



**REVISTA  
ELETRÔNICA  
DE  
DIREITO  
PROCESSUAL**

Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu*  
em Direito Processual da UERJ

*Patrono: José Carlos Barbosa Moreira*

ISSN 1982-7636 - Estrato B3 Qualis

[www.redp.com.br](http://www.redp.com.br)

Ano 8. Volume XIII

Janeiro a Junho de 2014

Rio de Janeiro

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

**APRESENTAÇÃO**

*Leonardo Greco*

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> In: Revista Dialética de Direito Processual, n° 15, São Paulo: Dialética, jun. 2004, pp. 76-94.

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

<sup>3</sup> In: *Revista de Processo*, ano 30, n° 128, outubro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.40-58.

<sup>4</sup> In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJ*, n° 35, outubro-dezembro de 2006, Brasília, pp. 20-27.

<sup>5</sup> In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, n° 4, Jul./Dez. 2009, pp.4-28. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 10.06.2013. Trata-se de Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - linha de pesquisa de Direito Processual, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

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

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

Recordo aqui que a minha exposição sobre o tema, no capítulo IV do 2º volume das minhas *Instituições*, se iniciou com a constatação de que a promessa democrática de tutela efetiva dos direitos de todos seria ilusória se o processo não fosse capaz de reconstruir os fatos como eles são, porque destes é que resultam os direitos cuja tutela é buscada pela provocação do exercício da função jurisdicional. Os sistemas processuais se preocuparam, durante séculos, em estabelecer regras minuciosas de admissibilidade e avaliação das provas, como se a verdade processual tivesse uma essência própria, pouco ou nada dependente daquela que se encontra no mundo real, quando, ao contrário, como evidenciou Jeremias Bentham<sup>9</sup>, a busca da verdade não é uma atividade privativa do juiz, e o resultado que o juiz deve buscar deve ter a mesma consistência daquele que é objeto da investigação dos fatos em qualquer outra área do conhecimento humano. Afinal, como acentua Tuzet, a verdade é relevante para o processo, porque não interessam quaisquer decisões, mas sim decisões justas e a verdade fática é uma das condições da justiça substancial<sup>10</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

Por outro lado, essa concepção não se harmoniza com o livre convencimento puramente retórico, porque é preciso cercar a cognição probatória da mais estrita precisão para assegurar o caráter demonstrativo da definição dos fatos, com o emprego da epistemologia - como teoria do conhecimento empírico fundado na experiência científica e na lógica do razoável -, do senso comum e da própria lógica formal, através do respeito aos princípios da não-contradição e da racionalidade interna da decisão probatória<sup>11</sup>.

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

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

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

---

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

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

Com crescente frequência na sociedade contemporânea a investigação e avaliação dos fatos depende de conhecimentos científicos ou especializados de outras áreas de conhecimento. Toda a filosofia da ciência já abandonou a crença de outrora de que o conhecimento científico é absoluto e infalível. Ao contrário, grande parte do que consideramos conhecimento científico tem fundamento eminentemente empírico e probabilístico, sujeitando-se a maior ou menor margem de erro e a interpretações diversas, de acordo com a escola de pensamento a que se filie o pesquisador ou com o método adotado<sup>12</sup>.

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

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

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

---

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

serem observadas na apresentação dos trabalhos periciais, o que ensejou o desenvolvimento de intensa reflexão doutrinária, direcionada a propiciar que o juiz consiga evitar ou, pelo menos, reduzir os riscos da utilização da falsa ciência e aferir o grau de credibilidade das conclusões daqueles trabalhos, para mais racionalmente sopesá-los no exame conjunto com as demais provas<sup>13</sup>.

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

---

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

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

Capítulo importante do meu estudo dediquei às denominadas *limitações probatórias*, que defini como todas a proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas<sup>14</sup>. Embora restritivas da investigação da verdade, essas limitações são tradicionalmente justificadas: na necessidade de assegurar a celeridade do procedimento, como ocorre na imposição de prazos e de preclusões e na vedação de provas inúteis ou procrastinatórias; na segurança de certas relações jurídicas, como a apresentação da certidão do registro público para a prova de determinados fatos; na proteção de direitos fundamentais do homem, como a intimidade, a integridade física e a honra, ou o próprio interesse público, como ocorre em muitas provas consideradas ilícitas; ou na inconveniência na produção de provas que a própria lei considera suspeitas, como nos casos de incapacidades, impedimentos ou motivos de suspeição de pessoas arroladas como testemunhas.

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

---

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



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

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

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

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

Nas limitações fundadas em direitos fundamentais, a técnica da ponderação é universalmente aceita, mas é preciso dar objetividade à chamada *ponderação em concreto*, para libertá-la de inevitáveis subjetivismos, não só com a importação da teoria dos diferentes graus de privacidade do Tribunal Constitucional alemão<sup>15</sup>, mas também com uma legislação, de que carecemos no Brasil, que explicita e discipline os diversos níveis de proteção dos variados e complexos conteúdos do chamado direito à privacidade. No âmbito estritamente processual, a concentração desse juízo de proporcionalidade em apenas um órgão jurisdicional no âmbito de cada tribunal ou de determinada área geográfica, serviria de filtro para que a privacidade não fosse devassada além do limite estritamente necessário e asseguraria igualdade de tratamento em todas as causas semelhantes. As limitações fundadas no interesse público e num possível direito a não se auto-incriminar também mereceriam um tratamento análogo.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por outro lado, com frequência um fato é constitutivo do direito do autor e a sua negativa é extintiva desse direito ou vice-versa. Nesses casos, a quem caberia o ônus da prova? Parece conveniente, portanto, voltar à doutrina germânica da *Normentheorie*, de que a cada parte incumbe o ônus da prova dos fatos que alega em seu favor – *ei incumbit probatio qui dicit* -, independentemente da sua natureza (art. 11), porque, como bem observa Vittorio Occorsio, há uma dificuldade insuperável de efetuar uma distribuição em abstrato do ônus da prova, particularmente em decorrência da fragilidade de quem vem a juízo<sup>16</sup>. Mas, em contrapartida, flexibiliza-se essa regra, com a adoção do princípio da carga dinâmica, imputando o ônus probatório à parte com mais facilidade de acesso à prova e desde que, para esta, não constitua encargo de impossível cumprimento (§ 1º).

Conforme leciona Picó i Junoy, invocando Roberto Berizonce, é uma exigência da boa fé a imposição do ônus da prova à parte que, segundo as circunstâncias e a situação do litígio, se encontre em condições técnicas, profissionais ou fáticas mais favoráveis para produzi-la<sup>17</sup>.

---

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

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

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

É constante preocupação do anteprojeto a disciplina do modo de incidência das suas regras sobre as causas do Estado. Não existe no Brasil um ramo especializado do Direito Processual Civil que se dedique precipuamente às causas das pessoas jurídicas de Direito Público. Alguns estudos têm sido elaborados no Brasil sobre essa questão<sup>18</sup>. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e a evolução da disciplina do contencioso administrativo ou da jurisdição administrativa na Europa evidenciam que nessas causas também deve ser assegurado o respeito à independência e imparcialidade do juiz, ao contraditório, e à ampla defesa em condições isonômicas. Na verdade, violaria essas garantias subtrai-las do alcance do princípio dispositivo<sup>19</sup>. Entretanto, para atingir esse resultado, é necessário regular expressamente certas situações que, à luz das regras processuais de caráter geral, podem se afigurar duvidosas. Por isso, o artigo 13 do anteprojeto estatui que no litígio sobre a validade do ato administrativo o ônus da prova da sua causalidade incumbe ao Estado, independentemente da sua posição como autor ou como réu, reconhecendo que aquele se encontra em posição mais favorável para justificar o preenchimento dos pressupostos legais dos seus próprios atos.

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

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

---

<sup>18</sup> V., entre outros: GRECO, Leonardo, A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa, In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJ*, n° 35, outubro-dezembro de 2006, Brasília, pp. 20/27; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da., *et alii (coords.)*, *Código de Jurisdição Administrativa (o modelo alemão)*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009; CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *A Fazenda Pública em Juízo*, 8. ed., São Paulo: Dialética, 2010.

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



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

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

Sem abandonar a livre convicção, como sistema de avaliação das provas, o anteprojeto impõe seja ela antecedida do mais amplo contraditório, exigindo, para o necessário controle da sua racionalidade, que a sua fundamentação explique precisamente os motivos, vinculando-os à importância concretamente atribuída a cada prova produzida (art. 17), porque, como explica Tuzet<sup>20</sup>, o juiz que decide não está só, eis que às partes é assegurado participar ativamente na elaboração do juízo nas suas várias fases e componentes.

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

No capítulo IV as limitações procedimentais são tratadas com bastante tolerância, admitida a produção da prova tardiamente requerida sempre que a parte demonstrar um motivo justificável e não houver prova de intuito procrastinatório ou de má fé. Às preclusões o anteprojeto prefere a solução lusitana da aplicação de multa<sup>21</sup> e o

---

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

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

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

Deixa a parte de ter a plena disponibilidade da prova por ela requerida, cuja desistência somente poderá ser acolhida nos casos de evidente inutilidade, de impossibilidade material ou, se versando a causa sobre direito disponível, houver expressa concordância da parte contrária (art. 20), porque, consoante Picó i Junoy a desistência da prova anteriormente proposta é uma das manifestações mais claras da litigância de má fé, devendo o juiz coibi-la para não frustrar a expectativa legítima da parte contrária de que os fatos que a ela interessam sejam efetivamente esclarecidos<sup>22</sup>.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

No capítulo VI se encontra uma das principais inovações do anteprojeto, que é a criação de um procedimento probatório extrajudicial, desvinculado de qualquer demanda futura, com a finalidade de troca de informações entre as partes em eventual controvérsia para que o esclarecimento dos fatos propicie uma avaliação mais precisa da conveniência da instauração de um processo judicial, facilitando a busca de uma solução negociada sem a intervenção judicial e preparando, se for o caso, uma demanda futura mais consistentemente fundamentada. O direito anglo-americano oferece uma experiência muito rica de preparação da demanda, que já se dissemina por vários países do continente europeu<sup>24</sup>, e estamos convencidos de que a sua adoção entre nós, já defendida em recente trabalho acadêmico<sup>25</sup>, constituirá um instrumento muito útil para evitar litígios mal formulados, instituindo um canal de cooperação extrajudicial que, bem explorado pelos advogados, propiciará processos judiciais mais céleres e mais bem instruídos, evitando tantos outros pela prévia avaliação concreta da sua reduzida probabilidade de êxito ou pelo desfecho desse diálogo pré-processual em conciliações ou acordos que, dispensando os ônus, os riscos e as demoras da via judicial, equacionem a controvérsia sem necessidade de atuação do juiz.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No capítulo I, o depoimento pessoal é integralmente reformulado, deixando de constituir simples instrumento de confissão, para ganhar força como meio de defesa e oportunidade propícia ao mais amplo esclarecimento dos fatos e ao exercício do diálogo humano, característico do contraditório participativo<sup>26</sup>. Nessa nova feição, a parte pode requerer o seu próprio depoimento pessoal (art. 52), e o advogado do depoente também pode formular-lhe perguntas (art. 54, § 1º). O depoimento não se limita a responder às questões propostas, mas também representa para a própria parte o seu *dia na corte*, propiciando-lhe formular quaisquer outros comentários que considerar pertinentes para o esclarecimento das circunstâncias da causa (art. 53, § 2º).

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

À prova pericial, objeto do capítulo V do título II, o anteprojeto propõe reformulação profunda. No atual estágio de incremento do saber humano que caracteriza o último cinquentenário e que ainda se projetará, seguramente e em progressão geométrica, nas próximas décadas, não há mais qualquer dúvida de que a verdade da ciência é vulnerável e falível em todas as áreas de conhecimento e de que a ciência e a técnica de que o juiz necessita para apurar e interpretar os fatos é frequentemente polêmica, sujeita a escolas de pensamento e a correntes de opinião, especialmente porque a maior parte das suas conclusões tem como suporte teorias construídas sobre observações empíricas de determinados fenômenos dos quais os especialistas extraem inferências e juízos de probabilidade sujeitos a margens de erro, de acordo com variáveis metodologias. Se é importante aproximar a verdade jurídica da verdade científica, por outro lado é necessário impedir que a ciência exproprie o direito ou que o direito ignore ou renegue a ciência, como acentuou lapidarmente Fiandaca<sup>27</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

Como meio de prova autônomo, a inspeção judicial, objeto do capítulo V, não pode mais ser vista como uma mera faculdade do juiz à luz do direito de defender-se provando que rege a admissibilidade da produção de provas. Deve, portanto, o magistrado deferi-la ou determiná-la de ofício nos limites do art. 10, sempre que a observação pessoal de pessoas, coisas, lugares ou documentos puder ser útil à apuração ou interpretação dos fatos. É evidente que, com muita frequência, essa observação poderá estar contida na produção de algum outro meio de prova, como a prova pericial, testemunhal ou o depoimento pessoal, desonerando o juiz do encargo de promovê-la em separado<sup>28</sup>. Nas simples constatações, o juiz deve poder delegar essa observação a um servidor ou a um terceiro por ele designado, dispensada a prova pericial (art. 139, § 2º). Em qualquer caso, procedida pelo juiz ou por um preposto, terão as partes ampla possibilidade de participar da diligência, pessoalmente ou acompanhadas de seus advogados, peritos e outros técnicos ou pessoas de sua confiança (§ 4º).

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

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

---

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

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

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

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

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

Rio de Janeiro, março de 2014

LEONARDO GRECO

## JUSTIFICATIVAS

### TÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

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

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

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

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

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

Capítulo VI – Procedimento Probatório Extrajudicial: José Aurélio de Araujo

Capítulo VII – Procedimento Probatório Judicial: José Aurélio de Araujo

### TÍTULO II – PROVAS EM ESPÉCIE

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

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

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

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

Capítulo V – Da Inspeção Judicial: Odilon Romano Neto

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