

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Denise Ferragi Hungria

Análise da prova emprestada no processo civil

Mestrado em Direito

SÃO PAULO

2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Denise Ferragi Hungria

Análise da prova emprestada no processo civil

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência obrigatória e parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor João Batista Lopes.

SÃO PAULO

2012

Banca Examinadora

Aos meus queridos pais, *Paulo e Lygia*, exemplo de vida e de casal. *Pai* que me traz inspiração intelectual, que tanto me orientou e tanto me ensinou, homem de força e serenidade que contagiam o meu ser. *Mãe* que enche o meu coração de espiritualidade e me mostra o caminho da sensibilidade; ambos responsáveis pelas lições de vida, os terei eternamente em meu coração.

Ao meu amado marido, *Alexandre*, que torce por mim e que me ensina ser melhor a cada dia, obrigada pela força, pela compreensão e pela paciência em me aguardar nas inúmeras noites mal dormidas e nos dias em que lhe deixei solitário. Meu eterno agradecimento pela positividade depositada neste meu projeto de vida.

Ao meu filho, *Frederico*, que em meu ventre sente a dor e a
delícia desta dissertação,
com AMOR, a todos vocês dedico este trabalho.

“*Amar se aprende amando*”
(Carlos Drummond de Andrade)

Agradecimentos

Quero expressar minha imensa gratidão a diversas pessoas que tiveram papel fundamental para que este trabalho se concretizasse. Embora ainda possa cometer injustiças ao não relacionar todas elas, devo, contudo, lembrar de algumas que, com certeza, influenciaram muito o meu desenvolvimento acadêmico.

Ao meu pai, profissional brilhante, cuja retidão, sabedoria e amor pelo Direito inspiraram-me e contribuíram de forma inestimável para minha chegada até aqui. Agradeço a disposição em discutir, dentre tantos afazeres, os aspectos polêmicos do texto, e a prontidão pela leitura dos originais e contribuição para o aprimoramento do trabalho. Jamais esquecerei a imensa gratidão que lhe devo.

Ao Professor João Batista Lopes, por me aceitar como sua orientanda, pela atenção dispensada durante todo o curso de Mestrado, em especial durante o período de orientação. Agradeço pelos ensinamentos jurídicos transmitidos ao longo desse período, em especial pelo empréstimo de obras.

Aos meus irmãos e amigas que respeitaram meus momentos de ausência e, ainda que distantes fisicamente, torceram e depositaram confiança neste meu trabalho.

Aos meus colegas de trabalho, em especial ao Dr. Rui Fragoso, de quem tenho a honra de ser sócia, pela paciência e compreensão nas minhas

ausências profissionais e pela indicação de artigo acadêmico por mim publicado.

Aos amigos e professores do Mestrado da PUC-SP, com quem tive o prazer e o privilégio de conviver e aprender, em especial aos Professores Doutores Olavo de Oliveira Neto e Arlete Aurelli que muito contribuíram para o aprimoramento deste trabalho, com relevantes considerações e sugestões.

Por fim, e não menos importante, reservo especial agradecimento ao Alexandre, meu marido, pelo apoio, paciência e compreensão durante todo o curso de Mestrado, inclusive pelo auxílio das traduções de italiano e na fase mais difícil que foi a elaboração deste trabalho. Ainda preciso agradecer à minha mãe, mulher de força e extrema sensibilidade, pessoas, enfim, sem as quais seria impossível realizar este trabalho.

“a verdade é a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que fazemos dele”.

Mittermayer

Resumo

A presente dissertação de mestrado pretende apresentar a faceta da atual aplicação da prova emprestada no processo civil, que embora não tipificada em nosso Código de Processo Civil, possui vasta utilização em nosso ordenamento jurídico. O objetivo fundamental foi extrair dos conceitos teóricos e abstratos a possibilidade de se utilizar na prática forense um “instituto” capaz de facilitar o operador do Direito, em busca da tutela efetiva, da economia e da celeridade processual, sobretudo em função da busca constante pela *equidade*. Acreditamos estar, assim, contribuindo positivamente para o aprimoramento e avanço do direito processual, em especial na aplicação da prova emprestada.

Busca-se, por outro lado, também ressaltar, que em função das recentes reformas do Código de Processo Civil, faz-se necessária a revisitação do tema (prova emprestada) para melhor enquadrá-lo na atual dinâmica do processo civil brasileiro, na medida em que evitar provas repetitivas e desnecessárias contribui para a celeridade e a economia processuais.

Palavras chaves: Prova Emprestada. Conceito - Natureza Jurídica – Classificação Geral – Espécies ou Meios de Prova. Ônus da Prova. Prova Emprestada no Novo Código de Processo Civil.

Autora: Denise Ferragi Hungria

Título: Análise da Prova Emprestada no Processo Civil

Abstract

This Master of Laws dissertation intend to present the practical side of the actual application of the lent evidence in the civil procedure, however is not included in our Code of Civil Procedure, has a widespread use in our legal system. The fundamental objective was to extract from the theoretical and abstract concepts the possibility to use in forensic practice the “institute” able to facilitate the law operator in searching of a effective protection, and of judicial economy and procedural celerity, mainly due to the constant pursuit of equity. We believe that we are positively contributing for the development of procedural laws, specially in the application of lent evidence in the brazilian legal system.

On the other hand, search is also pointing out that because of the recent reforms of the Code of Civil Procedure, it is necessary to revisit the topic (lent evidence) to better fit it in the current dynamics of the Brazilian Civil Procedure, so that to avoid repetitive proofs unnecessary and contributes to the speed and procedural economy.

Key words: Lent evidence. Concepts – Legal constitution – General classification – Species or Means of evidence. Burden of proof. Lent evidence in our New Civil Procedure Code.

Student: Denise Ferragi Hungria

Title: Lent evidence analysis in the civil proceedings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	014
-------------------------	------------

PARTE I

I. Aspectos Gerais e Panorama Atual do Direito Probatório

1. REPERTÓRIO HISTÓRICO

1.1. Síntese da História da Prova	018
---	-----

1.1.1. 1º período	019
-------------------------	-----

1.1.2. 2º período	020
-------------------------	-----

1.1.2.1. <i>ordália</i>	022
-------------------------------	-----

1.1.2.2. <i>juramento</i>	024
---------------------------------	-----

1.1.2.3. <i>duelo</i> ou combate judiciário	025
---	-----

1.1.3. 3º período	027
-------------------------	-----

1.2. Os variados sistemas probatórios	030
---	-----

1.2.1. <i>Common Law</i>	033
--------------------------------	-----

1.2.2. Sistema Socialista	038
---------------------------------	-----

1.2.3. Sistemas Filosóficos e Religiosos	040
--	-----

1.2.4. <i>Civil Law</i>	042
-------------------------------	-----

2. CONCEITO DE PROVA

2.1. O vocábulo “prova”	047
-------------------------------	-----

2.2. A prova no processo civil	050
--------------------------------------	-----

3. NATUREZA JURÍDICA DA PROVA	058
--	------------

4. CLASSIFICAÇÃO GERAL DAS PROVAS

- 4.1. Classificação de Nicola Framarino Malatesta 063
- 4.2. Classificação de Francesco Carnelutti 065
- 4.3. Classificação de Jeremias Bentham 067

5. ESPÉCIES OU MEIOS DE PROVA 068

6. ÔNUS DA PROVA

- 6.1. A tradicional doutrina 072
- 6.2. A doutrina contemporânea 079

PARTE II

II. Prova Emprestada

7. A PROVA EMPRESTADA

- 7.1. Conceito 085
- 7.2. Repertório histórico 086
- 7.3. Admissibilidade da prova emprestada 091

7.4.	Eficácia/ Valor probatório da prova emprestada	096
7.4.1.1.	Limites da questão	096
7.4.1.2.	Provas simples ou causais	097
7.5.	Requisitos da prova emprestada	102
7.5.1.	A prova deve ser produzida em processo envolvendo as mesmas partes	102
7.5.1.1.	A primeira corrente: entre as mesmas partes	103
7.5.1.2.	A segunda corrente: entre uma das partes e terceiro	109
7.5.1.3.	A terceira corrente: entre terceiros	117
7.5.2.	Observância das formalidades legais na produção da prova	123
7.5.3.	O fato probando deve ser idêntico	128

8. ASPECTOS PARTICULARES DA PROVA EMPRESTADA

8.1.	A prova quando produzida em juízo incompetente	130
8.2.	A prova quando produzida em processo anulado	132
8.3.	A prova quando produzida em processo perempto	136
8.4.	A prova produzida no exterior	137

8.5. Outras hipóteses	140
9. A APLICAÇÃO DA PROVA EM OUTROS PAÍSES	
9.1. Direito Colombiano	143
9.2. Direito Argentino	146
9.3. Direito Italiano	148
10. A PROVA EMPRESTADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (Projeto 166/10. atual PLC 8.046/2010)...	151
11. CONCLUSÕES	154
BIBLIOGRAFIA	159

Introdução

A presente dissertação tem o escopo de examinar a utilização da “prova emprestada” no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora esse *meio de prova* não esteja expressamente delimitado em nosso Código de Processo Civil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a admiti-lo na prática forense, porém, muitas ainda são as dúvidas a respeito de seus requisitos e sua conseqüente aplicação.

Como o sistema probatório atrai a atenção dos doutrinadores, sobretudo diante da intenção de propiciar um sistema de garantias constitucionais em prol do jurisdicionado, a busca pelo equilíbrio entre as partes acaba por intensificar a liberdade das provas e realçar os poderes probatórios do juiz.

Nesse sentir, busca-se, por meio do presente estudo, atrair a atenção dos doutrinadores não somente para o instigado e

cuidadoso tema das provas, mas em especial à aplicação da prova emprestada no direito brasileiro e no ordenamento alienígena.

Neste estudo, pretendemos enfrentar alguns aspectos fundamentais e divergentes da aplicação da prova emprestada, procurando, ao lado da exposição teórica, trazer as distintas posições doutrinárias e jurisprudenciais, bem como examinar as repercussões práticas na atividade do magistrado e dos demais personagens do processo.

O estudo será iniciado com a análise histórica da prova, ou seja, sua colocação no plano histórico, desde as sociedades rudimentares, enquanto divididas em períodos, até as comunidades atuais, que compõem os variados sistemas jurídicos probatórios.

Após, será enfrentado o conceito da prova, desde a origem do vocábulo até sua aplicação no processo civil, bem como a discussão que existe acerca de sua natureza jurídica (direito material ou processual).

Também abordaremos a classificação geral das provas, em primeiro aquela defendida pelo italiano Malatesta, que foi abordada por outros autores brasileiros; a segunda, de Carnelutti, que distingue o objeto do sujeito da prova, e, por fim, a terceira e última, de Bentham, que classifica e divide as provas.

No que respeita aos meios de prova e ao ônus probatório, buscou-se pincelar conceitos básicos que permitam ampliar a reflexão acerca da prova emprestada no processo civil.

A partir daí, a prova emprestada, especificamente, passa a ser alvo de detida análise, enfrentada desde o conceito e seu repertório histórico, até os fundamentos de sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, com análise, sobretudo, nos específicos requisitos para sua aplicação, com enfoque não apenas na doutrina, mas também na aplicação prática - jurisprudência – dos tribunais estaduais.

Ao lado desse estudo, voltado não só para a doutrina, mas também para a jurisprudência, mostra-se que as regras do vigente Código sobre a prova emprestada são insuficientes para resolver os problemas do cotidiano jurídico, o que evidencia a necessidade de se valer de elementos outros, fornecidos pela teoria processual e pelos princípios e garantias constitucionais.

Ao lado das considerações de realização da prova emprestada, busca-se valorá-la nas distintas hipóteses de processo, quando, por exemplo, sua aplicação se der em processo anulado, perempto, proferida por juízo incompetente, ou ainda quando a prova for produzida em processo no exterior, etc.

Por fim, buscou-se trazer a experiência da aplicação da prova emprestada em outros países - direito comparado – e, assim, abordá-la na tímida inserção no texto de Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Como se vê, embora voltado este estudo a enfrentar os principais aspectos do tema, não foi possível exaurir, por completo, o exame das questões que envolvem a complicada aplicação da prova emprestada no ordenamento jurídico brasileiro.

PARTE I

I. Aspectos Gerais e Panorama Atual do Direito Probatório

1. Repertório Histórico

1.1. Síntese da História da Prova

Há notícias de que a prova judicial sempre existiu para justificar uma decisão, mesmo em sociedades rudimentares que desconheciam os critérios técnicos e racionais para aferição dos fatos, cujo conceito de prova, inclusive, era inteiramente estranho ao que hoje adotamos, mas ainda assim as provas dos fatos eram obtidas.

O direito processual, em especial o estudo das provas, deve ser compreendido como um fenômeno cultural, pois é por meio da história que se pode constatar que o processo sempre esteve moldado à cultura de sua época, é o espelho da cultura do homem.

Assim, apontamentos doutrinários sustentam que no plano histórico o instituto da prova pode ser dividido em três períodos: o primeiro é o da inexistência de prova, ou *prejurídico*; o segundo é o *religioso*, ou das provas divinas; e o terceiro é o denominado *laical*, *profano* ou das provas humanas.

1.1.1. 1º período:

No primeiro período, porque completamente diversos os métodos utilizados para a demonstração dos fatos e para a apuração da verdade, são quase nulas as notícias históricas acerca da prova judicial na época da Pré-História e, por isso, os estudos partem do sistema probatório da Idade Antiga.

De qualquer forma, esse primeiro período é classificado por Jônatas Milhomens¹ como uma *fase embrionária das sociedades primitivas*; embora não houvesse juízes tampouco justiça organizada, o direito se esboçava de forma vaga e imprecisa pelos costumes, sendo que a justiça era feita entre os próprios interessados e com as mãos próprias; imperavam a violência, a força, a astúcia e a vingança.

¹ MILHOMENS, Jônatas. *A prova no Processo*. Rio de Janeiro: Forense. 1982. p.31

Assim, quando os povos primitivos começam a delinear os primeiros contornos de processo judicial e, portanto, do instituto da prova, é que ocorre a transição para o segundo período.

1.1.2. 2º período:

Os povos primitivos (do segundo período), que nas palavras de Moacyr Amaral Santos² eram as *fratrias* ou *cúrias* (denominação que a língua grega ou romana deu ao agrupamento de famílias), já possuíam chefes, viviam em organização política e detinham fundamentos próprios de processo judicial.

Não obstante os variados interesses que conduziam o homem à sua formação, as sociedades tinham como predominância uma força superior e intangível que era a força da religião, tida como a proteção divina na busca da verdade. Entre os gregos, romanos e hindus a lei era a própria religião.

² SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad. [s.d.], Vol.I, p.23

Assim, porque a lei era a religião, havia uma influência decisiva sobre a conduta do homem e da coletividade, de sorte a atuar de forma imperativa nas decisões dos litígios entre os particulares ou entre estes e a sociedade.

Daí, o surgimento dos *juízos* de Deus (as *ordálias*), o *juramento* e o *duelo*, que eram métodos utilizados para o reconhecimento da verdade, especialmente os ordálios³ e o juramento, típicos meios de prova de base religiosa.

A função religiosa não é menos vital que as outras (moral, econômica, etc.), pois é processo de adaptação social, de modo a propiciar a conservação e o aperfeiçoamento da vida social, no intuito de elevar o homem acima de si mesmo.

A religião, processo biológico de adaptação social, sempre exerceu sobre o homem função específica, mais do que hoje, nos primórdios da humanidade.

Em outras palavras, durante um longo período da história, direito e religião se interpenetravam, cujos preceitos jurídicos e

³ MICHAELIS, Moderno Dicionário da Língua Portuguesa: “Processo judicial, usado na Idade Média, que consistia em testes de resistência (combate, fogueira, água fervente) a fim de provar-se a inocência ou a culpa do acusado; também se chamava juízo de Deus”. Ed. Melhoramentos, p.1502.

religiosos se confundiam; assim, serão a seguir esclarecido os três meios de prova – *ordálio, juramento e duelo* – do segundo período, a saber:

1.1.2.1. *Ordálias*:

Como esclarece João Batista Lopes⁴: “As *ordálias*, também denominadas julgamentos ou juízos de Deus, foram utilizadas pelos germanos antigos e tinham por finalidade a descoberta da verdade mediante o emprego de expedientes cruéis e até mortais, como a “prova de fogo”, a “prova das bebidas amargas”, a “prova das serpentes”, “a prova da água fria” etc.

As *ordálias*, ou julgamento de Deus, consistiam em submeter alguém a uma prova na esperança de que Deus não o deixasse sair com vida se não dissesse a verdade. As cerimônias fortaleciam a crença dos homens de que Deus participava do processo e do julgamento; como Deus era a lei, tratava-se de uma consequência lógica da noção que tinham de direito e justiça.

Dentre as diversas espécies de *juízos de Deus* incluem-se: (a) a prova das bebidas amargas; (b) a prova de fogo; (c) a prova da água fria; (d) a da água fervendo; (e) a prova da cruz; (f) a prova das

⁴ LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.19.

serpentes; (g) a prova do cadáver; (h) a prova do pão e queijo; (i) a prova do pão bento e (j) a prova da eucaristia, etc. Eram provas rudes, por vezes mortais.

A “prova das bebidas amargas” era usada para testar o suposto adultério das mulheres; se depois de tomada a bebida que era oferecida pelo sacerdote a mulher contraísse o rosto e os olhos se mostrassem injetados de sangue, era havida como culpada.

A “prova de fogo” era realizada por diversos modos: ou o acusado teria que tocar a língua no ferro quente; ou levar uma barra de ferro em brasa na distância de nove passos; ou caminhar descalço sobre o ferro quente.

A “prova do veneno” era aplicada pelo sacerdote ao seu talante; conforme o veneno e a dose, atingia-se o objetivo: vertigem, vômito, até a morte.

Na “prova das águas”, se o acusado, jogado na água fria, afundasse, era considerado inocente, se flutuasse era considerado culpado. Na prova da água quente, lançava-se um objeto na água fervendo, se o acusado conseguisse pegá-lo e depois de três dias com as mãos enfaixadas não apresentasse sinal algum de queimadura, a prova era considerada favorável e vice-versa.

Na “prova da serpente” o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se efetivamente fosse mordido.

O *ordálio*, por meio destas e outras provas, atravessou a Idade-Média e a Igreja Romana teve que se conformar com esse gênero até o Século XIII, quando então foi repellido pela Igreja, embora ainda persistisse nos costumes e nas leis de alguns povos, dele ocupando-se civilistas e processualistas, segundo afirma Moacyr Amaral Santos.

1.1.2.2. *Juramento:*

O juramento, considerado como meio de prova, é essencialmente exemplo de religiosidade, cuja divindade vinha manifestada como “testemunha” da verdade do fato que se alega; era uma obrigação de homem para homem tendo por testemunha a divindade. Esse método se sustentava por conta da excessiva religiosidade das sociedades, bem como porque não existia a escrita.

Mentir neste momento solene era trair a consciência, ofender a fé pública e as divindades; bastava que a fórmula fosse obrigatória para a consciência daquele que o fazia.

A Igreja, por sua vez, não era igualmente favorável ao juramento e, com o passar dos tempos, ele deixou de surtir os efeitos jurídicos desejados e veio a ser substituído pelo *duelo* ou *combate judiciário*.

1.1.2.3. Duelo ou Combate judiciário

O *duelo* também era representação de prova divina, fundamentada na idéia de que o homem (guerreiro da Idade-Média) só teria a vitória de Deus se assistido pela razão. Era a expressão da segurança de seu direito pela via da força. A Igreja, embora contrária, não conseguiu impor resistência à crença, e o uso do *combate judiciário* se firmou.

A prática do *duelo* se dava justamente em função do próprio espírito do homem da época, que detinha alto apreço pela coragem, força e agilidade. Daí, a instituição do duelo judiciário se generalizou por toda a Europa.

Apoiado em Montesquieu (*L'Esprit des Lois*), Dalloz (*Duel*) e Salvioli (*Storia della Procedura Civile e Criminale*), Moacyr

Amaral Santos ⁵ informa: “ Iniciava-se a prova, que era presenciada e acompanhada pelos juízes e auxiliares da Justiça, com três promulgações: pela primeira ficavam os presentes convidados a retirar-se; pela segunda, advertiam-se as pessoas presentes da obrigação de se conservarem em silêncio; pela terceira tornavam-se essas pessoas notificadas da proibição de prestar auxílio às partes, mesmo em caso de morte, sob a cominação de severas penas”

Jamais, contudo, deixaram de existir espíritos adiantados que procuravam mostrar o absurdo do uso da força sobre a razão e, vagarosamente, com o apoio da Igreja o predomínio da razão foi se acentuando. Não obstante a resistência dos senhores feudais, a substituição do *duelo* pela prova testemunhal ganhou espaço e passou a ser admitida.

Proibido o *duelo* como instituto probatório, nada restou dele ao direito processual a não ser o interesse exclusivamente histórico.

Até porque, como anota Humberto Theodoro Junior ⁶ “ O processo era extremamente rígido (formal), e os meios de prova eram restritos às hipóteses legais, nenhuma liberdade cabendo ao juiz, que tão-somente verificava a existência da prova. O valor de cada prova e a sua

⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad. [s.d.], Vol.I, p.35.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol.I, p.10.

consequência para o pleito já vinham expressamente determinados pelo direito positivo. A prova, portanto, deixara de ser o meio de convencer o juiz da realidade dos fatos para transformar-se num meio rígido de *fixação da própria sentença*. O juiz apenas *reconhecia* sua existência”.

Não se buscava, na realidade, a verdade real ou material, apenas se contentava com a mera verdade formal que se manifestava por meios artificiais, normalmente cruéis e absurdos, baseados na crença da intervenção divina nos julgamentos.

Assim, com a abolição das *ordálias*, do *juramento* e do *duelo*, os povos se voltaram para o uso da prova testemunhal que existia desde a antiguidade com os surtos para a afirmação do direito individual, pois a palavra era a única tida como prova dos fatos e atos que constituíam o objeto das questões jurídicas, já que inexistia a escrita.

1.1.3. 3º período:

Esse passa a ser o terceiro e derradeiro período, que corresponde à fase na qual a justiça - com o incessante e contínuo desenvolvimento cultural da humanidade - , desliga-se dos laços que a prendiam às instituições de caráter religioso e humaniza-se pela experiência e razão já bastante esclarecida e emancipada das velhas superstições.

Assim, caracteriza-se o terceiro período das provas humanas, ou seja, das provas verdadeiramente jurídicas, em especial da testemunhal.

A imposição da forma escrita aos atos processuais destinava-se também a proteger as partes e impedir as influências impróprias em relação às testemunhas; assim, aplicavam-se regras rígidas, e outras abstratas, para a valoração das provas⁷.

No regime jurídico aplicável aos meios de prova, apenas os homens livres é que podiam figurar como testemunhas.

Nesse quadro, estava caracterizada a redução da liberdade da convicção judicial, liberdade esta visualizada como real concessão à decisão arbitrária.

O juiz, com exceção das coordenadas estabelecidas para o processo dito sumário, não estava investido de poderes suficientes para intervir no curso do procedimento nem lhe era lícito procurar reduzir os trâmites da causa às questões meramente decisórias, atuava ele como árbitro passivo da controvérsia.

⁷ Giuseppe Chiovenda tinha a prova testemunhal na mais alta conta, colhida, que era, como meio de formar a convicção do juiz a respeito dos fatos controvertidos: “O juiz de Roma tem por ofício procurar livremente a verdade, avaliando as provas: ele pronuncia a decisão que lhe sugere a consciência” (CHIOVENDA, Giuseppe. *A idéia romana no processo civil moderno, em Processo Oral*. p.91; A oralidade e a prova, em *Processo Oral*. pp. 138 e ss. Apud, SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, [s.d.], vol.I, p.39).

Nesse período o procedimento era rígido e se desenvolvia de maneira mecânica, pois era dominado pelo formalismo.

Da fusão das normas do direito romano, do direito germânico e do direito canônico apareceu o direito comum que vigorou desde o século XI até o século XVI e, a partir daí abre-se ao mundo o direito probatório que passa a admitir, ao lado das provas testemunhal e documental, a perícia, a confissão e o interrogatório das partes.

É possível identificar nos diplomas processuais editados ao longo dos séculos XVII e XVIII traços próprios das novas orientações em sede de lógica imperantes naquela realidade histórica. O crescente reforço dos poderes do juiz, ao longo desse período, somente pode ser compreendido se aplicado em termos de pensamento lógico.

Sem dúvida é a partir do mundo clássico greco-romano que o processo civil passa a ocupar espaço científico, desvinculando-se de preconceitos religiosos e superstições, contudo, encontram-se seus vestígios até hoje nas legislações processuais do Ocidente.

1.2. Os variados sistemas probatórios

Ao abordar a temática dos sistemas jurídicos, como apontam Arminjon, Nolde e Wolf ⁸, cada autor procura dar sua própria classificação prendendo-se ao elemento geográfico ou a caracteres étnicos de povos regidos por ordenamentos diversos, adotemos, pois, a classificação dos sistemas ou “famílias” de René David⁹ por se apresentar mais simplificada: (i) *romano-germânica: Civil Law*; (ii) a do *Common Law*; (iii) os sistemas de *direitos socialistas*; e (iv) outras concepções da ordem social e do direito (*filosóficos* ou *religiosos*- direito muçulmano; indiano; chinês ou japonês; africano.)

Embora seja majoritariamente assente que a estrutura jurídica oficialmente adotada no Brasil é a do sistema *Civil Law*, especialmente no que diz respeito ao sistema probatório, far-se-á breve explanação acerca dos quatro principais sistemas, a saber: (i) o sistema de *Common Law*; (ii) o sistema Socialista; (iii) os sistemas *filosóficos* ou *religiosos*; e (iv) o sistema de *Civil Law*.

⁸ ARMINJON, Pierre; NOLDE, Baron Boris; WOLF, Martin. *Traité de droit compare*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950. V. I. p.42. *Apud*.VENOSA, Silvio de Salvo *Direito Civil. Parte Geral*. 3ªed. São Paulo: Editora Atlas. 2003. V.1, p.99.

⁹ DAVID, René. *Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed: São Paulo, Martins Fontes Editora, 2002. p.14 e ss.

A análise sucinta do direito estrangeiro servirá para enquadrar a nação não apenas em um contexto histórico, mas sobretudo para entender que ordenamentos de um mesmo sistema jurídico partem de pressupostos filosóficos e sociais semelhantes, bem como de conceitos e técnicas parecidas, embora adaptadas às peculiaridades de cada país.

Os breves apontamentos do direito comparado têm significativa importância, pois fornecem elementos para uma investigação científica do direito. Como esclarece Pablo Serrano¹⁰, a primeira grande utilidade das análises de direito comparado é a possibilidade de indicar as normas jurídicas afins nas legislações nacionais e estrangeiras, com o objetivo de confrontá-las para determinar as analogias e diferenças existentes entre sistemas e institutos, bem como avaliar o desenvolvimento e aproximação das legislações ou instituições jurídicas de diversos países, formando assim “o novo Direito Positivo Contemporâneo”.

A comparação enquanto ciência visa adquirir dados teóricos, de sorte que a pesquisa das diferenças e analogias entre *common law*, *civil law* e o sistema socialista é capaz de produzir reconstruções científicas da aplicação do direito no tocante ao sistema das provas nos diversos países.

¹⁰ SERRANO, Pablo Jiménez. Como utilizar o direito comparado para a elaboração de tese científica. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.34.

A propósito, Willis Santiago Guerra Filho¹¹ aponta que existem três sentidos principais da expressão “direito comparado”. No primeiro sentido, dito larguíssimo, o que ocorre são referências à literatura estrangeira nos livros e peças processuais, como se fosse uma fonte do Direito Nacional, sem a necessária consciência metodológica. No segundo sentido, aparece a comparação *lato sensu*, que ocorre quando o estudo comparativo analisa institutos a partir de países que pertencem à mesma família jurídica. No terceiro sentido, surge a comparação *strictu sensu*, que leva em conta o direito de países de famílias distintas.

Essa tarefa, contudo, não é nova. Como lembra Silvio de Salvo Venosa¹², a pesquisa indica que a tradição das Leis das XII Tábuas foram precedidas de investigações das leis de Sólon, na Grécia, tendo havido, já aí, um direito comparado. Assim, embora aqui não se pretenda aprofundar sobre os diversos sistemas, próprios do estudo do Direito Comparado, serão feitos, a seguir, breves apontamentos sobre as principais características dos sistemas probatórios.

¹¹GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Comparative civil procedures in Brazil*. Revista de direito comparado. Vol. II, n. 2. Belo Horizonte: UFMG, 1998. p. 329.

¹²VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Parte Geral*. 3ªed. São Paulo: Editora Atlas. 2003. Vol.1, p.99.

1.2.1. Common Law ¹³

O sistema *common law* (do direito inglês “direito comum”) se desenvolveu em certos países ¹⁴ por meio de decisões dos tribunais e não mediante atos legislativos ou executivos. Constitui, portanto, um sistema cujo direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes, de sorte que uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros.

Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente; esse conjunto de precedentes é chamado de *common law* e

¹³A história da *Common Law* começa com a invasão ou conquista normanda da Inglaterra, realizada por Guilherme II, Duque da Normandia. A conquista Normanda permitiu a criação de um governo central forte na Inglaterra, cujos Tribunais tinham jurisdição sobre todo o País.

As decisões desses Tribunais foram aos poucos, estabelecendo um direito comum – *Common Law* – em Inglês, a todo o reino, que se sobrepôs aos costumes jurídicos locais, em especial a cada condado ou vilarejo, em vigor até então.

¹⁴ O *common law* é a base dos sistemas jurídicos da Inglaterra e do País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda, do direito federal e estadual dos Estados Unidos (exceto o direito da Louisiana), do direito federal e provincial do Canadá (exceto o direito civil do Quebec), Austrália (tanto o direito federal quanto o estadual), Nova Zelândia, África do Sul, Índia, Malásia, Brunei, Paquistão, Cingapura, Hong Kong e muitos outros países geralmente de língua inglesa ou membros da *Commonwealth* (exceto Malta e a Escócia). Como regra, todos os países que foram colonizados em algum momento pela Inglaterra ou pelo Reino Unido usam o *common law*, exceto os que já haviam sido colônias de outro império, caso do Quebec (que segue o sistema jurídico francês), da África do Sul e do Sri Lanka (que seguem o sistema romano-germânico de origem neerlandesa), onde o sistema romano-germânico anterior foi mantido para respeitar os direitos civis dos colonos locais. O sistema indiano de *common law* também é uma mistura de direito inglês com direito hindu local, exceto no estado de Goa, que mantém o código civil português. O sistema jurídico da Nicarágua também mescla o *common law* inglês com o sistema romano-germânico, devido à administração britânica da porção oriental do país desde meados do século XVII até cerca de 1905, ademais de intervenções e influências estadunidenses posteriores (www.wikipedia.org.br).

vincula todas as decisões futuras. Quando as partes discordam quanto ao direito aplicável, um tribunal idealmente procuraria uma solução dentre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior (princípio conhecido como *stare decisis*). Entretanto, se o tribunal concluir que a controvérsia em exame é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, decidirá como "assunto de primeira impressão" (*matter of first impression*, em inglês). Posteriormente, tal decisão se tornará um precedente e vinculará os tribunais futuros com base no princípio do *stare decisis*.

Nesse sistema os juízes possuem menos poderes instrutórios e a produção de provas fica a cargo das partes e não é produzida *ex officio*. Como sustenta Michele Taruffo¹⁵, não existe o juiz absolutamente passivo em nenhum sistema jurídico, quer seja o sistema da *civil law*, quer da *common law*, os juízes não se convertem em parciais quando dispõem de uma prova *ex officio* ou sugerem às partes que produzam uma prova; o ordenamento é que atribuí ao juiz um papel ativo na produção de prova com escopo de outorgar-lhes correta e racionalmente uma função de estímulo, de controle e de iniciativa probatória, sem que ponham em perigo os valores fundamentais do processo civil.

¹⁵ TARUFFO, Michele. *Aspetti Fondamentali del Processo civile di Civil Law e di Common Law*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v.36, 2001, p. 35.

Daí a fundamental importância acentuada por Carnelutti, citada por Cardinalli ¹⁶, da capacitação dos magistrados, não só em direito, mas também em sociologia, antropologia e psicologia, pois são eles os responsáveis pela pacificação do drama vivido pelas partes.

No *common law* os poderes do juiz são mais voltados à condução do processo do que à formação da prova. A atuação do magistrado, na fase probatória, tem que ser a mais neutra possível. Como lembra Barbosa Moreira ¹⁷, no caso de certo juiz inglês que, há décadas, teve anulado o julgamento que presidia por haver feito muitas perguntas às testemunhas – comportamento reprovado como violador da garantia do *fair trial*.

Como esclarece Márcio Louzada Carpena¹⁸, em artigo publicado na Repro: “A posição da questão probatória dentro do *Common Law* é absolutamente particular e se revela muito interessante no que, nos

¹⁶ CARNELUTTI, Fancesco. As misérias do processo penal. Traduzido por José Antonio Cardinalli. 2ª ed. São Paulo: Editora Bookseller. 2002. pp. 35-39: [...] Nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem aceitaria ser juiz. Contudo, achar verdadeiros juízes é necessário. O drama do direito é isto. Um drama que deveria estar presente a todos, dos juízes aos julgados no ato no qual se exalta o processo Para ser juiz, é preciso ser mais do que um homem, não basta completar certos estudos, superar certos concursos, submeter-se a certo controle. Sobretudo hoje, se ensina que, para ser juiz, precisa estudar além do direito, sociologia, antropologia e psicologia, pois, certamente são estudos úteis e necessários.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A revolução processual Inglesa*. In: Temas de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense. Nona série, 2007, p. 75.

¹⁸ CARPENA, Márcio Louzada. *Os Poderes do Juiz no Common Law*. Artigo publicado na REPRO – Revista de Processo nº. 180, ano 35, fevereiro de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Estados Unidos, se denomina *the law of evidences*, instituto que em realidade é visto e estudado não como um elemento dentro da conjuntura processual, mas, sim, um ramo do Direito, assim ensinado nas *Law School*. (...) A propósito, cabe dizer que nos Estados Unidos, principalmente, percebe-se uma grande valorização da prova testemunhal, verificando-se, inclusive, a necessidade de defesa de documentos escritos por meio de testemunhas -, o que, para nós brasileiros, até certo ponto causa perplexidade”.

Portanto, neste ou em qualquer outro sistema existem características elogiáveis e também outras particularidades merecedoras de críticas. No *commo law* a doutrina tem censurado a admissibilidade do interrogatório cruzado, pois traz inconvenientes para se alcançar a verdade material, na medida em que os advogados possuem não apenas tempo maior que o juiz para elaborar as perguntas às testemunhas, como também têm acesso à elas de forma irrestrita.

O *common law*, contudo, conforme bem acentua Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁹, não foi sempre como é hoje, mas a sua principal

¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo 2009 – Repro 172, p.123-124: “O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano. Até hoje a ideia de que casos iguais devem ser decididos da mesma forma é fundamental no *common law*. Sendo a jurisprudência uniforme, estável e consistente, haverá condições para que se crie previsibilidade, para que o cidadão viva sem levar sustos. Claro que houve mudanças desde o seu início até hoje. O *common law* era composto de costumes “geralmente observados pelos ingleses”. Esta é a origem do nome *common*, pois as decisões eram baseadas nos costumes. Hoje, as decisões são baseadas nas mesmas (precedentes) e os costumes só têm valor se encampados por um precedente”.

característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito.

Comenta-se, aliás, que quando um caso é levado aos tribunais ingleses os juízes têm uma razoável margem de liberdade para criar a norma, todavia, hoje em dia, essa liberdade não é mais absoluta; ou seja, a nova regra deve, de alguma forma, ser compatível com as outras já existentes, pois se existir uma contrariedade, utiliza-se a técnica do *overruling* (norma considerada agora equivocada, ou considerada equivocada quando criada), ou a técnica do *distinguishing* (flexibiliza/adapta/corriga o direito).

Dentre os principais aspectos das novas Regras do Processo Civil (CPR 1998), com relação às provas, pode-se dizer que o magistrado passou a adotar participação mais ativa na fase do pré-litígio, conduzindo os processos com razoável rapidez, priorizando e identificando as principais questões. Durante o julgamento os juízes devem controlar o volume de provas, respeitando, contudo, algumas limitações de sua iniciativa.

Conforme preconiza Neil Andrews²⁰ há limitações da iniciativa judicial, “... (iii) a *Court of Appeal* já afirmava que é proibida a

²⁰ ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e Revisão de Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.60-61.

participação excessiva por parte dos juízes, durante o curso das provas, pois seria errado um juiz ‘arrogar-se uma função quase inquisitória, dado que isto é algo `totalmente contrario ao sistema’”.

Logo, o que se pode concluir é que existe hoje uma interligação entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, na medida em que a obtenção da igualdade é objetivo de ambos os sistemas; busca-se nos dois modelos a integral estabilidade e previsibilidade, ou seja, no *civil law* precedentes começam a gozar de respeito quando formam jurisprudência predominante, ou até mesmo quando se trata de um *leading case*.

1.2.2. Sistema Socialista ²¹

O traço fundamental do sistema socialista²² era a perspectiva da proteção e da reprodução das relações sociais mais

²¹ O direito dos países socialistas é fortemente influenciado pela noção de Estado socialista, o qual possui muito mais atribuições e poder de intervenção na sociedade, em comparação com os países capitalistas. Sua forma aparente, por outro lado, assemelha-se ao direito dos países da família romano-germânica. Com a fragmentação da União Soviética e a queda da Cortina de Ferro no final do século XX, o âmbito geográfico desta família de direitos tornou-se bastante restrito, especialmente quando se exclui, como fazem alguns doutrinadores, o direito chinês da família socialista, devido a suas peculiaridades (www.wikipedia.org.br).

²² No mundo oriental, outras fontes locais e históricas do Direito prevaleceram no âmbito de suas culturas milenares, mas as tradições romana e saxônica também exerceram influência em muitos países; na medida em que os países orientais foram se libertando do jogo cultural imposto pelo imperialismo ocidental, as tradições locais ressurgiram fortalecidas, especialmente após o fim da chamada Guerra Fria, no final do século XX, no vazio deixado pelo fim do Império Soviético, que pretendia estabelecer uma nova tradição jurídica socialista no mundo. Nos tempos da Guerra fria, alguns doutrinadores já consideravam a existência de uma terceira tradição denominada tradição jurídica do direito socialista, o

vantajosas à classe dominante, especialmente sobre a legitimação dos objetivos sócio-políticos da transição socialista ao comunismo (o sistema socialista parte da revolução comunista de 1917).

Os direitos socialistas caracterizavam um terceiro sistema colocado ao lado do *Common Law* e do sistema Romano-Germânico, contudo, com o desaparecimento da União Soviética e do muro de Berlim esfacelou-se. Como lembra Sílvio de Salvo Venosa²³, antes da introdução do chamado sistema socialista os estados socialistas pertenciam ao sistema romano-germânico.

Com o esfacelamento da União Soviética, no final da década de 1980, alterou-se não só a política e a economia, como também o sistema jurídico, de sorte que, como sustenta Silvio Venosa, certamente voltará às origens, inserindo-se no esquema de uma Europa preocupada com a codificação das leis inspirada no direito romano.

Na perspectiva socialista, a aplicação do direito deve destinar-se não apenas à resolução do caso concreto, mas também à

que se tornou uma definição imprópria para englobar todas as diferentes culturas jurídicas do extinto bloco comunista. Neste contexto, a tradição socialista deve ainda ser considerada apenas como se fosse uma nova sub-tradição jurídica. O movimento socialista resistiu aos percalços das indefinições geradas pelo desmoronamento do chamado socialismo real soviético, exercendo uma forte influência nos países ocidentais, particularmente na Europa, onde permanece como uma alternativa para o futuro, de forma a poder-se transformar realmente em uma verdadeira tradição jurídica predominante no século XXI. Atualmente, dos quinze países que compõem a União Européia, treze são governados por partidos socialistas.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Parte Geral*. 3ªed. São Paulo: Atlas. 2003. V.1. p.107.

educação do povo nas tarefas de administrar a justiça; há uma ausência de tecnicismo (falta de formalismo), na qual o tribunal pode aplicar de forma flexível as decisões de acordo com as circunstâncias particulares de cada caso.

No que toca o sistema probatório, nas palavras de João Batista Lopes²⁴, os países socialistas adotam hoje procedimento oral, cujo contato dos juízes com as partes é direto; o processo reveste-se de função social e assistencial, sendo que o juiz deve garantir igualdade real das partes e impedir expedientes protelatórios. Aos juízes (eleitos pelo povo) compete o dever de buscar a verdade real independentemente das provas e das alegações das partes.

1.2.3. Sistemas Filosóficos e Religiosos – Direito Chinês e Direito Japonês

Os outros dois sistemas ou “famílias” (*Civil Law* e *Common Law*) são, de fato, os mais importantes, entretanto, serão feitas a seguir breves anotações acerca dos chamados “sistemas” religiosos ou filosóficos.

²⁴ LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.23.

A religião ou filosofia é que constitui a base de seu ordenamento e, por esta razão, não se constituem propriamente em “famílias”, pois são independentes entre si e não se agrupam em uma unidade de direitos nacionais.

O Direito chinês, contudo, é distinto do direito ocidental, uma vez que a ciência do Direito desempenha função secundária; a vida dos chineses deve ser orientada pela tradicional honestidade e moral, sendo que as leis são tidas como algo mal em si mesmo, pois os chineses não dependem delas para assegurar o funcionamento da sociedade.

Até que se chegue num processo judicial, tentam, antes, diversas formas de conciliação, cuja execução, inclusive, quando houver, é pautada pelo menor prejuízo possível ao adversário. O Direito não atrai os pensadores chineses, são eles movidos pela moral e pelas normas de conduta, pois entendem, como afirma Dekkers²⁵, que o ideal a ser alcançado é a submissão de seu superior natural: o filho ao pai; o jovem ao velho; a esposa ao esposo; o amigo ao amigo.

No Japão, por sua vez, o Direito ocidentalizou-se e, hoje, segue o modelo ocidental românico; o Código Civil japonês, por

²⁵ DEKKERS, René. *El derecho privado de los pueblos*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1957, p.70

exemplo, segue o modelo do Código Civil alemão. No direito público nota-se a influência norte-americana.

1.2.4. Sistema do *Civil Law*

O sistema do *civil law* foi construído sobre base cultural distinta do *common law*, seus métodos são díspares. Está equivocada, com todo o respeito, a diferenciação dos sistemas pela oralidade vs escrita. O processo do *civil law* é essencialmente escrito, enquanto o processo do *common law* é essencialmente oral, mas esta distinção não pode representar a diferenciação dos dois sistemas, porque o próprio *common law* possui também processo escrito, como por exemplo o da equidade que é basicamente escrito. Por seu turno, a oralidade também está presente em grande parte do processo do *civil law*: discussões orais preliminares ou conclusivas; admissão oral da prova em audiência; etc.

Logo, o emprego das provas escritas, como exemplo, encontra-se presente em ambos os sistemas.

Contudo, no plano histórico do *civil law* é difícil sustentar uma unidade, um modelo homogêneo de processo civil. Nas

palavras de Michele Taruffo²⁶, “*Historicamente, se pensarmos nos séculos de direito comum, na Europa continental nunca existiu um modelo homogêneo de processo civil. A disciplina de processo era, aliás, extremamente fragmentada em função da diversidade das jurisdições e da pluralidade das fontes regulatórias do procedimento, de maneira que não havia muito em comum, por exemplo, entre os processos disciplinados pelo Code Louis, os estatutos italianos, as práticas judiciárias da Rota romana e os Grandes tribunais ou as `Kammergerichtssordnungen` alemãs. A habitual referência ao processo romano-germânico como base dos ordenamentos processuais continentais não é fundamentalmente errada, serve para indicar algumas características muito genéricas do processo civil de direito comum, como a escrita, a duração e não concentração, mas não pode esconder as grandes e profundas diferenças que durante séculos têm marcado estes ordenamentos*”.

A área do processo de *civil law* possui três principais modelos: (a) o francês, que é seguido pela Bélgica e Itália; (b) o austro-germânico, que é seguido nos países escandinavos, no Japão e na Europa Oriental; e (c) o espanhol, seguido em vários países da América Latina.

²⁶ TARUFFO, Michele. *Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001. p.38-39: “Storicamente, se si pensa ai secoli del diritto comune, nell’Europa continentale non è mai esistito um modello omogeneo di processo civile. La disciplina del processo era anzi estremamente framentata in funzione della diversità delle giurisdizioni e della pluralità delle fonti regolatrici della procedura, sicchè non vi era molto in comune, ad es., tra i processi disciplinati dal *Code Luis*, dagli statuti italiani, dalla prassi giudiziaria della Rota romana e degli altri Grandi Tribunali, o delle *Kammergerichtsordnungen* germaniche. Il consueto riferimento al processo romano-canoico come base costante degli ordinamenti processuali continentali non è fondamentalmente errato, se serve a segnalare alcuni caratteri molto generali del processo civile di diritto comune come la scrittura, la durata e la non concentrazione, ma non può nascondere le grandi e profonde differenze che hanno segnato per secoli questi ordinamenti”

Por isso, sustenta-se que o *civil law* não seria um modelo homogêneo de processo, pois não se trata de um sistema unitário.

A influência do direito romano-canônico afetou o sistema brasileiro. Com a Constituição Federal de 1988 o reconhecimento do direito à prova assumiu feição constitucional, como aspecto fundamental das garantias da ação, da ampla defesa e do contraditório.

Nos últimos tempos nota-se no *civil law* uma preocupação com a celeridade e efetividade processuais, com a oralidade e com os chamados direitos difusos (ações coletivas, etc.). Há uma evidente preocupação com o fortalecimento dos poderes do juiz (ampliação dos meios de prova, simplificação da prova pericial, etc.), que sofre dificuldades de ser implementado em função dos graves problemas enfrentados pela organização judiciária (excesso de processos, escassez de magistrados, etc.).

Houve também, mais recentemente, a introdução, pelo legislador, de novas técnicas no ordenamento processual civil brasileiro, uma vez que é visível a necessidade de hegemonização e estabilidade das decisões judiciais. Todos sabemos quão saudável seria conviver com tribunais decidindo da mesma forma, questões semelhantes.

Muitos dispositivos²⁷, assim, são sintomas de que nossa lei processual esta caminhando no sentido de proporcionar condições para que haja uniformidade da jurisprudência num grau socialmente desejável.

O mesmo se pode dizer da repercussão geral, da súmula vinculante e da possibilidade de haver controle difuso da constitucionalidade das leis, tudo a demonstrar o quão importante é para a sociedade que a jurisprudência seja uniforme e estável, pois é daí também que surge o problema de se saber o que seria jurisprudência dominante²⁸.

Portanto, da análise do sistema do *civil law* é possível constatar, assim como no *common law*, que a busca pela necessidade de certeza é a razão mais relevante que leva à necessidade de respeito aos precedentes.

A insatisfação com o presente quadro de instabilidade e insegurança jurídica traz a necessidade de reformá-lo e, assim, os dois sistemas se convergem cada vez mais, ou seja, o juiz de direito do *civil law* pode sim criar o direito, porque hoje essa conduta é inevitável – o magistrado faz interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo

²⁷ Artigos 557, 544, parágrafos 3º e 4º, 518, parágrafo 1º, 285-A, 543-B e 543-C, todos do Código de Processo Civil.

²⁸ A respeito escreveu Luiz Rodrigues Wambier. *Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante*. Repro 100/81-87. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez.2000.

empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa.

2. Conceito de prova

A figura da prova não é, e nem poderia ser, exclusivamente do ramo do direito, pois se trata de uma noção comum a todos os ramos da ciência, como elemento para a validação dos processos empíricos; a medicina, a biologia, etc., são exemplos de que a prova utilizada serve para a comprovação de fatos e experimentos realizados no mundo objetivo.

Nas palavras de Francesco Carnelutti²⁹ “*Na linguagem comum, prova se usa como controle da verdade de uma proposição; não se fala de prova senão relativamente a algo que está sendo afirmado, quando se trata de controlar sua exatidão; não pertence à prova o procedimento pelo qual se descobre uma verdade não afirmada, mas aquele ao invés pelo qual se demonstra ou se verifica uma verdade afirmada*”.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *A prova Civil. Parte Geral. O conceito Jurídico da Prova*. São Paulo: Leud. Editora, 2003, pp.66-67.

A prova, portanto, pode assumir diversas conotações, sendo que em seu sentido lato se presta como um meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade.

Tratemos dela, pois, em seu sentido jurídico.

2.1. O vocábulo “prova”

O sentido etimológico do vocábulo prova provém do latim *probo, probatio e probus*.

*Probatio*³⁰ significa prova, ensaio, inspeção, verificação, argumento, exame, razão, aprovação, confirmação, que deriva do verbo *probare* (*probo, as, are*): provar, ensaiar, examinar, reconhecer por experiência, demonstrar.

³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, [s.d.] vol. I. p. 11.

Segundo adverte Sentis Melendo³¹, o verbo correspondente – *probo, probas, probare* – vem de *probus*, e quer dizer bom, reto honrado, “*assim, pois, o que resulta provado é bom, é correto, poderíamos dizer que é autêntico; que corresponde à realidade. Esta e não outro o verdadeiro significado do substantivo probo e do verbo provar: verificação ou demonstração de autenticidade*” .

Portanto, como *probus* ³² significa bom, reto, honrado, pode-se dizer que o que é provado é autêntico, ou corresponde à verificação da autenticidade.

O significado do vocábulo prova possui sentido comum e jurídico. O significado comum é usado para indicar tudo que nos pode convencer de um fato, das qualidades boas ou más de uma coisa, da exatidão de alguma coisa (prova-se o grau alcoólico de um vinho; a resistência do ferro, etc.). A prova pode ser entendida como “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”.

³¹MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba – Los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: Ejea, 1978, pp.33-34.

³² CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no Processo Civil*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47

No sentido jurídico, assume diversas feições. Refere-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio de prova, ao procedimento da prova. Assim, a doutrina defende que existe uma noção tripartida da prova, que a conceitua como *atividade, meio e resultado*.

Como *atividade*, a prova é o conjunto de atos realizados pelo juiz e pelas partes, com a finalidade de reconstruir os fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; esse é o procedimento probatório.

A prova como *meio* é o instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são introduzidas no processo. É o instrumento que forma a existência ou não dos fatos constantes do *thema probandum*.

Como *resultado*, a prova é sinônimo de valoração consubstanciada na convicção do juiz; o juiz formará seu livre convencimento. Daí porque alguns autores defendem que a prova, no aspecto do *resultado*, possui caráter subjetivo. Ou seja, a convicção sobre a verdade de um fato pode variar de pessoa para pessoa. Nas palavras de João Batista Lopes, a apreciação das provas é subjetiva e “*poderá não coincidir com a do magistrado, de modo que, em rigor técnico, só se pode*

dizer que um fato foi demonstrado nos autos quando o juiz formar convicção sobre sua existência”³³.

O aspecto objetivo, por sua vez, se encontra na prova como *atividade* e como *meio*. É o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes ao processo.

2.2. A prova no processo civil

Nosso Código de Processo Civil filiou-se à teoria de Liebman e, assim, as condições da ação constituem requisitos para se conseguir uma sentença de mérito, ou seja, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para agir são condições de admissibilidade do julgamento de mérito e não condições para se obter uma sentença favorável.

A pretensão do autor deduzida em juízo, por meio da petição inicial, e a defesa do réu, por meio da contestação, podem estar baseadas em fatos e questões de direito; em questões meramente de direito; ou ainda em questões meramente fáticas.

³³ LOPES, João Batista. *Ob.cit.* p.26

As alegações de fato, quando negadas, necessitam, na grande maioria, da demonstração de sua existência, pois o juiz para julgar terá que buscar a verdade (ou a verossimilhança), ao passo que as matérias jurídicas devem ser reconhecidas pelo juiz, que tem obrigação de fazê-lo.

À demonstração de fatos alegados é que se dá o nome de prova. O direito das partes de indicar e requerer ao juiz os meios de prova necessários ao esclarecimento dos fatos alegados como fundamento para agir e defender-se em juízo, nada mais é do que o direito à prova.

Liebman³⁴ define a prova como sendo “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato, e por isso a fornecer a demonstração e a formar a convicção da verdade do próprio fato”.

Os fatos são objeto de afirmação ou negação no processo, e as provas são modos de verificação das proposições formuladas pelas partes em juízo. A prova serve para demonstrar ao juiz as questões de fato, pois fornecem ao juiz os elementos necessários para a reconstrução, em juízo, de acontecimentos passados, de modo a permitir que ele possa formar seu próprio convencimento sobre a verdade ou não dos fatos alegados pelas partes.

³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantis: Editora Intelectus. 2003. p.79.

Por isso, Gildo dos Santos³⁵ esclarece que provar é representar os fatos passados, pois provar fatos futuros é restrito ao campo da imaginação, já que no campo do direito só é possível tornar presente fatos que já se passaram. A testemunha, por exemplo, relata ao juiz fatos passados que ela viu ou presenciou.

O juiz, portanto, forma sua convicção por meio da representação ou rerepresentação dos fatos passados, sob o nome de prova, para que possa concluir quem tem razão no processo, para saber qual é a verdade que se discute nos autos.

Nas palavras de Piero Calamandrei³⁶: “a prova no sentido jurídico se dirige sempre a suscitar na mente do juiz uma imagem, uma representação da existência e do modo de ser dos fatos concretos, isto é, de fatos regulares da vida, que tenham relação com o tempo e o espaço, tanto no mundo externo dos sentidos, como no mundo sensitivo (no interior do espírito)” (tradução livre).

³⁵ SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 19.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. *La génesis lógica de la sentencia civil*. Estudios sobre el proceso civil. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p.378: “la prueba en sentido jurídico se dirige siempre a suscitar en la mente del juez una imagen, una representación de la existencia o del modo de ser de hechos concretos, esto es, de sucesos singulares de la vida, que han tenido o tienen existencia en el tiempo y en el espacio, bien en el mundo externo de los sentidos, bien en el interior del espíritu”(Texto original).

A prova, no processo civil, volta-se para o mundo empírico, que é, inicialmente, desconhecido pelo juiz; por meio da representação dos fatos, cria-se a existência dos acontecimentos no mundo jurídico.

Chiovenda³⁷, desta forma, esclarece que a prova no processo, ao revés da prova puramente lógica e científica, sofre limitação na necessidade social de que o processo tenha termo, ou seja, transitada em julgado a sentença, a investigação dos fatos encerra-se definitivamente, *“(...) a partir desse momento, o direito não cogita mais da correspondência dos fatos apurados pelo juiz à realidade das coisas, e a sentença permanece como afirmação da vontade do Estado, sem que influência nenhuma exerça sobre o seu valor o elemento lógico de que se extraiu”*.

No curso da lide, enquanto se busca a afirmação do Estado, o elemento lógico conserva o máximo de valor, que é buscado por meio do ônus de provar.

As partes, por meio do processo, têm o ônus de provar os fatos que alega em sua petição inicial, ou em sua contestação. O ônus de

³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Ed. Saraiva e Cia., 1945 p.131-132.

provar a que alude a doutrina, não é o dever das partes de produzir as provas.

Essa distinção (ônus e obrigação) foi bem definida por Carnelutti³⁸ e, como esclarece Buzaid³⁹, a relação de obrigação da parte é o lado passivo a que corresponde, do lado ativo, um direito subjetivo, ou seja, o direito subjetivo é um interesse protegido mediante um poder da vontade. Obtém-se a noção de obrigação, invertendo simplesmente a de direito subjetivo. A obrigação é interesse subordinado mediante um vínculo; ou, um vínculo da vontade imposto pela subordinação de um interesse.

A parte que pretende provar os fatos, portanto, não pode ser impedida de produzi-las no processo, a não ser que o juízo, destinatário da prova, entenda por inúteis ou protelatórias as provas. Nesse caso, deve o juiz fundamentar sua decisão. Afinal, todas as decisões devem ser motivadas, sob pena de nulidade, é o que dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Federal, bem como a lei federal, no Código de Processo Civil, em diversos artigos (arts. 131; 165; 273, §4º; 458; 459; 461, §3º; etc.).

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000, vol.II, pp. 130-138.

³⁹ BUZAID, Alfredo. *Ônus da prova*. Revista de Direito Processual Civil. no 4. São Paulo: Saraiva S/A Livres Editores, 1964, pp.13 e 14.

Nesse sentido Pontes de Miranda⁴⁰ assevera que: “A necessidade de motivação é indeclinável. Cresce ela à medida que se dá ao juiz qualquer parcela, e mais, de livre apreciação. É preciso que, ao ter de ser reexaminado o despacho, ou a sentença, pelo mesmo juiz ou pelo tribunal (ou pelo ocupante posterior do mesmo juízo, nos casos em que o Código não pôde evitar, conforme o artigo 132), o novo julgador possa tomar cada uma das premissas do proferidor da decisão, conferi-las e controlar premissas e conclusões.

(...) Na apreciação da prova é que o juiz é livre; e o artigo 131 limita-se a isso. O juiz só é livre, quanto a provas não requeridas pelas partes e não produzidas por ela, se as determinou, conforme o artigo 130”.

Michele Taruffo⁴¹, por seu turno, esclarece que a prova pode traduzir o aspecto argumentativo-retórico apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo.

Na realidade, a prova assume o papel de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a representar a decisão final sobre o fato.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense. 3ª ed. 1996. p. 206.

⁴¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, V. III, p. 421.

Não pode o juiz, na apreciação dos fatos controvertidos, nortear a sua convicção a respeito deles, apenas e tão somente pela sua consciência, por suposições, impressões pessoais, ou usar de medidas que correspondam a atentados a direitos legítimos. O juiz deve decidir, formar sua escolha racional, com base nas provas produzidas no processo.

Moacyr Amaral Santos⁴² bem acentua que: “ *A livre consciência, do homem mais aperfeiçoado, sempre está à mercê de erros e ilusões. Disposições especiais ou particulares do espírito do juiz, bem como influências externas, qual delas mais perigosa, seu temperamento, força dos seus hábitos, inclinações, prevenções, perturbam-lhe a serenidade e, de conseguinte, conduzem-no, mesmo sinceramente, ao erro mais grosseiro*”.

Não pode o magistrado supor ou estimar o fato, pois não lhe é dado julgar apenas segundo a própria consciência.

Como sustentam Marinoni e Arenhart⁴³, a prova em direito processual é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.

⁴² SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob.cit.* p.17.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 59.

João Monteiro⁴⁴, fundado na necessidade de conceituar a prova apontando os seus dois caracteres, adota a clássica definição divulgada por Mittermayer:⁴⁵ “*prova é a soma dos meios produtores da certeza*”. A soma dos meios, isto é, a série ou o conjunto dos fatos probatórios, produtores da certeza, ou seja, capazes de afirmar o fato probando e, portanto, criadores da evidência.

Moacyr Amaral Santos⁴⁶, contudo, sabiamente, ao parabenizar a definição trazida por Mittermayer, acrescenta ao conceito que não estaria correto sustentar que a prova seria apenas a *soma dos meios produtores da certeza*, mas também pelo modo e pela forma nas quais se apresentam os meios probatórios, bem como onde e como são apreciados os fatos. Conclui, assim, pela seguinte definição: “*prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo*”⁴⁷.

Esta parece ser uma definição bastante abrangente da qual compartilho, de sorte que a prova que gera ao juiz de direito a convicção da certeza sobre sua efetiva ocorrência, significa dizer que a

⁴⁴ MONTEIRO, João. *Processo civil e comercial*. 1912, *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob.cit.* p.21.

⁴⁵ MITTERMAYER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1909. p.75. *apud*. João Batista Lopes. *Ob.cit.* p.26.

⁴⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob.cit.* p.17.

⁴⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob.cit.* p.17-18.

soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo, servirão para a correta e precisa produção da certeza suficiente para a convicção do magistrado.

3. Natureza jurídica da prova

É polêmica a discussão sobre a natureza jurídica da prova. As normas que disciplinam as provas não pertencem exclusivamente ao campo do direito material (substancial), pois grande parte dos aspectos da prova, o momento e o lugar de sua produção, as regras sobre os ônus da prova, etc., vêm disciplinadas no direito processual, em mais de cem artigos no código de processo civil (objeto, ônus, avaliação, meios de prova, etc.).

Posiciona-se Pontes de Miranda⁴⁸ na antiga polêmica acerca da natureza jurídica híbrida: “ *A prova de modo nenhum se reduz ao direito processual. (...) O direito processual é o direito de aplicação das regras jurídicas, com a promessa de atender à tutela jurídica, a que o Estado se vinculou. A prova, no processo, é o que concorre para que o juiz, ao aplicar a lei, fique certo de que está a prestar, com exatidão, o que se prometera: a tutela jurídica. O documento, por exemplo, de ordinário só*

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T.IV. Rio de Janeiro: Forense. 3ªed.,1996, p-245-247.

diz o que o direito material exigiu ou permitiu. Quase sempre, toda a eficácia do documento proveio do direito material (instrumento público, particular com exigência de número de testemunhas, ou, por vezes, reconhecimento de firma). No direito material, o que prova é o que tem, por si só, a eficácia de provar. No direito processual, a prova é para se chegar à certeza, uma vez que a litigiosidade leva a ter-se de afastar a dúvida. Se o documento é perfeito, perante o direito material, basta ele para que nenhuma dúvida se tenha. Se se diz, na lide, que a firma não é da pessoa vinculada ao negócio jurídico, ou ao ato jurídico, a dúvida leva ao exame e as provas que se produzirem são para os resultados processuais. No plano do direito processual, importa o que está provado no direito material. Se divergência ou vacilação surge, o juiz tem de buscar o que seja verdade, respeitadas as regras de direito material e conforme lhe impõem as regras de direito processual. O juiz tem que chegar a uma conclusão, a um resultado suficiente e entregar, com exatidão, à prestação judicial de tutela jurídica, que o Estado prometeu. Há a prova preconstituída, a prova que é do direito material, eficácia dos seus fatos, e o direito processual a recebe e, após recebê-la, se precisa de convencer-se, atende ao que o direito material e o direito processual exigiram ou permitiram”.

Assim, na sistemática do direito brasileiro, que nesse tocante se filia aos sistemas Francês, Belga e Italiano, os princípios referentes à prova se incluem no direito material e no direito processual.

Para Chiovenda⁴⁹, toda a matéria relativa à prova pertence ao direito processual, mas como para ele as leis processuais admitem natureza substancial, isto é, leis atributivas de direitos ou *substantivas*, pode-se dizer que no direito probatório não escapa a necessidade de estar incluído também no direito material (substancial).

Carnelutti⁵⁰ esclarece que exatamente porque são estreitas as relações do direito substantivo (material) e do direito adjetivo (processual), principalmente porque a um e outro pertence o instituto da prova, é que os princípios relacionados à prova estão em ambas as legislações.

Essa distinção se mostra necessária quando se discute sua aplicação no tempo (retroatividade das leis) – resolução de problemas de direito intertemporal -, e no espaço – resolução de problemas de direito internacional privado -.

Assim, partindo do princípio do direito material de que a lei não prejudica o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, deve-se aceitar a regra da irretroatividade das leis substantivas relativas à prova. A segurança do ato jurídico perfeito é o modo de garantir o direito adquirido.

⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Ed. Saraiva e Cia., V.III, 1945.

⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book. 2000. v. I

Logo, a lei vigente ao tempo da realização do fato jurídico é que deve disciplinar os meios de prova e graduar a sua força (ao tempo em que ele foi feito), ou seja, a lei antiga deve prevalecer sobre a nova.

Ao passo que as leis relativas à prova, no que concerne à substância do direito (a forma pela qual a prova deve ser fornecida em juízo), não devem retroagir.

Em brilhante síntese, Moacyr Amaral Santos⁵¹ acentua: “ *Em suma, enquanto que as leis relativas à prova, no que concerne à substância do direito (decisorium litis), que digam respeito ao seu valor jurídico e às condições de sua admissibilidade, não retroagem, as que estabelecem o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo, ou sejam as meramente reguladoras da lide (ordinatorium litis), são eminentemente retroativas, como as leis processuais em geral.*”

Leonardo Greco⁵², por seu turno, adverte que a discussão acerca da natureza jurídica do instituto é estéril, pois relevante é

⁵¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. cit.* p.51.

⁵² GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do código de processo civil de 1973 ao novo código civil, Estudos de direito processual. Ed. Faculdade de Direito de Campos. Coleção José do Patrocínio. Rio de Janeiro. 2005. p. 357-359.

ter a consciência de que o Código de Processo Civil de 1973 já havia acolhido no artigo 332 os meios de prova previstos em leis substanciais. Acrescenta que: *“sobrevindo a constituição de 1988, o Brasil reconstrói seu Estado de Direito, adotando como pedra fundamental o primado dos direitos fundamentais”*, e conclui que, independentemente de as provas constarem da lei processual ou da lei material, devem observar os preceitos constitucionais, de modo que as novas regras sobre o tema (no Código Civil de 2002) devem ser interpretadas de modo a assegurar a mais ampla eficácia das garantias fundamentais do processo, e se isso não for possível, deverão ser repudiadas por inconstitucionalidade. Por isso, (...) *“as normas posteriores não podem ser tidas como revogadoras das normas já vigentes senão após uma análise de sua constitucionalidade e do âmbito exato de sua aplicação”*⁵³.

De tudo o quanto fora acima exposto, pode-se concluir que a prova não pode se restringir ao aspecto meramente processual, na medida em que o direito processual orienta a aplicação das regras jurídicas, enquanto que o direito material fornece a eficácia do documento probatório, ou seja, no plano do direito processual é importante o que está provado no direito material.

⁵³ GRECO, Leonardo. *Ob. Cit.* p. 357-359.

4. Classificação Geral das Provas

Diversas são as classificações das provas na doutrina nacional e alienígena. Assim, porque referidas classificações pouco acrescentam em termos práticos, analisaremos a conhecida classificação de Nicola Framarino Malatesta, adotada entre nós por Moacyr Amaral Santos, reproduzida na obra de João Batista Lopes; a classificação de Francesco Carnelutti; e, por fim, a classificação de Jeremias Bentham.

4.1. Classificação de Malatesta

Iniciaremos pela classificação do italiano Nicola Framarino Malatesta, que foi adotada, entre nós, por Moacyr Amaral Santos, João Batista Lopes, Arruda Alvim, entre outros.

A classificação, assim, se dá segundo seu *objeto* (o fato por provar-se), em diretas e indiretas; quanto ao *sujeito* (pessoa ou coisa de

quem ou de onde dimana a prova) em pessoais ou reais, e finalmente quanto à *forma* (modalidade ou maneira de produzir a prova), em prova oral ou escrita.

Quanto ao *objeto*: a prova direta é aquela que se refere ao próprio fato probando, como por exemplo, o documento público que demonstra o domínio de um automóvel; a testemunha que depõe em juízo fato que presenciou (um acidente de automóvel); ou a própria inspeção judicial.

Já a prova indireta, por meio de trabalho de raciocínio se chega ao fato probando, ou seja, a prova refere-se a fato diverso do que se pretende demonstrar, como exemplo, a testemunha vem a juízo e narra como ficou o automóvel depois do acidente, pois ela não presenciou o fato; portanto, a prova é indireta. O raciocínio reclama a formulação de hipóteses para se atingir o fato probando.

Quanto ao *sujeito*, a prova pessoal é aquela em que há a declaração ou afirmação consciente sobre a veracidade de um fato; é a revelação de um fato feita por uma pessoa, como por exemplo, o depoimento pessoal ou depoimento de uma testemunha.

A prova real é produzida pelas coisas ou pessoas inconsciente ou involuntariamente, como as alterações corpóreas ou psíquicas causadas na testemunha por ocasião de prestar depoimento, e que

servirão de subsídios para demonstrar a probabilidade da existência de um fato ou indicar determinado estado de espírito, como por exemplo, o paciente que sofre de interdição e revela palavras que são consideradas como provas reais e não pessoais. Pode-se dizer, em resumo, que toda afirmação pessoal consciente, determinada a fazer fé dos fatos afirmados é prova *pessoal*, toda outra prova é *real*.

Quanto à *forma*, podem ser orais (depoimentos, esclarecimentos de perito, etc.), escritas (documentos, periciais, etc.), ou materiais. As provas materiais, também classificadas por Malatesta, são as mesmas provas reais, quando consideradas do ponto de vista da forma; essa classificação se destina a indicar os elementos ou qualidades da própria coisa.

4.2. Classificação de Carnelutti

O *objeto* da prova é o fato sobre o qual versa a ação e o que deve ser verificado; o *sujeito* da prova é o homem ou o grupo de homens que procede à verificação em juízo. A relação entre o *sujeito* e o *objeto* da prova pode ser mediata e imediata.

Quando o fato cai diretamente na percepção do juiz diz-se relação imediata entre o objeto e o sujeito da prova; quando o fato a ser

provado chega ao sentido do juiz através de outro fato, diz-se que há relação mediata entre o objeto e o sujeito da prova. Dessa relação, as provas são diretas ou indiretas.

Igualmente para Francesco Carnelutti, quanto ao *objeto*, as provas podem ser pessoais ou reais, segundo provenham de um homem ou de coisas. E assim, podem se dividir em históricas e críticas, como por exemplo, quando a testemunha relata o fato probando, ou seja, reproduz perante o juiz o fato, que é uma fonte de prova histórica.

A prova crítica é obtida por vias oblíquas, ou seja, o indivíduo, na medida em que não reproduz o fato que se pretende provar diretamente ao destinatário da prova, mas apenas permite pelo raciocínio se chegar à conclusão de sua veracidade, é uma prova crítica.

A diferença entre as duas espécies de prova – crítica e histórica – é que a primeira (crítica) não prova por si só a idéia do fato probando ao juiz, mas permite pela experiência e raciocínio se formar a conclusão da prova, enquanto que a última (histórica) reproduz o fato sem necessidade de dedução lógica alguma.

A prova histórica ou é testemunhal ou é documental, a prova crítica se dá por meio de *indícios* – elementos para por meio de raciocínio e da regra de experiência conceber-se o fato a ser provado – (ex:

impressões digitais) e por *presunções* – para indicar o objeto que sirva para a dedução ou para indicar a própria dedução.

4.3. Classificação de Bentham

As provas podem ser divididas em *pessoais* ou *reais*, quando provem de uma pessoa ou de uma coisa. Da mesma forma, podem ser diretas ou indiretas.

Jeremias Bentham⁵⁴ traz outra classificação, a de que as provas também são divididas em *causais* e *preconstituídas*, segundo o meio de prova que seja utilizado ocasionalmente sem ter havido intenção de utilizá-lo como prova em sua formação, ou, ao contrário, se tenha formado a prova com a intenção de utilizá-la em processo futuro.

Em breve síntese, Bentham⁵⁵ classifica as provas em oito divisões, a saber: (1) prova pessoal e prova real; (2) prova direta e indireta ou circunstancial; (3) prova depoimento e prova por documento; (4) prova pessoal voluntária e prova pessoal involuntária; (5) provas literais

⁵⁴ BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Traduzido por Dom José Gomez de Castro, Madrid: Imprenta de D. Tomás Jordan, 1835.

⁵⁵ BENTHAM, Jeremias. *Ob.cit.*

casuais e provas literais preconstituídas; (6) provas independentes e provas emprestadas – estas são tiradas de uma causa anterior, referem-se a depoimentos, ou documentos, já submetidos a exames judiciais em outro feito; (7) prova original e inoriginal; e (8) prova perfeita e imperfeita.

5. Espécies ou meios de prova

O artigo 332 do Código de Processo Civil dispõe que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

O Código Civil, no artigo 212, estabelece que “Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunhas; IV – presunção; V – perícia”.

Logo, embora não haja expressa menção a determinado meio de prova, ele será admissível desde que moralmente legítimo.

Em outras palavras: o artigo 212 do Código Civil exemplifica os tradicionais meios de prova, mas o que nosso sistema não

permite é a prova obtida ilicitamente, pois esse é o meio de prova que o juiz não poderá aceitar.

O estudo dos meios de prova torna-se importante no momento em que para se obter a efetividade da jurisdição se utilizam as chamadas provas atípicas, ou seja, os meios não previstos expressamente no ordenamento pátrio, mas cuja admissibilidade é decorrência do sistema probatório, como por exemplo depoimento pessoal, provas escritas provenientes de terceiros, declarações extrajudiciais, etc.

Considerando que o princípio geral da liberdade de provas é projeção da garantia constitucional do direito à prova, as provas atípicas são admitidas, desde que moralmente legítimas, especialmente no processo atual, em que as partes se utilizam, com frequência, de meios de prova não expressamente previstos no ordenamento (meios modernos de captação ou reprodução dos fatos), mas que contribuem para aferição dos fatos - para que as partes possam convencer o juiz de que têm razão.

O que deve nortear o estudo dos meios de prova, especialmente as provas atípicas, é a aferição da medida em que elas contribuem para o esclarecimento dos fatos e, como consequência, para a efetiva tutela dos direitos, sobretudo diante dos avanços científicos e tecnológicos, os quais possibilitarão a demonstração mais exata dos fatos.

Assim, o presente estudo se restringirá à análise da prova emprestada, como exemplo da utilização de provas atípicas no ordenamento jurídico. Outras provas atípicas, contudo, embora não analisadas no texto, também têm provocado incursão da doutrina, tais como: as declarações fornecidas por terceiros; as perícias extrajudiciais; o comportamento das partes e das testemunhas fora do processo; as notícias ou entrevistas divulgadas na mídia; etc.

A respeito dessas outras provas atípicas, acima citadas, embora não sejam o objeto do trabalho, convém elucidá-las no intuito de verificar como elas podem contribuir para o esclarecimento dos fatos e, por consequência, para a efetividade da tutela de direitos.

A declaração de terceiros, quando não ingressa nos autos por meio de testemunha, porque inviável seu depoimento por motivo de enfermidade grave ou falecimento, por exemplo, é admitida nos autos como uma declaração subscrita por terceiros. Evidentemente, as declarações não se equiparam à produção de prova testemunhal prestada sob o crivo do contraditório, contudo servem para robustecer a convicção do magistrado, quando estiver em harmonia com o conjunto probatório.

As perícias extrajudiciais, quando exercidas por *expert* qualificado e de idoneidade, podem servir para fortalecer a convicção do magistrado, embora a legislação processual civil exija rigor formal para a apresentação da prova pericial nos autos (salvo nos Juizados Especiais, em

que vigora a informalidade), ainda assim podem elas auxiliar no conjunto probatório.

A respeito das reportagens ou notícias de jornais, televisão ou internet, não obstante o magistrado não possa decidir somente de acordo com elas, por serem meios de comunicação social atual, contribuirão para a formação de seu raciocínio: contudo, à evidência, não poderão ser os únicos elementos da fundamentação de sua decisão judicial.

Logo, pode-se concluir que a admissibilidade das provas atípicas, na realidade, tem relação com o plano de sua valoração, ou seja, como serão elas valoradas nos autos na decisão do magistrado.

6. Ônus da prova

6.1. A tradicional doutrina

Para explicar o ônus da prova, o Professor Nelson Nery Junior⁵⁶ diz que a palavra ônus: “ *vem do latim, onus, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de prova coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho da causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.*”

A distinção entre ônus e obrigação é também de forma clara apresentada por Arruda Alvim⁵⁷: “*A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o*

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 530-531.

⁵⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.963.

indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, em regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente.”

As regras de distribuição do ônus da prova têm duplo objetivo. A primeira delas é definir a qual das partes compete provar determinado fato, esse é o ônus *subjetivo*, pois é um ônus dirigido às partes, de modo a orientar a sua atividade probatória, no intuito de construir um juízo de fato. A segunda é denominada de ônus *objetivo*, na medida em que se trata de uma regra dirigida ao juiz, que indica como ele deverá julgar caso não encontre a prova dos fatos, serve de diretriz no encadeamento lógico do julgamento das questões de fato, pois indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, trata da questão, estabelecendo que compete provar o fato constitutivo do direito quem estiver no pólo ativo, enquanto que, ao sujeito que se encontrar no pólo passivo, cabe o ônus de provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor (desde que alegado).

Além de se saber quem deve provar, matéria que com frequência é objeto de discussões, questiona-se se existe efetivamente um

ônus ou um dever de provar. A fim de estabelecer a distinção entre ônus e dever, nos valem da lição de Pontes de Miranda⁵⁸:

“A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. (...); ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão da tutela jurídica.”

O ônus probatório não é um dever nem uma obrigação; trata-se de um encargo imposto à parte; no ônus há a idéia de carga. À parte a quem a lei incumbe o ônus tem interesse em dele se desincumbir (o interessado deve trazer aos autos as provas sobre os fatos que servem de base às pretensões deduzidas no processo), mas se não o fizer, nem por isso será prejudicado, pois o juiz ao julgar a demanda levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes.

Pode ocorrer, por exemplo, que os fatos narrados por um dos interessados, e a quem incumbia fazer a prova, acabem sendo provados

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. p. 253.

pela parte adversa; nesta hipótese, prevalece o princípio da aquisição processual, uma vez que as provas trazidas ao processo passam a integrar o conjunto probatório, servindo a todos os litigantes, bem como ao Estado, no interesse da justiça.

Nesse caso, nenhum prejuízo sofrerá aquele a quem cabia o encargo de fazer prova acerca de determinada alegação e que não se desincumbiu de tal ônus, na medida em que a parte contrária trouxe ao processo os elementos probatórios. A propósito, assinalam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁵⁹:

“O ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa. Objetivamente, contudo, uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente provados (princípio da aquisição).”

Como bem esclarece João Batista Lopes⁶⁰ o ônus da prova deva ser precedido do ônus da alegação, antes de resolver a questão do ônus da prova, deve o juiz fixar os pontos controvertidos.

⁵⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. p. 374.

⁶⁰ LOPES, João Batista. *Ob. Cit.* p.41.

Conclui o autor em sua obra que essas questões foram bem enfrentadas por Soares de Faria, com os seguintes enunciados: “- *a prova deve ser feita por quem possa satisfazer mais fácil, menos inconveniente e menos dispendiosamente (BENTHAM)*; - *a prova incumbe a quem pleiteia um direito ou uma liberação em relação a fatos ainda incertos (WEBBER)*; - *deve presumir-se a existência de um direito, uma vez fundado (BENTHAM HOLLWEG)*; - *só a alegada mutação de um estado anterior necessita ser provada (FITTING)*; - *cabe o ônus da prova a quem dela auferir vantagem (GIANTURCO)*”.

Com efeito, as provas inseridas no processo tornam-se um todo unificado na esfera probatória, servindo para todos os litigantes e, em especial, ao interesse do magistrado e da justiça na busca da verdade.

As regras relativas ao ônus da prova, na verdade, são aplicadas pelo juiz no momento da sentença, quando verifica quem tinha o encargo probatório e dele não se desincumbiu; se não houver prova carreada nos autos apta a favorecer a convicção do julgador, a sentença será desfavorável a ele.

Em outras palavras, encerrada a instrução processual, o juiz julgará a causa de acordo com os elementos constantes nos autos, pouco importando se houve observância das regras que regem o ônus subjetivo da prova (ônus objetivo da prova). A relevância do ônus da prova

só será observada pelo juiz quando a parte a quem a lei incumbe esse encargo dele não se desincumbiu. Sobre o tema pondera João Batista Lopes⁶¹:

“A tendência atual entre os autores é atribuir importância às regras sobre o ônus da prova somente na hipótese de ausência ou insuficiência da prova produzida.

É que, havendo nos autos elementos probatórios suficientes, não há razão para o juiz preocupar-se com a questão do ônus da prova, isto é, se tais elementos foram carreados ao processo pela parte a quem tocava o ônus de fazê-lo.

Em verdade, no momento da produção da prova, o juiz não se preocupa com a questão do respectivo ônus, isto é, não diz a quem incumbe a demonstração das alegações, tema que só será objeto de indagação por ocasião do julgamento”.

Nesse sentido, vale ressaltar o entendimento de Gian Antonio Micheli⁶² no qual o juiz deve julgar sempre, não só quando a lei se mostrar obscura ou lacunosa, mas também quando faltarem os elementos de fato necessários para formar a própria convicção, pois segundo afirma: *“el Estado, mediante el derecho, desea asegurar más bien la certeza de*

⁶¹ LOPES, João Batista. *Ob. cit.* pp. 48-49

⁶² MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa-America, 1961, p.110.

relaciones y estados de hechos que no la justicia, entendida en um sentido más elevado”.

O autor diverge da teoria de Rosenberg ⁶³, ao sustentar que o ônus da prova é um prisma unitário da “regra de julgamento”, sendo que o ônus da prova é distribuído segundo a posição das partes em relação ao efeito jurídico pretendido. Rosenberg, por sua vez, impõe a cada parte o ônus de provar os pressupostos de fato da norma jurídica que lhe é favorável, ele não admite uma distribuição dinâmica do ônus da prova e limita a livre apreciação do juiz ao momento final do processo - decisão.

Enfim, diante do que foi acima exposto, chega-se à conclusão de que as regras referentes ao ônus probatório devem ser levadas em consideração pelo julgador no momento de decidir, notadamente quando os fatos alegados no processo acabam não sendo devidamente provados.

Importa, na realidade, o convencimento do magistrado na análise do conjunto probatório, pois sua convicção será formada não exatamente em função de quem produziu a prova, mas do contexto fático demonstrado nos autos.

⁶³ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa-America, 1956, pp.172-173.

6.2. A doutrina contemporânea

A teoria das “cargas probatórias dinâmicas” caracteriza uma nova leitura do ônus da prova no processo civil, e conquanto nosso ordenamento jurídico não possua expressa autorização para a sua aplicação, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (artigo 262) já sugere a positivação dessa teoria no processo civil brasileiro, valendo registrar que há renomados autores brasileiros que sustentam sua aplicação, a saber: João Batista Lopes⁶⁴; Humberto Theodoro Júnior⁶⁵; Luiz Guilherme Marinoni⁶⁶, entre outros⁶⁷, bem como a jurisprudência⁶⁸ de nossos tribunais vem aplicando essa teoria.

⁶⁴ LOPES, João Batista e CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. *O Juiz, as Regras sobre o Ônus da Prova e a Teoria das Cargas Dinâmicas*. In “Panorama atual das tutelas individual e coletiva”, obra coletiva em homenagem ao Professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva. 2011. pp.476-481.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, vol.I. pp.428-430.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do ônus da Prova segundo a Peculiaridade do caso concreto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT 862, pp.11-21, ago./2007.

⁶⁷ KAUFFMAN, André Gustavo Salvador. *Panorama da Prova na Jurisprudência do TJ/SP*. In “Panorama atual das tutelas individual e coletiva”, obra coletiva em homenagem ao Professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva. 2011. pp.43-54; na mesma obra: REDONDO, Bruno Garcia. *Ônus da Prova e Distribuição Dinâmica*. pp.210-226; KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*, in “Processo e Constituição”, obra coletiva coordenada por Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp.942-951; DIDIER Jr, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, vol. II, p.95; DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT n.788, 2001, pp.92 e ss.

⁶⁸ TJ/SP: Apelação nº 9064684-68.2006.8.26.0000, 8ª Câ. Dir. Priv., rel. Des. Luiz Ambra, j. 04/05/2011, v.u.; TJ/SP: Apelação nº 0003535-38.2004.8.26.0408, 26ª Câ. Dir. Priv., rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 27/04/2011, v.u.; Apelação nº 9203036-40.2005.8.26.0000, 27ª Câ. Dir. Priv., rel.

Assim, porque se trata de assunto de bastante relevo na doutrina contemporânea, faremos sintéticas anotações sobre ele.

As cargas dinâmicas do ônus da prova ou como anota João Batista Lopes⁶⁹ a “flexibilização das regras sobre o ônus da prova” embora tenha sido suscitada com ênfase no direito Argentino, por Jorge W. Peyrano⁷⁰, em obra dedicada às cargas probatórias dinâmicas, já era alvo de estudo na Europa. As raízes dessa teoria podem ser encontradas na concepção de Jeremias Bentham⁷¹ que define a incumbência do ônus da prova a quem puder produzi-la mais facilmente e com menores inconvenientes.

A visão estática da distribuição do ônus da prova passou a ser criticada pela doutrina moderna, sob o argumento de que a rigidez muitas vezes dificulta a adequação do regime da prova no caso concreto, assim, a doutrina vem pugnando pela flexibilização dessas regras, no sentido de permitir ao juiz, desde que motivadamente, alterá-la para

designado Des. Gilberto Leme, j. 05/04/2011, m.v.; Apelação nº 0000467-40.2009.8.26.0397, 26ª Câ. Dir. Priv., rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 01/03/2011, v.u.; Agravo de Instrumento nº 0405015-36.2010.8.26.0000, 21ª Câ. Dir. Priv., rel. Des. Itamar Gaino, j. 02/02/2011, m.v., etc.

⁶⁹ Ob. cit. p.477

⁷⁰ PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori. *Cargas Probatorias Dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

⁷¹ BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Traduzido por Dom José Gomez de Castro, Madrid: Imprenta de D. Tomás Jordan, 1835.

determinar que o ônus recaia sobre a parte que dispuser melhores condições de provar os fatos submetidos a julgamento.

Assim, seria irrelevante cogitar da divisão dos fatos extintivos, constitutivos, impeditivos e modificativos, de sorte que o importante é saber qual das partes tem melhores condições de produzir a prova.

Contudo, importa registrar que essa construção doutrinária não significa que se tenha estabelecido nova regra sobre o ônus da prova, mas uma forma de resolver situações em que a aplicação estrita das regras legais conduziria para uma solução injusta.

A transformação da sociedade reflete na alteração do direito material, pois as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil, concebidas para a realidade existente na década de 1970, não devem ser aplicadas de modo inflexível, na medida em que os sujeitos da relação jurídica nem sempre se encontram em condições de igualdade.

Assim, a jurisprudência brasileira tem admitido a aplicação dessa teoria. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu a tese, em precedente de que foi relator o Desembargador

Luiz Ambra⁷², cuja decisão bem demonstra que a prova é destinada ao magistrado e, como condutor do processo e da respectiva instrução, fica ao seu arbítrio garantir às partes o “*tempo e campo*” para a comprovação do seu direito.

Em sentido semelhante, outros votos⁷³ acolhendo a mesma tese admitem que a produção da prova deva ser carreada à parte que apresente melhores condições de produzi-la, à luz da chamada “Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas”.

⁷² “Para demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, impescinde o autor da realização da prova pericial, elaborada por órgão oficial. Assim também para que se conclua pela preexistência - e ciência - da doença à assinatura do contrato. Ainda, de acordo com o disposto no artigo 330, inciso II, do Código de Processo Civil, a prova é dirigida ao magistrado e este é quem conduz o processo e a respectiva instrução. Ao seu alvedrio, deve garantir às partes, ante a verossimilhança de suas alegações e sua possibilidade técnica, **campo e tempo para a comprovação do seu direito**.

De rigor, portanto, a aplicação da “teoria da carga dinâmica das provas”. MARCELO ABELHA RODRIGUES assinala o importante papel da prova como instrumento no alcance da paz social: “se a coisa julgada é fenômeno político de pacificação social, fruto de uma verdade jurídica que, muitas vezes, não corresponde à realidade dos fatos - e às vezes por isso se diz que é fenômeno criador de direitos - não se pode negar que a prova no processo tem uma força capital, qual seja de único instrumento legitimador da coisa julgada ou, em outras palavras, é a prova e especialmente a convicção que dela resulta que servem como real elemento para a coincidência da verdade formal e uma verdade real (ainda que esteja vista como uma utopia), tomando-se, portanto, legitimadora do fenômeno da coisa julgada” (in “A Distribuição do ônus da prova no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos” in Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos/coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 245).

Em aplicação direta desse conceito, temos que: “sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cabe aferir sobre a necessidade ou não de sua realização; o julgador de segunda instância, assim como o de primeira, em todas as questões que lhe são postas, tem o direito de formar sua livre convicção, tendo não só o direito como o dever de converter o julgamento em diligência sempre que assim entender necessário para uma apreciação perfeita, justa e equânime da questão que lhe é posta (Lex – JTA 141/257)... (in Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, de THEOTÔNIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, Ed. Saraiva, 36ª ed., notas 1b e 3ª ao artigo 130, p. 238).

Desta forma, caracterizado o cerceamento, a r. sentença deve ser anulada, prosseguindo-se na instrução, para arealização das provas oral e pericial” (Apelação nº 9064684-68.2006.8.26.0000, 8ª Câ. Dir. Priv., rel. Des. Luiz Ambra, j. 04/05/2011, v.u).

⁷³ TJ/SP: Apelação nº 0003535-38.2004.8.26.0408, 26ª Câ. Dir. Priv., rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 27/04/2011, v.u.; Apelação nº 9203036-40.2005.8.26.0000, 27ª Câ. Dir. Priv., rel. designado Des. Gilberto Leme, j. 05/04/2011, m.v.; Apelação nº 0000467-40.2009.8.26.0397, 26ª Câ. Dir. Priv., rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 01/03/2011, v.u.; Agravo de Instrumento nº 0405015-36.2010.8.26.0000, 21ª Câ. Dir. Priv., rel. Des. Itamar Gaino, j. 02/02/2011, m.v.

Pode-se concluir, portanto, que há necessidade da flexibilização das regras, para que se possa encontrar a verdade real e para que as questões formais (excesso de rigor) não superem as de fundo.

Ademais, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova visa repelir a chamada *prova diabólica* ou *prova impossível*. Não é porque a letra da lei processual impõe um ônus a uma das partes, que esta deve ser penalizada, sob pena de comprometer a busca da verdade. Se a parte que não tem o ônus (legal) possui condições de produzir a prova e trazer a verdade dos fatos, e a parte que originariamente teria o ônus, não dispõe de meios para produzi-la, é possível que o magistrado examine as peculiaridades do caso, e verifique a possibilidade da aplicação da distribuição do ônus de forma a privilegiar a equidade.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou pelo acolhimento da teoria supracitada em diversos acórdãos⁷⁴.

A propósito, como lembra Proto Pisani⁷⁵, a manutenção do regime tradicional do ônus da prova pode agravar sensivelmente a

⁷⁴ STJ: REsp 1084371- RJ, DJe 12/12/2011; REsp 1.189.679-RS, DJe 17/12/2010; e REsp 896.435-PR, DJe 09/11/2009.

⁷⁵ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1996, pp.105-106.

situação do autor ao impor-lhe o fardo de demonstrar a inexistência de todos os possíveis fatos constitutivos do direito afirmado pelo réu, mesmo daqueles cujo conhecimento pelo autor, na época da propositura da ação, era impossível.

Diante disso, como mencionado acima, foram apresentadas propostas à Comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto do Código de Processo Civil no sentido de incluir na legislação a possibilidade de flexibilizar as regras sobre o ônus da prova sempre que a parte incumbida não possa produzi-la por demonstrar dificuldade extrema ou onerosidade excessiva.

PARTE II

II. PROVA EMPRESTADA

7. A prova emprestada

7.1. Conceito:

Bentham define a prova emprestada como a prova que “já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão”⁷⁶.

Do ponto de vista técnico, a prova emprestada não é uma espécie de prova, eis que não se inclui entre as provas atípicas ou típicas do processo; trata-se, na verdade, da forma ou do modo pelo qual uma prova ingressa nos autos.

⁷⁶ Conceito de Bentham extraído da obra de SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob.cit.* p.307.

A prova emprestada, portanto, é aquela produzida em um processo de natureza jurisdicional para nele gerar efeitos e, transportada para outro, na forma de documento, conservado o valor intrínseco e original do primeiro processo.

A potencialidade do documento transportado é que deve assumir a mesma eficácia com que foi produzida no processo de origem, ou seja, a prova emprestada não valerá como mero documento (trata-se do transporte do valor da prova em si).

7.2. Repertório histórico:

Há apontamentos de que a doutrina, na fase da elaboração do Código de Processo Civil de 1939, muito debatia a questão do *transporte da prova de um processo para outro*.

Na fase ainda de elaboração do Código, o então Prof. Francisco Morato propôs, à época, ao Ministro da Justiça, sugestão de inserir no texto a prova emprestada, e sua proposta era a seguinte:

“ Artigo (...) Serão recebidas em qualquer juízo, com sua força orgânica inicial, as provas colhidas em outro juízo ou processo, uma vez que, tendo sido produzidas

em tela contenciosa, de acordo com as formalidades legais e versantes sobre idêntico fato, sejam as mesmas as partes litigantes ou, não sendo as mesmas, haja identidade absoluta da relação jurídica em debate”⁷⁷.

Contudo, a idéia não teve acolhida, talvez pela força da tradição ou até mesmo pelo medo da novidade. Pedro Batista Martins, autor do Anteprojeto, apresentou duas razões para justificar a recusa; a primeira de ordem técnica; e a segunda de ordem prática:

“... a doutrina que pleiteia a admissibilidade, como sua força orgânica inicial, das provas produzidas em outro processo ou em outro juízo, é inaceitável, não só porque atenta contra o princípio da *imediação*, segundo o qual deve haver contato direto entre o julgador e a prova, como, também, porque, no caso de que sejam diversas as partes litigantes, difícil se torna apurar se é, realmente, absoluta a identidade da relação jurídica substancial”.⁷⁸

Na época em que o Brasil se voltava para uma unificação do processo, com a edição de um único Código nacional,

⁷⁷ MILHOMENS, Jonatas. *A prova no processo*. Rio de Janeiro: Forense. 1982. p.103.

⁷⁸ MILHOMENS, Jonatas. *Ob.cit.* p.103

Portugal admitia em seu código (artigo 526) a prova importada; daí, a questão tornou-se ainda mais polêmica.

O Código de Portugal estabelecia:

“Artigo 526: Os depoimentos e arbitramentos produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra essa mesma parte. Mas se o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e arbitramentos produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova.

Parágrafo 1º: As confissões feitas nos articulados podem ser opostas noutro processo.

Parágrafo 2º: O disposto no corpo deste artigo não tem aplicação quando o primeiro processo tiver sido anulado, pelo menos na parte relativa à produção da prova que se pretende anular”.

O Código Francês também estabelecia a possibilidade da produção da prova transladada. Assim, Jonatas Milhomens⁷⁹, citando Toullier, argumentava, com base no artigo 401 do Código de Procédure Civile: “A perempção não extingue a ação; ela importa somente na

⁷⁹ MILHOMENS, Jonatas. *Ob. cit.* p.101.

extinção do processo; sem que se possa utilizar qualquer dos atos do processo perempto ou deles se beneficiar”⁸⁰ (tradução livre).

O texto do artigo 401⁸¹ está hoje no artigo 389, e embora a redação tenha sido integralmente mantida, o Decreto 81-500/81 modificou o artigo 401.

A interpretação, a contrário *sensu*, significa dizer que nos casos em que não ocorre a perempção, os atos e valores do processo podem ser utilizados quando não extinta a demanda.

De modo diferente, contudo, outros escritores franceses sustentavam que a prova emprestada não se aplicava no ordenamento jurídico.

Assim, porque a legislação brasileira não se pronunciara, a jurisprudência passou a adotar a prova na nova instância, qualquer que fosse a sua espécie, desde que a relação jurídica fosse idêntica

⁸⁰ Texto original do artigo 401: “La péremption n’eteint pás l’action; elle emporte seulement l’extinction da la procédure; sans qu’on puisse, dans aucun cas, apposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s’en prevaloir”.

⁸¹ Article 401 -Modifié par Décret 81-500 1981-05-12 artigo 13 JORF 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981: “Le désistement de l’appel n’a besoin d’être accepté que s’il contient des réserves ou si la partie à l’égard de laquelle il est fait a préalablement formé un appel incident ou une demande incidente”.

e o novo pleito se referisse às mesmas partes ou entre seus sucessores legítimos.

A verdade produzida pelas provas é a mesma em todos os tempos e lugares, logo, se ela existiu ao tempo da primeira instância, continua a existir nas instâncias superiores, de modo que repelir as provas efetuadas entre as mesmas partes significa afugentar a verdade, que é o fim principal de todo o juízo regularmente constituído.

Os princípios da imediatidade e da identidade física do juiz (pressuposto da oralidade) foram suplantados, na medida em que tanto o Código de 1939, como o Código de 1973, trouxeram alterações ao princípio da oralidade, em razão da (i) nova realidade das provas deprecadas – que se realizavam perante o juiz que não era o da causa -, (ii) dos depoimentos tomados por antecipação; (iii) da repetição da prova oralmente feita, quando outro magistrado tenha de proferir a sentença no feito.”

O Código de 1939, dizia que:

“Artigo 120, parágrafo único: Se, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário”

De acordo com o atual código, o substituto mandará repetir as provas já produzidas, *se entender necessário* (artigo 132, última parte).

Logo, em razão da imediação e da identidade física do juiz, não representarem um princípio intocável e, reconhecidas as restrições acerca da utilização da prova trasladada, uma parte dos doutrinadores que se ocupava da matéria, tendia a aceitá-la.

7.3. Admissibilidade da prova emprestada

O artigo 332 do atual Código de Processo Civil estabelece de forma ampla que são admissíveis todos os meios de prova legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código.

Assim, conquanto se possa pôr em dúvida se a prova emprestada, tecnicamente, é tida como prova atípica, pois cuida-se propriamente da forma ou modo pelo qual uma prova ingressa nos autos e não de uma espécie diversa de prova, nada impede que sustentemos como tal, porque não prevista expressamente no ordenamento.

A prova emprestada possui sua admissibilidade decorrente do sistema probatório; é dizer, o princípio geral da liberdade de provar é projeção da garantia constitucional do direito à prova, que pode ser obtido por meio da prova atípica.

Até mesmo o clássico Lessona⁸², que entende, sob o aspecto moral, que as provas trasladadas de um processo ao outro não deveriam ser recebidas, justifica a admissibilidade da prova emprestada invocando necessidade de ordem pública.

Os juristas italianos Comoglio, Taruffo e Ferri⁸³ sustentam que a prova atípica existe no ordenamento italiano, pois o rol dos meios de prova não é taxativo, sendo que as reservas impostas pela doutrina têm sido superadas pela jurisprudência. Recomendam, contudo, sejam elas submetidas a particular atenção e critério racional em sua avaliação.

Daí, porque o estudo da “admissibilidade” da prova emprestada não merece maiores esforços, uma vez que a reflexão deve se voltar para a valoração da prova.

⁸² LESSONA, Carlos. Teoria general de la prueba en derecho civil. Madrid: Hijos de Réus Editores, 1906. Tomo I, p. 55: “Si sólo nos fijáramos em el valor moral de las pruebas, deberíamos responder que no; el que practica la prueba es quien la debe apreciar. Las pruebas recogidas por otros no se deben recibir. Pero fijándose em las necesidades prácticas, la conclusion debe ser diversa”.

⁸³ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, [s.d.], pp.516-518.

De qualquer forma, para sustentar a possibilidade de admissão da prova emprestada, têm-se os seguintes **fundamentos**.

O primeiro deles é que, como o destinatário da prova é o juízo, a prova quando produzida pertence ao processo e não às partes, por isso, desde que respeitados os princípios constitucionais e legais, o empréstimo da prova deve ser admitido.

O segundo fundamento é o de que a utilização da prova emprestada propicia o cumprimento do princípio da economia processual, pois como princípio informativo do processo civil, está voltado para o melhor desempenho do processo, cuja redução de atos processuais, com a mesma eficiência e sem agressão ao direito das partes, pode proporcionar a rápida satisfação no plano do direito material.

A propósito, a noção de economia processual está diretamente relacionada à busca da efetividade do direito material, lançando-se mão dos meios processuais admissíveis e imprescindíveis para o correto desfecho da demanda, otimizando-se ao máximo as provas já produzidas perante a jurisdição, cujo aproveitamento será permitido na demanda pendente.

Aliás, vale frisar que a partir da Emenda Constitucional nº 45, a prova emprestada passou a encontrar mais um arrimo constitucional, diante do aspecto da celeridade na prestação jurisdicional, representado pelo disposto no artigo 5º, LXXVIII⁸⁴, que estabelece a garantia da duração razoável do processo.

O terceiro fundamento é baseado na idéia de que a prova emprestada tem lugar quando for impossível ou demasiadamente difícil a repetição da prova já produzida em outro processo, pois do contrário estar-se-ia vedando o direito constitucional à prova, enquanto elemento do devido processo legal, da ampla defesa, do acesso à ordem jurídica justa e do contraditório.

A renovação do ato, mesmo que possa a prova ser repetida, ainda assim, é defendida por parte da doutrina, em razão do instituto ser orientado pela economia e celeridade processuais, conforme destaca Eduardo Cambi⁸⁵, “mesmo sendo possível renovar a produção da prova, por economia, evita-se que a prova seja produzida novamente, pois isso acarretaria maior dispêndio de tempo e de despesas processuais.”

⁸⁴ “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006, p. 53.

A doutrina, porém, não é pacífica, havendo quem sustente ser necessário à admissão da prova emprestada a impossibilidade de sua renovação; é o que defende João Batista Lopes ⁸⁶, para quem se apresenta imprescindível “que não seja possível a reprodução ou renovação da prova (ex.: impossibilidade de inquirir testemunha já ouvida em processo anterior, em razão de seu falecimento).”

Todavia, há que se temperar as posições acima destacadas, de forma a admiti-la de modo equilibrado, sem que isso traga prejuízos às partes e ao processo. O que deve nortear o instituto da prova emprestada também devem ser a economia e celeridade processuais, cuja observância acaba por evitar a repetição desnecessária de atos já produzidos, e, por consequência, a perda de tempo e desembolso de despesas, obtendo-se o máximo de resultado na autuação do direito, com o mínimo emprego de atividades processuais.

Nesse sentido, pondera Moacyr Amaral Santos⁸⁷: “A aproveitabilidade e a eficácia de uma prova em outro processo se assentam, principalmente, na razão inversa da possibilidade de sua reprodução: quanto mais possível esta, tanto menores a sua aproveitabilidade e eficácia; quanto menos possível, tanto maiores a sua aproveitabilidade e eficácia.”

⁸⁶ LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 64.

⁸⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de direito. Vol.I. pp.310-311.

Por fim, o quarto e último fundamento da admissibilidade da prova emprestada, está centrado na ausência de óbice do princípio da oralidade; é dizer, ainda que muitos doutrinadores sustentem que referido princípio restaria ofendido, este fator não impede sua utilização.

A oralidade, como decorrência da imediatidade entre o juiz e a prova, além de não se tratar de regra absoluta, cede frente à conveniência do empréstimo da prova, como ocorre em diversas outras ocasiões no processo civil, como exemplo as provas colhidas por meio de carta rogatória ou precatória; o juiz que é promovido e deixa para o substituto proferir a sentença, etc.

Portanto, a prova emprestada deve sempre ser vista como uma peça de instrução, que, quando maior efeito não tenha, trará consigo valor argumental, ou seja, servirá de subsídio na formação do convencimento.

7.4. Eficácia / Valor probatório da prova emprestada

7.4.1. Limites da questão

Antes de discorrer sobre a valoração e os efeitos da prova emprestada, é necessário distinguir as provas *preconstituídas* das provas *simples ou casuais*.

As *preconstituídas* podem perfeitamente ser transportadas de um processo para o outro, pois consistindo em documentos públicos ou particulares revestidos das formalidades legais, têm sempre o mesmo valor e eficácia, dentro ou fora do juízo. Ou seja, têm valor probatório por si mesmas, valem em qualquer juízo que forem apresentadas, não dão lugar a dúvida alguma e, portanto, não nos ocupamos delas.

Já as provas *casuais* ou *simples*, são produzidas no decurso do processo, sem que tenham sido intencionalmente constituídas e preparadas para a demonstração dos fatos deduzidos pelos litigantes. Delas trataremos a seguir.

7.4.2. Provas simples ou casuais

Depois de assentada a tese da admissibilidade da prova emprestada e esclarecido que sua eficácia se dá com relação às provas

casuais, é necessário enfrentar o aspecto de como serão elas valoradas no processo, cuja discussão, segundo anota Moacyr Amaral, não é pequena.

Sendo a apreciação da prova atividade do magistrado, cuja força probante no processo originário pode não ser a mesma no segundo processo, asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁸⁸: “De qualquer forma, é claro que a prova emprestada poderá não receber a mesma valoração da obtida no processo em que foi originalmente produzida. As circunstâncias do segundo processo, as particularidades do empréstimo e mesmo a variação na efetivação do contraditório podem impor valoração diferente à prova, caso comparada com a força que lhe foi atribuída no primeiro processo. Tudo isso, logicamente, deverá ser adequadamente examinado e motivado pelo juiz do segundo processo, considerando-se as necessidades de convicção judicial e de motivação das decisões”.

Da mesma forma, Eduardo Talamini⁸⁹ defende que o juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir o mesmo peso que esta teria se houvesse sido produzida originalmente no segundo processo, eis o aspecto essencial da prova emprestada: *“apresentar-se sobre a forma documental, mas pode manter seu valor originário. É tal diversidade que confere à prova emprestada regime jurídico específico – o qual não se identifica com*

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. II. p. 292.

⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 140, out/dez. 1998. p. 147.

a prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem”.

Logo, não possui a prova emprestada carga de eficácia vinculante, pois é lícito ao julgador do processo para o qual foi transladado o documento probatório, dar efeitos diversos daqueles dados pelo juiz do processo anterior.

A valoração da prova emprestada, assim, dependerá de todo o acervo das provas inseridas no processo, substrato probatório este formador do convencimento do juiz, ainda que seja impositiva a devida motivação acerca dos efeitos extraídos das provas.

É dizer, ainda que livre a convicção do juiz, o critério adotado é o da persuasão racional, o que torna a liberdade do magistrado relativa, e não absoluta, daí o dever imposto ao magistrado de indicar na sentença os elementos constantes dos autos que lhe formaram o convencimento.

Nesse diapasão, com muita sabedoria João Batista Lopes⁹⁰ acentua que a interpretação atrelada à literalidade do artigo 131 do Código de Processo Civil é repelida pela doutrina mais autorizada, “*uma*

⁹⁰ LOPES, João Batista. *Provas atípicas e efetividade do processo*. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol V.

vez que o juiz não pode decidir exclusivamente com base em suas impressões pessoais, mas tem de atender aos critérios que regem o direito probatório, sem desprezar, naturalmente, as regras da lógica, os postulados das ciências, os princípios básicos da economia, as regras de experiência, etc.”

O convencimento do juiz deve ser decorrência do exame do conjunto probatório, sem que com essa análise torne-se um investigador dos fatos, pois deverá indicar, na sentença, quais os meios de prova em que se escorou para solucionar a causa.

Como define Jônatas Milhomens⁹¹, o valor da prova *depende do seu poder de convencimento*, pois o valor não se restringe ao âmbito em que fora a prova produzida.

Moacyr Amaral Santos⁹² esclarece que as duas expressões que se impõem acerca da eficácia da prova emprestada, à primeira vista, são desacertadas. A primeira, de considerar que a prova produzida em outro processo, terminado por julgamento, tem grande força, não pode prevalecer, eis que a eficácia no processo originário não é garantia dos mesmos efeitos no segundo processo.

⁹¹ MILHOMENS, Jônatas. *Ob. Cit.* p.106.

⁹² SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. Cit.* p.308.

É suficiente ponderar, ainda, que a prova poderia ter sido produzida sem as garantias necessárias, para a demonstração de fatos que interessavam a outras pessoas e para outro fim, ou mesmo que não se tinham os meios atuais para a descoberta da verdade.

A outra expressão refere-se ao argumento de que deve ser a prova emprestada sumariamente repelida, em face do princípio segundo o qual as provas devem ser colhidas e avaliadas pelo juiz da causa; contudo, é certo que nem todas as provas são colhidas pelo próprio juiz que as avalia, como exemplo das oitivas de testemunhas por carta precatória ou rogatória.

Assim, a prova emprestada carrega o poder de convencimento, que tanto pode ser o seu próprio valor, como poderá colaborar no convencimento, ou ainda poderá ser considerada como inteiramente ineficiente, tudo dependendo das condições objetivas e subjetivas que apresenta; das partes nela interessadas; do caráter do fato probando; da natureza do processo; enfim, das circunstâncias que influem na avaliação e estimação das provas.

7.5. Requisitos da prova emprestada

A prova emprestada - tida como característica essencial a manutenção de seu valor no processo para o qual é transportada - tem sido admitida na jurisprudência (a seguir elencada), com apoio na doutrina dominante (relacionada a seguir), todavia, para que a prova tenha eficácia e validade no segundo processo e, portanto, para que o órgão julgador possa valorá-la durante o julgamento, é fundamental que sejam observados, rigorosamente, requisitos de ordem constitucional e legal, a saber:

7.5.1. A prova deve ser produzida em processo envolvendo as mesmas partes:

Esse primeiro requisito é bastante discutido na doutrina, pois existem vertentes que tendem a flexibilizar a observância dele, inclusive na esfera da jurisprudência. Enquanto uma corrente sustenta a obrigatoriedade de ambas as partes estarem envolvidas nos processos, outra corrente defende apenas a presença de uma das partes, e a terceira afirma que a prova pode ser admitida até mesmo entre terceiros.

É o que será abaixo esclarecido.

- a primeira corrente: entre as mesmas partes -

Segundo Ada Pellegrini Grinover⁹³, é de extrema relevância a aplicação do contraditório, entendido como participação das partes e do juiz no momento da produção das provas, já que sem esses dois requisitos constitucionais não há como autorizar a utilização da prova emprestada, *“tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, como o será a prova que for colhida sem a presença das partes (...) com a única exceção da prova antecipada, de natureza cautelar, em que o contraditório é diferido”*.

Ainda acrescenta que o direito alemão (nos §§ 357 e 397) estatui que às partes assiste o direito de assistir à produção das provas, e denominam referido princípio como *Parteioffentlichkeit*, que representa uma das garantias basilares do processo em geral e, diante de sua inobservância, se estabelece a proibição da utilização das provas produzidas. Afirma que na Itália e na França essa regra também é aplicada.

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova Emprestada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.4. São Paulo. 1993. p.62/63.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹⁴ também somente admite a prova emprestada quando produzida entre as mesmas partes.

Essa questão parece ser bastante discutida no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de sorte que há diversos precedentes que adotam esta posição, a saber: recursos de relatoria do Desembargador Gelson Rolim Stocker⁹⁵; recentes processos de relatoria do Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack⁹⁶ e de relatoria do Desembargador Nereu José Giacomolli⁹⁷

⁹⁴ TJ/RS “AGRAVO INTERNO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PREVI. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO E ABONO ÚNICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. JUNTADA DE **PROVA EMPRESTADA**. PERÍCIA ATUARIAL. **AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE PARTES. INADMISSIBILIDADE**. DESENTRANHAMENTO DOS DOCUMENTOS PRESCINDÍVEIS À RESOLUÇÃO DA LIDE. POSSIBILIDADE.

Inexiste cerceamento probatório, ao se indeferir a juntada de prova emprestada, consistente em perícia atuarial, após a interposição da apelação, a qual nem se fazia necessária para a resolução da lide, tampouco existe identidade de partes em ambos os feitos. Agravo interno desprovido.” (g.n. AI. nº 70035911346, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, j.05.05.2010).

⁹⁵ TJ/RS: “APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS. FUNCEF. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROVA EMPRESTADA (...) CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. *Sendo o magistrado o destinatário final da prova, consoante artigo 130, do CPC, pode o mesmo dispensar a realização de prova pericial, bem como demais diligências, nos casos em que já formada sua livre convicção. No que se refere à utilização da prova emprestada, somente se admite tal prova, quando houver identidade das partes em ambos os feitos, o que não se configura no caso em tela. (...) preliminares recursais rejeitadas, apelo desprovido. unânime.* (g.n. Apel. Cível nº 70030695068, 5ª C., Relator Desembargador Gelson Rolim Stocker, j.11/11/2009, no mesmo sentido: Apel. Cível nº 70032954950, j. 23/03/2011; Apel. Cível nº 70044552248, 5ª C, j. 23/11/2011).

⁹⁶ TJ/RS: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO ENTRE CAMINHÃO E MOTOCICLETA. CULPA. PROVA EMPRESTADA. 1. **Prova emprestada**: descabe o embasamento judicial em **prova emprestada** de processo em que **não há identidade de partes** com o presente feito. Além disso, não há prova, nem sequer alegação da parte interessada, de que houve o perecimento da prova, o que impenderia seu exame. E mais, a utilização de **prova emprestada** depende do devido estabelecimento do contraditório no feito onde a prova foi produzida, circunstância não observada no caso. 2. **Culpa**: a improcedência (...) Apelo desprovido. (g.n. Apel. Cível nº 70030955058, 12ª , Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, j. 22/09/2011).

⁹⁷ TJ/RS: “APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. **PROVA EMPRESTADA**. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA JUNTADA AOS AUTOS. NULIDADE. A gravação que resulta de interceptação das comunicações

Nessa linha de raciocínio o professor João Batista Lopes⁹⁸ sustenta: *"Ainda que a lei processual nada disponha a tal respeito, a doutrina é firme no sentido da admissibilidade dessa prova, desde que preenchidos alguns requisitos. Em primeiro lugar, é necessário que a prova emprestada tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes. Além disso, é mister que no processo anterior, tenha sido observado o princípio do contraditório. (...) Por último, é curial que a admissibilidade da prova emprestada fica condicionada a serem idênticos os fatos provados e probandos"*.

Outros reconhecidos doutrinadores também afirmam a necessidade da presença de ambas as partes, entre outros: Carlos Lessona⁹⁹ e Arruda Alvim¹⁰⁰.

*telefônicas autorizada em outro processo, para ser admitida como prova válida, embora emprestada, exige a **identidade das partes** envolvidas e, em especial, a intimação delas acerca da sua juntada aos autos, a fim de oportunizar, igualitariamente, à acusação e à defesa, o exercício do contraditório. (...) sentença seja proferida, sem a utilização da referida prova. preliminar acolhida. sentença desconstituída. mérito prejudicado"* (g.n. Apel. Crime nº 70039108519, 3ª C., Relator Desembargador Nereu José Giacomolli, j. 28/10/2010).

⁹⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64.

⁹⁹ LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Madrid: Hijos de Réus Editores, 1906. Tomo I.

¹⁰⁰ A respeito, ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp.934-935: *"Excepcionalmente, admite-se a chamada prova emprestada. Assim, havendo os requisitos: a) identidade da relação fática; e b) as mesmas partes, deve-se admitir, em princípio, a prova produzida em outro feito, ou seja, prova emprestada, tanto mais admissível quanto mais a sua realização"*.

Moacyr Amaral Santos ¹⁰¹, citando Ricci, sustenta que a prova produzida em processo civil ou comercial conserva a sua eficácia em outro processo que em seguida seja instaurado entre as mesmas partes, e quando levada a um processo posterior, se torna um documento adquirido para a causa e atendível.

Sustenta, em resumo, ainda segundo Ricci, que se as partes voltam à controvérsia sobre idêntico fato, não se poderia compreender porque com relação às provas, constitui verdade em um processo e não deva ser constituído como verdade em outro.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina ¹⁰² também se pronuncia nesse sentido, ou seja, de que a prova emprestada só pode ter validade no segundo processo que envolva as mesmas partes.

¹⁰¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. Cit.* pp. 313-314

¹⁰² TJ/SC: “É admissível a utilização como *PROVA EMPRESTADA* do laudo pericial submetido ao contraditório e à ampla defesa em processo judicial que tramitou na Justiça Federal **envolvendo as mesmas partes**, desde que a prova seja suficiente para atestar a existência ou não dos requisitos necessários para a concessão do benefício acidentário, principalmente quanto ao nexo causal (...)” (g.n. Apel. 2010.036685-1, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. 21/07/2011). “PROCESSUAL CIVIL. E INFORTUNÍSTICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA EMPRESTADA. LAUDO PERICIAL EXTRAÍDO DE PROCESSO DA JUSTIÇA FEDERAL. ADMISSIBILIDADE. *Pode o Juiz, com base nos elementos constantes nos autos, entender desnecessária a produção de outras provas e julgar antecipadamente a lide, evitando a prática de atos inúteis ao processo e atendendo ao princípio da economia processual*” (Apel. nº. 2001.023426-2, Rel. Des. Volnei Carlim, j. 29/04/04)

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰³ também adota posicionamento semelhante para estabelecer a necessidade da presença de ambas as partes no processo.

Referido v. acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo de relatoria do Desembargador Mendes Gomes, sustenta que o laudo realizado no bojo da ação acidentária não pôde ser admitido como prova emprestada porque fora a perícia realizada sem a participação da parte - seguradora/ré-, o que caracterizaria violação ao contraditório e à ampla defesa.

O v. acórdão pauta-se, ainda, na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco: *“A eficácia da prova emprestada, até por sua excepcionalidade e atipicidade no sistema, sujeita-se a uma série de requisitos bastante rigorosos e ligados à observância do princípio do contraditório. Em primeiro lugar, é obviamente indispensável que já no processo de origem essa garantia haja sido observada. Exige-se também que naquele processo tenha estado presente, como parte, o adversário daquele que pretenda aproveitar a prova ali realizada porque do contrário*

¹⁰³ TJ/SP, Apel. 0003624-40.2010.8.26.0541: “SEGURO DPVAT INDENIZAÇÃO POR INVALIDEZ **PROVA EMPRESTADA PERÍCIA REALIZADA SEM A PARTICIPAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA – INADMISSIBILIDADE INCAPACIDADE PERMANENTE NÃO DEMONSTRADA - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO SENTENÇA MANTIDA.** A indenização do seguro DPVAT, por invalidez permanente decorrente de acidente automobilístico, é devida de acordo com o grau de incapacidade definitiva da vítima. Assim, necessária a realização da perícia médica oficial para a sua apuração, com o que não se interessou a parte autora nestes autos. **A prova emprestada só tem valor probante quando tiver sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes, o que não ocorreu na hipótese em exame.** Não comprovada a invalidez definitiva, de rigor a improcedência da ação”. (g.n). Rel. Desembargador Mendes Gomes, Apel. n. 0003624-40.2010.8.26.0541, j. 13.02.2012.

esse sujeito estaria suportando a eficácia de uma prova de cuja formação não participou. (...).” (In “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. III, Editora Malheiros, p. 97).

O v. acórdão cita, também, outros precedentes do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰⁴.

Outro recente julgado do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰⁵, além de admitir a prova emprestada que fora realizada entre as mesmas partes litigantes nos dois processos, ainda enfatiza a celeridade e a economia processual, bem como a segurança jurídica e a consequente efetividade das decisões judiciais, *in verbis*: “(...) o expediente utilizado pela MM. Juíza a quo, além de se tratar de meio legítimo, permitido pelo ordenamento jurídico vigente, prestigia a celeridade e economia processual, a segurança jurídica e a efetividade das decisões judiciais. No caso dos autos, houve respeito ao devido processo legal, pois as provas utilizadas pela MM. Juíza para fundamentar sua decisão foram produzidas sob o crivo do contraditório, havendo identidade subjetiva das partes desta e daquela ação”.

¹⁰⁴ TJ/SP, Apel. 499.640-7: “A prova emprestada só tem valor probante quando tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes, face à necessidade de observância estrita da garantia constitucional do contraditório, não sendo admissível que a parte suporte os efeitos de provas produzidas sem a sua direta participação e, ainda, que tenha sido atendida, em relação às provas de natureza oral, a garantia constitucional do juiz natural da causa, observados, ademais, quanto à sua produção e posterior valoração, os princípios da oralidade e da imediatidade na coleta das provas.” (7ª Câmara do 2ª TACivSP. - Rel. Des. Antonio Marcato).

¹⁰⁵ TJ/SP, Rel Des. José Carlos Ferreira Alves, Apel. n. 0131769-59.2008.8.26.0000, j. 07.02.2012.

Portanto, para a corrente que defende ser necessária a identidade de partes nas duas ações, ou seja, no processo em que foi produzida a prova e no segundo processo em que pretende utilizar a mesma prova, a ausência do cumprimento desse requisito desautoriza a utilização da prova emprestada, sobretudo porque o contraditório é interpretado como não cumprido caso as partes não sejam as mesmas nos dois processos.

Essa corrente, importa frisar, é bem recepcionada na doutrina e na jurisprudência, conforme acima explicitado, especialmente porque contempla uma visão mais conservadora do direito, cujos princípios do devido processo legal e do contraditório encontram-se, sobremaneira, preservados.

- a segunda corrente: entre uma das partes e terceiro -

Nesta outra corrente, defendem os doutrinadores¹⁰⁶ a necessidade de apenas uma das partes integrar os dois processos.

¹⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº140, pp.145-162, out/dez. 1998; CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.54; LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64; ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor. 1981. v.1; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma Editor.1958; SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1987. v.1.

Para eles, basta que a parte contra a qual será utilizada a prova tenha participado de sua produção no processo originário, não sendo imprescindível que ambas as partes sejam idênticas nos dois processos. Sem a participação efetiva na colheita da prova da parte contra a qual esta será operada, não há como admitir que ela mantenha o mesmo valor em segundo processo, sob pena de grave violação à ampla defesa e ao contraditório (CF/88, artigo 5º, LV).

Basta que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido tão intenso quanto o do segundo processo, ou seja, a prova colhida em jurisdição voluntária não poderia ser trasladada para processo de jurisdição contenciosa. Da mesma forma, a prova colhida em processo civil em que houve revelia do réu não pode ser utilizada por empréstimo contra o mesmo réu no processo penal ou ainda em outro processo de natureza civil, pois a preclusão só pode gerar efeitos endoprocessuais.

Nesse sentido, Eduardo Talamini¹⁰⁷ defende que a presença das partes e a presença do juiz são reconhecidos como aspectos essenciais para a validade e eficácia das provas; *“Em face desse binômio, que tem status constitucional (artigo 5º XXXV, XXXVII, LIII e LV), é que se*

¹⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 140, pp. 145-162, out/dez. 1998. p.148

há de examinar a admissibilidade da prova emprestada”. Mais precisamente, sustenta ele ser imprescindível que a parte contra a qual vai ser usada essa prova tenha sido parte no primeiro processo.

Mais do que participar do processo anterior, Eduardo Talamini¹⁰⁸ defende que a admissão da prova emprestada depende da ocorrência de contraditório efetivo e não meramente potencial: *“Não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo”*.

Essa é também a lição de Eduardo Cambi¹⁰⁹, *“a prova emprestada não vale quando foi colhida sem a participação da parte contra quem deve operar, sob pena de gerar a nulidade da decisão por inobservância do contraditório, na formação da prova.”*

O contraditório não estará violado quando o terceiro, que não participou do processo em que a prova foi produzida, possa, na qualidade de parte no segundo processo, pedir o empréstimo daquela prova, desde que a parte contra quem a prova emprestada seja usada tenha participado do primeiro processo, como, por exemplo, na seguinte situação

¹⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. *Ob. Cit.* p. 149.

¹⁰⁹ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 54.

hipotética: em acidente aéreo que deixou várias vítimas, uma vez produzida a perícia que apontou falhas da companhia aérea, esse mesmo laudo pode ser emprestado para todos os processos decorrentes de ações de reparações de danos, movidas contra a mesma empresa aérea, pelas famílias que perderam seus parentes no mesmo acidente.

Também defendem apenas a necessidade da presença do desfavorecido pela prova, entre outros: Echandia¹¹⁰, Couture¹¹¹ e Ovídio Batista¹¹².

Como na esfera cível é mais freqüente a hipótese de não coincidirem integralmente as partes do processo em que se produziu a prova e as do processo para o qual se pretende emprestá-la, deve ser verificado se aquele a quem desfavoreceu a prova emprestada participou de ambos para se admitir a utilização da prova.

Eduardo Talamini¹¹³ sustenta que a potencialidade do contraditório deve ser respeitada, ou seja, não basta que se dê às partes a oportunidade de participar, pois a utilização dessa prova exige o

¹¹⁰ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor. 1981. v.1. pp.367-368

¹¹¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma Editor. 1958. pp.266- 267

¹¹² SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1987. v.1. p.295.

¹¹³ TALAMINI, Eduardo. *Ob. Cit.* p. 149

contraditório efetivo, isto é, a prova produzida contra réu revel não pode ser utilizada por empréstimo contra essa mesma pessoa em outro processo.

Para ele o contraditório não consiste na simples garantia de defesa em face da prova produzida, mas sim assegurar a possibilidade de participação efetiva em toda atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado.

Eduardo Cambi¹¹⁴, por seu turno, sustenta que o contraditório não precisa ser sempre efetivo, salvo quando envolva direitos indisponíveis, não inviabilizando a possibilidade de emprestar a prova de processo em que a parte, embora regularmente citada ou intimada, não exercitou o seu direito à prova.

Também sustenta a validade da prova emprestada, mesmo sem a identidade de partes, no processo em que haja o cumprimento do contraditório e a semelhança dos fatos (não das partes), Darci Guimarães Ribeiro¹¹⁵: *“(...) a prova emprestada não precisa ser colhida entre as mesmas partes, para que possa ter validade e, por consequência, produzir convencimento, uma vez que o requisito, aqui, é o respeito ao contraditório e não às partes.”*

¹¹⁴ CAMBI, Eduardo. *Ob.Cit.* pp. 54-55.

¹¹⁵ RIBEIRO, Darci Guimaraes. *Provas Atípicas*. Porto Alegre; Livraria do Advogado. 1998. p.113.

A jurisprudência¹¹⁶ também tem proclamado em julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que não seria necessário que a prova emprestada tenha sido produzida entre as mesmas partes envolvidas.

No v. acórdão (citado na nota de rodapé n.106), o relator faz referência à posição de João Batista Lopes, mas considera válida a prova emprestada, ainda que não haja identidade das partes, *in verbis*: “*Em que pese não haver identidade de partes nos autos, constata-se que a ré nas duas ações foi a mesma, ou seja, a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN, bem como o objeto do pedido era idêntico, ou seja, a repetição de indébito pela falha nos serviços de coleta e tratamento de esgoto. Posto isso, perfeitamente possível a realização da prova emprestada, inclusive a ser determinada de ofício pelo douto Magistrado que, como se sabe, é o Presidente do processo e destinatário da prova.*”

O v. acórdão sustenta que nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil¹¹⁷ pode o juiz de ofício determinar as provas necessárias para a instrução do processo; afirma ainda que não há dúvida

¹¹⁶ TJ/SC, Apel. Cível nº 2008.031571-6, Relator Desembargador Jaime Ramos, j. 10/12/2009 : “AGRAVO RETIDO - PROVA EMPRESTADA - DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO - PRESIDENTE DO PROCESSO E DESTINATÁRIO DA PROVA - POSSIBILIDADE. É permitido ao Magistrado, presidente e destinatário da prova, que determine a juntada aos autos de prova emprestada de outro feito, devendo ela submeter-se ao contraditório ou, caso necessário, à complementação nos próprios autos.”

¹¹⁷ Artigo 130 do CPC: “Caberá ao juiz, **de ofício ou a requerimento da parte**, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (g.n).

sobre a admissão da prova emprestada de outros autos, com supedâneo no artigo 332, do Código de Processo Civil¹¹⁸, de sorte que, embora não haja identidade de partes no caso dos autos, constata-se que a ré nas duas ações foi a mesma, bem como o objeto do pedido era idêntico, por isso, sustenta ser perfeitamente possível a utilização da prova emprestada, inclusive a ser determinada de ofício pelo douto Magistrado (destinatário da prova).

No mesmo sentido, o Desembargador Joel Dias Figueira Júnior acentua em seu voto¹¹⁹ que, *in verbis*: “...Para que se admita a prova emprestada, não se faz mister que sejam, necessariamente, as mesmas partes envolvidas em ambas as ações, sendo possível que os autores sejam diversos e que se verifique a coincidência apenas dos sujeitos que integram o pólo passivo das lides, sobretudo quando observado o contraditório nas duas demandas”.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo¹²⁰ também se pronunciou a respeito da possibilidade de se admitir a prova emprestada no processo em que figurou no processo originário apenas uma das partes.

¹¹⁸ Artigo 332 do CPC: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

¹¹⁹ TJ/SC, Apelação Cível 2005.033612-0 - Rel. Des. JOEL FIGUEIRA JÚNIOR- 1ª. Câmara de Direito Civil. No mesmo sentido: Apelação Cível n. 2006.032628-7, Rel. Des. JOEL FIGUEIRA JÚNIOR.

¹²⁰ TJ/SP, Apel. n. 0129809-17.2005.8.26.0000: “RESCISÃO CONTRATUAL – Loteamento irregular – Prova emprestada produzida em outro processo movido contra os mesmos réus – Possibilidade de aproveitamento que não causa ofensa ao princípio do contraditório. Não procede a alegação de ofensa ao princípio constitucional do contraditório, ante a utilização da prova pericial emprestada. (...) A prova emprestada (fls. 256/360) consiste de laudo de perícia realizada nos autos de ação entre os apelantes e vizinho dos autores que comprou parte do mesmo terreno cf. se

O v. acórdão é fundamentado também na doutrina de Moacyr Amaral Santos, *in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 24ª ed. Saraiva, 2008, volume 2, p. 379/380: “Quando a prova haja sido produzida em processo em que uma das partes, do processo para qual é transportada, litigou com terceiro, insta considerar duas hipóteses: 1) a prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior; 2) a prova é trasladada por quem não foi parte no processo anterior (...) Na segunda hipótese, conserva ela eficácia probatória, principalmente quando a prova foi reconhecida na sentença do processo anterior, salvo as restrições peculiares a cada caso.”

Precedente inserto na Revista dos Tribunais nº 719/166¹²¹ bem fundamenta a questão da admissibilidade da prova emprestada colhida em litígio entre uma das partes e terceiro e conclui pela desnecessidade de nova perícia, por economia processual, e dispêndio de novas despesas pelas partes.

denota de fls. 20v. Não é, portanto, prova estranha aos recorrentes, porquanto a demanda lhes dizia respeito e a perícia foi produzida com o seu acompanhamento e, porque não dizer, com a sua participação, sob a proteção do contraditório. Por essa razão, é perfeitamente admissível como meio de prova nestes autos, sem ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal”. (TJ/SP, Rel Des. João Carlos Saletti, Apel. n. 0129809-17.2005.8.26.0000, j. 14.02.2012).

¹²¹ RT 719/166: “Prova emprestada – Produção em outra ação para a demonstração dos mesmos fatos – Legitimidade e idoneidade”.

A prova emprestada de outra ação, onde produzida para a demonstração dos mesmos fatos, por ser moralmente legítima, é idônea para provar a verdade.

No mesmo sentido: JTA 111/360: “vale, porém a prova emprestada colhida em regular contraditório, com participação da parte contra quem deve operar”; RJTJESP 105/217: “A prova colhida em litígio contra terceiro vale como prova emprestada, contra quem colaborou na sua colheita”.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹²² também se posicionou no sentido de autorizar a prova emprestada produzida entre uma das partes e terceiros (inclusive entre o próprio Estado).

Logo, essa corrente é defendida não apenas entre os doutrinadores acima citados, como também tem certa aprovação na jurisprudência de nossos Tribunais.

- a terceira corrente: entre terceiros –

Essa terceira corrente é pouco abordada na doutrina e na jurisprudência, de sorte que há poucos comentários a respeito dela.

¹²² TJ/RS: “APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PODER EXECUTIVO E SUAS AUTARQUIAS. CONVERSÃO DE VENCIMENTOS. URV. LEI Nº 8.880/94. POLÍTICA SALARIAL IMPLANTADA PELO ESTADO À ÉPOCA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. PROVA EMPRESTADA. VALORAÇÃO. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO COLEGIADO. “Admissibilidade da extensão, por empréstimo, de laudos periciais realizados em centenas de processos similares, cujas conclusões apontam para a inexistência de perdas remuneratórias com o critério adotado pelo Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul na conversão dos vencimentos e proventos de seus servidores para a moeda do Real, em julho de 1994, e que consideraram dados de fato que são homogêneos para as mais diversas categorias funcionais de servidores estaduais. Precedentes.” (excerto da ementa do acórdão unânime da AC nº 70036026474, julgada em 26-10-2010) (...)” (Apel. Cível. nº 70045877768, 3ª T. Rel. Dês. Miguel Ângelo da Silva, j. em 14/02/2012).

Contudo, os poucos pronunciamentos são no sentido da impossibilidade de lhe conceder quaisquer efeitos, tendo em vista a não observância do contraditório.

Vale, a propósito, transcrever a lição de Nelson Nery Junior¹²³: *“A condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é a sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a da obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é res inter alios e não produz nenhum efeito senão para aquelas partes.”*

Embora o posicionamento majoritário seja no sentido de não admitir que se extraiam efeitos da prova emprestada oriunda do processo envolvendo terceiros, há apontamentos na obra de Moacyr Amaral Santos¹²⁴ dos quais se pode concluir pela possibilidade de admissão dessa prova, pois ressalta ele que a negativa de se dar eficácia à prova emprestada deveria ser vista com reservas, notadamente tendo em vista que a prova pertence ao juízo, *in verbis*: *“Se o fato é o mesmo, ali e aqui, e foi judicialmente reconhecido como provado no primeiro processo, por que motivo não se atribuir à prova emprestada ao segundo certa eficácia? A verdade é que todo o elemento probatório, trazido a um processo, deverá ser estimado e avaliado. Cumpre ao juiz pesá-lo não só isoladamente, nas*

¹²³ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 247-248.

¹²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito. Vol.I. p.312

suas condições objetivas e subjetivas, como no conjunto, com as demais provas, atendendo ao fato probando, às alegações das partes, ao direito violado, à norma jurídica invocada, enfim às circunstâncias que influem na formação do convencimento.”

A tese sustentada é a de que, não tendo as partes da demanda para qual se quer transportar a prova, participado da produção desta no processo originário, estarão, agora, em igualdade de posição “no segundo processo”, na medida em que o princípio do contraditório será levado a efeito no processo de que são partes, restando assegurado, assim, a previsão constitucional do contraditório.

Nesse sentido também se posicionam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹²⁵, sustentando inexistir qualquer vedação na importação da prova produzida em processo envolvendo terceiros, *“porque ambas as partes estariam na mesma situação e o contraditório seria implementado no processo em que a prova emprestada fosse utilizada.”*

Portanto, pode-se concluir que a utilização da prova emprestada não encontra dificuldades de ser aceita, contudo, é estritamente necessário respeitar o contraditório, pois podem existir fatos novos, ou novos e/ou diferentes enfoques dados aos fatos que não foram examinados

¹²⁵ DIDIER, Fredie Jr., BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. Salvador: Podivm, 2011, vol. II. p. 53.

no processo anterior, de sorte a comprometer a legitimidade constitucional do empréstimo de prova.

É por esta razão, aliás, que a legitimidade deve ser sempre examinada diante de outros valores processuais constitucionalmente consagrados.

Em que pesem posições divergentes, nos parece que o requisito de ter sido a prova produzida entre as mesmas partes, com o fim de exercer o princípio do contraditório, deve ser sempre respeitado, contudo, na hipótese sustentada pela segunda corrente – de que a prova pode ser aceita entre uma das partes e terceiro – não nos soa antijurídico ou ilegal, ou mesmo que estaria ausente o cumprimento do contraditório.

O juiz, como presidente e destinatário da prova, ao analisar o caso concreto, pode determinar a juntada aos autos de prova emprestada e submetê-la ao contraditório, mesmo que não haja identidade de partes, quando, por exemplo, se tratar de objeto idêntico.

Estaria o magistrado, em última análise, primando pelos princípios da celeridade e economia processuais, atendendo ao cumprimento da efetividade, uma vez que a prova já realizada não precisaria ser, novamente, produzida.

Portanto, especificamente no que tange a esse requisito, porque não violado o contraditório, nos parece viável permitir, s.m.j., o traslado da prova produzida em processo originário para o novo processo, quando se tratar de casos em que o objeto em discussão seja idêntico.

Para melhor compreensão da aplicação dessa corrente, traz-se à baila, inicialmente, um exemplo capaz de se aplicar a prova emprestada entre uma das partes e terceiro, a saber:

Na hipótese de um acidente aeroviário, quando uma das vítimas (A), que não participou do processo originário entre (B) e (C), move ação contra a mesma empresa (C) e pretende utilizar prova produzida no processo entre (B) e (C), a fim de demonstrar a culpa da empresa (C) pelo acidente.

Esse mesmo raciocínio, em tese, permitiria, s.m.j., a aplicação da prova emprestada no processo entre terceiros.

Tome-se, por exemplo, uma ação relativa ao mesmo acidente aeronáutico, em que uma das vítimas (A) reclama indenização apenas contra a empresa fabricante das turbinas (B), sob alegação de defeito de fabricação. Seria razoável que a prova pericial produzida nesse processo pudesse ser utilizada, por empréstimo, num outro processo em

que vítima diversa (C) do mesmo acidente resolveu acionar exclusivamente a companhia aérea (D), ao fundamento de que haveria responsabilidade solidária entre ela e a fabricante das turbinas.

Ainda que se trate de fato provado em outro processo, do qual não participaram C e D, diante do reflexo evidente que ele produziria nesta segunda relação processual, a prova emprestada seria admitida e submetida ao contraditório neste segundo processo.

Se dúvida fundada remanescesse quanto à necessidade de complemento ou renovação da prova, o juiz da causa, como destinatário dela, poderia determinar a nova produção em decisão fundamentada. No entanto, parece-me que a circunstância de ter sido produzida em processo entre terceiros, por si só, não seria causa de inadmissão da prova emprestada.

Logo, embora ciente de que a tese sustentada por esta “terceira corrente” seja de certa forma ousada, vislumbra-se perfeitamente admissível interpretá-la em nosso atual ordenamento jurídico, sobretudo diante da busca incessante pela efetividade jurisdicional, lastreada pela duração razoável do processo e pelo cumprimento dos princípios da economia e celeridade processuais.

A prova, bem se sabe, por diversas vezes, traduz excessiva onerosidade às partes, de sorte que seria medida natural estender o aproveitamento do que fora feito nos autos.

Com relação à jurisprudência, não obstante tenha encontrado certa dificuldade em localizar julgados que defendessem essa posição, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹²⁶ acompanha o entendimento acima referido, em uma de suas decisões.

7.5.2. Observância das formalidades legais na produção da prova:

A observância das formalidades legais na colheita da prova no processo anterior deve ser respeitada, pois caso haja vício na produção da prova, esta não poderá ser objeto de empréstimo para outro processo, uma vez que o empréstimo válido e eficaz pressupõe a regularidade da prova obtida no processo originário.

¹²⁶ TJ/RS: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPERGS. LAUDO PERICIAL. PROVA EMPRESTADA. IMPOSSIBILIDADE.

Não se pode utilizar prova emprestada produzida entre terceiros, mesmo que em processo similar, diante da necessidade de se oportunizar o contraditório e a ampla defesa. Agravo Provido de Plano. (3ª C. Cível, AI nº 70018868083, Relator Desembargador Túlio de Oliveira Martins, j. 09/04/2007).

O princípio constitucional do contraditório – tido como uma das mais importantes garantias legais - exige que a prova somente tenha valia se produzida de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis; daí porque a prova emprestada somente produzirá efeitos se colhida originalmente em processo no qual tenha figurado como parte contra quem se produziu a prova.

Como já foi acima mencionado, o princípio do contraditório, para dar validade à prova emprestada, deve ser preponderantemente respeitado, na medida em que é visto como mais do que simples garantia de defesa em face da prova já produzida. Por meio dele se assegura a possibilidade de participação efetiva em toda a atividade judicial destinada à convicção do magistrado.

Portanto, caso não respeitada a observância do contraditório na formação da prova, ou seja, não havendo a participação da parte contra quem deve operar a prova, a decisão poderá ser considerada nula.

Quanto ao princípio do juiz natural (outra formalidade legal), muito se discute a respeito de sua aplicação na prova emprestada, como requisito necessário de ter sido a prova produzida perante o mesmo

juiz, tanto no processo originário como no segundo processo; principalmente quando se trata de prova originalmente oral, em que o princípio da imediação torna indispensável que o juiz da causa tenha contato direto com as provas, para poder valorá-las devidamente (já que a prova lhe pertence).

Essa observância legal, em que pesem respeitadas opiniões em contrário, não pode ser tida como requisito necessário para a validade da prova emprestada. Esse requisito deve ser relativizado, sob pena de inviabilizar a admissibilidade da prova emprestada, que está assentada em uma razão de economia processual, que é um dos critérios que o moderno direito processual civil deve buscar implementar, para que se concretize a noção do direito constitucional à célere e efetiva tutela jurisdicional.

Conforme sustenta Eduardo Cambi¹²⁷, “*exigir que o contraditório, no processo originário, tenha sido instruído perante o mesmo juiz da segunda causa significaria tornar vazia a fórmula da prova emprestada que é utilizada, com freqüência, para transladar provas produzidas no juízo criminal para o civil, e vice-versa*”

Poderia se sustentar, ainda, que isto feriria o princípio da oralidade, especialmente em razão da imediatidade entre o juiz e a prova,

¹²⁷ CAMBI, Eduardo. *Ob.Cit.* p.55.

contudo esse princípio não é absoluto e pode ser mitigado validamente pelo sistema processual, como, por exemplo, no caso de oitiva de testemunhas realizada por carta precatória ou rogatória; o mesmo ocorre em perícia realizada por carta precatória e/ou carta rogatória; ou de prova produzida por juiz incompetente e aproveitada pelo competente; ou ainda de prova sobre a qual o tribunal, que não teve qualquer participação na constituição do material probatório, deve se pronunciar.

Nestes exemplos, que ocorrem comumente na prática forense, não se há cogitar que o princípio da oralidade tenha sido violado, embora não tenha havido imediatidade entre julgador e prova.

Essa questão é resolvida com a aplicação do princípio da proporcionalidade, dando maior ênfase à economia processual em detrimento do rigorismo das formas.

Também se posiciona de forma clara e decisiva Cândido Rangel Dinamarco¹²⁸ a respeito dos princípios da oralidade e da imediação: *“(...) nem a oralidade é um valor tão elevado em si mesmo, que pudesse ser usado como escudo contra legítimos expedientes destinados a assegurar o acesso à justiça; nem a própria lei a consagra tão intensamente como desejariam seus defensores. Não há imediatidade entre o julgador e a pessoa no caso de testemunhas inquiridas ou perícias*

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, V.III, p.97.

realizadas mediante carta precatória, ou quando a prova foi produzida por juiz incompetente e depois aproveitada pelo competente (CPC, artigo 113, parágrafo 2º); nem os juízes dos tribunais têm qualquer participação na constituição do material probatório do processo. A fragilidade do princípio da oralidade perante o direito positivo tem por consequência a fragilidade da objeção fundada na suposta pureza com que a lei brasileira a adotaria”.

Desse mesmo modo, Eduardo Couture¹²⁹ restringe, como requisito de admissibilidade das provas emprestadas, a observância do contraditório em relação ao específico objeto da prova: *“As provas de outro processo civil podem ser válidas, se no anterior a parte tenha tido a possibilidade de fazer valer contra elas todos os meios de verificação e de impugnação que a lei permite ao juízo em que se produziu. Essas provas produzidas com todas as garantias são eficazes para que os fatos que foram motivos de debate no processo anterior voltem a repetir no novo processo”.*

Também assim se posiciona Nelson Nery Júnior¹³⁰: *“À objeção de que a prova emprestada feriria o princípio da imediação, pode-*

¹²⁹ Tradução livre: *“Las pruebas de outro juicio civil pueden ser válidas, si en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y impugnación que la ley le otorga en el juicio en que se produjeron. Esas pruebas producidas con todas las garantías son eficaces para acreditar los hechos que fueron motivo de debate en el juicio anterior y que vuelven a repetirse en el nuevo proceso”.* COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma Editor. 1958. p 265-266.

¹³⁰ JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p.247.

se responder que existem mitigações à incidência desse princípio com a produção de prova testemunhal por carta precatória ou carta de ordem, onde o juiz que colheu o depoimento não é o juiz da causa, além do fato de os juízes de segundo grau poderem ingressar diretamente no exame da prova sem que tivessem sido produzidas frente a eles. Nem por isso se nega eficácia às provas produzidas por precatória ou carta de ordem”.

Nesse sentir, a observância das formalidades legais deve ser respeitada na produção das provas, todavia, quando se trata de prova emprestada o princípio do contraditório é que deve ser considerado o requisito indispensável e essencial para a sua admissibilidade, de sorte que as demais exigências legais, a depender das circunstâncias fáticas do processo, podem ser mitigadas.

7.5.3. O fato probando deve ser idêntico:

A semelhança entre o fato probando nos dois processos é um pressuposto lógico para a validade e eficácia da prova emprestada, pois não se mostra cabível transladar prova que não tenha pertinência com os fatos relevantes ao deslinde do processo.

De igual modo é a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹³¹.

Logo, à evidência, toda prova emprestada trazida por uma das partes está sujeita às contra-argumentações e às contraprovas da parte adversária (exercício do contraditório), que pode impugnar a utilização da prova emprestada, em razão da ausência dos requisitos de admissibilidade, bem como negar a existência do fato ou a eficácia que se pretende extrair do meio de prova utilizado.

Em resumo, se conclui que não há como transladar para o processo documento que não guarda pertinência com os fatos controvertidos da segunda demanda, pois não produzirá qualquer efeito capaz de repercutir no convencimento e na decisão do julgador.

¹³¹ STJ: “Prova emprestada. Possibilidade de que sejam consideradas as provas produzidas no processo criminal, *relativo ao mesmo fato*, pois perfeitamente resguardado o contraditório” (STJ, 3ª Turma, Resp. 135.777-GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.15.06.1998)

8. Aspectos particulares da prova emprestada

8.1. A prova quando produzida em juízo incompetente

Quanto à prova produzida em juízo incompetente, em nosso ordenamento jurídico a prova emprestada não será considerada nula, pois segundo estabelece o artigo 113, parágrafo 2º do Código de Processo Civil, caso declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juízo competente.

Portanto, como não são nulos os atos judiciais, em geral, inclusive os atos probatórios, e sim apenas os atos decisórios, embora o feito tenha sido julgado por juízo incompetente, a prova nele produzida será válida e aproveitada com sua eficácia inicial.

Essa sugestão, contudo, deve ser aplicada somente nas hipóteses em que se trate de aproveitamento da prova para a renovação da mesma causa. Quando se tratar da utilização dessa prova em outro processo, em que se discuta outra relação de direito, é sem valor a prova, ainda que produzida entre as mesmas partes. Por consequência lógica,

quando se tratar de processo debatido entre terceiros, não possui qualquer valor.

Vale dizer, nem quando se tratar de juízo relativamente incompetente, cujos autos poderão ser remetidos ao juízo competente; nem quando seja prorrogada a competência (artigo 114, CPC), há a impossibilidade de empréstimo da prova.

Do mesmo modo, a prova produzida por juízo absolutamente incompetente também não é considerada nula, porque os autos serão remetidos ao juízo competente, anulando-se apenas os atos decisórios.

Essas conclusões, todavia, são aceitas de acordo com o direito pátrio, contudo, o direito italiano, por exemplo, como sustenta Moacyr Amaral Santos¹³², possui divergentes orientações. Uns autores italianos lhe negam qualquer valor; outros entendem manifestar-se eficácia nas provas em que o juiz apenas coopera na sua produção, e reconhecem nenhuma eficácia nas provas em que o juiz tem função imediata (como no exame judicial); terceiros, acham por conservar a prova sua eficácia inicial.

¹³² SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. Cit.* p.315

8.2. A prova quando produzida em processo anulado

O primeiro aspecto a ser ressaltado diz com o efeito da nulidade, cuja melhor doutrina não diverge da posição de que o efeito da nulidade não vai além do ato nulo, subsistindo, pois, os atos anteriores, sendo que apenas os atos posteriores, subseqüentes ou dependentes do ato nulo, sofrem as conseqüências da anulabilidade.

Isso é o que dispõe o artigo 248 do Código de Processo Civil¹³³, assim, a prova emprestada de processo anulado pode ser colhida desde que a nulidade não se refira à admissão ou formação da prova.

Os princípios informativos da teoria das nulidades dos atos processuais devem ser considerados para a verificação se o processo em discussão foi anulado por **(a)** vícios de atos anteriores à prova; **(b)** vício da própria prova; ou **(c)** vício posterior à prova; as três hipóteses comportam conclusões distintas.

¹³³ **Artigo 248.** Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes”.

No primeiro caso, (a) vício de atos anteriores à prova, como a anulação do processo, desde o ato nulo, implica a nulidade dos atos subseqüentes; a prova é nula. Nas palavras de Ladislau Rohnelt¹³⁴: *“Se o vício atinge ato anterior à feitura da prova, ela mesma é nula, visto que, a partir daí, todos os atos processuais não prestam mais, inclusive os probatórios (...). Sendo assim, não valem para fim de empréstimo a outro processo”*.

Na segunda hipótese, (b) vício da própria prova, como a nulidade diz respeito à prova, não há dúvidas que não terá eficácia alguma. O exemplo clássico é o de perícia realizada por pessoa que não pode ser perito, cuja prova não reúne condições de ser emprestada.

No terceiro e derradeiro caso, (c) vício posterior à prova, a prova em si não foi afetada de nulidade, podendo permanecer sua eficácia inicial. Como a nulidade ocorreu após a prova, mantém-se íntegra a eficácia inicial. O juiz pode, por exemplo, na eventualidade de ser anulada a sentença, ou proferir outra, se utilizar da prova existente nos autos, sem necessitar da repetição dos atos de instrução.

¹³⁴ ROHNELT, Ladislau Fernando. *Prova emprestada*. AJURIS: Revista da Ajuris, Porto Alegre, v.6, n.17. 1979, p. 41.

O ponto central, portanto, é que a prova não tenha sido afetada de nulidade por motivos que digam respeito à sua admissão ou formação, ou por consequência de anulação do processo por nulidade de ato anterior à sua produção.

Em contrapartida, autores estrangeiros, como Carlos Lessona¹³⁵ e Hernando Devis Echandia¹³⁶, entre outros, afirmam que o destino da prova dependerá da natureza do vício que maculou o processo originário.

Embora esse não seja nosso entendimento, citam-se trechos de seus posicionamentos: *“Se é evidente que estas provas perdem todo o valor no juízo anulado, é discutível, ao reverso, se conservam em outro juízo. Nós acreditamos necessária uma distinção. Se a nulidade se produz por falta de elementos essenciais ao processo, ou por violação da lei na sua admissão, ou na execução da prova, então a prova perde toda a eficácia, enquanto que será conservada, quando a nulidade ocorrer por outros motivos”* (Carlos Lessona)¹³⁷.

¹³⁵ LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, editores, 1906. Tomo I. item 14 bis, p.59.

¹³⁶ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor. 1981. Tomo I. pp.367-372.

¹³⁷ LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, editores, 1906. Tomo I. item 14 bis, p.59. Tradução livre: *“Si es evidente que estas pruebas pierden todo valor en el juicio anulado, es discutible, en cambio, si lo conservan en otro juicio. Nosotros creemos necesaria una distinción. Si la nulidad se produce por falta de elementos esenciales en el juicio ó por violación de*

Nessa mesma linha de raciocínio, Devis Echandia¹³⁸ explica: *“quando a nulidade tenha sido por incompetência, falta de jurisdição, ilegitimidade de partes, (...) deve reconhecer validade para o mesmo processo ou para outro processo posterior, entre as mesmas partes (ou entre terceiros com o requisito da ratificação, se for procedente); em contrapartida, se a nulidade se decretar por falta de citação, falta de embasamento legal, ou falta de capacidade, representação ou postulação adequada, ou por violação de garantias constitucionais da parte contra quem se opõe a prova, (...) ou por outros vícios que afetam de forma direta (...) as provas são afetadas pela nulidade e são inválidas para qualquer processo”*.

Conclui-se, portanto, que a prova emprestada de processo anulado pode ser acolhida desde que a nulidade não se refira à admissão ou formação da prova em si mesma.

la ley en la admisión ó ejecución de la prueba, entonces la prueba pierde toda eficacia, mientras la conserva cuando la nulidad ocurre por otros motivos.”

¹³⁸ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de La Prueba Judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor. Tomo I. p.371-372. Tradução livre: *cuando la nulidad ha sido por incompetencia o falta de jurisdicción especial, por ilegitimidad de personería adjetiva o falta de citación legal de terceros o de la parte que aduce la prueba, por pretermisión grave del procedimiento diferente del trámite de la prueba misma o por violación de garantías constitucionales en perjuicio de quien aduce la prueba o de terceros, debe reconocérsele validez para el mismo proceso o para otro posterior, entre las mismas partes (o entre terceros con el requisito de la ratificación, si es procedente); en cambio, si la nulidad se decretó por falta de citación o emplazamiento legal o de capacidad o representación adecuada o postulación, o por violación de garantías constitucionales de la parte contra quien se opone la prueba (en estos casos falta la debida contradicción) o por pretermisión del trámite procesal de las mismas pruebas ó otros vicios que las afectan en forma directa (como la incapacidad por demencia del juez que las ordenó y practicó ilegalmente...), las pruebas quedan inexorablemente afectadas por la nulidad y son inválidas para cualquier proceso”*.

8.3. A prova quando produzida em processo perempto

Na perempção o autor perde o direito de acionar sobre o mesmo objeto da ação, ou ações anteriores; a perempção representa uma sanção para a inércia do autor, que encontra apoio no interesse social de se evitar que as demandas se prolonguem indefinidamente ou se repitam, em busca da ordem social; não envolve nulidade da ação.

Os atos probatórios, por consequência, permanecem íntegros. Nesse sentido as palavras precisas de Moacyr Amaral Santos¹³⁹, citando Fraga: *“A verdade produzida pelas provas é uma e sempre a mesma em todos os lugares; portanto, se ela existiu ao tempo da primeira instancia continua a existir nas instancias posteriores; e, assim, sendo, repelir destas as provas efetuadas entre as mesmas partes equivale a afugentar a verdade, que é fim principal de todo o juízo regularmente constituído”*

¹³⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob.Cit.* p.319.

Em breve síntese, as provas produzidas em processo perempto, se emprestadas a outro processo entre as mesmas partes, carregam consigo a eficácia inicial que lhes for própria.

Na hipótese de repetição de ação já proposta, segundo defende Eduardo Cambi: *“pode ser emprestada a prova produzida no processo que foi extinto sem julgamento de mérito, desde que o motivo que ensejou a sentença terminativa seja sanado (artigo 267, IV e VI do CPC) ou possa vir a ser sanado (artigo 267, V, CPC). Caso contrário, quando não se vislumbra a possibilidade de julgamento de mérito no novo processo, por economia processual, deve-se evitar o desperdício dos atos processuais, a não ser que a prova emprestada sirva para confirmar a extinção do processo sem julgamento de mérito”*.

A prova emprestada, portanto, oriunda de processo perempto, se transportada para outro feito entre as mesmas partes, carrega sua eficácia inicial.

8.4. A prova produzida no exterior

Discute-se, na doutrina, qual o valor da prova colhida em processo debatido no exterior.

Contudo, antes de se esclarecer a questão, é necessário ressaltar que a solução somente diz respeito à prova que tenha por objeto ato ou fato ocorrido neste país, porque, do contrário, ato ou fato passado em outro país será regulado conforme a lei do lugar onde se passou o ato ou fato.

Essa é a regra do artigo 13 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: *“A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça”*.

Segundo sustenta Moacyr Amaral Santos¹⁴⁰, a prova produzida no estrangeiro, entre as mesmas partes, desde que concorram as necessárias garantias processuais e a legalidade da forma, e não resulte de meio de prova excluído por disposições limitativas ou proibitivas de nossa lei, pode ser transportada, com o seu valor inicial, a processo posterior intentado neste país.

Vale dizer, sua eficácia depende da observância dos requisitos legais, acima mencionados. Mas, antes de tudo, o primeiro

¹⁴⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. Cit.* p.320-321.

requisito a ser analisado é a necessária correspondência entre os institutos jurídicos dos dois países, ou seja, mediante o cotejo da legislação, da jurisprudência e da doutrina, com aplicação da técnica recomendada para o estudo do direito comparado.

Após o cotejo da doutrina, jurisprudência e legislação, a prova emprestada terá de atender os requisitos do nosso ordenamento (observância ao contraditório, identidade de partes, de objeto, etc.).

Sem embargo da posição defendida por Fredie Didier Jr.¹⁴¹, no sentido de que: *“É possível a importação de prova produzida em juízo criminal, arbitral e, até mesmo, em processo administrativo. Também é possível a importação de prova produzida no estrangeiro”*, penso que as ressalvas acima explicitadas constituem requisitos de validade para a utilização da prova emprestada.

¹⁴¹ DIDIER Jr, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, vol. II. p.53.

8.5. Outras hipóteses

8.5.1. Dificuldade adicional haverá, para utilização da prova emprestada, se ela foi produzida em processo que tramitou em segredo de justiça, circunstância bastante freqüente nas causas de direito de família.

Tendo em vista que a regra relativa ao segredo de justiça diz com direito à preservação da intimidade, que encerra princípio constitucional, entendo que o cotejo entre esses dois valores – proteção da intimidade *versus* efetividade, celeridade e economia processuais – favorece o primeiro.

É reconhecer, com efeito, a predominância do direito individual protegido constitucionalmente em relação aos princípios de natureza processual, ainda que consagrados pela Carta Magna.

8.5.2. Relativamente à utilização no processo civil de prova originariamente produzida em processo criminal, não vejo óbice, desde que observados os requisitos anteriormente analisados quanto ao cabimento da prova emprestada.

Em outras palavras, não será a natureza da jurisdição que, por si só, constituirá obstáculo para o traslado de prova produzida em processo criminal para o processo civil.

Do mesmo modo, poderá ocorrer o traslado de prova produzida em processo administrativo ou tributário para o processo civil, desde que, repita-se, observados os requisitos de validade anteriormente analisados neste trabalho.

Assim, se gravação de conversa telefônica for considerada prova ilegal em processo criminal, essa circunstância, segundo penso, tornará ilícita a prova e, via de consequência, impedirá sua utilização como prova emprestada em processo civil.

8.5.3. A implantação do processo eletrônico (Lei 11.419/2006), atualmente ainda incipiente em nosso país, certamente facilitará, ao menos em termos materiais, a utilização da prova emprestada, uma vez que a obtenção desses elementos tornou-se mais simplificada, mediante a consulta *on line* dos processos.

O artigo 365, VI, do Código de Processo Civil¹⁴² classifica como prova documental a reprodução digitalizada de documentos, o que não confere a estes, todavia, a natureza de prova emprestada, uma vez que esta, como demonstrado anteriormente, ostenta valoração diversa de prova documental.

¹⁴² **Art. 365, VI, do CPC:** “ as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização”.

9. A aplicação da prova emprestada em outros países

9.1. Direito Colombiano¹⁴³

No livro “Pruebas Judiciales”, citado por Ladislau Rohnelt¹⁴⁴, o autor Jorge Cardoso Isaza destaca que a lei de seu país criou regra específica sobre a prova trasladada; no artigo 185 do Código de Procedimiento Civil Colombiano¹⁴⁵, há expressa menção de que as provas praticadas validamente em um processo poderão trasladar-se a outro em cópia autêntica, e serão apreciadas sem outras formalidades, sempre que no processo primitivo tiverem sido produzidas com audiência da parte contra quem são aduzidas.

As Cortes, assim, decidem que as provas legalmente produzidas em um juízo são aceitas em outro, isto porque as provas elaboradas legalmente são atos jurídicos autênticos que demonstram a

¹⁴³ Em 1956, iniciaram-se os trabalhos para elaboração de um novo Código, por meio de comissão de juristas nomeada pelo Ministro da Justiça, a qual contou com a colaboração do processualista italiano mauro Cappelletti. Dos 700 artigos, 128 (arts.174 a 301) são dedicados à prova judicial.

¹⁴⁴ ROHNELT, Ladislau Fernando. *Prova Emprestada*. AJURIS: Revista da Ajuris, Porto Alegre, v.6, n.17, p. 41-42, Nov. 1979.

¹⁴⁵ **Artigo 185.- Prueba trasladada.** “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

realização de certos fatos determinados, como suficientes para produzir efeitos também determinados.

No direito pátrio, como mencionado acima, embora não exista expressa disposição legal acerca da utilização da prova emprestada, como ocorre no direito colombiano, a doutrina e a jurisprudência a admitem, desde que respeitados alguns requisitos legais, em especial o do contraditório.

A preocupação fundamental do direito colombiano, quando se cogita da prova emprestada, diz especificamente com o princípio do contraditório, que é visível e permanente tanto na doutrina como na jurisprudência, e nisso também se assemelha ao direito brasileiro.

A propósito, o contraditório, assim como no Brasil, é assegurado pela Constituição Federal, ou seja, quaisquer dados probatórios de que se valha o magistrado, devem ser produzidos com a audiência da parte.

O processualista colombiano, Hernando Devis Echandia¹⁴⁶, autor de duas importantes obras sobre provas judiciais,

¹⁴⁶ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor. 1981. Tomo I. p.367.

acentua que a prova emprestada é aquela que se pratica ou admite em outro processo e é apresentada em cópia autêntica, se a lei assim permitir.

Em breve síntese, o que se pode concluir é que no direito colombiano, assim como nos demais países latino-americanos em geral, a prova judicial é tema que rouba a atenção de processualistas e, no que tange à prova emprestada, pode-se observar que o Código de Processo Civil colombiano, ao contrário do brasileiro, contém disposição expressa a respeito de sua utilização.

Tem-se como exemplo a exigência da ratificação no testemunho que, segundo as regras do Código de Processo Civil colombiano, consiste em chamar a testemunha em juízo, tão somente para, mediante juramento, ratificar o que disse no juízo anterior. Esta hipótese se aplica quando o processo anterior correu entre partes diversas; sendo que no processo entre as mesmas partes, bastará o traslado.

Da mesma forma, apenas a título de elucidação, tem-se conhecimento que a utilização de prova emprestada é também expressamente admitida pelo Código de Processo Civil português¹⁴⁷ (artigo

¹⁴⁷ Atualizado até 2006 (incluindo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de Dezembro, o DL 53/2004, de 18 de Março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalmente, o DL 76-A/2006, de 29/03):

Artigo 522: (valor extraprocessual das provas)

1. Os depoimentos e arbitramentos produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 355.º do Código Civil; se, porém, o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias

522): “Os depoimentos e arbitramentos produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra essa mesma parte...”; bem como no Código General del Proceso do Uruguai¹⁴⁸ (artigo145): “As provas praticadas validamente em um processo podem ser transferidas para outro e terão eficácia similar às que tenderiam a ser diligenciadas neste último processo, sempre que no primitivo forem produzidas a pedido da parte contra quem se aduzem ou com a sua audiência”.

No Projeto de Código de Processo Civil brasileiro (Projeto de Lei do Senado 166/2010, atual PLC 8.046/2010), por seu turno, há previsão legal, conforme adiante será explanado.

9.2. Direito Argentino

Os processualistas argentinos cultuam a memória e a obra de Amílcar Angel Mercader, antigo mestre de La Plata, cidade que

inferiores às do segundo, os depoimentos e arbitramentos produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova.

2. O disposto no número anterior não tem aplicação quando o primeiro processo tiver sido anulado, na parte relativa à produção da prova que se pretende invocar.

¹⁴⁸ Ley nº15.982/88: Código General del Proceso: (tradução livre)

Artículo145:

Prueba trasladada.- Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficacia similar a la que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso, siempre que en el primitivo se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

hoje é a sede da Escola Argentina de Processo Civil. Na ciência processual argentina, também, ocupam espaço Lino Palacio, Santiago Sentis Melendo (autor e coordenador de inúmeras traduções de obras processuais), Adolfo Armando Rivas, Adolfo Alvarado Velloso, Osvaldo Alfredo Gozaíni e Jorge Walter Peyrano.

Segundo defende Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹⁴⁹, o sistema probatório argentino gira em torno do conceito de ônus processual, entendido como imperativo do próprio interesse. Ou seja, *“inspirado no conceito de ônus de Goldschmidt, segundo o qual a parte onerada pratica um ato em busca do próprio interesse – e não para cumprir uma obrigação”*, é que a doutrina coloca o ônus da prova como centro do sistema probatório.

Embora o texto legal (CPCCN, artigo 36, 2, b)¹⁵⁰ permita ampla liberdade do juiz na determinação de provas, na prática isso não ocorre.

¹⁴⁹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Direito Processual Civil Argentino*. In “Direito Processual Civil Americano Contemporâneo”, coordenado por José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Lex Editora. 2010. p.27.

¹⁵⁰ Artigo 36. - Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán:

1) (...).

2) Intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos. En cualquier momento podrá disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación.

3) (...).

4) (...):

a) (...);

b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;

Até mesmo no âmbito da prova testemunhal, o princípio da imediatidade é mitigado no sistema processual argentino, uma vez que o juiz colhe as provas por meio de auxiliares do juízo.

Segundo sustenta o autor Santiago Sentis Melendo¹⁵¹, no direito argentino, “*as provas desempenham o papel básico na formação da convicção do juiz*”; sendo que “*na instrução probatória, se abre um vasto campo de aplicação das normas.*” As provas inominadas (não disciplinadas no código) devem respeitar a moral e a liberdade pessoal dos litigantes e terceiros, para que possam ser aplicadas.

9.3. Direito Italiano

A doutrina italiana tem discutido a admissibilidade de provas não disciplinadas no ordenamento jurídico, bem como aquelas obtidas de forma irregular.

¹⁵¹ MELENDO, Santiago Sentis. *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. p.270-271. Tradução livre: “*Las pruebas desempeñan el papel básico en la formación del juez (...) en el curso de la prueba, se abre un vasto campo a la aplicación de las normas (...)*”.

Segundo anota João Batista Lopes¹⁵²: “Autores como ANDOLINA e VIGNERA entendem que o princípio geral da liberdade de provar é projeção da garantia constitucional do direito à prova. COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, em obra recente, anotam que a jurisprudência se vale, frequentemente, de provas atípicas, como escritos provenientes de terceiros, declarações extrajudiciais, o comportamento extraprocessual das partes, as perícias particulares etc. (...).

Com efeito, Mauro Cappelletti¹⁵³ já registrava que o grau de aceitação pelo ordenamento dos meios de prova expressamente não catalogados serve de critério para se aferir o grau de consagração do princípio do livre convencimento do juiz em um determinado sistema processual. Frisa o jurista italiano: “em um ordenamento, de fato, configurado um sistema probatório “fechado”- *numerus clausus*, de (típicos) meios de prova -, a norma que assume valores fundamentais e determinantes é aquela que põe de pronto, aquele fechamento, excluindo a priori todo efeito probatório daqueles atos, fatos, coisas ou argumentos, que por não serem especificamente configurados como provas legais,

¹⁵² LOPES, João Batista. In. *Provas atípicas e efetividade do processo*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume V.

¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão:Giuffrè. Primeira Parte. 1962. p.270. Tradução livre: “in un ordinamento, infatti, nel quale sai configurato un sistema probatorio “chiuso” - *numerus clausus* di (tipici) mezzi di prova -, la norma che assume valore fondamentale e determinante è quella che pone, appunto, quella chiusura, escludendo a priori ogni effetto probatorio di quegli atti, fatti, cose o argomenti, che pur non essendo specificamente configurati come prove della legge, potrebbero tuttavia, nel caso concreto, essere in grado di esplicitare un più o meno penetrante influsso sul convincimento del giudice laddove vigesse effettivamente il principio del libero convincimento giudiziale”

podem, todavia, no caso concreto, ser no grau de explicar um pouco melhor o convencimento do juiz, enquanto vigente efetivamente o princípio do livre convencimento judicial".

Como adverte Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹⁵⁴, no direito italiano, todos os meios de prova (legais e moralmente legítimos) são admissíveis, embora haja autores que sustentam a impossibilidade de realização de prova atípica, porque não catalogada no *codex*.

Contudo, pode-se concluir que, assim como no Brasil, o ordenamento italiano admite a prova atípica (prova emprestada), ainda que não expressamente disposta no Código de Processo Civil italiano.

Francesco Carnelutti¹⁵⁵, assim, assevera: “ (...) *as regras legais não contemplam todas as provas possíveis; por exemplo, não existem regras legais da prova direta (...). Pode-se dar a estas provas, não expressamente reguladas, o nome de provas inominadas*”.

Por esta razão, verifica-se que também são aceitas no ordenamento jurídico italiano as provas atípicas ou inominadas.

¹⁵⁴ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo. Direito Processual Civil Italiano*. São Paulo: Lex Editora S.A. 2010. p. 263.

¹⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book. 2000. pp.582.

10. A prova emprestada no Novo Código de Processo Civil. (Projeto 166/10. Atual PLC 8.046/2010)

Como é público e notório, existe projeto de lei em trâmite pelo Congresso Nacional, visando à promulgação de um novo Código de Processo Civil, no qual o tema referente à produção de provas também será revisitado, mormente com a disciplina uniformizada e não esparsa de questões como a do documento eletrônico e os princípios que nortearão o chamado processo virtual, o que parece ser matéria interdisciplinar já que envolverá conceitos como o de segurança documental.

Na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil a nota preponderante é a da constitucionalização do processo, o que, obviamente, se estende à atividade probatória.

Aliás, o direito à produção de provas é tido como matéria de base de direito constitucional processual, na medida em que envolve questões como a da isonomia ou da igualdade (todos tem o mesmo direito de alegar e provar fatos dentro de um processo), o devido processo

legal (nas vertentes do devido processo legal formal e material), tido inclusive como direito “fundamental do indivíduo” e o contraditório (garantia constitucional).

O tema das provas é tratado na parte das disposições gerais, no artigo 257, *caput* (atual artigo353 do PLC 8.046/2010), foi mantido o regime aberto dos meios de prova, assim, são admitidas as provas atípicas, desde que moralmente legítimas.

Logo, a origem do direito à prova fica mantida como um direito fundamental à jurisdição e ao contraditório.

O artigo 258 (atual artigo354) repete o artigo 130 do código vigente; o artigo 259 (atual artigo355) reedita o princípio da persuasão racional das provas, disposto no artigo 131 do código atual e, por fim, o artigo 260¹⁵⁶ (atual artigo356), apresenta novidade: a prova emprestada passa a ser tipificada no Código de Processo Civil como meio de prova.

Todavia, nos parece que o legislador deixou de resolver as questões que são hoje debatidas na doutrina e jurisprudência, pois

¹⁵⁶ **Artigo 260.** O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

apenas estabeleceu a necessidade de respeito ao contraditório, que atualmente não suscita qualquer dúvida.

Todos os demais pontos discutidos e que vêm sendo objeto de interpretações distintas, como por exemplo, a delimitação dos requisitos necessários para a sua utilização, não ficou estabelecido no Projeto do Novo Código Processo Civil.

Logo, podemos concluir que, embora tipificada em lei, a utilização da prova emprestada continuará dependendo da aplicação da jurisprudência e da doutrina, em cada caso.

11. Conclusões

Em breve síntese, pode-se dizer que o direito probatório é um dos principais temas do direito processual civil e ao mesmo tempo tem grande importância na busca pelo processo justo. Desta forma, é necessário que pensemos acerca do papel da prova no ordenamento jurídico e a necessidade do magistrado valer-se delas provas, em especial, a emprestada, para o correto diálogo e a solução justa do processo.

A prova emprestada, enfim (assim como as demais espécies de provas), não vincula o juiz, que pelo critério da persuasão racional, pode atribuir ela o valor que bem entender, desde que fundamente suas conclusões.

Apresentamos, por fim, algumas considerações de ordem conclusiva sobre a prova emprestada no processo civil, cuja análise foi objeto deste trabalho.

1. A prova no processo civil volta-se para o mundo empírico, que é, inicialmente, desconhecido pelo juiz, mas que por meio da

representação dos fatos, cria-se a existência no mundo jurídico. A prova se destina à reconstruir um fato pretérito possível de gerar ao juiz a convicção da certeza sobre sua efetiva ocorrência.

2. A natureza jurídica da prova, no ordenamento jurídico brasileiro, é híbrida, ou seja, os princípios estão inseridos no direito material e no direito processual.

3. A prova emprestada é aquela que já foi produzida juridicamente em uma demanda, mas que se pretende transportá-la para outra, conservado o valor intrínseco e original do primeiro processo.

4. Há apontamentos históricos de que a prova emprestada chegou a ser incluída, como sugestão, no Código de Processo Civil de 1939, mas não foi acolhida. De qualquer forma, desde então, sua admissibilidade decorre do sistema probatório, cujo princípio geral da liberdade de provar é projeção da garantia constitucional do direito à prova, que pode ser obtido por meio da prova atípica.

5. Desde que respeitados os princípios constitucionais legais, o empréstimo da prova pode ser admitido. A utilização da prova emprestada propicia o cumprimento do princípio da economia processual, que está atrelado à busca da efetividade do direito material, bem como da garantia da duração razoável do processo. Também

tem lugar a prova emprestada quando for impossível ou demasiadamente difícil a repetição da prova já produzida em outro processo.

6. A prova emprestada deve ser vista como uma peça de instrução, que quando não possua valor elevado, servirá de subsídio na formação do convencimento do magistrado.

7. A eficácia da prova emprestada se dá com relação às provas causais, sendo que sua carga não possui eficácia vinculante, pois pode o magistrado dar efeitos diversos daqueles dados no processo anterior, uma vez que impositiva a devida motivação.

8. Existem três requisitos básicos sustentados na doutrina majoritária para que a prova emprestada tenha eficácia e validade no segundo processo. O primeiro é de que a prova deve ser produzida entre as mesmas partes; o segundo é de que o fato probando deve ser idêntico; e o terceiro, que sejam observadas as formalidades legais na produção da prova.

9. O primeiro requisito, de que a prova emprestada deve ser produzida apenas em processo envolvendo as mesmas partes, s.m.j., na conclusão deste trabalho, não nos parece o mais adequado, na medida em que o juiz, como presidente e destinatário da prova, ao analisar o caso concreto, pode determinar a juntada aos autos de prova emprestada e

submetê-la ao contraditório, mesmo que não haja identidade de partes, quando, por exemplo, se tratar de objeto idêntico.

10. O segundo requisito, da necessidade da observância das formalidades legais na produção da prova, deve ser também respeitado, sobretudo no que se refere ao princípio do contraditório que representa requisito indispensável e essencial para a admissibilidade da prova emprestada. Outras exigências legais, de menor importância, a depender das circunstâncias fáticas do processo, podem ser mitigadas.

11. O terceiro requisito, de que o fato probando deve ser idêntico, é pressuposto lógico, pois não seria cabível transladar prova que não tenha pertinência com os fatos relevantes ao deslinde do processo, sobretudo porque não produzirá qualquer efeito capaz de repercutir no convencimento e na decisão do julgador.

12. Declarada a incompetência absoluta ou relativa, a prova emprestada quando produzida em juízo incompetente não será considerada nula, pois somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juízo competente (inclusive os atos probatórios). Anulam-se apenas os atos decisórios.

13. A prova emprestada quando produzida em processo anulado segue o mesmo efeito da nulidade, ou seja, não vai além

do ato nulo. Subsistem os atos anteriores e, os posteriores, subseqüentes ou dependentes do ato nulo, sofrem as conseqüências da anulabilidade.

14. Se o vício do ato é anterior à prova, a prova será nula (pois implica a nulidade dos atos subseqüentes); se o vício é da própria prova, à evidência, a prova não terá eficácia alguma; se o vício é posterior à prova e a prova não foi afetada pela nulidade, permanece sua eficácia inicial.

15. A prova emprestada quando produzida em processo perempto permanece íntegra, pois carrega consigo a eficácia inicial que lhe foi própria.

16. A prova emprestada produzida no exterior pode ser admitida desde que haja o cotejo da doutrina, jurisprudência e legislação, e sejam atendidos os requisitos de nosso ordenamento. Sua eficácia dependerá da observância dos requisitos legais.

17. A prova emprestada foi introduzida na redação do Novo Código de Processo Civil, embora de modo acanhado, uma vez que não resolveu as questões que hoje são debatidas na doutrina e jurisprudência, mas pode-se concluir que houve um pequeno avanço na legislação.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda, *Manual de Direito Processual Civil*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____ e PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Prova. Repertório de Jurisprudência e Doutrina*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e Revisão de Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11ªed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. 1ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, vol. I.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de processo Civil*. 10ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1998, vol. I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. In: Temas de direito processual: 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 27ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

_____. *A revolução processual Inglesa. In: Temas de Direito Processual: 9ª série.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

_____. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. Temas de direito processual. 2ª série.* São Paulo: Ed. Saraiva, 1980.

_____. *Comentários ao Código de processo Civil. 7ªed.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, vol. V.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz.* 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las Pruebas Judiciales.* Traduzido por Dom José Gomez de Castro, Madrid: Imprenta de D. Tomás Jordan, 1835.

BUZAID, Alfredo. *Ônus da prova.* Revista de Direito Processual Civil, n.4. São Paulo: Saraiva S.A., 1961.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Los estudios de derecho procesal em Italia.* Buenos Aires: E.J.E.A. Tradução de Santiago Sentis Melendo, 1956.

_____. *La génesis lógica de la sentencia civil. Estudios sobre el proceso civil.* Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito Constitucional à prova no Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão:Giuffrè. Primeira Parte, 1962.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova Civil. Parte Geral. O conceito Jurídico da Prova*. São Paulo: Leud. Editora, 2003.

_____. *As misérias do processo penal*. Traduzido por José Antonio Cardinalli. 2ª ed. São Paulo: Editora Bookseller, 2002.

_____. *Teoria general del derecho*. Tradução de Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [sd].

_____. *Sistema de Direito Processual Civil*. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000, vol.I.

_____. *Sistema de Direito Processual Civil*. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000, vol.II.

_____. *Sistema de Direito Processual Civil*. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000, vol.IV.

CARPENA, Márcio Louzada. *Os Poderes do Juiz no Common Law*. Artigo publicado na REPRO – Revista de Processo nº. 180, ano 35, fevereiro de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Editora Saraiva e Cia., 1945, vol.III

_____. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Ed. Saraiva e Cia., 1945, vol.I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Ed. Saraiva e Cia., 1945, vol.II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3ª ed. Padova: Ed. Utet Giuridica, 2010.

_____, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, [s.d.].

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma Editor, 1958.

CRUZ e TUCCI, Jose Rogério (coordenador) e outros autores. *Direito Processual Civil Americano Contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

_____. *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT n.788, 2001, pp.92 e ss.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporaneos*. Madri: Aguilar.1973.

DIDIER Jr, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, vol. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, vol. I.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, vol. II.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, V.III.

DEKKERS, René. *El derecho privado de los pueblos*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1957.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, tomo I, [s.d.].

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad Ed., 1951, vol.I.

GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do código,o de processo civil de 1973 ao novo código civil, Estudos de direito processual*. Coleção Jose Patrocínio. Rio de Janeiro: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Vicente Filho. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2003, vol. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova emprestada*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº4, out/dez 1993: 60/69.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Comparative civil procedures in Brazil*. Revista de direito comparado. Vol. II, n. 2. Belo Horizonte: UFMG, 1998. p. 329.

JUNOY, Joan Pico I. *El derecho a la prueba em el proceso civil*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1996.

_____. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.

KAUFFMAN, André Gustavo Salvador. *Panorama da Prova na Jurisprudência do TJ/SP*. In “Panorama atual das tutelas individual e coletiva”, obra coletiva em homenagem ao Professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva. 2011. pp.43-54.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de Dr. João Baptista Machado. Coleção Stvdivm, 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976.

KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*, in “Processo e Constituição”, obra coletiva coordenada por Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 942-951.

LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, editores, 1906, tomo I.

_____. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, editores, 1906, tomo II.

_____. *Teoria general de la prueba em derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, editores, 1906, tomo III.

LIEBMAN, Eurico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intellectus Editora, 2003, v.I.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intellectus Editora, 2003, v.II.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intellectus Editora, 2003, v.III.

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Editora Atlas, 2006, vol.II.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Parte Geral. São Paulo: Editora Atlas, 2006, vol.I.

_____. *Provas atípicas e efetividade do processo*. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol V.

_____ e CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. *O Juiz, as Regras sobre o Ônus da Prova e a Teoria das Cargas Dinâmicas*. In “Panorama atual das tutelas individual e coletiva”, obra coletiva em homenagem ao Professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva. 2011. pp.476-481.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. I.

_____. *Formação da Convicção e Inversão do ônus da Prova segundo a Peculiaridade do caso concreto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT 862, pp.11-21, ago./2007.

_____ e ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. 7ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. II.

_____ e ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____ e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*. 1ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O Projeto do CPC. Críticas e Sugestões*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva. 1974. vol. II, 1ª parte.

MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba – Los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: Ejea, 1978.

_____. *Naturaleza de la Prueba*. Revista dos Tribunais n. 462, p.11-21, abril de 1974.

MENDES, Jose de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa-America, 1961.

MILHOMENS, Jônatas. *A prova no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto F., BONDIOLI, Luis Guilherme A. e FONSECA, João Francisco N. da. *Código de Processo Civil e legislação Processual em vigor*. 44ª ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____ e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Manual de Monografia Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEYRANO, Jorge W. *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura Del sistema*. Civil Procedure Review, v.1, n.3: 95-102, sep./dec., 2010.

_____; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, tomo II.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, tomo IV.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1996.

REICHELT, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

REDONDO, Bruno Garcia. *Ônus da Prova e Distribuição Dinâmica*. In “Panorama atual das tutelas individual e coletiva”, obra coletiva em homenagem ao Professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva. 2011. pp.210-226.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

ROHNELT, Ladislau Fernando. *Prova emprestada*. Porto Alegre: Revista da Ajuris, v.6, n.17, p. 37-46, Nov., 1979.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Europa-America, 1956.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito Processual Civil*. 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1994, vol. I.

SANTOS, Gildo dos. *A prova no Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Editora, 1987, vol. II.

_____. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad Editor, [s.d.], vol. I.

_____. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1966, vol. IV.

_____. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, vol.V.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: Forense Editora, 1976, vol.IV.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Como utilizar o direito comparado para a Elaboração de Tese Científica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 1ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, vol. I.

TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 140, pp. 145-162, out/dez., 1998.

TARUFFO, Michele. *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. *Ius et Praxis*, 2006, vol.12, no.2.

_____. *Senso comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz*. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.

_____. *Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.

_____. *La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1992, v.III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, vol.I.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Parte Geral*. 3ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante*. Repro 100/81-87. São Paulo: Revista dos Tribunais, out- dez.2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo 2009 – Repro 172.

www.planalto.gov.br

www.stj.gov.br

www.stf.gov.br

www.tj.sp.gov.br

www.tj.rs.gov.br

www.tj.rj.gov.br

www.tj.sc.gov.br