

Notas sobre o Artigo 1.072, II, do Novo CPC: a Revoção de Regras sobre Provas do Código Civil

Robson Renault Godinho*

A polêmica envolvendo a definição da natureza jurídica das normas sobre a prova é antiga e persistente, contando com diversos estudos em que o tema é debatido intensamente¹, cabendo, para os fins deste artigo, apenas um registro sobre o assunto, sem uma exaustiva reportagem sobre todos os pontos de vista, cujas descrições encontram adequado empreendimento nas referências citadas, sobre as quais pouco há que se acrescentar.

Basicamente contam-se cinco teses sobre a natureza jurídica das normas sobre provas: 1) são exclusivamente de direito material, 2) são exclusivamente de direito processual, 3) possuem natureza mista, 4) possuem natureza dúplice, material e processual e 5) pertencem ao direito “justicial”². Não se questiona que há uma íntima conexão entre as normas sobre ônus da prova e o direito material, assim como entre as questões probatórias e o direito material, já que estamos trabalhando com suportes fáticos, mas a disciplina sobre a fixação, incidência e eficácia das regras sobre ônus da prova é eminentemente processual.

Ainda que se considere irrelevante a topografia da norma para indicar sua natureza, a matéria foi disciplinada pelo legislador brasileiro tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil, com evidentes impactos causados no sistema a partir de uma nova codificação³.

E, nesse particular, foram desperdiçadas duas raríssimas oportunidades para uma melhor disciplina do direito probatório: as normas do Código Civil são lamentáveis,

* Pós-doutor (UFBA). Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP). Promotor de Justiça (MPRJ).

¹ Sobre tal discussão, os seguintes textos clássicos: CHIOVENDA, Giuseppe. *La naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo*. Ensayos de Derecho Procesal Civil. Vol. I. Santiago Sentís Melendo (Trad.). Buenos Aires: Bosch y Cía., 1949 (especialmente a polêmica em torno de Chiovenda, vale conferir MONIZ de ARAGÃO: *Exegese do Código de Processo Civil*. Vol. IV – I. Rio de Janeiro: Aide, s. d., p. 51/54. Do mesmo autor, aprofundando o debate, Regras de prova no Código Civil. *Revista de Processo*, nº 116. São Paulo: RT, julho/agosto de 2004). CAPPELLETTI, Mauro. *La “naturaleza” de las normas sobre las pruebas. La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (Trad.). Buenos Aires: EJE, 1972. DENTI, Vittorio. *La naturaliza jurídica de las normas sobre las pruebas civiles. Estudios de Derecho Probatorio*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJE, 1974. Panorama geral em REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das Normas sobre Prova*. São Paulo: RT, 1985. GIANNICO, Maricé. *A Prova no Código Civil: natureza jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ECHANDÍA, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002, capítulo III. AMARAL SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, capítulo III. COMOGLIO. *Le Prove Civili*. 2ª ed. Torino: UTET, 2004, p. 23/24). MARINONI e ARENHART, acolhendo as ponderações de Denti e Cappelletti, entendem não haver suficiência de critérios abstratos para definir a questão, sempre havendo necessidade de se confrontar o caso concreto (Prova. São Paulo: RT, 2010, p. 355/361).

² Cf. ECHANDÍA, ob. cit, capítulo III.

³ Para análise crítica das disposições do CC e as razões para modificações legislativas: DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no Código Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77/104.

desnecessárias e deslocadas no tempo; e o novo Código de Processo Civil perdeu a oportunidade de revogar por inteiro o Título da Parte Geral do Código Civil, cujas regras, como já afirmado, são muito ruins e em nada contribuem sistematicamente.

Ou seja: em menos de quinze anos, foram editados dois Códigos e não se obteve uma sistematização adequada da matéria, limitando-se o novo Código de Processo Civil, no artigo 1072, II, a revogar os artigos 227, *caput*⁴, 229⁵ e 230⁶ do Código Civil, mantendo íntegros formalmente os demais dispositivos.

Nota-se que a maior preocupação do novo CPC em relação às disposições constantes no Código Civil foi com a admissibilidade da prova testemunhal. Como é de conhecimento corrente, a fase de admissibilidade é comum à produção de todos os meios de prova, seja em razão de específica disciplina jurídica, seja em virtude da eficácia do meio e da pertinência do objeto. Trata-se de tema sensível e próprio da teoria geral da prova, figurando-se essencial para a compreensão da evolução do estudo do direito probatório. Em razão das vicissitudes históricas pelas quais passou a prova testemunhal, oscilando entre o protagonismo e a marginalidade entre os meios de prova, sua admissibilidade assume peculiar relevância, situando-se nesse ponto as maiores controvérsias sobre o tema e que remontam à discussão sobre os modelos de valoração das provas, tanto assim que foi mantida a epígrafe exclusiva e específica no novo CPC sobre o “valor” da prova testemunhal (também na regulação da prova documental menciona-se seu “valor probante”, mas sem qualquer referência no título). Deve-se registrar, a propósito, que a manutenção do título da subseção revela que, não obstante os inegáveis avanços em sua regulamentação, o CPC reserva à prova testemunhal uma dimensão de “prova suspeita”⁷, o que também é ilustrado pela infeliz manutenção do parágrafo único do art. 227 do CC, isso dentro de um sistema de provas atípicas e no qual não se assume explicitamente o tarifamento dos meios probatórios. Confundem-se, pois, nesse particular, os conceitos de admissibilidade e valoração, o que não é tecnicamente correto. A menção ao “valor” da prova testemunhal parece ser apenas uma reprodução desavisada de um equívoco histórico ocorrido ainda no CPC-73, o que, além de ilustrar um descuido, indica que parece ser natural esse enfoque desconfiado da prova testemunhal⁸.

Evidentemente, a prova testemunhal apresenta falibilidades conhecidas, mas a única peculiaridade disso está nas especificidades próprias do meio de prova, já que as deficiências epistêmicas são inerentes à atividade probatória em si e, conseqüentemente, abrange todo o aberto sistema de meios de prova. Isso porque a falibilidade do meio de prova está relacionada com complexo tema de seu conceito e de sua funcionalidade, o que nos remete às discussões sobre a relação entre prova e verdade.

⁴ “Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”.

⁵ “Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”.

⁶ “As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal”.

⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 231/233.

⁸ MONIZ DE ARAGÃO. *Exegese... cit.*, p. 10/12.

Em relação à prova testemunhal, entretanto, a desconfiança de sua integridade se torna mais contundente e se passa à projeção do plano da valoração da prova para aferir e disciplinar sua admissibilidade. Se a admissibilidade de uma prova não se confunde com sua valoração, é incorreta e artificial a utilização dessa mistura heterogênea para amesquinhar um meio probatório⁹. Acrescente-se, ainda, que os déficits encontrados na prova testemunhal não se situam apenas no que é relacionado à fonte da prova, como as denominadas “falsas memórias” e as descobertas da neurociência, mas também com o momento de sua produção, especialmente as condições e a condução de colheita do depoimento e o preparo devido para a formulação de perguntas, o que pode recomendar o auxílio de especialistas para a correta condução do depoimento (pense-se, por exemplo, em complexas questões de família, quando a prova oral assume especial relevância e se torna bastante sensível à colheita adequada dos depoimentos).

Isso significa dizer que não é incomum encontrar maiores deficiências na produção da prova do que em sua fonte, o que desloca o problema da credibilidade da testemunha para a ineficiência na produção da prova.

Houve importantes avanços no novo CPC no plano da admissibilidade da prova testemunhal, mas, como antes assinalado, permaneceram descuidos decorrentes da tradição, revelando uma desconfiança quanto a um específico meio de prova.

O novo CPC segue, portanto, a opção legislativa de prever casuisticamente algumas hipóteses abstratas e prévias limitando a prova testemunhal, reservando como exceção uma cláusula subsidiária de abertura. Essa política legislativa vem sendo observada no Brasil desde o CPC de 1939, possui profundas raízes históricas em sua origem e, em certa medida, caminha em sentido oposto das tendências mais modernas¹⁰. As limitações subjetivas da prova testemunhal podem ser subdivididas em incompatibilidades, incapacidades, impedimentos, causas de suspeição e também escusas para depor¹¹. Felizmente foi extirpada a referência aos presumivelmente inidôneos.

O art. 442 do CPC reproduz o texto e a ociosidade do dispositivo correspondente no CPC de 1973. É evidente que toda prova – e não só a testemunhal – é admissível, salvo disposição em sentido contrário. Não há nenhuma especificidade da prova testemunhal que justifique esse reforço de truísmo, salvo a já mencionada desconfiança quanto a esse meio de prova. Se inexistisse o dispositivo, ainda assim a prova testemunhal – assim como as demais – continuaria sendo sempre admissível, salvo disposição válida em sentido contrário, como a limitação probatória genérica prevista no art. 406, CPC (rigorosamente, nessa situação o instrumento público não é exatamente uma prova,

⁹ GUEDES, Clarissa Diniz. LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. *Revista de Processo* n° 240. São Paulo: RT, fevereiro de 2015.

¹⁰ MARINONI. ARENHART. Ob. cit., p. 729/730. COMOGLIO, Luigi. *Le Prove Civili*. 2ª ed. Torino: UTET, 2004, p. 421/454. TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 171/178.

¹¹ GRECO, Leonardo, ob. cit., item 8.3 e respectivos subitens.

mas um elemento de validade do ato, que, por via reflexa, limita a produção de outro meio de prova por sua inocuidade). Da mesma maneira que é desnecessário afirmar que uma prova é admissível, salvo disposição legal em contrário, não é imprescindível haver uma regra que disponha a inadmissibilidade da prova testemunhal, se o fato não puder ser provado por questões físicas. Ou seja: a prova testemunhal também será inadmissível se o fato probando não puder ter sido captado pelos sentidos, que é a essência da prova testemunhal.

A fim de evitar apenas que houvesse uma incompatibilidade normativa, o que invariavelmente geraria polêmicas desnecessárias, houve por bem o legislador optar pela revogação expressa da limitação da admissibilidade da prova exclusivamente testemunhal para negócios jurídicos de menor expressão econômica, ainda que tenha sido mantido o parágrafo único do art. 227, CC, que confere caráter subsidiário a esse meio de prova, precisamente porque o Código Civil ainda se prende a conceito como o de “prova plena”, conforme seu art. 215¹².

Quanto à obrigação de testemunhar, o CPC passa a regular integralmente a matéria, com a vantagem de haver excluído do ordenamento a regra do art. 229, III, CC, que, no limite, poderia inviabilizar a produção da prova testemunhal.

Com a amplitude desse meio de prova, revogou-se a vinculação das presunções à possibilidade de produção da prova testemunhal, que estava prevista na defeituosa redação do art. 230, CC, que não passava de uma cópia malfeita de dispositivos semelhantes existentes nos Códigos Civis italiano, português e francês¹³⁻¹⁴.

¹² Em relação às limitações à prova testemunhal, o CPC reservou artigo próprio para reproduzir as hipóteses já constantes no art. 400 do CPC de 1973, determinando o indeferimento da produção da prova testemunhal sobre fatos já provados documental ou por confissão ou que somente por documento ou perícia puderem ser provados. Os dois incisos do atual art. 443 veiculam situações em que a lei considera desnecessária a prova testemunhal ou como insubstituível outro meio de prova (Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. T. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 423). Há, portanto, um escalonamento legal de meios de prova no processo civil brasileiro (no processo penal não há tais restrições prévias à prova testemunhal).

¹³ Apontou o problema de modo pioneiro em relação ao dispositivo do art. 230, CC, DIDIER JR, Fredie. *Regras Processuais no Código Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133/135.

¹⁴ Mesmo sem previsão equivalente nos Códigos Processuais anteriores, Moacyr Amaral Santos considera implícita essa restrição da admissibilidade das presunções, a fim de que “a estabilidade dos direitos” não fosse ameaçada por “juízos mais ou menos apressados sobre os fatos” e “disputas alicerçadas em probabilidades” (*Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. V. 2ª ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1955, p. 454). Expressa adesão de Sergio Carlos Covello (*A Presunção em Matéria Civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 110/112). Pontes de Miranda já afirmava que “é supérflua a regra de lei que autorize o juiz... a pensar” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 326). O paralelismo entre a denominada presunção simples e a prova testemunhal é defendido há décadas (exemplo: LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Vol. IV. D. Enrique Aguilera de Paz (Trad.). Madrid: Hijos de Reus, 1911, p. 394/395) e foi repetido sem muita reflexão por boa parte da doutrina. Michele de Maria fala em “inferioridade probatória” ao registrar essa restrição legal, expondo, nas páginas seguintes dos seus comentários ao art. 2729 do Código Civil italiano os problemas dessa tentativa de aprisionar as presunções simples (*Delle Presunzioni*. Milano: Giuffrè, 2014, p. 102 e ss.; também COMOGLIO, ob. cit., p. 476/479; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas, 2009, p. 664/666). Na realidade, o tema das presunções simples – e, de resto, o próprio direito probatório, cuja interseção com a filosofia é tão óbvia quanto ignorada – não pode ser tratado com base nessa sacralização da doutrina clássica e muito menos pode se limitar ao que foi dito pelos tratadistas do direito civil ou do processo civil. Há uma certa arrogância epistemológica ao tentar limitar a abordagem do tema nessas duas esferas do conhecimento jurídico (cf., por exemplo, HARET, Florenca. *Teoria e Prática das Presunções no Direito Tributário*. São Paulo:

Manteve-se, pois, o parágrafo único do art. 227 do CC, que dispõe ser admissível a prova testemunhal como subsidiária ou complementar da prova escrita, qualquer que seja o valor do negócio jurídico. Permanecem íntegras, também, as disposições do art. 228 do CC, que tratam da incapacidade de testemunhar, com redação menos técnica do que a que foi agora adotada pelo CPC. Diante da nova disciplina acerca da admissibilidade da prova testemunhal e da iniciativa de revogação expressa de regras do CC, não se justifica a política legislativa de manter apenas essas disposições avulsas, cujos comandos normativos são redundantes ou incompatíveis com o novo regramento. Como antes assinalado, melhor teria sido a completa revogação das normas do CC¹⁵.

Uma relevante modificação promovida pelo novo CPC foi a não reprodução da regra que limitava a utilização de prova exclusivamente testemunhal tendo como parâmetro o valor do negócio jurídico. E, na tentativa de evitar qualquer possibilidade de discussão sobre a exclusão daquele critério excludente da prova, o art. 1072, II, CPC, revogou-se expressamente o *caput* do art. 227 do CC. Evidentemente, essa nova disciplina contempla a prova do pagamento e da remissão da dívida, não mais havendo exclusão da prova testemunhal em virtude do valor¹⁶.

Simplesmente o CPC ignora a antiga regra de exclusão, não havendo mais espaço para sequer cogitar sua incidência, salvo como curiosidade histórica.

Com a política legislativa de antecipar a valoração da prova para o momento da abstrata admissibilidade, o novo CPC, embora tenha evoluído em comparação ao Código anterior, persiste com a ideia de tratar a prova testemunhal como um meio de prova de segunda classe, complementar e subsidiário. Ao cotejarmos o disposto no art. 444 do CPC com o parágrafo único do art. 227 do CC, que teve apenas seu *caput* revogado, verifica-se que a prova testemunhal não mais encontra o limitador do valor do negócio, mas não recebeu a autonomia necessária para sua produção.

Não é de se surpreender, portanto, que, a despeito do que foi antes afirmado, prossiga a limitação também com base no valor do negócio, ao menos sobre a existência do negócio (AgRg no AREsp 315.136/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 14/11/2014), sob argumentos variados a partir de invocação de miscelâneas principiológicas que ferem o dever de fundamentação e buscam impor uma opinião pessoal sobre o sistema legal. O Superior Tribunal de Justiça, além de seu enunciado nº 149 da súmula de jurisprudência (confirmado no REsp 1133863/RN, Rel. Ministro Celso Limongi, Terceira Seção, DJe 15/04/2011), que trata do trabalho rural para fins

Noeses, 2010. MENDONCA, Daniel. Presunciones. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21, vol. I (1998), p. 83-98. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com> AGUILÓ REGLA, Josep. Nota sobre "Presunciones" de Daniel Mendonca. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 22 (1999), p. 649-660, disponível em: <www.cervantesvirtual.com.>

¹⁵ Não se desconhece o argumento de que as disposições probatórias constantes do Código Civil teriam a função de disciplinar as provas extrajudiciais. Entretanto, mesmo para essa finalidade o Código Civil é extremamente falho e lacunoso, sendo um completo desastre na parte em que afeta o processo civil, não sendo ocioso lembrar que, embora tenha sido editado neste século, trata-se de lei que é fruto de um ambiente cultural formado ainda na primeira metade do século passado.

¹⁶ REsp 436.085/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 19/04/2010.

de benefícios previdenciários, vem limitando a prova exclusivamente testemunhal também para a comprovação de tempo de serviço urbano (AgRg no REsp 1117818/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 24/11/2014), trabalho doméstico, sendo que se equipara à prova testemunhal a declaração escrita de empregadores (AgRg no REsp 1466094/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 05/11/2014). No caso de comprovação de união estável para a concessão de pensão por morte, o STJ vem admitindo a prova exclusivamente testemunhal (AR 3.905/PE, Rel. Ministro Campos Marques, Terceira Seção, DJe 01/08/2013). Além dessa casuística ora exemplificada, o STJ fará bem se utilizar o novo CPC para voltar à sua antiga orientação de não confundir valoração com admissibilidade da prova testemunhal (REsp 45.613/SP, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 26/04/1994, DJ 23/05/1994, p. 12635).

Sobre essa subsidiariedade do meio de prova testemunhal, exige o art. 444 do CPC que haja começo de prova escrita emanado da parte contra quem se pretende produzir a prova, não compartimentando esse limitador a um dos polos do processo, ou seja, também o réu pode produzir a prova testemunhal nessa situação. Esse começo de prova escrita deve ser apto para emprestar uma credibilidade suficiente para possibilitar uma complementação pela prova testemunhal. Isso significa que, partindo de uma desconfiança da prova testemunha, o Código prevê que haja um mínimo de lastro probatório para sua admissibilidade. É evidente, portanto, que não se pode equiparar o começo de prova escrita com o documento em sentido técnico, sob pena de se estabelecer um agravamento discriminatório de fontes de prova, em que tanto os documentos quanto as testemunhas não teriam aptidão para a comprovação isolada de fatos relevantes. Estamos diante, pois, de uma recíproca complementariedade¹⁷.

Começo de prova deve ser entendido como indício que, ao mesmo tempo em que libera do isolamento a prova testemunhal, não exclui o ônus probatório da parte. Há na doutrina quem entenda que, malgrado se fale em prova por escrito, deve ser admitido como começo de prova tudo que seja suficiente para demonstrar a verossimilhança da afirmação do fato, ainda que não seja por escrito¹⁸. Diante da regra expressa, pode parecer que essa interpretação não encontra respaldo no texto e simplesmente o ignora, mas razões de direito comparado e da interpretação histórica de textos semelhantes autorizam essa abertura semântica que confere maior amplitude ao significado do texto¹⁹. A fim de que se dê algum sentido ao comando da norma, é essencial que o começo de prova por escrito emane da parte, ou de quem a represente, contra a qual será utilizada a prova, não podendo originar-se, direta ou indiretamente, de terceiro. Controverte a doutrina sobre a possibilidade de o depoimento pessoal ser considerado como início de prova escrita, prevalecendo a interpretação de que o rudimento documental apto a ser complementado por prova

¹⁷ MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese... cit.*, p. 29.

¹⁸ MARINONI. ARENHART. *Ob. cit.*, p. 724.

¹⁹ MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese... cit.*, p. 29/31; contra: Moacyr Amaral Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 252.

testemunhal deve acompanhar a petição inicial ou a contestação. Entretanto, não se pode excluir antecipadamente a possibilidade de o interrogatório servir, sim, de início de prova por escrito, no próprio processo em que foi produzido ou em outro. Já a ausência ao depoimento ou a recusa em responder traz como consequência a “pena de confesso” (arts. 385, §1º, e 386, CPC), autorizando, evidentemente, a complementação por prova testemunhal, não exatamente por se tratar de início de prova por escrito, mas, sim, em razão das consequências para a apreciação dos fatos advindas da ausência, do silêncio ou das evasivas. O CPC excepciona a exigência do começo de prova escrita nos casos em que é impossível obtê-la, como nas hipóteses exemplificadas na segunda parte do art. 445. A razão da regra é intuitiva: a prova testemunhal é complementar ao início de prova escrita; sendo impossível a obtenção dessa prova por escrito, a prova testemunhal perde a cláusula restritiva. Se assim não fosse, estaria criada uma relação de absoluta inadmissibilidade da prova testemunhal, sem que houvesse possibilidade de superar a razão moral ou material que tornou impossível a prova escrita. Trata-se, assim, de uma aplicação específica do critério de razoabilidade fixado pelo legislador para ampla admissão da prova testemunhal. A impossibilidade material se dá, quando, pelas circunstâncias do caso, não se afigura razoável exigir a comprovação documental de ato, seja em razão da imprevisibilidade fática, impropriedade do meio, perda justificada do documento ou por razões de costume, por exemplo. Já a impossibilidade moral se refere a liames afetivos ou de parentesco que justificam a inexistência de cautelas para a comprovação do ato. Os exemplos tradicionalmente apontados pela doutrina revelam que sempre são supostas situações mais solenes e a prova escrita ainda é aquela vinculada a um ato declaratório com alguma formalidade²⁰. Há que se considerar, porém, que nas relações modernas, ainda que a prova por escrito seja bastante comum, devem ser consideradas outras possibilidades para início de prova, especialmente aquelas decorrentes das facilidades tecnológicas, como áudios e imagens obtidos por aparelhos pessoais. Evidentemente, como o Código Civil, na seara probatória, possui regras totalmente dissociadas do tempo em que foi editado, mais parecendo uma legislação do início do século passado, está presente o fetiche com a prova escrita tradicional e o novo CPC não contribuiu com clareza nesse particular.

Após restringir a admissibilidade da prova testemunhal, o CPC reserva o art. 446 para situações em que, por antever a dificuldade probatória, facilita a utilização dos meios de prova. Na realidade, com a exclusão da regra limitadora da prova testemunhal de acordo com o valor, as regras do art. 446 perderam o sentido, na medida em que o disposto no art. 442 do CPC é suficiente também para essas situações.

Como, em matéria de admissibilidade de prova testemunhal, nenhuma abertura é ociosa, examinemos as disposições do artigo, que possui evidente relação com o direito material. A primeira hipótese é a da admissibilidade da prova por testemunhas acerca da divergência entre a vontade real e a declarada nos contratos simulados.

²⁰ MONIZ DE ARAGÃO. *Exegese.... cit.*, p. 34/35.

Note-se, primeiramente, que o CPC não adjectiva mais de “inocente” a parte que pretende se valer da prova testemunhal²¹. A regra anterior suscitava algumas dúvidas sobre o sentido que devia ser dado à expressão “parte inocente”, de modo que foi salutar o aperfeiçoamento da redação, ampliando a possibilidade de utilização da prova testemunhal²². A dificuldade de provar a simulação, cuja tônica é exatamente a ocultação dos fatos, é a razão para a ampla admissibilidade dos meios de prova, contemplando-se expressamente a prova testemunhal precisamente em virtude das restrições assinaladas nos itens antecedentes. Nos negócios simulados, há vício de vontade específico, havendo divergência entre a vontade e o resultado (cf. art. 167, CC)²³. Os vícios de consentimento, e também sua falta, igualmente admitem isoladamente a prova testemunhal, notadamente porque a defeituosa exteriorização de vontade consciente pode se dar de qualquer modo, salvo disciplina legal específica.

Outro ponto a ser mencionado consiste na disciplina da capacidade para ser testemunha. O *caput* do art. 447 do novo CPC reproduz exatamente o dispositivo do Código anterior, fixando como regra a capacidade geral das pessoas físicas para deporem como testemunhas, excetuando-se as incapazes, impedidas ou suspeitas.

Permanece o CPC, portanto, fiel à tradição de apontar incapacidades para testemunhar, mantendo distância da disciplina da matéria pelo Código de Processo Penal²⁴, que, filiando-se ao sistema alemão, apenas prevê hipóteses de recusa ao depoimento²⁵. Trata-se de questão de política legislativa e o legislador manteve a disciplina de antever os casos em que o depoimento poderia macular-se, em maior ou menor grau, optando-se por preservar a integridade dos depoimentos a partir de filtros preestabelecidos, sem outorgar ao juiz a devida valoração a partir de uma admissibilidade ampla. O CPC apresenta o rol daqueles que não possuem capacidade para testemunhar. Como não houve rogação expressa do art. 228 do CC, que é redigido de modo menos técnico, os dispositivos convivem, já que inexistem incompatibilidades.

De todo modo, insiste-se na crítica antes feita: se o CPC houve por bem revogar expressamente alguns dispositivos que tratam da prova testemunhal no CC, melhor teria sido a revogação total das regras.

Uma importante modificação trazida por um novo Código pode estar naquilo em que ele deixou de dizer. No caso da prova testemunhal, ao não se reproduzirem as antigas regras que consideravam suspeitos para depor os condenados por falso testemunho e os que não eram “dignos de fé”, o CPC rompe com um discurso

²¹ Não se deve confundir com a classificação da simulação em “inocente e nocente”, que se referem à ocorrência de danos a terceiros: Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 130.

²² Sobre a polémica envolvendo a prova testemunhal pelos “simuladores”, há intensa discussão em Portugal: Luís A. Carvalho Fernandes. *Estudos sobre a Simulação*. Lisboa: Quid Juris, 2004, p. 45/68.

²³ Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 428/433.

²⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 413.

²⁵ Sobre o tema no direito comparado e com notícias históricas: MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese... cit.*, p. 46/51.

anacrônico, discriminatório e irracional na limitação da admissibilidade desse meio de prova, que era mantido no Código Civil²⁶. Basta ler algumas páginas da prestigiosa doutrina tentando justificar as antigas regras²⁷ para constatarmos a importância e o acerto do novo CPC, na linha do que já havia feito o CC. Simplesmente devem ser ignoradas essas circunstâncias doravante, reservando-se-lhes o papel de curiosidade na história do preconceito na evolução do estudo probatório.

Em relação à capacidade para testemunhar do interdito por enfermidade ou deficiência intelectual e o acometido por enfermidade ou retardamento mental, o novo CPC confere redação mais adequada ao texto, mantendo o conteúdo da regra anterior e da que consta no Código Civil. Preocupa-se o novo CPC com o discernimento e a lucidez do depoente em dois momentos: época em que ocorreram os fatos e momento em que deve ser prestado o depoimento. Embora se fale em “interdito”, a causa da incapacidade não decorre da constituição dessa específica situação jurídica, mas, sim, do fato que a ensejou. Independentemente da interdição, há que se verificar a capacidade mental do depoente naqueles dois momentos, sendo irrelevantes as debilidades ou enfermidades incidentais, caso, evidentemente, não se comprometa a higidez da percepção dos fatos ou do respectivo relato. Evidentemente, como a sentença de interdição gera a presunção absoluta de incapacidade, não cabe ao juiz qualquer outra análise no caso dos interditos: simplesmente haverá automática incapacidade para depor decorrente da própria situação jurídica constituída por sentença, caso a interdição tenha se dado em razão de “enfermidade ou deficiência intelectual”. Não havendo interdição, o controle judicial será casuístico, levando-se em conta o exame da lucidez e do discernimento nos marcos temporais bem delimitados na norma. Não é de descartar a possibilidade inclusive de o juiz iniciar o depoimento para se certificar das condições mentais da testemunha, sempre resguardando a participação integral das partes e a fundamentação da decisão. Registre-se que a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, incluiu um parágrafo 2º no art. 228, CC: “A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”. O novo Estatuto modifica substancialmente o sistema de capacidades no ordenamento jurídico, não só em razão das alterações nos arts. 3º e 4º, CC, mas também em outros vários dispositivos que asseguram a igualdade da pessoa com deficiência e concretizam sua autonomia, além de haver modificado sensivelmente a situação de curatela. O curioso é que o projeto do Estatuto da Pessoa com Deficiência tramitou concomitantemente ao projeto que resultou no Código de Processo Civil, mas não houve diálogo entre os dispositivos envolvendo as capacidades, o que gerou, inclusive, desconcertante problema de direito intertemporal, já que o Estatuto modifica bastante os arts. 1768 a 1773, CC, que simplesmente foram revogados pelo art. 1072, II, do CPC, cuja vigência se deu em data posterior à vigência da Lei nº 13.146/2015.

²⁶ Cf. DIDIER JR., Fredie, ob. cit., p. 86/89, com precisa análise e exemplificação.

²⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciário no Cível e Comercial*. 2ª ed. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 176/189; também seus *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 271.

Também houve evolução terminológica no novo CPC, excluindo-se a referência a “menor” (note-se que no §4º do mesmo art. 447 não houve idêntico cuidado). Entretanto, no essencial, foi mantida uma regra rígida e objetiva de exclusão de testemunha que não encontra justificativa adequada. O limitador etário deve ser verificado na data dos fatos, por ser a maturidade para presenciar os acontecimentos a razão da fixação da incapacidade. Não deixa de ser contraditório o CPC ao adotar o critério de grau de discernimento no inciso anterior e presumir, logo depois, a incapacidade de uma pessoa com menos de dezesseis anos, independentemente da verificação tópica de sua condição para depor. Há lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que amplia a necessidade de oitiva de pessoas menores, tendo em vista os procedimentos que especifica, conforme seus arts. 28, § 1º e 2º; 45, § 2º; 161, § 1º; 164 e 168. A necessidade de preparo correto para a oitiva de crianças e adolescentes, como testemunhas ou informantes, é fundamental, especialmente para a realização do denominado “depoimento sem dano”, já que normalmente são chamados a comprovar questões sensíveis (confira-se a recomendação nº 33/10 do Conselho Nacional de Justiça; ainda STJ, HC 226.179/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16/10/2013). Não só a efetiva necessidade do depoimento deverá ser criteriosamente dimensionada, como também é de todo recomendável o auxílio de especialistas de outras áreas para a colheita dos depoimentos.

O inciso IV do art. 447 do CPC prevê uma desnecessária especificação de hipóteses em que se veda o depoimento de quem não manteve contato sensorial com o fato, assim como o faz o Código Civil. Essa é a ideia geral que inspira toda a prova testemunhal, não havendo razão para manter uma previsão específica para os cegos e surdos. Simplesmente nenhuma pessoa poderá ser testemunha se o fato a ser provado não foi objeto de contato sensorial. Isso significa que ninguém pode testemunhar sobre quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. Logo, o cego ou o surdo não podem depor sobre fatos que exijam a percepção do sentido que lhe falta. Se o fato depender de outro sentido (exemplo: a audição do cego ou a visão do surdo), não haverá incapacidade. Repita-se que se trata de mais um truísmo do novo CPC, equiparando-se, no ponto, ao Código Civil.

Quanto ao impedimento do cônjuge, do companheiro, bem como do ascendente e do descendente em qualquer grau, ou do colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, o estabelecimento de regras de impedimento se baseia em critérios objetivos que visam a afastar o depoimento de pessoas que, presumivelmente, possuem interesse no resultado do processo, maculando a narrativa dos fatos relevantes a fim de favorecer uma das partes. Embora o dispositivo não aponte com clareza o impedimento aos ascendentes e descendentes por afinidade, com mais razão a regra também os atinge, não só em virtude da expressa referência aos colaterais por afinidade, mas, sobretudo, diante do disposto no art. 1595, §§ 1º e 2º, do Código Civil. O CPC é bastante claro ao apontar exceções ao impedimento: razões de interesse público ou, nas causas relativas ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo as provas que o juiz

repute necessárias para os esclarecimentos dos fatos. Ou seja: em casos de estado de necessidade probatório, o impedimento é removido.

Integra o próprio conceito de testemunha a ausência de interesse no resultado do processo. Logo, trata-se de norma ociosa, já que a noção de parte é incompatível com a ideia de testemunha. Somente pessoas físicas imparciais podem ser testemunhas, ou seja, estranhas ao objeto da causa, o que deve ser entendido com rigor técnico, persistindo polêmica doutrinária na medida em que pode haver situações em que o litisconsorte comum, determinado por simples afinidade de questões, deponha sobre fatos relacionados exclusivamente à situação jurídica de outro litisconsorte, totalmente indiferentes à pretensão processual do depoente, sendo, entretanto, caso de opção legislativa pela exclusão ou não dessa possibilidade.

Assim como nas hipóteses de impedimento, na suspeição o legislador também arrola hipóteses em que se supõem situações que podem macular os depoimentos, deixando a apreciação dos casos, porém, para uma apreciação subjetiva do juiz. Retirou-se o adjetivo “capital” do inimigo da parte, mas essa abreviação redacional não interfere no dispositivo e apenas dele retira uma designação antiga e vinculada ao duelo, que, como esperado, consta no Código Civil. Resta o que é efetivamente importante, isto é, a verificação de relação entre testemunha e parte que indique um estado passional que leve à parcialidade no depoimento para prejudicá-la ou favorecê-la, no caso do amigo íntimo. É bem verdade que não se pode falar em “inimizade íntima”, mas deve ser remarcado que, para fins de suspeição, não basta que o depoente seja apenas inimigo, mas, sim, que exista um estado anímico que possa levar à alteração do relato dos fatos. A retirada do adjetivo “capital” não deve ser visto como sinal de que apenas a amizade deve ser qualificada. Também a inimizade deve ser apta a contaminar o depoimento, vedando-se a colheita da prova. Embora a lei não mencione a suspeição do inimigo ou amigo do advogado da parte, aponta-se em doutrina a necessidade de especial atenção do juiz²⁸.

Se a segunda parte do art. 447, § 2º, I, CPC, prevê uma abertura específica para o afastamento de impedimentos e suspeições diante da estrita necessidade da prova testemunhal, o §4º do mesmo artigo generaliza essa espécie de estado de necessidade probatório. Trata-se de regra de encerramento que estabelece uma abertura para a admissão desse meio de prova diante da penúria de outros elementos de instrução. A regra do §5º dispensa o depoente do compromisso de dizer a verdade, o que não equivale autorizar que minta deliberadamente. Por fim, quanto à valoração da prova colhida nessas circunstâncias, é uma vez mais ocioso o CPC, não havendo nada que excepcione a regra geral de seu art. 371. Lembre-se de que permanece em vigor o parágrafo único do art. 228 do CC, que permite o depoimento das pessoas que inicialmente não poderiam ser admitidas como testemunhas, se houver fatos que somente elas conheçam.

Em conclusão, acertou o novo CPC ao revogar os artigos 227, *caput*, 229 e 230 do Código Civil, mas se equivocou ao limitar a revogação a apenas esses dispositivos, perdendo-se rara oportunidade de aperfeiçoar o regramento sobre provas.

²⁸ MONIZ DE ARAGÃO. *Exegese...cit.* p. 58.