

PRINCÍPIOS DA AQUISIÇÃO "E" COMUNHÃO DA PROVA

Sumário: 6.1 Conteúdo e alcance – 6.2 Parte produtora de prova contra si mesma – 6.3 Os documentos eletrônicos e digitalizados – 6.4 A garantia da publicidade e a informatização do processo – 6.5 Prova emprestada: 6.5.1 Risco de ilegalidade; 6.5.2 Contraditório e valoração; 6.5.3 Prova emprestada e questões fáticas repetitivas.

6.1 CONTEÚDO E ALCANCE

O desenvolvimento e a compreensão do princípio da aquisição têm origem na Itália, especialmente nos trabalhos de Chiovenda e Carnelutti, conforme reconhece Enrique M. Falcón,¹ em que pese Lopes da Costa já identificar no direito intermédio a regra aplicável a documentos e testemunhos: *testes et instrumenta in producendo fuit communia*.²

Nas Ordenações Filipinas (I, 24,12) a comunhão da prova era adotada: “E se alguma parte oferecer em juízo alguma escritura em ajuda de ser feito e depois de ser em poder do escrivão, a parte que a deu tornar a pedir, não lhe dará sem consentimento da outra parte ou sem mandado do juiz, que primeiro ouvirá a parte ou seu procurador”.³

Carnelutti confere à aquisição uma amplitude maior, superando os limites da prova, classificando como uma categoria dos atos processuais,⁴ voltados

1. *Tratado de la prueba* cit., t. I, p. 219.

2. *Direito processual civil brasileiro* cit., vol. 3, p. 219.

3. Cf. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*, vol. 3, p. 219.

a colocar à disposição do juiz os elementos lógicos e físicos que permitam o encerramento do litígio, descrevendo-os como razões, provas e bens.⁵ Do que denomina de *atos de aquisição processual* em afirmação,⁶ exibição (ser da exibição, pela necessidade da força),⁸ que, em brevíssima síntese, envolve o quanto exposto pelas partes, com a reunião de todos os elementos necessários para que o juiz possa ter contato com estes, permitindo o julgamento finalmente, para que seja possível a entrega do bem da vida a quem tem razão.

Chiovenda sustenta que, em virtude do princípio da aquisição, as partes têm o direito de utilizar as deduções feitas e os documentos apresentados, por parte contrária, bem como as petições que esta apresenta ou até dos atos, por impulso processual realize, afirmando que isto decorre da circunstância atividade de ambas as partes derivarem de uma única relação.

Nos limites deste trabalho, a aquisição é analisada especificamente com o princípio fundamental da prova.

O princípio da aquisição, não deve ser exclusivamente considerado um *rito das partes*, como sustentando por Chiovenda,⁹ com uma visão, portanto, atualidade, excessivamente individualista e privatista; o princípio tem a portância para aclarar a *natureza pública* da atividade jurisdicional e, consequentemente, das provas produzidas no processo que, rigorosamente, não se titular, havendo apenas destino (os autos) e destinatários, que são todos, que possam, dentro dos limites legais, utilizarem-se do acervo probatório que, final, deve ser considerado, como, um *todo unitário*.¹⁰

O princípio é tão voltado para o aspecto público que pode levar a consequências negativas no plano probatório, mesmo contra o responsável pela produção da prova em juízo, que não poderá pretender afastá-las por mera desistência.¹¹

5. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. 3, p. 5.
6. *Idem*, p. 19-23.
7. *Idem*, p. 24-25.
8. *idem*, p. 28-31
9. *Instituciones de derecho procesal civil*, vol III, p. 84-85.
10. Lopes da Costa aponta que a aquisição e a comunhão da prova são corolários da *unidadade processual*. (*Direito processual civil brasileiro* cit., vol. 3, p. 198).
11. Nesse sentido, Echandia, Hernando Devís. *Teoría general de la prueba judicial* cit., t. 1, p. 111.

O princípio, ao orientar tanto o ingresso da prova nos autos e, por consequência, sua produção e aproveitamento pelos destinatários, denota toda sua importância, relacionando-se diretamente com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O princípio da *comunhão da prova* expressa que ao ser produzida uma prova, esta será apreciada, independentemente do responsável pela sua obtenção, podendo até mesmo prejudicar a parte que a produziu.

É expressão dos princípios da comunhão e aquisição processual o fato da prova produzida por um litisconsorte poder beneficiar outro litisconsorte, como observa Fredie Didier,¹² contudo, também a prova que atinge negativamente, pois a prova produzida esclarece o *fato probando*, o que pode significar para as partes um contexto probatório positivo ou negativo. Uma vez a prova produzida é irrelevante a parte responsável por esta, logo, mesmo em casos de litisconsórcio, a produção pode não somente atingir a parte produtora, como o litisconsorte.

Pela conclusão supra, deve-se interpretar com cuidado o disposto no art. 48 do CPC que estabelece que os litisconsortes são considerados, em sua relação com a parte adversa, como litigantes distintos, sendo que os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros. Isto ocorre, evidentemente, em relação aos atos de disposição, porque as provas produzidas não devem ser confundidas, entre outros, com a confissão, o reconhecimento jurídico do pedido e a não impugnação específica, porque estas hipóteses não resultarão num *fato esclarecido*, mas tão somente na solução, dispositiva, da demanda.

Retomando a linha geral da comunhão e da aquisição processual, a irrelevância do responsável pela produção significa que a prova que ingressa no processo é desvinculada do seu produtor, com isto se um autor arrola uma testemunha e esta esclarece fatos de forma objetiva e clara, demonstrando a veracidade de seu depoimento, que prejudicam aquele que a arrolou, este não poderá requerer a sua desconsideração. Idêntica é a situação para o litisconsorte, quando a parte que arrola a testemunha é também integrante do mesmo polo.

Do mesmo modo, caso uma testemunha seja arrolada, a parte que dela desistir, não necessariamente impedirá a outra de insistir na oitiva, isto porque deferida a prova testemunhal e apresentado o rol de testemunhas há para as partes uma expectativa em relação à oitiva. Lopes da Costa defende que, mesmo silenciando a lei, é cabível a outra parte insistir no depoimento, sendo-lhe

deferido até arrolar como testemunha indicada por ela, sem observância do prazo para rol.¹³

A prova não tem titular. Ela se destina imediatamente tanto às partes, garantir a sua utilização como embasamento de suas alegações,¹⁴ como juiz, na medida em que gera condições para este expressar o seu livre convencimento motivado. Mediamente, as provas produzidas têm uma função mais ampla, não devendo ficar relegadas exclusivamente "aos autos" onde são aportadas.

Provavelmente, para impedir qualquer risco de "titularização" da prova buscando expressar o seu maior alcance, é defendido que o destinatário da prova seria o processo.¹⁵

Há uma interessante relação entre a denominação adotada e a definição de destinatário.

A opção pela denominação "aquisição da prova", parece indicar uma tendência à objetivação, isto é, vincular a produção da prova a um local (o processo), tanto que Nelson Nery Junior e Rosa Nery, quando assim defendem, ressaltam, tratando do princípio da aquisição, que a prova "é adquirida pelo processo, não mais podendo dele ser extraída ou desentranhada, sendo irretratável saber-se quem a produziu".¹⁶

Agora, se a opção for pela denominação "comunhão da prova", é valorizado o elemento subjetivo, ou seja, quem se utilizará da prova, já que comunhão envolve exatamente este aproveitamento por várias pessoas, além da responsável por seu aporamento nos autos.

As duas denominações expressam características elementares e não devem ser utilizadas como denominações sinônimas, mas sim *complementares*. Par-

13. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro* cit., vol. 3, p. 220.

14. Prova disto é que uma prova produzida não considerada pelo juiz na sentença, decisiva para o julgamento e o erro judicial significou considerar um fato inexistente quando existente (ou vice-versa), será admissível, após o trânsito em julgado, o ajustamento de ação rescisória embasada em erro de fato (art. 485, IX e §§ 1.º e 2.º).

15. Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa, *Código de Processo Civil comentado* cit., p. 606, nota 11 ao art. 332 do CPC.

16. Op. cit., p. 606, nota 13 ao art. 332. No mesmo sentido o art. 515.º do CPC Português: "O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declaram irrelevante a alegação de um facto muiando não coito, falso, etc."

exata compreensão é altamente indicada a utilização das duas denominações simultaneamente, *princípios da aquisição e comunhão da prova*.

Rigorosamente, a prova produzida deve se encontrar nos autos (aquisição), o que não afasta que tanto o juiz, na decisão, quanto as partes, na defesa de seus interesses, poderão dela se utilizar (comunhão interna). Mas a compreensão não se encerra aqui, porque todos aqueles que tiverem a missão de julgar utilizarão da prova (comunhão interna), o que também pode ocorrer nos casos de intervenção de terceiros, bem como "terceiros" alheios ao processo, utilizando-se da prova para *outros processos*, a que se deve denominar de *comunhão externa*, o que também ocorre se uma ou mesmo ambas as partes utilizam de uma prova para outro processo (prova emprestada).

A prova tem um *destino*, o processo. Um *destinatário principal*, os integrantes do Judiciário ou de tribunais arbitrais incumbidos de julgar a demanda. *Inúmeros destinatários indiretos*¹⁷ que utilizarão a prova produzida, não somente para julgar,¹⁸ mas para dar base aos seus argumentos no processo onde se encontram (partes e assistentes) ou para serem utilizadas em outro processo (v.g., prova emprestada).

Não deve ser confundida a situação material de localização e arquivamento (destino) com aqueles que podem se utilizar da prova produzida (destinatários).

A diferenciação objetiva evita uma confusão.

Em relação a uma carta, o destino é um endereço, o destinatário, necessariamente dotado de razão ou de instrumentos de automatização/inteligência artificial,¹⁹ é a quem a carta é encaminhada e poderá dela fazer uso.

17. Moacyr Amaral Santos classifica o juiz como o destinatário principal e direto e as partes como destinatários indiretos (*Primeira linha de direito processual civil*, vol. 2, p. 341). No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil* cit., vol. 2, p. 29. Embora seja utilizada esta correta classificação, os destinatários indiretos não se limitam às partes, podendo também alcançar "terceiros" alheios ao processo. Podem as provas produzidas ser utilizadas em outro processo, sendo prova emprestada (art. 332), bem como até serem "utilizadas" as provas na hipótese de recurso interposto por terceiro juridicamente interessado (art. 499 do CPC).

18. Juiz que utiliza a prova emprestada como fonte do seu convencimento.

19. A automatização é referida porque, atualmente, podem ser enviados e-mails (correspondência eletrônica) visando a participação em eventos, dentre outros objetivos, e a

Parece mais aconselhável se admitir que o processo (autos) é *locus* quivivamento, não um "adquirente". "Aquisição" significa que uma prova produzida e se "encontra" nos autos.

Nas hipóteses de demandas cumuladas, evidentemente, há comunhão de provas produzidas, em que a produção para uma também valerá para a outra.²⁰

Não custa ressaltar que a prova tem natureza pública e, consequentemente, deve observar a publicidade (art. 93, IX, da CF) e a possibilidade de utilização por sujeitos processuais (da relação processual específica) e não somente pelos sujeitos processuais (da relação processual específica) constitucionais, quando for o caso.

Um dispositivo do Código de Processo Civil parece apresentar uma exceção ao princípio da aquisição e comunhão da prova, especificamente sobre a ausência de "titularidade" em relação às provas produzidas: é o disposto no art. 392 que autoriza a parte que "produziu o documento" (juntou-o aos autos) após apresentado o incidente de falsidade pela contrária, solicitar seu desentranhamento.

Contudo, a exceção é apenas aparente, uma vez que o dispositivo condiz com o desentranhamento à aceitação pela parte contrária, *in verbis*:

"Art. 392. Intimada a parte, que produziu o documento, a responder no prazo de 10 (dez) dias, o juiz ordenará o exame pericial.

Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial, se a parte, que produziu o documento, concordar em retirá-lo e a parte contrária não se opuser desentranhamento".

Porém, poderia se caracterizar como uma exceção se entender-se que o autor estará aliado da análise, devendo se submeter à vontade das partes, diante do silêncio da regra.

respondência, o que, para fins de compreensão não impede reconhecer a existência de destino (o endereço eletrônico - caixa postal) e o destinatário, a empresa promotora do evento, gerando até vinculação voltada à exigibilidade do cumprimento da mensagem publicitária.

20. Estando ressaltada esta característica, justificando que seria absurdo não admitir esta comunhão da prova se elas se resolvem em uma só sentença (*Teoria general de la prueba judicial*, t. I, p. 111). Contudo, mesmo no caso, excepcional, em que não se resolvem pela mesma sentença (por exemplo, no caso de oposição apresentada após a audiência, art. 60), diante da conexão existente, é até indicado, a fim de evitar decisões conflitantes, a comunhão da prova.

mas não é assim.

O art. 392 parece deixar a cargo das partes, não porque haveria incidência do princípio dispositivo nas provas, mas sim porque a incidência deste referindo incidente de falsidade, que é uma demanda e, como tal, é passível de não incidência, pelo que a retirada da prova é um acordo entre as partes, voltado a impedir com uma demanda, especialmente porque o documento pode não ser relevante para o esclarecimento dos fatos (*probandos*), somente prejudicando a duração do processo onde aporou o documento impugnado.

Aqui está a chave da compreensão específica dos princípios da comunhão e aquisição combinados com o princípio dos deveres-poderes instrutórios do juiz, pois se o documento for relevante para o esclarecimento do *thema probandum*, poderá o juiz, *ex officio* determinar a continuidade do incidente de falsidade, pois não é admissível, por vontade das partes, ser-lhe suprimida informação relevante para o julgamento da demanda, nos exatos termos do art. 392 do CPC.

6.2 PARTE PRODUTORA DE PROVA CONTRA SI MESMA

É comum, nos tratamentos do princípio em análise, a afirmação que é irrelevante a parte que produziu a prova, já que esta pode ir contra o próprio interesse da produtora.

O que no princípio da aquisição e comunhão da prova se pretende expressar é que a parte não é titular, não é dona da prova produzida, que uma vez ingressando nos autos poderá ser instrumento a levar ao magistrado a convicção sobre determinada questão fática, que é o relevante para o processo. Mas há que se considerar também que quando é a própria parte que "produz prova contra si", se assim pode ser dito, esta peculiaridade pode ser levada em conta, até para amplificar a carga de convencimento da respectiva prova.

A testemunha trazida pela parte que a arrolou, normalmente, não será surpreendida pela suspeição ou impedimento da testemunha e se a trouxe é porque vê condições para que esta colabore para a solução das questões fáticas. Se durante o depoimento, os esclarecimentos se voltam contra as alegações da parte, esta testemunha normalmente será mais considerada que as testemunhas arroladas pela parte contrária.

Mas há outra faceta na aplicação do princípio da aquisição e comunhão da prova. Ainda aproveitando o mesmo exemplo. Se a testemunha arrolada pelo autor depois sobre uma série de aspectos contrários ao interesse do próprio

tratado, que assegura a utilização pelas partes de *todas as provas produzidas*, poderá o autor demonstrar os motivos para ser descartado o depoimento do testemunha que arrolou (é inadmissível se dizer "sua testemunha") e o porquê deve ser admitido o depoimento da testemunha arrolada pelo réu.

A prova que ingressa no processo não tem titular e sua utilização é feita pela carga esclarecedora da questão controvertida, base para a análise racional do juiz, viabilizadora do convencimento.²¹

6.3 OS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS E DIGITALIZADOS

Como os documentos produzidos eletronicamente e juntados no processo eletrônico farão a mesma prova que os originais, para os efeitos legais (art. 365 do CPC e art. 11 da Lei 11.419), será necessário cuidado redobrado, especialmente quando estes documentos forem encaminhados por advogados privados e públicos e pelo Ministério Público por meio de petições eletrônicas. Em muitos casos, os documentos deverão ser digitalizados e, portanto, em observância ao princípio da *aquisição e comunhão da prova*, o documento original deverá ser arquivado pelo advogado ou pelo órgão (se público), uma vez que poderá ser requisitado a qualquer instante pelo Poder Judiciário, conforme prevê o § 3.º do art. 11 da Lei 11.419:

"Art. 11 (...) § 3.º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2.º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória".

Atualmente já existem documentos eletrônicos que são originais e não equiparados aos originais, como ocorrem com as certidões negativas de tributos federais, Estaduais e Municipais; contudo, a Lei, erroneamente, não diferenciou equiparação e originalidade.²²

Mesmo de documentos eletrônicos será possível a arguição de falsidade, que poderá se fundar tanto na falsificação do documento "original" propriamente

21. O autor, mesmo no caso de ocorrência dos efeitos da revelia, pode ter seus pedidos julgados improcedentes em razão das provas por ele mesmo produzidas, o que é uma consequência dos princípios da aquisição e comunhão da prova e da unidade probatória (v. item 10.2)

22. Este erro não passou despercebido e foi criticado por: CALMON, Perrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 100

dito, portanto previo à eventual digitalização, quanto na falsificação procedida durante ou posterior a sua digitalização. Poderá também o documento eletrônico que é original (como no caso das certidões negativas de tributos) ter sido adulterado, o que também será passível de questionamento pelo incidente.

Quando houver digitalização de documentos e sua introdução no processo, este documento que ingressou nos autos goza de presunção *iuris tantum* de autenticidade ("fazem a mesma prova que o original" — art. 365 do CPC com a redação dada pela Lei 11.419), devendo o original ser guardado pelo responsável pela digitalização ou, mais correta e especificamente, pelo responsável por seu ingresso (aquisição da prova) no processo, não devendo ser esquecida a *comunhão da prova*, mesmo competindo o arquivamento a outrem, o juiz, a parte ou qualquer interessado poderá requerer a exibição do original, não somente para fins de falsidade, como parece a lei induzir, mas para qualquer outro fim, porque, a prova documental produzida não é da parte, mas sim comum a todos aqueles que dela podem fazer algum uso, incidindo aqui interesse público no seu correto arquivamento, não sendo o arquivo "da parte" (não é arquivo privado), mas sim *arquivo judicializado*.

O documento eletrônico (original ou expressão do original digitalizado), quando adotado, provoca o *dever de arquivamento do original* (escrito) ou o *dever de demonstração técnica de autenticidade* (documento eletrônico original). Se envolver ato processual eletrônico de juntada realizado por advogados públicos ou membros do Ministério Público, o dever é dos respectivos órgãos; sendo advogado privado, é do escritório de advocacia, pessoa jurídica, se contratado este ou na relação direta com profissional individualizado, será deste o dever, salvo quando a própria parte for "detentora" do documento (§ 3.º do art. 11 da Lei 11.419/2006), hipótese em que o dever será desta.

Na Lei 11.419 também se regula a digitalização dos autos, determinando regras, no § 5.º do art. 12, para que partes e procuradores se manifestem sobre o desejo de manterem pessoalmente a guarda de documentos originais, o que importará, também, na responsabilização por sua exibição, pelo menos até o prazo final para ajustamento da ação rescisória (§ 3.º do art. 11).

6.4 A GARANTIA DA PUBLICIDADE E A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO

Antes de tratar da informatização do processo, deve-se ter em mente que a garantia da publicidade pode ser vista por dois prismas, o *interno* e o *externo*.²³

23. Para uma análise profícua v. ALMADA, Roberto José Ferreira. *A garantia processual da*

A *publicidade interna* está relacionada às partes, assistentes, seus representantes, o membro do Ministério Público e até o juiz, e que ainda se subdivide em *imediate*, que assegura o conhecimento no momento em que o ato é realizado (ex.: participação na audiência) e *mediata*, que significa a ciência sobre que ocorreu (ex.: juntada de um documento).

A *publicidade externa* se relaciona com a garantia da "publicidade gerada do público",²⁴ não somente como forma de garantir um processo equo, mas também a legitimidade da atividade jurisdicional por meio de um controle de sociedade.

Nada impede, contudo, que no caso concreto o juiz, por necessidade de garantir a privacidade, a intimidade, o direito à preservação de uma manobra entre tanto outros casos, admita *in concreto* a restrição ou então a lei estabeleça casos específicos, desde que haja justificativa, explícita ou implícita (art. 5.º LX, da CF).

Imagine-se a possibilidade de um início de relacionamento comercial com determinada pessoa, sendo impossível aquele que está na iminência de celebrar um contrato tomar contato com demandas judiciais em que figure a outra parte. A informação sobre pendências judiciais, sem análise dos autos, somente é negativa, enquanto o contato *in loco* permitirá uma avaliação mais justa até positiva.

O dispositivo constitucional *restritivo* expressa claramente sua excepcionalidade:

"Art. 5.º (...) LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Somente haverá restrição da publicidade em duas hipóteses:

- i) defesa da intimidade;
- ii) exigência do interesse social.

Salvo estas, não será constitucional a restrição.

Não há *interesse social* na não publicidade e acessibilidade dos advogados e da população em geral aos processos judiciais, sendo uma das eficientes formas de controle dos atos públicos em geral, a publicidade (art. 37 da CF).

Nos casos de defesa da intimidade a salvaguarda ocorre pelo *segredo de justiça*, em que há a inacessibilidade a todos os atos do processo, o que pode alcançar, mais amplamente, situações como ações envolvendo segredos comerciais entre outras.

O *segredo de justiça* difere do sigilo, pois este último restringe-se a determinados documentos ou atos do processo, enquanto naquele há uma inacessibilidade ampla dos autos.²⁵

Especialmente após a EC 45, o interesse público na divulgação de dados do processo ganhou destaque *expresso* na Constituição Federal na parte final do inc. IX do art. 93:

"Art. 93. (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 2004)" (destacou-se).

Portanto, toda lei que trouxer a restrição deve expressa ou implicitamente conter os motivos de proteção da intimidade ou de atendimento a um interesse social ou individual *específicos*, do contrário, inobserva, simultaneamente, o disposto no inc. LX do art. 5.º e no inc. IX do art. 93, ambos da CF.

Retomemos o tema em torno da informatização do processo.

"Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o ministério público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça" (§ 6.º do art. 11 da Lei 11.419). Pela literalidade do dispositivo, documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso pela rede externa (internet) pelas partes. Petrónio Calmon²⁶ lembra, corretamente, que o parágrafo único do art. 155 já trazia regra próxima:

"Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite".

25. CABRAL JÚNIOR, Silvério Nery; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 52. Carlos Henrique Abrão destaca a importância do processo eletrônico no âmbito probatório, permitindo um "reflexo estruturado" e equilibrado, para que as partes, o Ministério Público, terceiros intervenientes, possam ter amplo acesso à rede (ABRÃO, Carlos Henrique. *Processo eletrônico*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2009, p. 56).

Trata-se de regra que não pode ser interpretada isoladamente.

O art. 155, na íntegra, permite uma análise mais cuidada:

“Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I — em que o exigir o interesse público;

II — que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, coarção desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite”.

Interpretado referido dispositivo à luz do disposto nos arts. 37 e 93, IX, da CF, a publicidade, salvo nos casos de segredo de justiça, deve importar em acessibilidade aos autos, pois o que nos autos consta é o registro de atos processuais que são “públicos”, evidentemente. Não permitir o acesso aos autos, quando é garantida a publicidade dos atos processuais (art. 93, IX, da CF), significa grave contradição entre ser possível presenciar o ato processual e não poder consultá-lo posteriormente.

Portanto, nem a lei infraconstitucional, nem portarias ou regulamentos, salvo nos casos de segredo de justiça ou sigilo justificados, podem impedir o acesso do advogado aos autos (art. 7.º, XIII a XVII, da Lei 8.906/1994),²⁷ bem como de qualquer interessado.

Caso haja uma preocupação com o excessivo número de consultas pela internet de determinados processos, especialmente de seus documentos, há tecnologia para, com segurança, aplicar mecanismos, filtros, para restringir o número de acessos, apenas assegurando, com certeza e sem obstáculos, às partes, seus advogados, membros do Ministério Público ou advogados e interessados, estes últimos com autorização judicial.

O que não é possível é uma restrição que não se coaduna com a garantia da publicidade, em termos gerais, que é justificada na *necessidade de fiscalização* dos participantes do processo, mas também “pelo povo em geral do conteúdo do que se faz em juízo”.²⁸

27. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado* cit., p. 422, nota 7 ao parágrafo único do art. 155.

28. MITDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil* Buenos Aires, Dvance, 2007, p. 117.

Jeremias Benham sustenta que a publicidade é uma das mais eficazes salvaguardas em relação aos testemunhos (que desconsiderados por serem considerados falsos ou inconsistentes — poderão ser denunciados em processos futuros) e que deve ser aplicada “a todas as partes do procedimento e a todas as causas, com exceção de um escasso número”.²⁹

Não se pode deixar de criticar uma lei, da magnitude da 11.419, que se prende em restrição tão questionável, quando o Brasil, nos últimos anos, vem vendo um dos que mais democratizou as consultas via internet, seja de andamento dos processos, seja da jurisprudência, que vem sendo responsável por uma grande mudança, com a adoção do precedente, que somente foi possível pela democratização do acesso à informação gratuita.

A informatização vem para contribuir e não para impor restrições ou obstáculos. Se qualquer pessoa pode consultar autos no balcão dos cartórios forenses, salvo nos casos de segredo de justiça, não é adequado que a informatização dos processos não transfira para o novo meio o mesmo direito, a mesma cultura.

O exemplo dos tribunais, estaduais, regionais e superiores, especialmente do STJ e do STF, em relação à acessibilidade deve ser seguido por qualquer lei que pretenda utilizar da informática e do desenvolvimento dos meios de comunicação para alcançar os escopos políticos, sociais, jurídicos e econômicos da atividade jurisdicional.

Pelos motivos expostos, especialmente pela clara redação do inc. LX, é violadora da Constituição Federal a interpretação que por vezes é realizada pela doutrina de que o disposto no parágrafo único do art. 155 do CPC impede o acesso de terceiros aos autos.

Vejamos os fundamentos de Roberto José Ferreira de Almada: “Então, para evitar ofensa à intimidade dos litigantes é possível que a restrição à publicidade se opere como regra e, portanto, incida indistintamente para todos os casos delimitados na lei (art. 155, II, do CPC); diferentemente há de ser, todavia, o tratamento dedicado à restrição da publicidade por imperativo de interesse público (art. 155, I), expressão adotada expressamente pelo art. 93, IX, da Carta e substituída no seu art. 5.º, LX, por interesse social”.³⁰

Se o inc. LX do art. 5.º prevê que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigir”

29. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ejea, 1971. vol. 1, p. 140.

rem" e o inc. IX do art. 93 estabelece que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação", não se pode afirmar que a regra é que todos os processos sejam sigilosos por intimidade dos litigantes em homenagem ao interesse público, pois se assim o fosse, a lei não restringiria a publicidade, mas sim apenas asseguraria excepcionalmente nos casos que congruasse.

Denominando de direito à informação, Augusto Mario Morello ressalta sua previsão na Constituição Nacional Argentina e sustenta que no art. 13 do Pacto de San José de Costa Rica se estabeleceu: "el derecho a la libertad de pensamiento y expresión (...) comprende la libertad (fundamental) de buscar recibir y difundir información e ideas de toda índole (...) sino de todo ciudadano interesado en los asuntos públicos, y no es sino la aplicación directa del principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno".³¹

Portanto, o acesso à informação voltada ao interesse da parte se vincula ao princípio da publicidade dos atos de governo, mas que tem na *comunhão da prova* importante instrumento para o efetivo exercício da *ampla defesa*, com os meios e recursos a essa inerentes, o que somente com isto pode se observar e indispensável contraditório.

A Constituição brasileira, como retro demonstrado, estabelece a publicidade de como regra e não como exceção!

Portanto, não pode a lei infraconstitucional, muito menos a sua interpretação, induzir a conclusões que a regra é de restrição como se houvesse uma garantia dos litigantes à inacessibilidade dos autos, por terceiros, invertendo a premissa constitucional enaltecida do valor do acesso da sociedade aos litígios perante o Poder Judiciário.

Quando o debate se trava por meio de generalidades, o obscurantismo impera. A publicidade é a regra, logo, somente pode ser afastada nos casos em que a lei expressa e excepcionalmente, com razoabilidade, restringe-a (como nas causas envolvendo direito de família) ou então quando identificadas pelo juiz no caso concreto a relevância e adequação da restrição da publicidade mediante decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF).

Aliás, interpretação generalizante afronta até as medidas de salvaguarda da efetividade do processo, como o instituto da *fraude de execução*, que, se por um lado, é tão radical, deve, no mínimo, por outro ter como premissa a publicidade externa dos atos processuais.

Além do mais, a procura por informações e provas em processos judiciais deve ser uma garantia assegurada aos jurisdicionados, pois a consulta do processo poderá revelar *padrões de conduta* que esclarecerão determinados fatos, o que jamais poderia ser alcançado diante da inacessibilidade generalizada dos autos.

Já se concluiu que entidades de divulgação de informações voltadas ao crédito não violam o direito à privacidade das pessoas, pois é um direito público à informação sobre situações creditícias, imponderabilidades, cheques devolvidos, como também acabam sendo uma fonte de informação positiva daqueles que não tem referidos problemas.

Da mesma forma ocorre com o processo.

Se coletivamente for impedida a análise dos autos, dos registros dos atos processuais, especialmente instrutórios, e documentos, sem razão plausível, ferir-se-ão o *direito à informação* e os *princípios da aquisição e comunhão da prova*, já que determinados padrões de conduta, provas produzidas em outros processos, podem colaborar no esclarecimento de questões fáticas além dos limites onde a prova foi produzida, o que acaba, pela *comunhão da prova*, em sua perspectiva externa, sendo inobservado.

É a natureza pública do processo e o cumprimento do comando geral de publicidade (arts. 37, 93, IX e 5.º, LX, da CF) que viabiliza o direito à informação. Adverte Jeremias Bentham: "La dificultad de poner el mal en evidencia, es lo que más contribuye a mantenerlo".³²

E mesmo no caso em que não há qualquer inconstitucionalidade, como na previsão do art. 155, II, do CPC que determina o segredo de justiça voltado à preservação da intimidade, especificamente em matérias relacionadas à família, justamente há plausibilidade não apenas pela proteção da família enquanto determinação constitucional (art. 226 da CF), mas também porque referidos temas, em regra, somente dizem respeito a um pequeno grupo de pessoas, integrantes da família, não havendo interesse público na sua divulgação.

Porém, se no caso concreto, o litígio familiar tem potencialidade para superar os limites da *celula familiar*, atingindo outras pessoas, que para o exercício da ampla defesa precisariam contar com informações relevantes prováveis e determinadas existentes no processo, demonstrada a imprescindibilidade de acesso onde tramita a demanda sob sigilo, decidir a respeito da *relevância* do acesso e da *razoabilidade* na redução da preservação da intimidade, por exemplo, podendo autorizar acessos a materiais específicos, bem como determinar o dever de sigilo ou a limitação da utilização para assunto específico autorizado, sob pena de se configurar como *prova emprestada* obtida por meio ilícito, sem prejuízo de outras sanções.

Na busca da compatibilização dos interesses, na ponderação de princípios é fundamental a consciência de que nem sempre o atendimento de uma necessidade significa aniquilar um direito, podendo, em boa parte dos casos, priorizar um princípio (ex., de acesso à informação) sem obrigatoriamente inibir outro (ex., da intimidade), como no caso da restrição da utilização da prova. O caminho é longo, não faltarão obstáculos técnicos e econômicos à informatização, mas, em alguns planos, concessões preliminares e gerais voltadas restringir garantias são inadmissíveis, porque não representam a ponderação de princípios em coação, mas a aniquilação de um à guisa de conveniências de facilidades generalizantes desarrazoadas para o Estado, atentando contra cânones constitucionais, o que é inadmissível.

Se para o Estado é interessante o emprego dos meios eletrônicos, este deve ocorrer sem prejudicar as garantias constitucionais, que, em última análise, devem ser ainda mais prestigiados e não aniquiladas pela justificativa fácil de dificuldades e custos envolvidos na informatização e adoção de meios eletrônicos.

6.5 PROVA EMPRESTADA

A prova se destina a viabilizar a solução de questão fática em determinado processo no qual deve ser proposta, deferida, produzida e valorada; no *iter processual* busca-se a transição da *ignorância*, acerca de dado fato, à definição de sua ocorrência ou inoocorrência, o que tem relação direta com o princípio da *aquisição e comunhão da prova*.

Quando tratamos dos aspectos gerais do princípio da aquisição e comunhão da prova concluímos que:

1. *Interna*, ou *externa*, quando a prova produzida é, de alguma forma, aproveitada pelas mesmas partes, terceiros ou outros juizes em processos distintos.³³

2. A prova naturalmente presta-se ao processo onde foi produzida, mas é admissível, em alguns casos, o seu encaminhamento para outro processo (aquisição), visando seu aproveitamento, além dos limites originais, que podemos denominar de comunhão externa: é, normalmente, a prova emprestada.

Em alguns casos a prova produzida em um "processo" ingressa em outro sem perder a natureza originária; é o que ocorre na produção antecipada de provas, em que o escopo, é a *aquisição* da prova em momento anterior ao normal, especialmente visando a produção da prova para, se o caso, servir em outro processo. A oitiva de uma testemunha ou a prova pericial, no caso da cautelar de produção antecipada de provas ou a cautelar de exibição de um documento ou coisa, podem resultar na produção de uma prova que será *requerida*, deferida e produzida, porém a *avaliação* ocorrerá em outro processo, como o aproveitamento para uma ação de indenização cumulada com exclusão de sócio, após a exibição de livros. Não são casos de prova emprestada, porque a prova já é realizada para ser utilizada em outro processo. Portanto, a *comunhão da prova*, nestes casos, já tem fim definido: servir de prova em outro processo, por isso não decorrendo problemas em relação ao contraditório e à ampla defesa, os dois grande óbices ao aproveitamento da prova emprestada.

A prova emprestada é aquela que, tendo sido produzida em determinado processo, ingressa em outro, como prova documental.³⁴

33. Há situações em que, embora seja apreciada a prova em outro processo, a decisão a ser proferida considerará a prova na sua origem, mantendo sua natureza e força probante respectivas, como na ação rescisória embasada em *erro de fato*. Sobre este tema, ver o capítulo 10 relativo ao princípio da unidade.

34. Esta definição decorre da apresentada por Didier Jr., com uma pequena diferença, excluímos a indicação que é "prova de um fato, produzida em um processo", isto porque, rigorosamente, mesmo que já tenha a mesma sido admitida no processo no qual foi originariamente produzida, a valoração nos autos de destino será absolutamente independente (livre), bem como, nem sempre o *fato relevante* que originou a produção na origem, será o fato que se pretende demonstrar com a prova emprestada, por exemplo, quando o objetivo for demonstrar a conduta de uma das partes em outro processo durante uma prova pericial ou um depoimento. É a definição do processualista: "Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extratada daquele. A

Na origem a prova já foi produzida, no destino, como prova emprestada, esta deve-se submeter ainda às seguintes etapas: produção (ingresso), admissão (aquisição) e valoração (comunhão).

A prova emprestada é prova atípica, cujo ingresso se dá conforme tratado no princípio da atipicidade, devendo ser superados os três problemas, já tratados e indicados por Barbosa Moreira: (i) *risco de ilegitimidade*; (ii) *contraditório* e (iii) *valoração da prova atípica*.

6.5.1 Risco de ilegitimidade

Inicialmente, deve-se diferenciar *provas pré-constituídas de provas simples ou casuais*. As primeiras não surgem no processo, existem independentemente deste ("pré"),³⁵ não sendo prova emprestada.³⁶ Por exemplo, se um documento é juntado em determinado processo, aquele que é parte em outro poderá obter uma cópia reprográfica e promover a sua juntada, tendo o mesmo valor em ambos os processos.

As provas simples ou casuais são produzidas no curso do processo, sem que tenham sido constituídas para esclarecimento de fatos no processo-destino da prova emprestada.

Há uma segunda ressalva, em relação à prova emprestada: embora ingressando no processo-destino como *prova documental*, esta característica se limita a apontar, porque tem *potencialidade*³⁷ para ter a eficácia probatória de sua natureza originária (testemunhal, pericial, inspeção), sendo este o ponto nevrálgico do cuidado na adoção da prova emprestada.³⁸

sentido: TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil e penal. *RePro* vol. 91, p. 93.

35. É incorreto se afirmar que são provas existentes antes do processo, porque existem provas que podem "surgir" no curso do processo, como um documento que antes não existia, e, ainda assim, será denominado de prova pré-constituída para os objetivos aqui tratados, porque o relevante é advir de evento externo ao processo, sua natureza é exógena ao processo.

36. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e no comercial* cit., vol. 1, p. 309.

37. Terminologia e observação precisas de: TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil e penal. *RePro* 91/94.

38. De início já se pode extrair uma conclusão, se o fato probando no processo-destino for o mesmo do processo-origem, os vícios na produção da prova neste impossibilitarão o aproveitamento da prova emprestada naquele. Afirma-se o "mesmo fato", porque se o que se pretende demonstrar com a prova emprestada é o mesmo que se pretende demonstrar com a prova produzida no processo-destino, a prova emprestada não terá valor probatório.

Como vimos ao tratar do risco de ilegitimidade da prova atípica, um dos pontos mais delicados é violar as normas para produção de provas típicas.

Ora, a prova emprestada choca-se diretamente com este ponto. Uma prova pericial aproveitada no processo-destino é prova neste não produzida na forma da lei, mas com *potencialidade* de eficácia probatória de natureza pericial.

O caminho será o da *admissibilidade ponderada da prova emprestada (atípica)*, que poderá ser empregada de forma substitutiva à produção quando o veículo típico:

- i) não apresentar as mesmas condições ideais da prova emprestada;
- ii) for impossível sua realização;³⁹
- iii) for excessivamente onerosa a produção.⁴⁰

Os fundamentos são os mesmos tratados para provas atípicas, lembrando que deverão ser ultrapassados, cumulativamente, os dois outros problemas: contraditório e valoração.

Ainda no tópico tratado, deverão ser ultrapassados princípios como o da imediatidade, identidade física do juiz, da concentração e da oralidade.⁴¹

Demonstrados no momento oportuno, os subprincípios relacionados à oralidade devem ser observados na exata medida do alcance dos seus objetivos, especialmente no que se refere ao esclarecimento do *thema probando*, vejamos cada um:

i) *imediatidade* é o *contato direto* do juiz com as partes e com a produção da prova, o juiz do processo-destino, não terá o contato direto, contudo este deverá ter ocorrido diante de um juiz, pelo que, por um juízo de ponderação, não maculado pelo vício, não haverá óbice, tudo a depender do nexo de prejudicialidade.

39. Em relação à impossibilidade, é a posição de DIDIER JR.; OLIVEIRA e BRAGA: "o empréstimo de prova oral se, respeitado o princípio do contraditório, a prova não mais puder ser produzida (a testemunha morreu, por exemplo), em relação à prova pericial, não há discussão: é plenamente admissível a importação da prova alhures produzida" (*Curso de direito processual civil* cit., vol. 1, p. 65).

40. Caso não haja nenhum prejuízo às partes, especialmente em relação ao contraditório, tratado a seguir, não está impedido o aproveitamento de prova produzida em outro processo, por economia processual.

41. Destacados por AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e no comercial*,

poder-se-á aproveitar a prova emprestada, se o mesmo ocorreria na hipotética necessidade de produção de prova por carta precatória:

ii) identidade física do juiz é a *personalização* do órgão julgador, nas *provas*, daquele que conclui a audiência de instrução, devendo julgar a causa com as exceções previstas no art. 132, neste caso, como se demonstra no momento próprio deste trabalho, a cada dia decresce a aplicação e eficiência da identidade física do juiz, especialmente porque, o próprio CPC excepto a regra quando se trata de prova a ser produzida em outra comarca, razão pela qual, sob este aspecto específico, não se pode genericamente impedir a prova emprestada.

iii) concentração dos atos processuais: este requisito pode, excepcionalmente, ter alguma incidência, mas é dos apresentados o que menos obsta a admissibilidade da prova emprestada.

Os subprincípios tratados não levam à inadmissibilidade da prova emprestada, apenas, em uma escala de análise, poderão ser utilizados para reduzir ponderada do seu valor pelo juiz.⁴²

No tocante à competência do juiz, Eduardo Talamini, em cuidadas análises demonstra que, se no caso de incompetência há o aproveitamento dos atos decisórios (art. 113, § 2.º), a prova ter sido produzida perante outro juiz não elemento que torne inadmissível a prova emprestada.⁴³

Até aqui já é possível mais uma conclusão: se a prova emprestada não foi substitutiva, mas crítica, em confronto à prova diretamente produzida, ou também ingressou a prova emprestada, é possível seu aproveitamento. É claro que a ótica será para uma análise crítica em relação à produzida nos autos, neste caso, impedir o ingresso, parece uma afronta ao direito ao contraditório e ampla defesa da parte que pretende apresentar como um dos elementos críticos a prova emprestada.⁴⁴ Imagine-se depoimento de testemunha que é

42. TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil e penal cit., p. 98, 43. Op. cit., p. 100.

44. Nesse sentido, no processo penal, importante comentário inserido no julgamento de HC 27.145/SP, de 25.08.2003, no qual na decisão da lavra do Ministro relator Féliz Fischer foi exposto: "Nesse ponto, deve-se esclarecer que a prova emprestada, quando seja reconhecida a preterição de seu valor, é admitida quando não constitui o único elemento a embasar o decreto condenatório, como ocorreu *in casu*". É ilustrativa a adoção da prova emprestada enquanto viabilizadora de uma prova por economia processual: "A este respeito, aliás, oportuno destacar que esta matéria

em processo disse algo completamente distinto, a parte atingida pelo depoimento não poderá valer-se do quanto declarado para fins de análise de credibilidade do depoimento?

Temos para nós que a resposta afirmativa se impõe. A pedra de toque não está na admissibilidade, mas na eficácia, no peso a ser atribuído pelo julgador. É importantíssimo, repetimos, um juízo de *ponderação*. Vejamos, para aqueles que não admitirão a juntada do depoimento porque feito em outro processo, porque envolve partes distintas, se a mesma declaração fosse gravada em uma reunião com a participação da testemunha, não se admitiria a prova?

Então, parece que os canhões de luz estão direcionados para o lado errado. Há um erro na aplicação do *tudo ou nada* na prova atípica, aqui, especificamente, na prova emprestada. Devem ser consideradas as condições para o seu aproveitamento ou não e os danos que pode causar, não se olvidando que *dois pesos devem ser considerados* quando colocados os pesos na balança.

Porém, há a questão de não ter sido produzida a prova perante órgão jurisdicional. Neste caso, se o objetivo for de crítica e não de substituição temos que é possível sua utilização. Na ausência de condições para produção da prova, o ponto central é o contraditório analisado sob a perspectiva de ambos os polos.

6.5.2 Contraditório e Valoração

A solução do problema do contraditório está diretamente relacionada com a valoração, porque será da queda proporcional do valor da prova emprestada

jeivo precipuo da prova, que é a apuração da verdade dos fatos fundamentais da ação e da defesa, o que permite a utilização da prova emprestada, sendo ela por demais lícita, podendo o juiz dar-lhe o valor probante que melhor entender, à teor dos arts. 130, 332 e 427 do CPC. Tenho, assim, que a prova emprestada constitui-se, em decorrência do livre convencimento do magistrado, elemento de convicção válido, principalmente quando apreciada em conjunto com outras circunstâncias, como se tem na hipótese dos autos, onde encontramos uma perícia realizada no exato local de trabalho do autor, nas mesmas condições de trabalho por ele desempenhadas, atendendo plenamente ao comando legal. Não é demais lembrar que a obrigação contida na norma é para que a insalubridade seja apurada por meio de perícia. Se esta foi feita em outro processo, porém nas mesmas condições, não há qualquer óbice ao seu aproveitamento. Importante considerar que a feitura de novas perícias envolve custos e retarda o andamento do processo, o que, no caso presente, seria totalmente desnecessário" (TRT-PE, Processo 00081.1997.341.06.00/7, 3.ª T., j. 23.07.2003, rel.

que será assegurado o seu ingresso no processo-destino. A "eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada estão na razão inversa da possibilidade sua reprodução".⁴⁵

No contraditório, atualmente, reside o maior obstáculo da prova emprestada. Quando esta ingressa para ser instrumento de crítica à prova produzida pelos autos, desde que preservada a ciência, oportunidade de manifestação, adocados meios e recurso inerentes e consideração judicial, não se afigura como inadmitir a prova emprestada, que não entra para suprir lacuna, mas para efetuar o que existe, como informação. Tome-se, como exemplo, o depoimento prestado em outro processo por testemunha que já faleceu. Não envolvem as mesmas partes, e com os cuidados inerentes ao objeto e foco das perguntas (questão de valoração), a prova não poderá ser a única, mas poderá, juntamente com outras, ser um elemento do conjunto probatório.

Contudo, se a prova emprestada for *substitutiva*, aí todo cuidado é pouco por conta da *potencialidade* de ser considerada com sua natureza original. Neste ponto, concordamos com a parcela da doutrina que reúne requisitos *proporcionalmente* maiores para o aproveitamento:⁴⁶

"*Importação de prova que fora produzida entre as mesmas partes*: guarda prova, em princípio, a sua eficácia inicial, desde que preencha os seguintes requisitos: (a) tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes, com respeito à garantia do contraditório; (b) que tenham sido observadas, para sua produção, as formalidades legais; (c) que o fato probando seja idêntico".

"*Importação de prova que fora produzida entre uma das partes e terceiro*: (a) prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior; não terá ela eficácia em relação à parte contrária, que não participou de sua produção; (b) prova é trasladada por quem não foi parte no processo anterior; nesta hipótese, conserva ela eficácia probatória".

"*Importação de prova que fora produzida em processo envolvendo terceiros*: Penso que não há problema na importação, porque ambas as partes estariam na mesma situação e o contraditório seria implementado no processo em que a prova emprestada fosse utilizada."

Como já foi defendido anteriormente, se para uma das partes o modo de produção da prova se dá em violação ao contraditório e à ampla defesa, para

outra, a impossibilidade de sua produção também é violação do contraditório e da ampla defesa.

Em situações-limite em que se contrapõe justamente violações ao contraditório com a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova emprestada, ora para uma parte, ora para outra, deve-se privilegiar a maior densidade do conjunto probatório (ponderação), ainda que o aproveitamento seja, proporcionalmente, menor.

Para avaliar corretamente o conjunto probatório, com a integração de provas qualitativamente inferiores, como a prova emprestada, é muito importante que o "traslado" da prova se dê na íntegra,⁴⁷ o que deve ser exigido pelo juiz, no escopo de não se ter uma análise crítica deturpada.

Cabe ao juiz, também, a determinação de provas *ex officio*, conforme lhe autoriza o art. 130 do CPC, sendo observada a oportunidade para ambas as partes se manifestarem, bem como incluindo todas as questões antes tratadas.

O ponto nevrálgico parece ser a possibilidade de emprego de *outras provas típicas* para serem consideradas em conjunto com a atípica, todas integrando o conjunto probatório. Em algumas passagens, a doutrina parece considerar hipóteses idênticas: a juntada de um depoimento de testemunha que morreu e nenhuma outra prova no processo entre partes diversas do processo-origem e a mesma juntada em processo-destino em que há inúmeros depoimentos, sendo o da pessoa falecida *mais um*. É por isto, que embora muito ainda possa ser desenvolvido pela doutrina, a ponderação e consideração do problema do contraditório amalgamado com a valoração da prova parecem ser um caminho importante para evitar exageros decorrentes do "tudo ou nada" neste caso, que antes de simples regras processuais, chocam princípios, inclusive posições antagônicas embasadas nos mesmos princípios!

Neste ponto, o escopo não é a defesa de uma posição definitiva e com preensão exaustiva, mas apenas lançar alguns ingredientes adicionais neste debate.

6.5.3 Prova emprestada e questões fáticas repetitivas

A parte que estiver ciente de uma perícia extremamente esclarecedora produzida em um processo "A", poderá obter cópia e requerer a sua juntada, como documento, no processo "B", devendo ser valorada pelo juiz, para contribuir

45. DIDIER JR., OLIVEIRA e BRAGA, *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 66.

em perícia a ser realizada nos autos (destino – “B”). Neste caso, a prova pericial está no processo “A” e é aportada no processo “B” como documento, havendo outra utilização.

Há hipóteses específicas de demanda repetitivas, com problema técnico idêntico, que para evitar a desnecessária (re)produção da prova, em cumprimento dos princípios da economia processual (custo-benefício) e da instrumentalidade (meio para alcance de um resultado positivo efetivo) e sem olvidar das garantias do contraditório e da ampla defesa, admitir-se-á o aproveitamento de prova emprestada, evitando repetir instrução.

À parte atingida pelas conclusões da perícia, neste caso, antes da valorização da prova, deverá ser dada oportunidade para demonstrar qual o prejuízo contraditório, em que outra perícia seria útil e necessária, caso não demonstrar descabida a repetição da perícia, porque contraditório e ampla defesa devem ser rigorosamente observados, mas não são um fim em si mesmos, especialmente após a introdução do princípio constitucional da razoável duração dos processos, também inserido no art. 5.º da CF (inc. LXXVIII).

A possibilidade de efetiva e ampla aplicação dos princípios da aquisição da comunhão da prova depende da publicidade dos autos, pelo menos com a regra, como está sendo tratado neste trabalho, quando da análise da garantia da publicidade e o emprego de novas tecnologias.⁴⁸

7

PRINCÍPIO DA ORALIDADE

SUMÁRIO: 7.1 Conteúdo e alcance – 7.2 Princípio da imediatidade: 7.2.1 Conteúdo e alcance; 7.2.2 Documento em língua estrangeira; 7.2.3 Interpretar e a mediaticidade; 7.2.4 Imediaticidade “não presencial”; 7.2.5 A oitiva de crianças e jovens em ações de família; 7.2.6 A imediatidade e as perguntas diretamente formuladas pelo advogado para a testemunha – 7.3 Princípio da identidade física do juiz: 7.3.1 Conteúdo e alcance; 7.3.2 O princípio da identidade física do juiz e o art. 515, § 3.º, do CPC – 7.4 Princípio da concentração dos atos probatórios: 7.4.1 Conteúdo e alcance – 7.5 Princípio da recorribilidade em separado sem suspensão das decisões interlocutórias: 7.5.1 Conteúdo e alcance – 7.6 Impacto das novas tecnologias na oralidade: 7.6.1 Quidados na adoção de novas tecnologias – 7.7 Princípio da oralidade e a colegialidade na instância recursal.

7.1 CONTEÚDO E ALCANCE

Os procedimentos civis, atuais e do passado, adotavam a forma oral, ou escrita ou um sistema misto, resultado da combinação de ambos, sendo possível identificar a prevalência de um ou outro. Esta identificação se dá pela análise da forma como se apresentam as alegações iniciais, as provas e as alegações finais, em que sejam objeto de consideração judicial a palavra (falada) ou a escrita.¹

No sistema germânico medieval havia apenas um procedimento oral e somente quando fosse remetido para um tribunal superior é que havia declarações de funcionários judiciais que praticamente atuavam como testemunhas. No direito romano predominava a oralidade,² mas após a decisão, em

1. MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*, p. 143.

2. Giuseppe Chiovenda, citando Bruns (*Fontes Iuris Romani Antiqui*) ressaltava a inapetibilidade (irrecorribilidade) dos provimentos interlocutórios, que o mesmo magis-