ou científico.

A prova testemunhal, embora utilizada, possui suas fragilidades e fraquezas. Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 327) alerta que:

É clássica a crítica quanto à prova testemunhal por força da natural falibilidade humana e porque, pelas mais variadas razões, as experiências efetivamente vivenciadas, direta ou indiretamente, pelas testemunhas pode quando relatadas, vir influenciadas por variados juízos de valor pessoal que em nada ajudam ao descobrimento da verdade. Pode até ser que os “testemunhos”, isto é, o resultado da prova testemunhal, sejam furto de mentira, de pura criação, de invencionismo mesmo.

É totalmente compreensível as críticas à prova testemunhal devido ao fator humano envolvido na produção desta. O ser humano é falho, e por diversas razões, os fatos narrados pelas testemunhas podem ter sido influenciados por

qualquer tipo de juízo pessoal que, de certa forma, atrapalham o descobrimento da verdade. É possível, inclusive, que o resultado desta produção de prova testemunhal, qual seja, o próprio testemunho seja mera criação e invenção da pessoa que estiver testemunhando pelos mais variados motivos.

João Batista Lopes (2002, p. 141) escreve que, mesmo assim, “é meio de prova de ampla utilização, mesmo porque, a despeito das conquistas da tecnologia moderna, grande é o número de fatos que só por meio dessa prova podem ser levados ao conhecimento do juiz”. Mesmo com a falibilidade que a prova testemunhal possui, este meio de prova é utilizado amplamente, já que, por variadas vezes, somente será possível apresentar esses fatos pela prova testemunhal, levando estes ao conhecimento do magistrado da causa.

Em complemento, pode-se acrescentar o comentário de Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 328): “por vezes, os relatos das testemunhas acabam sendo a única fonte de prova que, de uma forma de ou de outra, pode o magistrado basear-se para a formação de sua convicção”. Em algumas situações, a prova testemunhal será o único meio de prova possível de ser utilizado para apresentação dos fatos ao juiz, e somente com base nestes, e estes sendo apresentados, será possível o magistrado formar a sua convicção.

3.3 Classificação

É de suma importância que se classifique as testemunhas, não com a finalidade de efetivamente distanciar e criar classes diferentes para situações diferentes, mas si de melhor abranger as nuances do principal sujeito da prova testemunhal.

Para explicar as chamadas testemunhas presenciais, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 570) escrevem que “são as que tiveram contato direto com o fato probando. São as de melhor credibilidade, pois podem relatar com detalhes a ocorrência”. As testemunhas presenciais são aquelas que estiveram diretamente em contato com o fato a ser provado e a ser discutido no processo. Devido a este contato direto com a realidade fática, pode ser considerada de maior credibilidade, já que conhecem do fato detalhadamente.

Continuam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 570) ao escrever que as testemunhas de referência ou de ouvida “são as que não presenciaram o fato, mas dele tiveram notícia por terceira pessoa. Seu depoimento merecerá análise mais cuidadosa, porque o fato já está filtrado, sendo difícil a riqueza de detalhes”. As testemunhas de referência já precisam ser tratadas com uma análise mais criteriosa. Estas não tiveram contato direto ou presenciaram os fatos narrados, mas sim obtiveram estas informações por uma terceira pessoa. Não será possível uma narração com detalhes, já que a terceira pessoa que teve contato com os fatos já inseriu suas percepções na narração do fato à testemunha de referência.

É exatamente nesse sentido que Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 713) escrevem ao falar das testemunhas de referência:

Nenhuma utilidade se extrai, em geral, do depoimento referencial, ou seja, *daquele em que a testemunha narra que ouviu de alguém algo sobre fato que interessa para o processo*. Todavia, esse tipo de depoimento, embora não se preste como prova testemunhal, pode configurar indício.

Há pouca utilidade no depoimento da testemunha de referência, já que ela apenas testemunha que ouviu algo sobre o fato do processo de outra pessoa. Entretanto, tal situação possa figurar como um indício, separando-se da prova testemunhal em si.

É figura diferente a testemunha referida. Conforme Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2013, p. 209), a testemunha referida é “aquela cuja existência foi apurada por meio de outro depoimento”. A testemunha referida não foi elencada normalmente no rol de testemunhas no processo, mas é citada por outra testemunha na produção da prova, podendo tal testemunha referida ter conhecimento dos fatos em debate.

Outra forma de classificação é em judiciárias e instrumentárias. Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 522) escreve que “aquelas são as que relatam em juízo o seu conhecimento a respeito do litígio e estas as que presenciaram a assinatura do instrumento do ato jurídico e, juntamente com as partes, o firmaram”. As testemunhas judiciárias são as que testemunham judicialmente a respeito dos fatos que conhecem e estão em litígio no processo. Já as testemunhas instrumentárias são aquelas que estiveram presentes na assinatura de um

instrumento de um ato jurídico, e de forma conjunta às partes, firmaram tal instrumento.

3.4 Características

Dentro do estudo do Processo Civil, não é comum a demonstração e estudo das características da prova testemunhal. Entretanto, para melhor compreensão de todos os elementos acerca de tal meio de prova, a análise destas características se faz necessária.

3.4.1 Oralidade e imediatidade

Duas características importantes para a prova testemunhal são a oralidade e a imediatidade. Estas têm ligação com a produção da prova em si, já que se relacionam ao modo que ela é produzida em regra, bem como o contato que o magistrado deverá ter com as testemunhas.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2013, p. 456) lembra que “a testemunha prestará declarações ao juiz, oralmente, não podendo fazê-lo por escrito. A lei processual facultava-lhe, apenas a breve consulta a apontamentos”. Em regra, a testemunha oferecerá seus conhecimentos acerca dos fatos de forma oral, não sendo cabível a substituição à forma escrita. Entretanto, apontamentos podem ser consultados brevemente, já que nem todos os detalhes serão lembrados de imediato no momento da inquirição.

Entretanto, algumas situações não poderão estar conectadas à oralidade. Pontes de Miranda, (1997, p. 456) escreve que “o surdo-mudo pode depor por escrito. O mudo não está proibido de depor. [...] O cego e mudo recebe as perguntas orais. O cego e surdo pode ter recebido ensino para tactilmente ter comunicação das outras pessoas e responder com frases”. Essas são situações de não abrangendo a oralidade como um todo. O surdo-mudo, dependendo de sua situação, poderá ter seu depoimento por escrito. Pelo mesmo motivo, o mudo não será impedido de depor. O mudo e o cego receberão as perguntas oralmente. O

surdo e o cego podem ter aprendido outras formas de comunicação, como a linguagem de sinais, e poderão responder quando questionados.

O Código de Processo Civil de 1973 trouxe algumas situações em que um intérprete poderá ser nomeado para sanar algumas questões processuais:

Art. 151. O juiz nomeará intérprete toda vez que o repute necessário para:

[...]

II - verter em português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional;

III - traduzir a linguagem mímica dos surdos-mudos, que não puderem transmitir a sua vontade por escrito.

O Código traz duas exceções para a característica da oralidade neste artigo, nomeando-se um intérprete, se o magistrado julgar necessário. A primeira situação é a do estrangeiro que não conhece o português, já que não será possível o entendimento deste pelas partes e pelo magistrado. A segunda situação é a nomeação de intérprete para tradução da linguagem de sinais dos surdos-mudos, quando estes não puderem escrever.

O terceiro inciso do artigo 151 traz uma exceção para a nomeação de intérprete para a tradução dos sinais dos surdos-mudos. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 577) escrevem que “o intérprete será desnecessário caso o surdo-mudo saiba se expressar por escrito, situação em que o juiz lerá a pergunta em voz alta e a submeterá, por escrito, à testemunha”. Se o surdo-mudo puder escrever, e se expressar por meio da escrita, não será necessário o intérprete. Nessa situação, o magistrado lerá a pergunta e repassará à testemunha, por escrito.

A característica da imediatidade está diretamente ligada à oralidade. Analisam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 576) que:

[...] a oralidade é ligada à imediatidade, pois pressupõe o *contato direto* do juiz com as provas. Esse contato, como é evidente, permite uma melhor apreensão dos fatos.

Porém, a importância da imediatidade está relacionada com a *proximidade* entre tal contato e o momento do julgamento, pois o tempo entre o conhecimento dos fatos e a sentença pode trair a memória do juiz, ou, ainda, diante da regra do art. 132 do CPC, permitir que um outro juiz, e não aquele que presidiu a produção da prova, julgue o mérito.

A característica da imediatidade é diretamente ligada à oralidade. O magistrado deverá ter contato direto com as provas, permitindo por este uma melhor

compreensão dos fatos exprimidos. O mais importante, entretanto, é a proximidade entre este contato direto e o julgamento em si, já que o tempo decorrido entre esses dois momentos pode atrapalhar o recordar das situações presenciadas pelo magistrado durante a inquirição da testemunha.

A característica da imediatidade está também ligada à análise do comportamento da testemunha, conforme concluem Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 577):

É ato oral, espontâneo, da testemunha perante o juiz, de molde a propiciar a este não apenas o conhecimento dos fatos, mas também a análise do comportamento da testemunha, de notável importância para verificar a sinceridade do depoimento. Muitas vezes o modo de expressão, a entonação da voz, uma forma de olhar, são de extraordinária significação para se verificar se a testemunha mente ou não.

A análise do magistrado durante a inquirição da testemunha não deve abranger somente os fatos narrados por esta, mas também todo o comportamento que a testemunha tiver durante a produção probatória. Tal análise é importante para verificar o quão sincero é o depoimento prestado. Tudo pode ser analisado pelo magistrado para analisar se a testemunha está mentindo ou não, como a forma de expressão, o modo como a testemunha entoa a sua voz, seus olhares.

Tais análises estão também conectadas ao princípio da identidade física do juiz já analisada anteriormente. Caso o magistrado que colheu a prova não seja aquele que julgará a demanda, grande parte dessas informações extraprocessuais será perdida e não interferirão na formação da convicção como deveriam.

3.4.2 Objetividade

Também é de suma importância para a produção do meio de prova a característica da objetividade da prova testemunhal, sendo que esta se conecta diretamente ao depoimento prestado pela testemunha.

Conforme será explicado, a testemunha deve ser objetiva no que se refere ao depoimento que prestará perante o juiz, devendo se concentrar somente nas situações realmente importantes para composição da realidade fática.

João Batista Lopes (2002, p. 145) demonstra alguns detalhes e limitações à testemunha no tocante ao seu testemunho, o que está ligado à objetividade desta:

Ao prestar depoimento, deverá a testemunha limitar-se a relatar os fatos de que tenha conhecimento, devendo abster-se de manifestar opinião sobre eles. Assim, por exemplo, num acidente de trânsito, relatará ao juiz como se verificou o evento, a posição em que os veículos se imobilizaram, a existência de sinalização, etc., mas não se pronunciará sobre a culpa pelo acidente, matéria que compete às partes alegar e ao juiz decidir. Às vezes, porém, a opinião da testemunha está ínsita em seu relato como, por exemplo, se ela refere que o réu transitava na contra-mão de direção ou em estado de embriaguez alcoólica.

O testemunho prestado pela pessoa estranha às partes deve ser limitado aos fatos, não devendo esta manifestar sua opinião e analisar tais fatos. No exemplo demonstrado, qual seja, em um acidente de trânsito, deverá a testemunha narrar como os fatos aconteceram, a posição verificada dos veículos, se existia sinalização, por exemplo, entretanto não deverá eleger e pronunciar-se sobre a culpa no acidente em questão. Tal análise de culpa caberá ao magistrado, analisado todo o arcabouço fático apresentado na produção probatória. Esta limitação está ligada à característica da objetividade da prova testemunhal.

Entretanto, tal objetividade poderá ser diminuída quando o depoimento da testemunha acerca dos fatos demandar uma pequena análise, como por exemplo, se o réu estava na contra-mão durante o acidente ou se estava embriagado. Tais situações demandarão a manifestação da opinião da testemunha, já que tais análises demandam a interpretação da testemunha acerca da realidade fática em que esteve presente.

O Código de Processo Civil de 1973 não possui previsão expressa acerca da objetividade, sendo assim Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2013, p. 227) escrevem que “também é aplicável, à míngua de previsão no CPC, o disposto no art. 213 do Código de Processo Penal”. Utilizando-se da analogia, é possível utilizar o artigo mencionado do Código de Processo Penal, para melhor detalhamento da objetividade da prova testemunhal.

O artigo 213 do Código de Processo Penal determina que “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”. Conforme já explicado anteriormente, o

magistrado não deverá permitir que a testemunha realize juízo de valor acerca dos fatos apresentados e narrados, exceto quando necessário para a narrativa completa dos fatos debatidos no litígio.

Para se evitar problemas quando da formulação das perguntas e a característica da objetividade, o artigo 416 do Código de Processo Civil de 1973 estabelece o seguinte:

Art. 416. O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento.

§ 1º As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

§ 2º As perguntas que o juiz indeferir serão obrigatoriamente transcritas no termo, se a parte o requerer.

O Código de Processo Civil prevê que não deverão ser realizadas perguntas vexatórias, capciosas ou impertinentes, sendo que tais perguntas poderão ser indeferidas pelo magistrado, e deverão obrigatoriamente constar a termo, se assim a parte requerer.

É nesse sentido que escreve Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 509): “quando as perguntas formuladas pela parte forem *impertinentes*, por desnecessárias ou não disserem respeito aos fatos da causa, o juiz as indeferirá, consignando-as no termo do depoimento, caso isso seja requerido pela parte”. Sendo assim, além das situações previstas expressamente pelo Código, o indeferimento das perguntas que não forem a respeito dos fatos do litígio poderá acontecer na inquirição.

3.4.3 Retrospectividade

A característica da retrospectividade guarda certa lógica em sua apreciação. Não será possível a testemunha se referir a fatos que virão a acontecer, por questões humanas e lógicas. Tal depoimento deve se referir a situação passada de que tenha conhecimento.

Ao comparar a testemunha e o perito, João Batista Lopes (2002, p. 144) escreve que “a testemunha depõe sobre fatos pretéritos, enquanto o perito

atesta a existência de fatos contemporâneos à perícia”. Realizando uma análise pela característica da retrospectiva, pode-se verificar que a testemunha, conforme já analisado, fará seu depoimento acerca de fatos passados, já acontecidos, enquanto o perito atesta que fatos ocorreram com base nas informações levantadas pela perícia.

Uma análise complementar é realizada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 367), já que “por meio da prova testemunhal, obtém-se, através das declarações de alguém estranho ao processo à relação processual, determinada versão de como se passaram certos fatos, importantes para a definição do litígio”. As declarações realizadas pela testemunha, este estranho à relação processual, demonstra uma versão, somente uma visão acerca desses fatos pretéritos, não podendo ser considerados como um todo.

3.4.4 Individualidade

Esta característica está prevista no artigo 413 do Código de Processo Civil de 1973: “o juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, providenciando de modo que uma não ouça o depoimento das outras”. Cada uma das testemunhas é individualizada, cada uma depondo de forma separada e sucessiva, não sendo permitido que uma ouça o depoimento da outra. Evita-se, assim, possibilidade de mudanças ou omissões durante a sua inquirição.

Nesse sentido, Pontes de Miranda (1997, p. 456) faz uma análise acerca desta característica ao escrever que:

As testemunhas são inquiridas separada e sucessivamente: portanto, distanciadas e nunca ao mesmo momento. Separadas, para que umas não ouçam os depoimentos das outras. Em momentos diferentes, porque os juízes e os advogados são ubíquos, nem podem prestar atenção a duas pessoas que falam ao mesmo tempo. No caso das exceções à oralidade do depoimento, não há exceção à regra jurídica, porque o mudo que estivesse, na audiência, a escrever o seu depoimento, ouviria as outras testemunhas.

As testemunhas serão ouvidas de forma separada para que não ouçam os depoimentos das outras testemunhas. Deverão, também, ser ouvidas em

momentos diferentes, já que o magistrado e os advogados deverão estar presentes no momento da inquirição, não podendo estar em dois lugares ao mesmo tempo ou se ater ao depoimento de duas pessoas ao mesmo tempo. As pessoas que não forem realizar seus depoimentos de forma oral, como os mudos, por exemplo, também não poderão continuar no mesmo local, já que ouviria os depoimentos anteriores.

Uma das importâncias da presença dessa característica é elencada Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 530) ao conceituar que “a acareação consiste em promover o confronto pessoal numa só audiência, das pessoas que prestaram depoimentos contraditórios”. A acareação será utilizada para confrontar as diferentes visões dos fatos apresentados pelas testemunhas, se estas apresentarem fatos contraditórios. A individualidade possibilita que depoimentos e visões não sejam alterados e que se possa chegar, assim, o mais próximo da verdade dos fatos em discussão.

4 A PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após exposição quanto à prova, e analisar a prova testemunhal com todas as características, há de se adentrar no objeto de estudo: as atuais disposições acerca da prova testemunhal no Código de Processo Civil de 1973 e as futuras disposições do novo Código de Processo Civil.

Tendo em vista a necessidade de maior razoabilidade na resolução de conflitos, a Emenda Constitucional 45/04 inseriu mais um direito e garantia individual no art. 5º da Constituição Federal de 1988, inciso LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", normatizando assim, a necessidade de efetividade e celeridade no meio processual.

Sendo assim, o legislador percebeu a importância de certas modificações na legislação processual penal, editando assim a Lei n.º 11.690/08 que modificou diversos dispositivos legais no Código de Processo Penal. O Código de Processo Civil, por sua vez, recebeu algumas mudanças, mas houve a necessidade de um novo Código de Processo Civil para priorizar e aprimorar os procedimentos previstos, bem como modificar o processo civil num todo para adequação aos princípios previstos constitucionalmente.

O novo Código de Processo Civil no tocante à prova testemunhal traz novidades e alterações necessárias para uma adequação deste à princípios constitucionais e também com relação à realidade fática do mundo atual.

Há variadas correções de português, ortográficas e gramaticais, para melhor compreensão das regras apresentadas pelo Código, como por exemplo no novo artigo 443 que trata quanto à admissibilidade da prova testemunhal, alterando para "vícios de consentimento", ao invés "do consentimento"; e no novo artigo 445 que trata das exclusões do dever de depor, ao alterar que "a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos" ao invés de "de fatos".

Outras modificações importantes foram realizadas no texto do novo Código de Processo Civil, sendo que os artigos referentes ao novo Código serão tratados de forma ordenada e sequencial para melhor comparação.

4.1 Admissibilidade da Prova Testemunhal

Partindo da ordem dos artigos no Código de Processo Civil, a primeira análise quanto às diferenças entre o Código de 1973 e o texto consolidado do novo Código de Processo Civil é acerca da admissibilidade da prova testemunhal.

Quanto a este assunto, o Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 400 determina que a admissibilidade da prova testemunhal é a regra:

Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:
I - já provados por documento ou confissão da parte;
II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

Sempre será admissível a prova testemunhal dentro da produção probatória, a menos que a legislação disponha de forma diversa. O próprio artigo já cria duas situações em que não será possível utilizar a prova testemunhal. O inciso I trata dos fatos já provados por meio de documentos ou pela confissão realizada pela parte. Já o artigo II trata dos fatos que somente podem ser provados por perícia ou prova documental, conforme previsões já previamente estabelecidas pela legislação.

Quanto ao inciso I, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 570), ditam que no caso de prova por documento “não se trata de hierarquizar os meios de prova. É que, quando o documento é autêntico, não tendo sido impugnado, a prova já houve, e portanto, a testemunha é desnecessária”. Não se cria uma hierarquização entre as provas. Se o documento é real, autêntico, e não foi impugnado, a produção da prova já está concluído, estando aquele fato provado. A prova testemunhal se torna desnecessária para a comprovação do fato ali discutido.

Ainda quanto ao inciso I, mas no caso da confissão, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 570) ditam que “não se trata de considerar que o meio testemunhal seja inferior à confissão, mas que, nessa hipótese, também a prova é desnecessária, pois não dependem de prova os fatos confessados”. A prova testemunhal não está em posição inferior à confissão, já que não existe uma hierarquia entre as provas. Novamente, a produção de prova testemunhal é desnecessária, já que os fatos confessados não dependerão de prova.

Tal entendimento acerca dos fatos confessados está presente no Código de Processo Civil de 1973 no artigo 334, II: “não dependem de prova os fatos [...] II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária”. Sendo assim, sendo os fatos trazidos por uma das partes confessados pela outra parte não dependerão de produção probatória, bastando tal confissão. O texto consolidado do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Congresso Nacional não altera o texto de tal artigo, apenas renumerando-o para artigo 371.

Um alerta é realizado por Arruda Alvim (2011, p. 1008) tratando da possibilidade de prova testemunhal quando a confissão engloba direitos indisponíveis:

Relativamente à confissão, todavia, haver-se-á, apesar de a parte ter admitido os fatos que beneficiam o adversário e o prejudica, de verificar se se trata de direitos indisponíveis. Isto porque, se de direito indisponível se tratar, a declaração da parte a seu respeito não terá valor de confissão (art. 351). Neste caso terá cabimento prova testemunhal.

Se a confissão se tratar de direitos indisponíveis, a declaração realizada pela parte acerca destes não será tratada como confissão. Não sendo confissão, não estará inclusa na previsão do Código de Processo Civil. Tal situação também está prevista, mas no artigo 351 do Código de 1973 ao prever que “Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”. O futuro Código de Processo Civil traz a mesma previsão, mas no artigo 389.

Quanto ao inciso II do artigo 400 do Código de 1973, Moacyr Amaral Santos (2011, p. 502) analisa que “forma especial se contém num escrito, num documento. Para tais atos a forma é a sua substância. O ato existe uma vez respeitada a sua forma; é inexistente, porque inválido e nulo, em caso contrário”. Se há previsão acerca de forma especial, tal previsão deve ser necessária e respeitada. O ato somente existirá caso a forma especial esteja presente. Não estando, trata-se de ato inexistente. Nessas situações, o documento e perícia serão imprescindíveis para a sua comprovação e para a produção probatória.

Ainda sobre a admissibilidade da prova testemunhal, o artigo 401 do Código de 1973 estabelece que “a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no

país, ao tempo em que foram celebrados”. Somente seria possível a produção probatória exclusivamente por prova testemunhal quando o valor do contrato não excedesse o décuplo do maior salário mínimo vigente no Brasil, no tempo em que o contrato foi celebrado.

Tal previsão é mitigada, conforme Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 523) explica ao escrever que “a jurisprudência tem entendido em termos a restrição decorrente do valor do contrato, de modo a limitá-la apenas àqueles casos em que a lide restritamente se refira à questão de existência ou não de um contrato”. A limitação prevista no artigo 401 seria apenas se o litígio refere-se exclusivamente à existência do contrato discutido, não abrangendo outras situações.

O artigo 402 do Código de 1973 traz algumas exceções ao artigo 401 ao determinar o seguinte:

Art. 402. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando:

I - houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova;

II - o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel.

Há completa relação do artigo 402 ao relacionado anteriormente artigo 401. Logo no início do artigo, há a previsão de qualquer que for o valor do contrato discutido, a prova testemunhal será possível se existir começo de prova por escrito, sendo este emanado da parte contrária ou quando não era possível, material ou moralmente, obter prova escrita da obrigação em litígio.

Na situação do inciso I, Pontes de Miranda (1997, p. 425) detalha que “abstrai-se do valor do negócio jurídico e de exigência legal de forma, porque se parte da existência e começo de prova por escrito e se confere a testemunha eficácia complementar, subsidiária”. Há um afastamento do valor do contrato e da sua exigência de forma, já que com a presença do começo de prova por escrito, confere à testemunha uma eficácia e um papel de complementação e subsidiariedade, possibilitando a sua utilização e produção.

Já na situação do inciso II, Pontes de Miranda (1997, p. 425) escreve que é necessário que “o interessado haja alegado e provado que não lhe foi possível obter o documento, necessário à prova. A impossibilidade pode ter resultado de

extravio ou de furto de documento, ou de incêndio”. Quando não for possível a obtenção do documento que necessitaria para comprovação, será imprescindível também a prova de que era não possível obtê-lo. Tal impossibilidade pode advir de diversa situações, tais como o furto do próprio objeto.

Ao analisar o projeto de novo Código de Processo Civil, Darci Guimarães Ribeiro (2014, p. 147) escreve que:

Desaparece no projeto ao art. 401 do CPC que limita a prova exclusivamente testemunhal aos contratos cujo valor não exceda ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país. Contudo, é irrelevante o fato deste artigo não ser reproduzido no projeto, porquanto consta expressamente no art. 227 do CC e, portanto, continuará tendo incidência.

Não há previsão similar ao artigo 401 do Código de 1973 no texto do futuro Código de Processo Civil. Como o artigo 227 do Código Civil prevê expressamente a mesma situação, e tal artigo continua vigente, haveria manutenção de tal previsão, sendo incidente no processo civil.

Entretanto, visto apenas o início das discussões acerca das mudanças realizadas pelo futuro Código, não é majoritário o entendimento acerca da manutenção de tal previsão. Já que o artigo 401 do Código de 1973 sofre algumas limitações por meio da jurisprudência, verifica-se uma tentativa por parte do legislador de desburocratizar tal limitação da prova testemunha, limitando-se a exceções fáticas e mais especificadas, sem limitação de valores.

A previsão expressa no artigo 401 do Código de 1973 não está mais presente no futuro Código de Processo Civil de 2015. Além disso, o artigo 402 do Código de 1973 que fazia menção à qualquer que fosse o valor do contrato foi reformulado, sendo dividido em dois artigos:

Art. 441. Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal, quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova.

Art. 442. Também se admite a prova testemunhal, quando o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário, hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação.

Não há mais menção ao valor do documento nos novos artigos. Há também uma generalização quanto à situação de começo de prova por escrito: para

melhor estabelecimento da exceção, a legislação não irá prever mais a situação de documento e sim, de forma mais abrangente, nos casos da lei exigir prova escrita da obrigação. Já na situação de não se poder obter a prova escrita da obrigação, a legislação irá prever expressamente a possibilidade de prova testemunhal quando o costume regional, não exigem ou documento formalizado acerca do pactuado.

O artigo 404 do Código de Processo Civil de 1973 está previsto no artigo 443 no futuro Código de Processo Civil de 2015:

Art. 443. É lícito à parte provar com testemunhas:

I – nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada;

II – nos contratos em geral, os vícios de consentimento.

Há poucas modificações em tal previsão. A mais importante é a retirada da palavra inocente no *caput* do artigo. Havia previsão expressa de que somente a parte inocente poderia provar com a prova testemunhal as situações previstas nos incisos. Tal previsão não mais está presente no texto consolidado.

É certo que, a parte contrária, ao alegar as situações presentes nos incisos estão prejudicando seus próprios interesses, já que ambos os incisos preveem circunstâncias protetivas ao prejudicado.

O alerta proferido por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 727) ao analisarem o texto do Código de 1973 é de que “contudo, para se provar que alguém desejou algo e declarou coisa diversa, não é possível dispensar a prova de fatos que circulam ao redor da afirmação de simulação”. Essa análise continua válida, já que não houve modificação quanto à possibilidade de provar por meio da prova testemunhal na simulação. Entretanto, para provar a divergência entre a declaração e vontade real, será necessário provar os fatos que abrangeram o contexto da obrigação.

4.2 Incapacidade, Impedimento e Suspeição

Ao continuar na ordem numérica dos artigos do Código de Processo Civil de 1973, o próximo tópico a ser analisado é quanto às modificações dentro da incapacidade, impedimento e suspeição das testemunhas.

As situações de incapacidade do atual artigo 405 estão expressas no artigo 444 no texto consolidado do futuro Código de Processo Civil de 2015:

Art. 444. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I – o interdito por enfermidade ou deficiência intelectual;

II – o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III – aquele que tenha menos de dezesseis anos;

IV – o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

Não houve modificações no caput. As modificações no parágrafo primeiro foram basicamente de ordem conceitual. Para atualização dos conceitos apresentados, bem como melhor apresentação destes, o inciso I que previa o “interdito por demência” como incapaz, está mais bem conceituado como o “interdito por enfermidade ou deficiência intelectual”. A previsão do texto consolidado está melhor conceituada. O projeto de Lei do Senado previa o “interdito por enfermidade ou deficiência mental”.

O inciso II também teve sua conceituação alterada. A redação atual prevê que são incapazes “o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções”. O texto consolidado altera de debilidade para retardamento. Novamente há uma alteração com a finalidade de conceituar de forma mais exata as situações de incapacidade.

Ao analisar o parágrafo primeiro do atual artigo 405 do Código de Processo Civil, Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 494) realiza as seguintes considerações acerca da capacidade:

A capacidade é a regra. Mas há pessoas que, em razão de suas condições físicas, psíquicas ou patológicas, ou mesmo ainda por motivos de ordem moral ou jurídica, não se acham em situação de depor ou são presumidamente tidas, à vista do que a experiência milenária tem comprovado, como incapazes de esclarecer em juízo os fatos objeto da demanda, de forma a conscientemente se poder valer de suas declarações.

Em regra, a pessoa é capaz. Entretanto, por conta de condições patológicas, psíquicas ou físicas, ou até mesmo por motivos de manutenção da

ordem jurídica e moral, há pessoas que não se encontram em situações de depor acerca dos fatos, ou presume-se que não se encontram aptas para tal conduta. Tais pessoas não podem exercer de forma consciente a descrição e apresentação dos fatos do litígio que tiveram contato.

Relacionando o inciso III, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012, p. 452) verifica que “é também incapaz de depor o menor de 16 anos. Essa incapacidade não coincide com a civil, que termina aos 18. O relativamente incapaz já pode ser ouvido como testemunha, e o seu depoimento não sofre qualquer restrição”. Não há coincidência entre a incapacidade de testemunhar e a incapacidade civil. O maior de dezesseis anos e que ainda não atingiu a maioridade civil, ou seja, o relativamente incapaz, pode testemunhar normalmente, não possuindo tal testemunho qualquer tipo de restrição.

O projeto de Lei do Senado chegou a alterar a previsão do inciso III concedendo livre testemunho ao maior de quatorze anos, entretanto o substitutivo da Câmara dos Deputados retornou a previsão legal ao atualmente estabelecido no Código de Processo Civil de 1973, qual seja, dezesseis anos.

Já com relação ao inciso IV não houve modificação significativa no texto legal, mantendo a situação de incapacidade para os cegos e surdos quanto aos fatos que dependam dos sentidos que não possuam.

A previsão da incapacidade está determinada da seguinte forma no texto consolidado do novo Código de Processo Civil:

Art. 444.

§ 2º São impedidos:

I – o cônjuge, o companheiro, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II – o que é parte na causa;

III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

O parágrafo segundo não recebeu grandes modificações. Além de correções de pontuação, o texto do novo Código adicionou como impedido o companheiro. Há aqui uma compatibilização do texto legal à Constituição Federal ao abranger a união estável.

Os incisos do parágrafo segundo possuem lógica em sua previsão. Moacyr Amaral dos Santos (2011, p. 495) dita que “quando os interesses de determinada pessoa sejam harmônicos, concorrentes ou colidentes com os das partes, ou sejam incompatíveis com os deveres inerentes à função de testemunhar, resulta a incompatibilidade”. A incompatibilidade está conectada às relações entre a partes e a testemunha, em relações de afinidade ou parentesco, bem como quando não podem exercer a função de testemunha de forma completa devido à presença ou participação da pessoa dentro do processo.

Devido à tal previsão, os familiares estabelecidos no inciso I serão impedidos de testemunhar, a não ser, conforme texto expresso, quando for de interesse público ou a causa for relativa ao estado da pessoa, se não for possível a prova por outro meio e o magistrado julgar necessário tal testemunho.

O inciso II prevê a parte da causa como impedida, devido à sua participação direta e interesse no litígio discutido. O inciso III, por sua vez, também trata de pessoas que não podem exercer de forma completamente isenta a função de testemunhar. São elas o tutor em causa do menor tutelado, o representante legal de uma pessoa jurídica presente no processo, bem como o magistrado, o próprio advogado e qualquer pessoa que preste assistência, ou tenha prestado, a qualquer uma das partes.

As previsões legais acerca da suspeição foram substancialmente modificadas no novo Código de Processo Civil, sendo reduzidas de quatro situações para duas:

Art. 444.
§ 3º São suspeitos:
I – o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;
II – o que tiver interesse no litígio.

A suspeição foi reduzida para duas situações básicas: serão suspeitos aqueles que possuírem relação de inimizade com a parte, qual seja, seus inimigos, bem como a situação oposta, os seus amigos íntimos, além de todos aqueles que tiverem qualquer interesse no objeto do litígio.

Para a análise de tais previsões, que são, de certa forma, abertas, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2013, p. 217) escrevem que tal “análise da suspeição deve ser feita, sempre, *in concreto*, diante das

peculiaridades do caso, que podem reclamar a ouvida de pessoas que, a princípio, poderiam ser vistas como inidôneas”. Cada situação concreta, cada litígio discutido no processo é específico. A análise da suspeição deve ser analisada conforme cada situação fática e fatos apresentados em cada processo. As peculiaridades de cada caso devem ser analisadas para avaliar uma pessoa como suspeita em testemunhar, reduzindo a importância e força de seu testemunho.

Os novos incisos I e II acerca da suspeição eram alistados como os incisos III e IV do parágrafo terceiro do atual artigo 405 do Código de Processo Civil de 1973. Estão previstos atualmente duas situações que não mais estarão presentes no novo Código:

Art. 405.

§ 3º São suspeitos:

I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;

II - o que, por seus costumes, não for digno de fé;

Atualmente, são considerados suspeitos aqueles já foram condenados por falso testemunho, estando transitada em julgado a sentença, bem como aquele que não for digno de fé, devido aos seus costumes.

Além do Código Civil de 2002 não traz mais essas previsões acerca da suspeição, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 568) demonstram que:

O dispositivo é de evidente conteúdo preconceituoso, e de duvidosa constitucionalidade. Primeiro porque não se trata de um critério objetivo de avaliação, pois os costumes se referem à vida da pessoa, e não a seu comportamento enquanto testemunha. [...] Segundo, porque é discriminatório e vexatório rechaçar o depoimento de uma testemunha por ser considerada indigna de fé.

Há claro preconceito no conteúdo apresentado por tais incisos, bem como constitucionalidade duvidosa. Não é avaliado o seu comportamento como testemunha e sim à sua vida pessoal, não se tratando de critérios e avaliações objetivas. Além disso, afastar a possibilidade da testemunha depor por não ser digna de fé é um comportamento vexatório e discriminatório. O novo Código avança nesta questão ao não prever mais tais situações na suspeição das testemunhas. A análise

da suspeição, conforme já explicitado, deve tomar como base a relação das pessoas e os fatos de acordo com o caso concreto.

Houve alteração substancial quanto aos informantes no novo Código de Processo Civil, conforme texto consolidado:

Art. 444

[...]

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Na nova previsão, o magistrado poderá admitir o depoimento dos menores, dos suspeitos e dos impedidos. Entretanto, tais depoimentos não dependerão de compromisso, devido à possível parcialidade, devendo o magistrado atribuir o valor que julgar merecido quanto à sua análise.

Darci Guimarães Ribeiro (2014, p. 147), nesse sentido, realiza as seguintes considerações quanto a tais mudanças:

Uma destas relevantes mudanças consistirá na alteração do atual § 4º do art. 405 do CPC que não permite ao juiz ouvir um menor nem como informante, uma vez que a lei somente autoriza a oitiva de pessoas suspeitas ou impedidas como informante.

Se hoje um juiz quisesse ouvir um menor como informante, o caminho seria longo, e ele deveria buscar refúgio no § único do art. 228 do CC e sustentar que o mesmo revogou o § 4º do art. 405 do CPC, com base em critérios hermenêuticos.

A previsão do atual parágrafo quarto não permite o menor ser ouvido, nem mesmo na situação de informante, já que há previsão apenas de oitiva de impedidos ou suspeitos. Para colher o depoimento do menor, quando necessário, a interpretação para tal possibilidade seria extensa: buscar relação no parágrafo único do artigo 228 do Código Civil de 2002 que possibilita tal situação e sustentar que este artigo revogou o estabelecido no Código de Processo Civil de 1973, por critérios hermenêuticos.

A previsão no texto do novo Código quanto à possibilidade colher o depoimento do menor como informante trata-se de uma exceção à incapacidade prestada no parágrafo primeiro do mesmo artigo. Trata-se de evolução importante, já que as outras situações de incapacidade possuem maior grau de problemática para

consideração de seus depoimentos. Entretanto, há de se considerar que, mesmo admitido como informante, o depoimento do menor deve ter valor possui limitações devido à possibilidade de impropriedades na exposição factual por este.

4.3 Exclusão do Dever de Depor

Há poucas considerações e modificações acerca da exclusão do dever de depor. Tal previsão está disposta no artigo 406 do Código de Processo Civil de 1973. Já no novo Código, está prevista no artigo 445, conforme abaixo:

Art. 445. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:
I – que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Sendo assim, não é a pessoa obrigada a depor quando os fatos forem acarretar grave dano a si mesmo, ou ao cônjuge, companheiro, bem como a parentes consanguíneos ou por afinidade, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. A modificação substancial entre o artigo atual e a previsão no novo Código é com relação à adição do companheiro, seguindo a alteração de impedimento já analisada, e alteração das partes até o terceiro grau, já que a atual artigo prevê somente até o segundo grau.

Essa ideia de grave dano é excetuada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 741) ao explicar o alcance deste:

Como é evidente, a ideia de perigo de demanda deve ser adequadamente compreendida, pena de oferecer escusa do dever de depor em qualquer situação. De outro modo, aliás, será difícil imaginar uma situação em que a testemunha não se exponha, ao depor sobre algum fato, a um perigo de demanda. Afinal, sempre que um depoimento for contrário a uma das partes, essa poderia, ao menos em tese, reivindicar contra o depoente dano moral ou material.

Deve-se analisar restritivamente, contextualmente e perante o caso concreto, a possibilidade ou ocorrência de grave dano ao prestar depoimento. Qualquer depoimento realizado contra a uma das partes, há potencialidade de

acarretar dano, sendo que, em tese, seria possível reivindicação contra o depoente por dano moral ou material, devido a tal depoimento. É difícil não haver exposição da testemunha ao depor quanto a algum fato, principalmente em situações de litígio.

A previsão do inciso II trata de pessoas que, devido ao seu estado ou profissão, devam guardar sigilo. Tais depoimentos não serão obrigatórios. Não houve modificação no texto legal nesse inciso.

4.4 Local e Momento de Inquirição

Quanto ao local e momento de inquirição, o Código de Processo Civil de 1973 prevê no art. 336, *caput*, que “salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência”. Há aqui uma previsão de que, em regra, as provas deverão ser produzidas na audiência, exceto em situações expressas e especiais em que a legislação disponha de forma diferente e contrária.

A disposição do artigo 336 do Código de 1973 foi transferida para dentro da seção relacionada à prova testemunhal. Tal disposição agora está no artigo 446 no novo Código:

Art. 446. Salvo disposição especial em contrário, as testemunhas devem ser ouvidas na sede do juízo.

Parágrafo único. Quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la.

A previsão que atualmente abrange todas as provas, tratará de forma específica a prova testemunhal. Houve alteração também no tocante ao local e momento da realização do depoimento: atualmente os depoimentos deverão, em regra, serem produzidos em audiência, entretanto a nova disposição apenas prevê que, em regra, as testemunhas serão ouvidas na sede do juízo, não especificando o momento a ser realizado.

O parágrafo único do artigo em questão mantém praticamente o mesmo texto do atual parágrafo do artigo 336 do Código de 1973. Quando não for possível, devido à doença ou outro relevante motivo, comparecer, mas não o for de depor, o magistrado designará, local, dia e hora para realizar a sua inquirição. Houve

retirada da menção de comparecimento à audiência, deixando o futuro parágrafo mais abrangente, incluindo as exceções já apresentadas de não realização do depoimento em audiência.

Há também o artigo 410 do Código de 1973 que refere ao momento da inquirição das testemunhas, já dentro da subseção II que trata do procedimento da prova testemunhal. Tal disposição continua presente no texto compilado do novo Código, mas agora na numeração do artigo 450:

Art. 450. As testemunhas depõem, na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa, exceto:
I – as que prestam depoimento antecipadamente;
II – as que são inquiridas por carta.

Sendo assim, as testemunhas farão seu depoimento na audiência de instrução e julgamento, diante do juiz da causa, exceto aquelas que depõem de forma antecipada ou as que são inquiridas por carta rogatória ou precatória. Verifica-se que aqui continua à menção do momento da audiência como regra para realização do depoimento da testemunha.

Ao analisar tais exceções, também presentes no artigo atual, Arruda Alvim (2011, p. 1005) entende que “estas exceções devem ser entendidas apenas no sentido de que as tais provas não se realizam na audiência, mas não necessariamente que a colheita da prova seja feita por outro juiz que não aquele que vai julgar a causa”. Para se evitar um entendimento errôneo acerca do texto do artigo, deve-se entender que as exceções abrangem, principalmente, o momento em que o depoimento é realizado e não necessariamente que a colheita seja realizada por outro magistrado, a não ser aquele que irá julgar a causa.

4.5 Rol de Testemunhas

As disposições acerca do rol de atividades, conforme será analisado, foram modificadas para melhor organização do texto legal. Havia uma mescla de questões acerca do rol de testemunhas em si e à organização do processo.

O rol de testemunhas, atualmente, está previsto no artigo 407 do Código de Processo Civil de 1973, possuindo este artigo texto legal que refere-se

tanto à produção da prova testemunhal em si quanto à organização do processo, conforme verificado:

Art. 407. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência.

Parágrafo único. É lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas; quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes.

O Código de Processo Civil de 1973 estabelece que caberá às partes, dentro do prazo fixado pelo magistrado, depositar o rol de testemunhas em cartório, constando deste, em regra e dentro do possível, o nome completo, a profissão, os endereços de residência e do local de trabalho. Estabelece também que, caso o juiz seja omissivo, o prazo para apresentação do rol será de até dez dias antes da audiência.

Além disso, o parágrafo único determina que o número máximo de dez testemunhas para cada parte, sendo que, caso a parte ofereça mais de três testemunhas para provar um único fato, o magistrado poderá dispensar as testemunhas excedentes a este número.

Nem sempre o número máximo de testemunhas foi de dez. Pontes de Miranda (1997, p. 443) escreve que “no velho direito processual anterior às legislações estaduais, era de quinze o número máximo a respeito de cada artigo, e de vinte se só sobre um artigo ou muitos do mesmo caso”. Legislações anteriores estabeleciam entre quinze e vinte testemunhas para comprovação dos fatos alegados no processo. Um número que excede consideravelmente o número atual.

Quanto aos dois endereços a serem mencionados no rol, Moacyr Amaral do Santos (2011, p. 506) verifica que a “disposição autoriza que sejam informados dois endereços, ampliando-se as chances de intimação”. A previsão de dois endereços para a testemunhal, o de residência e o do local do trabalho, aumenta as chances e possibilidades de intimação.

É necessário acrescentar as observações de José Miguel Garcia Medina (2011, p. 367) ao tratar da qualificação da testemunha: “a ausência de qualificação precisa da testemunha, no entanto, não leva à anulação de sua indicação, se não se demonstrar que tal vício causou prejuízo à parte adversária”. A

falta de qualificação exata da testemunha não chega anulação direta da indicação desta, a não ser se demonstração que tal vício e falta causou um prejuízo à parte contrária. Acrescenta-se que é com base nesses dados apresentados no rol de testemunhas que a parte contrária poderá exercer a contradita da testemunha, qual seja, demonstrando a sua incapacidade, impedimento ou suspeição ao testemunho.

O dispositivo respectivo no novo Código foi reduzido de forma substancial, conforme demonstrado:

Art. 447. O rol de testemunhas conterà, sempre que possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número do cadastro de pessoa física e do registro de identidade e o endereço completo da residência e do local de trabalho.

O novo texto apenas refere-se ao rol de testemunhas, retirando de seu texto o referente ao procedimento em si. Houve uma complementação à identificação da testemunha, adequando ao usualmente demonstrado na realidade processual brasileira, adicionando a sugestão da profissão, estado civil, idade, o número do CPF e do RG. Tais dados são, geralmente, informados na praxe forense. Há também a previsão expressa de que tais dados da testemunha constarão do rol de testemunhas sempre que possível, o que já era discutido anteriormente pela doutrina.

Ao analisar os ajustes promovidos pelo novo Código, Darci Guimarães Ribeiro (2014, p. 148) determina o seguinte acerca destas modificações no rol de testemunhas:

Quanto à produção da prova testemunhal cumpre apontar que o momento de produção da prova e o número de testemunhas que sempre constaram na subseção referente à produção da prova testemunhal, art. 407 do CPC, no projeto foram deslocados para a seção de saneamento e da organização do processo.

Houve uma readequação do texto legal, movendo as previsões mais relativas ao saneamento do processo e a organização deste para a seção correspondente. O número máximo de testemunhas e o momento da produção da prova testemunhal não estão mais previstos na seção referente à prova testemunhal. Entretanto, o novo artigo 448 faz referência ao novo artigo 354 que, agora, prevê tais situações.

Conforme mencionado, o número máximo de testemunhas e o momento da produção de tal meio de prova foi readequado ao artigo 354 do novo Código, conforme abaixo mencionado:

Art.354

[...]

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a quinze dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes já devem trazer, para a audiência ali prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a dez, sendo três, no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas em consideração à complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

O prazo para apresentação do rol de testemunhas é modificado, havendo duas situações previstas no novo Código. Em causas com complexidade em matéria de direito ou de fato, deverá o magistrado designar audiência de saneamento, realizando esta de forma cooperativa com as partes. Nesta situação, as partes deverão apresentar o rol de testemunhas nesta audiência. No caso de não ser necessária a audiência de saneamento, o magistrado fixará prazo comum às partes, não podendo ser superior a quinze dias. Há aqui um máximo preestabelecido pela legislação.

O projeto de Lei do Senado tentou reduzir o número máximo de testemunhas para cinco testemunhas. Tal texto aprovado pelo Senado foi modificado na Câmara dos Deputados, retornando para a previsão atual de no máximo dez testemunhas. Entretanto, o parágrafo sétimo do novo artigo prevê, expressamente, que o magistrado poderá limitar o número de testemunhas levando em consideração os fatos e a própria complexidade da causa.

4.6 Inquirição por Videoconferência

Para atualizar o Código de Processo Civil às inovações tecnológicas decorridas entre o Código de 1973 e a realidade fática atual, há a previsão expressa

quanto à possibilidade de inquirição por videoconferência no novo artigo 450, conforme abaixo demonstrado:

Art. 450.

[...]

§ 1º A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciárias diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

§2º Os juízos deverão manter equipamento para a transmissão e recepção dos sons e imagens a que se refere o § 1º.

Ao invés de expedir carta precatória, quando a testemunha residir em subseção, seção ou comarca diversa daquela em que tramita o processo, o novo Código prevê que poderá ser realizada a audiência por videoconferência ou outro recurso tecnológico ou forma de transmissão de imagens e som em tempo real. Tal situação poderá, inclusive ocorrer durante a audiência de instrução e julgamento.

Analisando o princípio da oralidade com a possibilidade de prova testemunhal via teleconferência, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 715) concluem que:

[...] a oralidade, que propicia um melhor julgamento por permitir – entre outras coisas – o contato direto do juiz com a testemunha, não é considerada quando a testemunha é ouvida por juiz diverso daquele que irá proferir o julgamento, de modo que, nessa perspectiva, o depoimento testemunhal via teleconferência é ainda mais recomendável, pois possibilitará ao juiz que julgará o litígio um contato mais efetivo com o depoente.

A oralidade permite um melhor julgamento, pois permite, entre outras situações, o contato direto do magistrado e a testemunha, podendo, assim, obter e analisar de forma mais específica do apresentado no depoimento. Melhor do que a testemunha ser ouvida por magistrado diverso daquele que irá julgar o processo, é realizar o depoimento por videoconferência, já que, mesmo que de forma limitada e sem o contato direto e pessoal com a testemunha, o juiz poderá ter contato com a produção da prova e com a testemunha em si.

De maneira similar às alterações efetuadas no Código de Processo Penal, o novo Código de Processo Civil inclui a possibilidade de inquirição de

testemunhas via videoconferência para permitir uma melhor eficiência e agilidade na produção probatória, reduzindo assim custos e o próprio tempo.

4.7 Pessoas Egrégias

O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 411, prevê o rol das pessoas consideradas egrégias. A previsão vigente em nosso ordenamento jurídico prevê o seguinte rol:

Art. 411. São inquiridos em sua residência, ou onde exercem a sua função:
 I - o Presidente e o Vice-Presidente da República;
 II - o presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados;
 III - os ministros de Estado;
 IV - os ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União;
 IV - os ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
 V - o procurador-geral da República;
 VI - os senadores e deputados federais;
 VII - os governadores dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal;
 VIII - os deputados estaduais;
 IX - os desembargadores dos Tribunais de Justiça, os juízes dos Tribunais de Alçada, os juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;
 X - o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.
 Parágrafo único. O juiz solicitará à autoridade que designe dia, hora e local a fim de ser inquirida, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que arrolou como testemunha.

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2013, p. 221), as pessoas denominadas egrégias são aquelas que “têm o direito de serem ouvidas em sua residência ou onde trabalham. São autoridades que têm essa prerrogativa”. Verifica-se que, pela análise do rol acima, o legislador decidiu contemplar essas importantes autoridades de nosso Estado com a prerrogativa de serem ouvidos em sua própria residência ou no local onde trabalham, englobando autoridades de todos os três poderes do pacto federativo.

É possível perceber também que o texto legislativo não foi alterado em seu inciso IX, que ainda prevê a prerrogativa em questão aos juízes dos Tribunais

de Alçada, sendo que estes foram extintos pela Constituição Federal de 1988, não existindo mais na situação fática atual. Tal disposição não é mais necessária restar no texto do Código de Processo Civil.

Houve também alteração legislativa ao inciso IV pela Lei nº 11.382/2006 que incluiu os ministros do Superior Tribunal de Justiça no artigo em questão do Código de Processo Civil de 1973, adequando o rol do artigo para a situação constitucional e jurisdicional vigente, com o advento das modificações profundas realizadas ao ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

A interpretação de tal rol deve ser realizada de forma restritiva, já que segundo Cássio Scarpinella Bueno (2007, p. 297):

O rol merece interpretação restritiva para que a prerrogativa nele prevista não seja estendida a outras autoridades não contempladas expressamente pelo legislador, prática incompatível com o princípio republicano (art. 1º da Constituição Federal). Isso, contudo, não quer dizer que autoridades que pertencem à mesma classe, embora não estejam nominadas pelos diversos incisos daquele artigo, não possam usufruir da mesma prerrogativa. Assim, no que diz respeito aos desembargadores dos Tribunais Regionais Federais (não mencionados expressamente pelo inciso IV) e, antes da Lei n. 11.382/2006, os ministros do Superior Tribunal de Justiça, que não estavam mencionados no inciso IV do mesmo art. 411.

Sendo assim, o rol do artigo 411 do Código de Processo Civil de 1973 deverá ser interpretado restritivamente, para não contemplar outras autoridades que não foram mencionadas ou citadas pelo legislador na edição do artigo em questão, o que violaria o princípio republicano previsto no artigo 1º de nossa Constituição Federal.

Contudo, autoridades que estejam situadas em classes idênticas, mesmo que não de forma expressa no texto legal, como os desembargadores dos TRFs e os ministros do STJ, estes anteriormente à edição da Lei n. 11.382/2006, terão a mesma prerrogativa.

Completa Arruda Alvim (2011, p. 1014) ao escrever que “como se trata de um benefício, as pessoas que dele poderiam fruir podem dele abrir mão”. Tal rol prevê situações de benefícios ou prerrogativas, sendo que as pessoas ali mencionadas podem fruir destas ou não. Há a possibilidade de opção, alternativa destas autoridades dispostas no rol.

O texto consolidado do novo Código de Processo Civil altera tais previsões, sendo que a seguinte redação é apresentada, agora prevista no artigo 451:

Art. 451. São inquiridos em sua residência ou onde exercem sua função:

I – o presidente e o vice-presidente da República;

II – os ministros de Estado;

III – os ministros do Supremo Tribunal Federal, os conselheiros do Conselho Nacional de Justiça, os ministros do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União;

IV – o procurador-geral da República e os conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público;

V – o advogado-geral da União, o procurador-geral do Estado, o procurador-geral do Município, o defensor público-geral federal e o defensor público-geral do Estado;

VI – os senadores e os deputados federais;

VII – os governadores dos Estados e do Distrito Federal;

VIII – o prefeito;

IX – os deputados estaduais e distritais;

X – os desembargadores dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;

XI – o procurador-geral de justiça;

XII – o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa a agente diplomático do Brasil.

§ 1º O juiz solicitará à autoridade que indique dia, hora e local a fim de ser inquirida, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte que a arrolou como testemunha.

§ 2º Passado um mês sem manifestação da autoridade, o juiz designará dia, hora e local para o depoimento, preferencialmente na sede do juízo.

§ 3º O juiz também designará dia, hora e local para o depoimento, quando a autoridade não comparecer, injustificadamente, à sessão agendada para a colheita do seu testemunho, nos dia, hora e local por ela mesmos indicados.

A primeira modificação a ser notada é quanto à retirada do atual inciso II que prevê a prerrogativa ao presidente do Senado e da Câmara dos Deputados. Pode-se perceber que tal modificação foi efetuada devido à já existente previsão de tal benefício aos senadores e deputados federais (situação prevista no inciso VI do Código de Processo Civil de 1973 e prevista no inciso VI do novo Código), o que já englobaria os presidentes de cada casa legislativa.

Outra importante modificação a ser notada é a inclusão dos conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público no rol do artigo, previstos no inciso IV do novo Código, para se adequar à criação do Conselho em questão,

com a Emenda Constitucional nº 45/2004 que adicionou o artigo 130-A à Constituição Federal.

Modificação semelhante é a inclusão dos conselheiros do Conselho Nacional de Justiça no rol do artigo no inciso III do novo Código. Tal inclusão deve ser considerada como uma forma de adequar o rol à nova ordem constitucional do Judiciário quanto à criação do Conselho em questão com a edição da Emenda Constitucional nº 61/2009 com a adição do artigo 103-B à Constituição Federal de 1988.

Outra novidade é a adição do inciso V ao incluir “o advogado-geral da União, o procurador-geral do Estado, o procurador-geral do Município, o defensor público-geral federal e o defensor público-geral do Estado” contemplando carreiras que não estavam abrangidas pelos incisos do Código de Processo Civil de 1973. É possível perceber uma tentativa de abranger uma maior quantidade de cargos, em suas diversas esferas, gerando uma situação de igualdade entre todos os previstos nos incisos, pelo menos na prerrogativa prevista no *caput*.

Adição similar é a do inciso XI ao incluir o procurador-geral de justiça, chefe do Ministério Público Estadual, de forma a proporcionar igualdade entre todas os cargos e carreiras semelhantes.

Importante adição é a do inciso VIII ao prever a prerrogativa do artigo 461 do novo Código de Processo Civil ao prefeito, único cargo de chefe do Poder Executivo que não está contemplado no Código atual, já que tal prevê a prerrogativa ao Presidente da República, bem como ao vice-presidente e aos governadores dos estados, territórios e do Distrito Federal.

Embora o novo Código de Processo Civil não tenha sido analisado extensivamente pela doutrina, é possível detectar outra adição substancial ao artigo 461. Não houve modificação quanto à solicitação para a própria autoridade de melhor data para que seja realizada a inquirição desta. Entretanto, foram adicionados os parágrafos 2º e 3º que criam um procedimento adicional: caso a autoridade não responda em um mês da solicitação efetuada, o juiz que determinará data e horário para a autoridade ser inquirida, sendo que será preferencialmente realizada em juízo, ao contrário da regra estabelecida no *caput*. Além disso, o juiz também determinará data e horário caso a autoridade não compareça, injustificadamente, no caso de agendamento prévio da inquirição.

4.8 Intimação da Testemunha

Outra importante análise a ser realizada é com relação à necessidade de intimação da testemunha. Houve mudança substancial com relação à quem deverá realizar a intimação, em regra. Tal situação está prevista no art. 412 do Código de Processo Civil de 1973, já com as alterações da Lei nº 5925/1973:

Art. 412. A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa. Se a testemunha deixar de comparecer, sem motivo justificado, será conduzida, respondendo pelas despesas do adiamento.

§ 1º A parte pode comprometer-se a levar à audiência a testemunha, independentemente de intimação; presumindo-se, caso não compareça, que desistiu de ouvi-la.

§ 2º Quando figurar no rol de testemunhas funcionário público ou militar, o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir.

§ 3º A intimação poderá ser feita pelo correio, sob registro ou com entrega em mão própria, quando a testemunha tiver residência certa.

A intimação da testemunha pelo Poder Judiciário é a regra atual. Conforme *caput* do artigo transcrito, será a testemunha intimada a comparecer à audiência. Entretanto, o parágrafo primeiro permite que a parte possa se comprometer a levar a testemunha a audiência, sem a necessidade da intimação.

Cássio Scarpinella Bueno (2007, p. 296) explica o procedimento da intimação das testemunhas da seguinte forma:

As testemunhas são intimadas para comparecer à audiência de instrução e julgamento (art. 412, *caput*). [...] Considerando que a testemunha que não comparecer em juízo poderá ser conduzida compulsoriamente – “condução sob vara”, como, em geral, se refere à hipótese -, correto o entendimento de que essa ressalva *também* deve constar expressamente do mandado de intimação, até porque, sem prejuízo da condução coercitiva da testemunha, poderá ela ser responsabilizada pelas despesas do adiamento da audiência que deixar de se realizar pela sua ausência (art. 412, *caput*). [...] A intimação da testemunha pelo correio (art. 412, §3º) ou pelo oficial de justiça, contudo, não é obrigatória. Pode acontecer de a parte comprometer-se, perante o juízo, de dar ciência à testemunha do dia em que será realizada a audiência de instrução e julgamento. Nesse caso, contudo, o não-comparecimento da testemunha será entendido como desistência da sua oitiva (art. 412, §1º).

Como já explicitado, embora seja a intimação da testemunha pelo juízo a regra dentro do ordenamento, poderá a parte se comprometer, perante este

mesmo juízo, de cientificar a testemunha quanto ao dia que deverá comparecer à audiência de instrução e julgamento, assumindo que, se a testemunha não comparecer, será considerada como se tivesse desistido de tal oitiva.

O novo Código de Processo Civil trata o assunto da intimação da testemunha de forma diversa, no artigo 452, conforme transcrito abaixo:

Art. 452. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha que arrolou do local, do dia e do horário da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.

§ 1º A intimação deverá ser realizada por carta com aviso de recebimento, cumprindo ao advogado juntar aos autos, com antecedência de pelo menos três dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento.

§ 2º A parte pode comprometer-se a levar à audiência a testemunha, independentemente da intimação de que trata o § 1º; presume-se, caso a testemunha não compareça, que a parte desistiu de sua inquirição.

§ 3º A inércia na realização da intimação a que se refere o § 1º importa desistência da inquirição da testemunha.

§ 4º A intimação será feita pela via judicial quando:

I – frustrada a intimação prevista no § 1º deste artigo ou quando sua necessidade for devidamente demonstrada pela parte ao juiz;

II – quando figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir;

III – a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública;

IV – a testemunha for uma daquelas previstas no art. 451.

§ 5º A testemunha que, intimada na forma do § 1º ou do § 4º, deixar de comparecer sem motivo justificado, será conduzida e responderá pelas despesas do adiamento.

Conforme é possível notar, o novo Código de Processo Civil altera a regra para a intimação de testemunhas. Neste, a regra será de que caberá ao advogado da parte intimar a testemunha que ele mesmo arrolou quanto à data da audiência, sendo dispensada a intimação pelo juízo. Além disso, poderá o advogado proceder à intimação via correio, com aviso de recebimento. Alternativamente, poderá a parte, se comprometer a levar a testemunha à audiência, mesmo sem intimação via correio.

Criou-se também quatro hipóteses em que a intimação judicial será utilizada. Trata-se, no novo Código de Processo Civil, de uma exceção. A primeira hipótese é quando for frustrada a intimação realizada pelo advogado, ou quando a necessidade de intimação for comprovada ao juízo. A segunda hipótese é quando a testemunha for servidor público ou militar, seguindo as considerações expostas no inciso quanto à requisição da presença. A terceira hipótese prevista é quando a

testemunha for arrolada pela Defensoria ou Ministério Público. A quarta e última hipótese expressamente prevista é se ela estiver no rol das testemunhas chamadas de egrégias, já mencionadas e comentadas anteriormente.

Ao analisar as novas disposições, Darci Guimarães Ribeiro (2014, p. 149) verifica algumas possíveis problemáticas:

Imagine o transtorno que vai acarretar ao advogado, pois ele deverá confeccionar uma carta de intimação – e o projeto não prevê os requisitos para sua realização -. Posteriormente terá que dirigir-se ao correio para despachá-la com aviso de recebimento, aguardando, sabe lá quando, o comprovante de recebimento. Uma vez na posse deste comprovante, o advogado deverá fazer uma petição ao juiz requerendo a juntada aos autos da cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento tudo isto com antecedência de pelo menos três dias da data da audiência.

Haverá, sim, mais obrigações a serem realizadas pelo advogado. Todo o procedimento de intimação foi repassado, em regra, a este. Deverá ele confeccionar a carta de intimação, lembrando que o Código não prevê os requisitos desta, realizar a postagem desta carta com devido aviso de recebimento e aguardar o recebimento deste. Após receber tal comprovante, devera juntá-lo aos autos, com antecedência mínima de três dias da audiência.

O parágrafo quinto, no entanto, equipara, em suas consequências, esta intimação realizada pelo advogado à exceção da intimação realizada via judicial, determinando que na situação de intimação pelo advogado ou pelo meio judicial, caso a testemunha não compareça sem motivo justificado judicialmente, esta será conduzida coercitivamente e responderá pelas despesas decorrentes de tal adiamento.

Entretanto, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 125) demonstram a intenção desta modificação. “Trata-se de norma que visa a desjudicializar o procedimento para informação da testemunha, visando à economia do ofício judicial e aceleração da comunicação à testemunha”. Assim como outras modificações realizadas pelo futuro Código, tal alteração visa desjudicializar parte do procedimento, no caso a intimação da testemunha, com base na economia judicial e acelerar a própria comunicação da testemunha, já que foi transferida esta ao advogado, ao invés de utilizar a máquina do Poder Judiciário.

4.9 Ordem de Inquirição das Testemunhas

A ordem de inquirição das testemunhas, prevista no artigo 413 no Código de 1973, estará disposta no artigo 453 no novo Código:

Art. 453. O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará para que uma não ouça o depoimento das outras.

Parágrafo único. O juiz poderá alterar a ordem estabelecida no caput se as partes concordarem.

Em regra, deverá ser inquirida primeiramente as testemunhas do autor, seguidas pelas do réu, de forma separada e sucessiva, providenciando que uma não ouça o depoimento da outra, demonstrando assim a característica da individualidade da prova testemunha. Entretanto, se as partes concordarem, o magistrado poderá alterar a ordem previamente estabelecida pelo Código.

O parágrafo único é uma inovação dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Agora tratada de ordem expressa, a possibilidade de modificações e alterações na ordem de inquirição das testemunhas no processo civil já era discutida e admitida pela doutrina brasileira.

Tal disposição e ordem de inquirição, segundo Pontes de Miranda (1997, p. 453) é devido a que “a ouvida das testemunhas do autor em primeiro lugar permite ao réu conhecer os pontos que foram focalizados pela prova do pedido”. Com a inquirição das testemunhas do autor, o réu poderá conhecer dos pontos que deverão ser contestados e debatidos para prova e defesa do pedido apresentado, gerando assim melhor possibilidade de apresentar a sua versão dos fatos.

Entretanto, alerta Pontes de Miranda (1997, p. 452) que “tal regra jurídica não poderia afastar hipóteses em que há urgência que se ouça antes algumas das testemunhas do réu”. A testemunha do réu, em situações de urgência, poderá ser ouvida anteriormente, inclusive fora da audiência em si, não gerando por este simples fato, situação incoerente ou danosa às partes.

É neste mesmo sentido que determinam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2013, p. 227) que não haverá problemas com a alteração da ordem de inquirição das testemunhas “desde que observado o princípio do

contraditório: a própria previsão de produção antecipada de prova testemunha em razão da urgência (falecimento ou viagem iminente) permite que se atribua certa elasticidade a esse comando normativo”. O princípio do contrário deve ser respeitado para que a ordem de inquirição seja alterada. Conforme já mencionado, a própria possibilidade de produção antecipada da prova testemunhal devido a questões de urgência, concede às tais previsões normativas certa elasticidade.

Outra situação possível de alteração da ordem de depoimentos é tratada por João Batista Lopes (2002, p. 151): “essa ordem poderá ser invertida na hipótese de ausência de testemunhas arroladas pelo autor, caso em que o juiz poderá, desde logo, inquirir as testemunhas arroladas pelo réu”. Nos casos em que houver ausência das testemunhas do autor, por qualquer que seja o motivo, poderá, já que as testemunhas do réu estão presentes, inquiri-las.

4.10 Sistema de Inquirição das Testemunhas

A modificação do sistema de inquirição das testemunhas é a mais substancial no novo Código de Processo Civil. O Código de Processo Civil de 1973, prevê em seu artigo 416:

Art. 416. O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento.

§ 1º As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

§ 2º As perguntas que o juiz indeferir serão obrigatoriamente transcritas no termo, se a parte o requerer. (Redação dada pela Lei nº 7.005, de 28.6.1982)

Foi adotada a chamada teoria presidencialista de inquirição de testemunhas. Em tal situação, somente o juiz interrogará as testemunhas. As perguntas serão formuladas diretamente pelo juiz, e serão realizadas por meio de reperguntas pelas partes, isto é, a pergunta será formulada pela parte ao juiz, que fará a pergunta diretamente à testemunha.

Escreve Pontes de Miranda (1997, p. 463) que será obrigatória a presença do juiz com a finalidade de evitar a situação de um juiz inerte que

anteriormente ocorria, sendo que os próprios advogados tentavam negar tal situação de inércia e tentativa de moralização na inquirição da testemunha.

Verifica-se, então, que a adoção do sistema presidencialista por meio do legislador do Código de Processo Civil de 1973 foi no sentido de se evitar um juiz inerte perante o processo, situação que era escondida e preferida pelos advogados, já que possuíam maior liberdade para realização de seus questionamentos, sem necessidade de constante interferência realizada pelos juízes em sua mediação.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 576) relatam que “esse sistema tem sofrido críticas, por formalizar excessivamente a audiência. Todavia, é o método ideal para se evitar constranger a testemunha, o que poderia ocorrer se a repergunta fosse a ela diretamente formulada”. A formalização da audiência pela inquirição realizada exclusivamente pelo magistrado seria necessária, já que, assim, se evitaria constrangimentos à testemunha, o que poderia ocorrer caso fosse inquirida diretamente pelo advogado da parte.

Comentários acerca do sistema presidencialista são realizados por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2013, p. 224).

No direito processual civil brasileiro, a inquirição das testemunhas é função do magistrado (art. 413 do CPC). Em razão disso, afirma-se que não podem as partes fazer as perguntas diretamente à testemunha: é indispensável a intervenção do magistrado, embora, na prática, juízes mais liberais acabem tolerando o questionamento direto, desde que formulado corretamente. A postura desses magistrados é a correta. Corroborando a lição, as Leis Federais n. 11.689/2008 e 11.690/2008 alteraram o Código de Processo Penal para permitir expressamente a arguição direta das testemunhas pelas partes (arts. 212 e 473 do CPP). Ora, se no processo penal, onde as garantias para o acusado são observadas com ainda mais atenção, permite-se a inquirição direta pelas partes, nada justifica que se mantenha essa formalidade obsoleta no processo civil.

Como a inquirição de testemunhas é tarefa única e exclusiva do juiz no processo civil brasileiro, o sistema adotado é o sistema presidencialista, ou também chamado de inquirição indireta, conforme já mencionado. As partes não podem realizar as perguntas de forma direta à testemunha, ou seja, perguntar diretamente à elas, sendo que, se realizarem diretamente as perguntas, deverá o juiz interferir e impedir a continuidade de tal atitude.

Entretanto, juízes com entendimentos liberais toleram tal questionamento direto, baseando-se na alteração realizada no Código de Processo

Penal, observando o seguinte preceito: se as garantias são ainda mais observadas no processo penal, e neste a inquirição direta é possível, nada justificaria que o sistema presidencialista fosse mantido no processo civil, o que impossibilita a inquirição direta realizada pelas partes.

É exatamente tal entendimento que foi consolidado e previsto expressamente no novo Código de Processo Civil em seu artigo 456:

Art. 456. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

§ 1º O juiz poderá inquirir a testemunha assim antes como depois da inquirição feita pelas partes.

§ 2º As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

§ 3º As perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requerer.

Como é possível verificar, por meio do novo Código é abolido o sistema presidencialista, sendo substituído pelo sistema da *cross examination*, inquirição direta ou inquirição cruzada. Por meio deste sistema, as perguntas são efetuadas diretamente pelas partes às testemunhas. O magistrado, entretanto, poderá inquirir a testemunhas tanto antes como depois da inquirição a ser realizada pelas partes. Como ele analisará as provas, precisa ter a certeza necessária, a verdade criada em contraditório para melhor substanciar e justificar suas decisões.

A origem de tal sistema, escreve José Miguel Garcia Medina (2011, p. 371), advém da “legislação processual civil norte-americana, que admite que as partes façam perguntas, seja às testemunhas que indicaram (*direct-examination*), seja àquelas indicadas pela parte adversária (*cross-examination*)”. Nos Estados Unidos da América, similar sistema de inquirição é utilizado, possuindo duas nuances, a inquirição direta com relação às suas próprias testemunhas e a inquirição cruzada com relação às testemunhas arroladas pela outra parte.

É certo, entretanto, conforme Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2013, p. 226), que “no direito anglo-americano, o magistrado é coadjuvante e as partes, por seus advogados, os grandes protagonistas”. A situação do sistema norte-americano é diferente do ordenamento brasileiro. Naquele, o juiz é

coadjuvante durante o processo, sendo as partes, por meio de seus advogados, os reais protagonistas, principalmente no tocante à inquirição das testemunhas e nos depoimentos das partes.

Ao tratar do que seria ideal dentro do procedimento da produção da prova testemunhal, elenca Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 757) o sistema de inquirição direta como a melhor opção:

Na realidade, o ideal seria que os advogados e o representante do Ministério Público pudessem formular as suas perguntas diretamente à testemunha, evitando-se o risco de o juiz formular outra pergunta, *no sentido de pergunta diversa*, à testemunha. Ainda assim, é lógico que o juiz teria o poder de indeferir a pergunta inadequadamente formulada ou o eventual excesso do advogado ou do representante do Ministério Público.

Com a intenção de se evitar problemas de reformulação, o que poderia alterar o sentido que a parte, por meio de seu advogado, gostaria de questionar a testemunha, o sistema de inquirição direta evita que o magistrado interfira nessa questão. Entretanto, tal sistema não impede que o magistrado possa indeferir perguntas formuladas de forma inadequada ou excessos praticados pelo advogado ou pelo Ministério Público, quando este participar do processo.

4.11 Gravação dos Depoimentos

Outra análise é com relação ao direito de gravação dos depoimentos pelas partes. No Código de Processo Civil vigente, tal situação está prevista no artigo 417:

Art. 417. O depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte. (Renumerado pela Lei nº 11.419, de 2006).

§ 2º Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006).

O detalhe a ser verificado é o final do *caput* do artigo 417 que prevê a faculdade às partes que realizem a gravação dos depoimentos realizados pelas

testemunhas, sendo assim constituído o direito a tal gravação. Tal previsão expressa somente foi inserida no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 8.952/1994.

Entretanto, escreveu Sergio Bermudes ao atualizar a obra de Pontes de Miranda (1997, p. 468) o seguinte alerta acerca da possibilidade de gravação dos depoimentos pelas partes:

A lei, que nunca proibiu a gravação dos depoimentos pelas partes, decidiu, agora, explicitar sua admissibilidade, para não deixar a questão ao arbítrio do juiz. Não se admite a gravação se o processo corre em segredo de justiça. Se a audiência não for uma e contínua, devendo prosseguir em outro dia (art. 455), a gravação ficará em poder do juízo, para se assegurar, na medida do possível o cumprimento da última proposição do art. 413. A lei faculta a gravação às partes, que são o autor, o réu, os terceiros intervenientes, o Ministério Público. O direito se estende ao próprio depoente, para se assegurar da fidelidade da transcrição do depoimento estenografado.

Verifica-se que mesmo que não houvesse previsão expressa quanto à gravação dos depoimentos por meio das partes, as partes poderiam efetuar tal gravação, já que a lei nunca a proibiu expressamente, ressalvado, entretanto, os processos que correm em segredo de justiça, nos quais seus depoimentos não poderão ser gravados.

Por sua vez, o novo Código de Processo Civil alterou o disposto no artigo em questão, retirando a previsão expressa de gravação, conforme texto abaixo apresentado referente ao novo artigo 457:

Art. 457. O depoimento poderá ser documentado por meio de gravação. Quando digitado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores.

§ 1º Se houver recurso em processo em autos não eletrônicos, o depoimento somente será digitado quando for impossível o envio de sua documentação eletrônica.

§ 2º Tratando-se de autos eletrônicos, observar-se-á o disposto neste Código e na legislação específica sobre a prática eletrônica de atos processuais.

A nova redação do artigo não prevê mais de forma expressa a gravação dos depoimentos das testemunhas. Entretanto, também não os proíbe. Restou ao artigo em questão apenas as previsões acerca da possibilidade do depoimento restar documentado no processo por meio de gravação, estabelecendo regras diferentes para situações de autos eletrônicos e não eletrônicos.

Entretanto, tal disposição agora está expressamente disposta no artigo 364 do futuro Código, de forma mais abrangente englobando toda a audiência:

Art. 364

[...]

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

§ 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

Novamente, o novo Código atualiza suas disposições para poder englobar os avanços tecnológicos acontecidos no tempo decorrido desde a criação do Código atual. Antes do que prever que o depoimento da testemunha possa ser gravado, agora há expressa previsão de que toda a audiência poderá ser gravada de forma integral, tanto em áudio quanto em imagem, por qualquer uma das partes, sem necessidade de qualquer autorização judicial.

5 CONCLUSÃO

As modificações realizadas pelo novo Código de Processo Civil alteram diversos artigos no tocante à prova testemunhal com diversas finalidades, desde correções e adequações ortográficas à necessidade de dar ao processo, e ao procedimento da prova testemunhal uma efetividade e celeridade.

1. O novo Código de Processo Civil melhor organizou alguns procedimentos, permitindo uma compreensão adequada do processo, de forma lógica, sequencial e sistemática. O desmembramento do artigo 407 do Código de Processo Civil de 1973, que trata do rol de testemunhas, demonstra essa organização. Este artigo combinava normas atinentes ao procedimento e informações do rol de testemunhas em si. As previsões atinentes ao procedimento foram readequadas ao novo artigo 354 que trata da audiência de saneamento. O substitutivo do artigo 407, o novo artigo 447 agora prevê apenas o aos requisitos do rol de testemunhas em si.

2. Devido à idade do Código de Processo Civil de 1973, adequações do texto à realidade do ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988 foram realizadas. Com a previsão expressa da união estável, e efeitos comparáveis estabelecidos pelo Código Civil de 2002, foi eficaz a adequação e previsão do companheiro nos artigos em que o cônjuge estava previsto, ou seja, nos impedimentos ao testemunho e na exclusão do dever de depor.

3. O novo Código de Processo Civil também se atualiza na questão tecnológica. O processo civil agora traz a previsão expressa acerca da videoconferência no artigo 450. Tal disposição possibilita uma melhor efetividade e celeridade do processo civil, já que haverá menos despesas envolvidas em sua produção, bem como diminui a necessidade da utilização da carta precatória. Há também uma resposta mais efetiva em sua realização, sem, entretanto, interferir na oralidade necessária da prova testemunhal. Mesmo por videoconferência, o magistrado pode visualizar comportamentos da testemunha para poder qualificar e dar o valor correto àquele testemunho.

4. A intimação da testemunha, em regra, não será realizada pelo juízo. O novo Código de Processo Civil estabelece, como regra, a obrigação do advogado

realizar o procedimento de intimação, restando a intimação judiciária apenas como exceção. A obrigatoriedade e desvinculação da regra de intimação do juízo para o advogado desburocratizam o processo, ao menos na questão da intimação das testemunhas, bem com desjudicializa tal questão, gerando uma economia ao juízo e celeridade em tal procedimento. Embora tais modificações gerem maiores obrigações aos advogados, estas serão uma importante evolução para efetividade da prestação jurisdicional.

5. No tocante à suspeição das testemunhas, há supressão de dois incisos que continham em seu conteúdo análises preconceituosas, além de constitucionalidade duvidosa. No Código de Processo Civil de 1973, é avaliada a vida pessoal para determinação da suspeição de pessoas condenadas por falso testemunho, bem como aqueles que não forem dignos de fé, por seus costumes. O novo Código avança ao não prever mais tais situações. A análise da suspeição deve tomar como base somente a relação das pessoas e os fatos, com base na realidade fática demonstrada e provada.

6. Também levando em consideração a efetividade e a celeridade processual, o magistrado possuirá mecanismos para garantir a inquirição das testemunhas chamadas egrégias, previstas nos parágrafos do novo artigo 451, concedendo ao magistrado poder de determinar dia, hora e local para o depoimento destas testemunhas, caso não haja manifestação para agendamento de tal produção probatória ou não haja comparecimento à sessão agendada. Tal previsão não atinge os princípios relativos à prova, já que o princípio dispositivo pode ser mitigado em situações específicas, verificada a necessidade de produção probatória para o convencimento do magistrado.

7. A grande e substancial modificação na prova testemunhal é a modificação do sistema de inquirição das testemunhas. De forma similar ao ocorrido ao processo penal, o processo civil passa a adotar o sistema de inquirição direta ou cruzada das testemunhas ao invés do sistema de inquirição indireta. Retirar a figura da repergunta e transferir as perguntas às partes por meio de seus advogados possibilita uma melhor organização, celeridade e efetividade na produção da prova testemunhal, sem, entretanto, interferir nos poderes do magistrado e em seu convencimento, já que este também poderá inquirir a testemunha.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILA, Jayme de. **A testemunha na história e no direito**. São Paulo: Melhoramentos, 1967.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 4. ed., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

BÍBLIA Sagrada. São Paulo: Paulus, 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166/2010. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em: 2 dez. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direitos Civil e Processual Civil. Investigação de Paternidade. Determinação de Ofício de Audiência de Testemunhas. Possibilidade. Direito Indisponível. Art. 130, CPC. Direito de Família. Evolução. Hermenêutica. Precedentes. Recurso Desacolhido. **Recurso Especial n.º 43.467/MG**. Recorrente: Eduardo Olímpio de Carvalho. Recorrido: Savini Carvalho de Miranda. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 18 de março de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400026242&dt_publicacao=18/03/1996>. Acesso em: 2 dez. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. t. 1.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed., rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Temas atuais de direito processual civil volume 3).

CARLETTI, Amilcare. **Brocardos jurídicos**. São Paulo: LEUD, 1986. v.3.

COSTA, Benedicto Bernal. **Testemunhas**. 1. ed. Campinas: Julex Livros, 1987.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 2.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de curso**. 2009 – Presidente Prudente, 2009. 116 p.

FELIZARDO, Eloah Carone Costa. História e Importância da Prova Testemunhal. In: FIUZA, César (coord.). **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2002.

FIUZA, César. Algumas Linhas de Processo Civil Romano. In: FIUZA, César (coord.). **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____ ; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; 2)

_____ ; _____. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Gen, Método, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 4.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Questões relevantes da prova no projeto de novo Código de Processo Civil. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas (coord.). **Novo CPC: reflexões e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

VADE MECUM. 13. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 14. ed., rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v.1.