

O NOVO CPC E O DIREITO CIVIL: DESAFIOS INICIAIS

SIDNEI AMENDOEIRA JR



- Advogado militante;
- Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP;
- Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da FGV/SP;
- Diretor do Centro de Estudos Avançados em Processos (CEAPRO);
- Associado à Associação Brasileira de Franchising - ABF e ao Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBPD;
- Autor de diversos livros e artigos jurídicos.

12/01/16

Tema da aula: Das provas no novo CP - aspectos materiais e processuais

CC x CPC

O CC em 2002 trouxe um capítulo específico sobre meios de prova do negócio jurídico (arts. 212 a 232). Esse capítulo foi muito criticado pelos processualistas por não haver distinção entre prova e forma dos atos jurídicos (o que o CC de 1916 fazia). Os requisitos formais de uma escritura pública (art. 215) dizem respeito a forma do ato e não à sua prova. Ademais, o CPC seria a sede adequada para tratar do direito probatório e não o CC.



CC x CPC

- Já os civilistas entendiam que a crítica era desnecessária uma vez que a forma e o conteúdo de um ato jurídico estão muito ligados a sua prova em juízo.
- Ademais, a prova também está atrelada ao direito material, de modo que o tratamento da matéria pelo CC deve ser visto como uma espécie de norma geral, restando o CPC, em função da especialidade da matéria, ser usado para dirimir eventuais dúvidas existentes.



- O art. 212, CC estabelece o fato jurídico pode ser provado mediante:
 - (i) confissão;
 - (ii) Documento;
 - (iii) Testemunhas;
 - (iv) Presunções; e
 - (v) Perícias.
- Aqui outra crítica merece ser feita, o CC traz um rol com institutos de naturezas diversas: testemunhos e documentos são fontes de prova, confissões e perícias meios de prova e as presunções são meras conclusões...



- O CPC/73 (art. 332) e o NCPC (art. 369) tratam o tema de forma mais abrangente de modo que todos os meios legais – bem como moralmente legítimos – especificados ou não no CPC – podem ser usados para demonstrar a verdade dos fatos (princípio da atipicidade das provas) em que se funda o pedido ou a defesa com vistas a influir no convencimento do magistrado (princípios da boa-fé e da cooperação).
- Assim, esse rol do CC deve ser entendido como meramente exemplificativo.



AASP

Associação dos Advogados
de São Paulo



Documentos Eletrônicos

- Os civilistas, justamente pelo fato do rol ser exemplificativo, já admitiam os documentos eletrônicos (ver os enunciados 297 e 298 da IV Jornada de Direito Civil – aplicavam o regime da prova documental às reproduções eletrônicas).
- O NCPC, por sua vez, no art. 422, §1º estabelece que qualquer forma de reprodução, mecânica ou não, pode ser usada como prova dos fatos ou coisas representadas se não impugnada pela parte contra quem for produzida, em particular as fotos digitais e/ou extraídas da internet.
- Exemplo: uso de informações oriundas das redes sociais.



Documentos Eletrônicos

- Neste sentido, o NCPC cria uma seção exclusiva para isso:
 - (i) a utilização de documentos eletrônicos no processo físico/convencional depende de sua conversão à forma impressa (art. 439);
 - (ii) o juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido (art. 440); e
 - (iii) serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica (art. 441).



Confissão

- Confissão é a **declaração feita pela parte em que se admite a verdade de fato contrário a seu próprio interesse e favorável a de seu adversário** (art. 389, NCPC). A confissão pode ser:
 - (i) judicial ou extrajudicial.
 - (ii) espontânea ou provocada (art. 390, NCPC).
 - (iii) expressa ou tácita (art. 341, NCPC) por falha da contestação ao ônus da impugnação específica.



Confissão

- A confissão extrajudicial, também pode ser feita de forma oral (filmada, gravada etc.) ou por escrito. Mas, se feita oralmente, somente terá eficácia se a lei não exigir prova literal (art. 394), como por exemplo a escritura pública em pacto antenupcial (art. 1653, CC).



Confissão

- A confissão pode ser o resultado do depoimento pessoal.
- **O NCPC mantém o sistema que o depoimento pessoal poderá ser requerido pela parte contrária para obtenção da confissão, ocorrendo uma única vez na audiência de instrução e julgamento ou determinado pelo juiz quantas vezes necessário para conhecimento dos fatos da causa por meio do interrogatório livre (art. 385, NCPC)**



Confissão

- A novidade é que isso poderá ser feito por vídeo conferencia:
- *§ 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.*



Confissão

- Os arts. 213, CC e 392, caput e §1º, NCPC estabelecem em sintonia que **a confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito** relativo aos fatos confessados.
- Aqui deve ser entendido que não se admite confissão:
 - (i) Do absolutamente incapaz;
 - (ii) Com relação a direitos indisponíveis.



Confissão

- O art. 213, § único, CC estabelece que a confissão somente é eficaz quando realizada por representante, nos limites em que este pode vincular o representado. Nesta mesma linha o art. 392, §2º, NCPC.



Confissão

- É ato irrevogável e irretratável não se admitindo o arrependimento para evitar o *venire contra factum proprium*, evitando comportamento contraditório que violaria a boa-fé objetiva (art. 214, CC e 393, NCPC).
- O art. 352, CPC/73 admitia a revogação da confissão por erro, dolo e coação. E o CC apenas por erro de fato (não de direito) e coação. **O art. 393, NCPC adequou-se à regra do CC neste tocante, falando em anulabilidade.**



Prova documental

- Aqui o CC estabelece várias regras relativas à forma do ato mais do que com relação à sua prova (ver arts. 215-226).
- Forma = plano da validade do ato
- Prova = plano da eficácia do ato



Prova documental

- Escritura pública é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena (art. 215).
- Equivocado o uso da expressão prova plena que nos remete à antiga prova tarifada completamente contrária ao convencimento motivado atual, o que fora alertado pelos processualistas. Os civilistas já reconheciam isto no Enunciado 158 da III Jornada de Direito Civil falando em presunção *iuris tantum*.
- Ademais, haveria inversão do ônus da prova diante da escritura (Resp 1438432)



Prova documental

- O art. 405, NCPC estabelece que a escritura pública faz prova:
 - (i) Da sua formação; e
 - (ii) Dos fatos que o tabelião declarar que ocorreram em sua presença.
- O art. 215, §1º do CC ajuda a esclarecer o artigo em questão porque presume verdadeiros os elementos da escritura pública como: sua data e local, identidade das partes, manifestação da vontade clara, cumprimento de exigências legais e assinatura das partes.



Ata Notarial

- A “ata notarial” passa a ser prevista como meio de prova pelo NCPC:
 - Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.
 - Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.



Prova documental

- Questão importante diz respeito ao art. 221 do CC. Este estabelece que o instrumento particular – feito e assinado ou só assinado – prova obrigações convencionais de qualquer valor.
- Muito se debateu se este artigo revogava o art. 585, II do CPC/73 que exigia 2 testemunhas para que o título fosse executivo extrajudicial (mantido pelo NCPC, art. 784, III).
- Não havia relação: o CC tratava apenas da prova do negócio jurídico. O CPC estabelecia se o negócio jurídico poderia ou não ensejar a execução...



Prova documental

- Art. 222, CC trata do telegrama – faz prova mediante a conferencia do original assinado – se for contestado.
- O art. 413, NCPC fala em telegrama, radiograma **ou qualquer outro meio e conferencia com original constante da estação expedidora**. E o art. 414 ainda diz que se de acordo faz prova da data de expedição e recebimento.
- Este artigos aplicam-se ao fac-simile e ao e-mail...



AASP

Associação dos Advogados
de São Paulo



Prova documental

- Importante é o novo art. 422, CPC ao estabelecer que qualquer cópia mecânica, fotográfica, cinematográfica fonográfica ou de qualquer espécie fazem prova do fato (na mesma linha o art. 225, CC exceto com relação a menção à prova plena).
- Inovação é não se falar mais em negativo para prova das fotografias e mencionar-se expressamente as fotografias digitais e extraídas da internet em seu §1º - se impugnadas – será apresentada autenticação eletrônica ou não sendo perícia. Aplicando-se do disposto as mensagens eletrônicas (§3º).



Prova testemunhal

- O art. 227, CC estabelecia que a prova testemunhal exclusiva somente seria admissível se o negócio jurídico não tivesse valor superior a 10 salários mínimos.
- Esta era a regra do art. 401, CPC/73
- Agora o NCPC revoga o art. 227, CC e afirma, em seu art. 442, que **a prova testemunhal exclusiva admite-se em negócios de qualquer valor.**



Prova testemunhal

- O art. 228, CC e o art. 447 do CPC tem algumas diferenças e o NCPC é mais completo ao separar quem são as testemunhas:
 - (i) Impedidas (cônjuge, companheiro, ascendente, descendente e colateral até 3º. Grau, parte, tutor);
 - (ii) Suspeitas (inimigo, amigo íntimo e quem tem interesse no litígio); e
 - (iii) Incapazes (interdito, acometido por enfermidade ou doença mental, menor de 16 anos, cego e surdo com relação a sua incapacidade)



AASP

Associação dos Advogados
de São Paulo



Prova testemunhal

- Os parágrafos 4º e 5º do NCPC estabelecem que os menores, impedidos e suspeitos podem ser ouvidos se necessário e que serão prestados sem compromisso de dizer a verdade (informantes) dando-lhes o juiz o valor que merecerem.
- Outra mudança importante: foram retiradas a menção a serem suspeitos o condenado por crime de falso testemunho em outro feito e àquele que, por seus costumes, não for digno de fé...



Prova testemunhal

- O NCPC admite ainda:
 - (i) a **inversão na ordem da oitiva**, havendo acordo entre as partes (art. 456, par. único);
 - (ii) **cabe ao advogado da parte (art. 455) intimar a testemunha** por carta com AR 3 dias antes da audiência (somente será feita pela judicial se frustrada); e
 - (iii) a **realização de perguntas diretas** pelos advogados das partes, podendo o juiz inquiri-la depois das partes se entender necessário (art. 459, caput e par. primeiro).



AASP

Associação dos Advogados
de São Paulo



Prova testemunhal

- O art. 229 do CC estabelece que ninguém é obrigado a depor sobre fatos:
- (i) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;
- (ii) acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de parente em grau sucessível **ou amigo íntimo**;
- (iii) que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas acima ou **a dano patrimonial imediato**.
- **Este artigo foi revogado pelo NCPC. Vale o disposto no seu art. 448.**



Presunções

- O artigo 230, CC foi revogado pelo NCPC.
- Presunções são deduções feitas a partir de uma prova indireta (sobre um indicio) por meio de raciocínio mental.
- Presunções: legais ou simples (hominis).
- O CC limitava o uso das presunções hominis.
- Agora, com o NCPC elas podem ser utilizadas de forma ampla pelo juiz da causa sem as restrições. Mas de se notar que o art. 374, IV, NCPC trata apenas das presunções legais quando diz que não dependem de provas em cuja favor milita presunção de existência e veracidade).



AASP

Associação dos Advogados
de São Paulo



Presunções

- O artigo 231, CC tem importante presunção não tratada pelo NCPC: aquele que se nega a fazer exame médico não pode se aproveitar da recusa (não podendo se beneficiar da própria torpeza). Em sendo determinada pelo juiz, a recusa a perícia médica supre a prova que se pretendia com o exame (presunção *iuris tantum*). Ver também a lei 12.004/2009 sobre a recusa ao exame de DNA no mesmo sentido. E, ainda:
- **“Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade.”**
(Súmula 301, STJ).



Ônus da Prova

•O artigo 333 do CPC (art. 380, NCPC) reserva:

(i) ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito (fato da vida que serve de fundamento ao pedido do autor como, por exemplo, locação e mora – fatos constitutivos na ação de despejo por falta de pagamento); e

(ii) ao réu os fatos impeditivos (obsta-se as consequências jurídicas do fato - incapacidade civil, por exemplo), modificativos (altera a relação jurídica - novação, transação etc) e extintivos (acarreta o fim da relação jurídica – como, por exemplo, o pagamento) do direito do autor.



AASP

Associação dos Advogados
de São Paulo



Distribuição dinâmica

- Art. 373, § 1º *“Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”*
- Origem: doutrina argentina das cargas probatorias dinâmicas de Jorge W. Peyrano.
- o STJ já admitia a aplicação dessa teoria em outros casos concretos, com base numa interpretação sistemática e constitucionalizada da legislação processual em vigor (cf. STJ, REsp 1.286.704/SP; REsp 1.084.371/RJ; REsp 1.189.679/RS; e RMS 27.358/RJ).



Prova emprestada

- A prova emprestada é expressamente aceita no CPC 2015, desde que observado o contraditório.

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório 1.084.371/RJ; REsp 1.189.679/RS; e RMS 27.358/RJ).



Produção antecipada

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar tentativa de autocomposição ou de outro meio adequado de solução de conflito;

III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.



Prova técnica simplificada

Art. 464.

§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, **o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada**, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3º A prova técnica simplificada **consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa** que demande especial conhecimento científico ou técnico.

§ 4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.

