



THOMSON REUTERS

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER  
EDUARDO TALAMINI  
COORDENADORES

# PROVAS

*Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*

PAULO OSTERNACK AMARAL



Coleção  
**Liebman**

REVISTA DOS  
TRIBUNAIS

*Diretora Responsável*  
**MARISA HAMAS**

*Diretora de Operações de Conteúdo*  
**JULIANA MARQUES OHO**

*Editoras: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzales Balle de Faria, Ivil A. M. Lourival Gomes e Luciana Pella*  
*Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Meneses*

*Produção Editorial*  
*Coordenação*  
**JULIANA DE CECILIA BUARCO**

*Análises Editoriais: Danielle Hudson Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martins, Gabriela Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Luciano Mazzoleni J. Cavalcini*

*Análises de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cintia Mesquita Nogueira, Cinthia Santos Galarza e Maria Angélica Leite*

*Capa: Chimery Figueiredo*

*Administrativo e Produção Gráfica*  
*Coordenação*  
**CAROL HENRIQUE ARAÚJO**

*Análise Administrativa: Antonia Pereira*

*Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Seta*

*Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito*

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Camara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Amaral, Paulo Osternack

Provas : atipicidade, liberdade e instrumentalidade / Paulo Osternack Amaral. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013. -- (Coleção Liebman)

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-6084-2

1. Processo civil 2. Processo civil -- Brasil 3. Prova (Direito) 4. Prova (Direito) -- Brasil I. Título. II. Série.

15-04486

CDU-347.941(01)

Índice para catálogo sistemático: 1. Brasil : Prova : Processo civil 347.941(01)

Todavia, tal liberdade não é irrestrita. A atividade probatória deve observar determinadas limitações, que se justificam sob aspectos legais, éticos e de eficiência.

São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Pretende-se com isso evitar que sejam introduzidas no processo informações adquiridas a partir de condutas violadoras dos direitos fundamentais. Essa conduta foi muito frequente nos regimes totalitários, que realizavam torturas físicas e psíquicas, além do emprego de drogas que eliminavam a consciência do acusado (narcoanálise). Mesmo hoje, em países submetidos ao regime democrático, tal proibição permanece relevante. Afinal, não é incomum a obtenção de provas obtidas com violação de garantias fundamentais do cidadão. A única diferença em relação às antigas práticas é o atual emprego de sofisticados métodos, inexistentes até pouco tempo atrás. Enfim, o limite aqui é o da legalidade: a prova deve ser compatível com a lei.

O processo moderno exige um comportamento ético das partes, como forma de garantir que a disputa no processo se desenvolva de acordo com ditames de lealdade e boa-fé. Isso se reflete com bastante vigor na produção de provas, que impõe como baliza inafastável a observância da moralidade na aquisição da informação. Disso decorre que não se admite que uma prova seja obtida de forma sorrateira, mediante o emprego de ardis. Uma prova só será admissível no processo se for adquirida com respeito a preceitos éticos.

O exercício legítimo do direito fundamental a prova pressupõe que a prova seja concretamente útil, pertinente e idônea para elucidar um fato. Trata-se da repercussão processual do princípio constitucional da eficiência. Não se admite o emprego de recursos públicos em atividade estatal destituída de utilidade. Isso se reflete amplamente no processo. O processamento da demanda, por exemplo, só será admitido se estiver presente o interesse processual (necessidade e utilidade/adequação) do autor da ação. Com relação à produção de provas, incumbe ao juiz indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Significa que serão indeferidas, por exemplo, as provas que pretendam elucidar um fato incontroverso, um fato já provado ou um fato impertinente ao desfecho da causa.

Todos esses temas, em maior ou menor intensidade, serão retomados adiante. Contudo, registre-se desde logo que é nesse contexto que serão examinadas as provas atípicas: amplitude probatória contida.

outros meios sejam aceitos ou determinados pelo juiz, desde que reputados úteis (ECHAN-DIA, *Compendio*..., vol. 1, p. 242). E mais adiante o autor conclui que a existência de um sistema em que impere a liberdade dos meios de prova exige norma legal que a consagre (ECHAN-DIA, *Compendio*..., vol. 1, p. 244).

## 2

## A TIPICIDADE NO PROCESSO CIVIL

## 2.1 A dicotomia entre tipicidade e atipicidade

Os subitens subsequentes serão dedicados ao estudo do tipo. Tal análise – sem a pretensão de ser exaustiva – mostra-se indispensável para definir os contornos do que é considerado juridicamente típico e as funções que os tipos assumem na perspectiva processual. O estabelecimento de tais premissas permitirá investigar eventual relação entre atipicidade probatória (liberdade probatória) e atipicidade do direito de ação (direito ou poder de invocar um provimento jurisdicional, impassível de tipificação),<sup>1</sup> além de auxiliar na construção de um conceito consistente de prova atípica, identificando o que é enquadrável em um modelo probatório típico, o que está excluído do modelo legal e a repercussão de tal aferição no âmbito do processo.

Ressalte-se desde logo que é impossível enumerar todos os usos que são conferidos ao tipo e suas derivações. As expressões típico, tipificador, tipificante, tipificar, tipológica e tipologia são empregadas de forma absolutamente assimétrica, nas mais variadas áreas do conhecimento.<sup>2</sup> Diante disso, o presente estudo se dedicará a examinar, apenas na medida do necessário, as principais características do tipo para então extrair balizas seguras que norteiarão os capítulos subsequentes, destinados ao exame da atividade probatória.

## 2.2 A noção de tipo

Historicamente, a palavra *tipo* assumiu dois principais sentidos. Por um lado, pode-se entender tipo como cópia, contorno ou molde determinante da forma de uma série de objetos que dele derivem (por exemplo, a cunhagem de moedas a partir de um tipo). De outro lado, tipo assume a conotação de exemplo ou modelo.<sup>3</sup>

1. YARSHHELL, Flavio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 57.

2. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 24.

3. *Idem*, p. 21.



Atualmente a palavra tipo é usada no sentido geral de *forma básica* ou *essência*, assim como, em sentido amplo, com o significado de *padrão*.<sup>4</sup>

Assim, a noção de tipo traduz a ideia daquilo que é comum, recorrente ou semelhante a vários seres distintos<sup>5</sup> e ao mesmo tempo significa o que é característico e peculiar.<sup>6</sup>

O tipo é caracterizado pela abertura, gradação, intetereza, sentido e aproximação à realidade. A abertura do tipo relaciona-se com a prescindibilidade de alguns elementos distintivos,<sup>7</sup> isto é, a sua configuração não exige necessariamente a presença de todas as notas características no mesmo objeto. A gradação decorre da possibilidade de as características que compõem o tipo figurarem em graus diferentes de intensidade, frequência e combinações. A intetereza do tipo se manifesta pela interdependência de suas notas, que em conjunto permitem identificar a totalidade e clareza do tipo, conferindo-lhe sentido. O tipo também se caracteriza pela aproximação à realidade, não apenas pelo seu caráter descritivo, mas também por conter uma riqueza de dados referenciais do objeto.<sup>8</sup>

No tipo, os objetos não se subsumem; ordenam-se de acordo com método comparativo.<sup>9</sup>

No campo do Direito – especialmente nos países de cultura romanística – a tipificação se impõe como verdadeira necessidade.<sup>10</sup> O tipo jurídico é delineado de acordo com as notas que o ordenamento normativo lhe tenha conferido.<sup>11</sup> Assim, para que exista tipicidade, é necessário que o objeto ostente concretamente um núcleo mínimo de características necessárias à configuração do tipo.<sup>12</sup>

4. Essa é a conclusão atingida por Misabel Derzi (idem, p. 23).

5. Idem, p. 24; TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de direito administrativo*, n. 235, p. 202, jan./mar. 2004; GRANDO, Felipe Esteves. *A tipicidade em matéria tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19 e 67.

6. BEDUSCHI, Carlo. A proposição de tipicidade e atipicidade dei contratti. *Rivista di diritto civile*, n. 4 (anno XXXII), p. 352, iv./ago. 1986; YARSHELL, Turiela..., p. 37.

7. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 194.

8. DERZI, Derzi..., p. 51-52 e 64.

9. Idem, p. 84.

10. BEDUSCHI, A proposito..., p. 381.

11. DERZI, Derzi..., p. 64. Na expressão de Karl Larenz, esse seria o *tipo real normativo* (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamengido, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 57.).

12. TORRES, O princípio..., p. 194-195. Antônio Junqueira de Azevedo entende que esse núcleo mínimo do tipo é caracterizado por *elementos categoriais indelétricos* (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócios jurídicos: existência, validade e eficácia*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104 e 150).

Por critérios de semelhança, portanto, será considerado típico tudo aquilo que estiver em conformidade com o modelo (ou esquema) pré-constituído.<sup>13</sup>

Isso não significa que tais características sejam estáticas ou irrenunciáveis. De um lado, as notas do tipo são dotadas de ampla flexibilidade, de modo que o seu arranjo não precisa se apresentar sempre com a mesma combinação em todos os objetos. Isso é o que permite afirmar que o tipo possui maleabilidade estrutural. Por outro lado, a ausência de uma ou algumas notas do tipo, em determinados objetos, não o descaracteriza.<sup>14</sup> O núcleo do tipo não é fixo nem rígido. A ausência de uma ou outra nota do tipo não constitui algo atípico.<sup>15</sup>

Assim, um objeto será atípico quando estiverem ausentes todas as notas características essenciais do tipo. Esse é o limite entre o típico e o atípico – o que descarta peremptoriamente o recurso à analogia, especialmente por não existir lacunas a serem supridas.<sup>16</sup>

No processo é possível identificar nitidamente a existência de tipos. Há uma série de modelos que devem ser seguidos pelas partes e pelo juiz para se atingir um determinado resultado.<sup>17</sup> A atividade probatória, por exemplo, é uma atividade típica. Cada meio de prova é integrado por um núcleo mínimo de elementos que o caracteriza, definindo um modelo.

Em um sentido amplo, poder-se-ia dizer que para algo ser típico ele precise necessariamente estar previsto na lei.<sup>18</sup> Rigorosamente, tipicidade e legalidade não

13. BEDUSCHI, A proposito..., p. 351 e 354.

14. Karl Larenz identificou a existência de três espécies de tipo: tipo de frequência ou tipo médio; tipo real normativo e tipo jurídico estrutural. Ao examinar os tipos jurídico-estruturais, Larenz demonstra que tais tipos consistem em "complexos de regulação relacionados entre si, cujos elementos são conteúdos normativos conjuntamente com as relações da vida neles tidos em conta. Pelo menos alguns destes elementos podem variar de caso para caso ou estar ausentes no caso particular, sem que por isso desapareça a pertinência ao tipo" (LARENZ, Metodologia..., p. 372).

15. DERZI, Derzi..., p. 69. J. J. Calmon de Passos entende existir a (i) *atipicidade irrelevante*, em que a inadequação do suposto não foi suficiente para frustrar a consequência prevista na norma (inadequação do suposto e adequação da consequência) e a (ii) *atipicidade relevante*, assim considerada a hipótese em que a consequência normativa não é atingida (PASSOS, J. J. Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 38-39).

16. XAVIER, Tipicidade..., p. 148.

17. KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 190; PASSOS, Esboço..., p. 76-77.

18. Caso o tipo esteja previsto em lei, os elementos constitutivos do tipo não precisam necessariamente estar previstos em um único artigo de lei (PASSOS, Esboço..., p. 79).

se equivalem.<sup>19</sup> Tampouco o atípico pode ser considerado sinônimo de inominado.<sup>20</sup> Contudo, como os modelos probatórios (e os meios de prova) estão previstos em lei, não parece possível identificar a tipicidade ou a atipicidade de um meio de prova senão por meio da sua comparação com a hipótese prevista na norma.<sup>21</sup> Caso ele apresente um núcleo mínimo de notas que permita amoldá-lo ao modelo legal, será considerado um meio típico de prova; caso contrário, ele estará no campo da atipicidade.

### 2.3 As funções do tipo

O objetivo deste subitem é fixar premissas a partir das quais será possível compreender qual é a utilidade de se consagrar na lei alguns meios de prova (modelos probatórios) e, ao mesmo tempo, a lei consagrar ampla liberdade probatória.

O tipo poderá assumir funções diferentes, a depender do ramo do direito em que seja aplicado. Genericamente, o tipo (ou a tipificação) pode se prestar, exemplificativamente, a (i) organizar, separando ou englobando situações; (ii) descrever, de modo a utilizar um modelo para impor limites, o que conferirá segurança; (iii) positivizar o que é mais correto; (iv) descrever para simplificar (ou generalizar, pelo estabelecimento de modelos).<sup>22</sup>

Os tipos têm a função de classificar e organizar elementos referentes a um objeto. Essa perspectiva de sistematização é relevante aos objetivos do presente

estudo. Permitirá a identificação de modelos probatórios previstos em lei, os seus elementos caracterizadores e o eventual enquadramento nesse modelo de um meio de prova não previsto em lei. Tal será a definição concreta do meio típico e, por exclusão, do meio de prova verdadeiramente atípico.

A função descritiva do tipo confere segurança.<sup>23</sup> Na perspectiva processual, a lei positiva um modelo com o objetivo de definir limites e preservar determinados valores. A especificação dos elementos essenciais ao modelo é especialmente relevante no âmbito probatório, pois confere garantia às partes quanto ao equilíbrio da relação processual e à previsibilidade acerca da atividade de produção de provas no processo. Afinal, as partes e o juiz sabem de antemão quais são os mecanismos processuais definidos em lei para que sejam acessadas as fontes de prova.

O tipo – assim como a tipificação – relaciona-se com o princípio da praticabilidade.<sup>24</sup> Tal princípio traduz a diretriz consistente em empregar técnicas simplificadoras destinadas a facilitar a execução da lei. No caso do tipo, a simplificação decorre do caráter descritivo que lhe é inerente. Tal função do tipo também guarda pertinência com o presente estudo, na medida em que não há dúvida de que os modelos probatórios facilitam o desenvolvimento da atividade probatória.

### 2.4 A distinção entre tipo e conceito

Os principais estudos acerca do tipo dedicam-se a examiná-lo em confronto com a noção de conceito.

O tipo não se confunde com o conceito jurídico.<sup>25</sup>

Como visto, o tipo é caracterizado pela abertura, gradação, inteireza, sentido e aproximação à realidade. Tais características permitem concluir que é da essência do tipo a possibilidade de um objeto adequar-se ao modelo mesmo quando não

23. Rodrigo Fernandes afirma que o princípio da tipicidade proporciona segurança jurídica e afasta o arbítrio. A despeito de ter examinado a temática do tipo sob a perspectiva tributária, as suas ponderações são perfeitamente aplicáveis ao presente estudo (FERNANDES, *Tipicidade*..., p. 152). Em sentido semelhante: GRANDO, *A tipicidade*..., p. 88-89; Calmon de Passos também menciona o caráter descritivo contido no tipo (PASSOS, *Esboço*..., p. 81).

24. DERZI, *Direito*..., p. 104-105. Felipe Grandó evidencia o caráter preponderantemente de simplificação (implementação de mecanismos de praticidade) que o tipo vem recebendo no Brasil, o que deixa em segundo plano o intuito de alcançar interpretações verdadeiramente sistêmicas (GRANDÓ, *A tipicidade*..., p. 45-47).

25. Humberto Ávila promove essa distinção, valendo-se entretanto das expressões *conceito de tipo* e *conceito de classe*. Ao final, demonstra que o tipo não representa nenhuma forma autônoma de pensamento que possa ser confrontada com o conceito. Ávila afirma que a possibilidade de enquadrar o tipo como subespécie dos conceitos jurídicos e tema de importância secundária, pois se trata, na visão do autor, de um problema aparente (ÁVILA, *Sistema*..., p. 176 e 199).

19. Ricardo Lobo Torres, entretanto, é enfático ao afirmar que "o princípio da tipicidade é um corolário do princípio da legalidade" (TORRES, *O princípio*..., p. 194). Felipe Esteves Grandó entende que "existe uma forte relação, e até mesmo uma derivação, da tipicidade com o Princípio da Legalidade, na medida em que tipicidade parte da interpretação de textos positivados" (GRANDÓ, *A tipicidade*..., p. 18). Rodrigo Fernandes destaca a existência de autonomia entre o princípio da legalidade e o princípio da tipicidade, pois "há flagrante distinção de objetos de incidência" (FERNANDES, Rodrigo de Andrade M., *Tipicidade tributária*, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 25). Alberto Xavier equipara a noção de "reserva absoluta de lei" ao princípio da tipicidade e pondera que eles têm como corolários o princípio da seleção, o princípio do *numerus clausus*, o princípio do exclusivismo e o princípio da determinação (XAVIER, Alberto, *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielusiva*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 17-18).

20. YARSHHELL, *Tutela*..., p. 39; AZEVEDO, *Negócio*..., p. 146.

21. GRECO FILHO, Vicente, *Direito processual civil brasileiro*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37, vol. 2. Roque Komatsu lembra que "o tipo ou o modelo é mais do que a hipótese de fato prevista na norma; ela envolve elementos, que informam sua própria existência como fato (legal), ao lado dos requisitos que compõem – os elementos normativos propriamente descritos" (KOMATSU, *Da invalidade*..., p. 191). Em sentido semelhante: PASSOS, *Esboço*..., p. 21.

22. Tais características são destacadas por Flavio Yarshell, amparado em ampla e consistente bibliografia nacional e estrangeira (YARSHHELL, *Tutela*..., p. 44-50).



ostente todos os traços distintivos.<sup>26</sup> Consequência disso é a possibilidade de capturar para o interior da norma uma elevada gama de elementos da vida.<sup>27</sup>

O conceito é uma forma de pensamento por meio da qual se apreende um significado ou se aprisiona determinado objeto. Os conceitos jurídicos podem ser divididos de acordo com o grau de determinação de seus elementos constitutivos: os *conceitos jurídicos determinados* caracterizam-se pelo elevado grau de determinação de seus elementos; os *conceitos jurídicos indeterminados* são aqueles cujo conteúdo depende de determinação por norma jurídica.<sup>28</sup>

Os conceitos se caracterizam por ostentar uma estrutura rígida, pois traduzem valores por meio de poucas características e de forma fixa.<sup>29</sup> Carregam consigo uma definição fechada e acabada de determinado fato que o legislador aprisionou no interior de um texto legal.<sup>30</sup>

Não existe margem de maleabilidade quanto ao preenchimento dos seus elementos. Ou o preenchimento é integral e o juízo de subsunção é possível, ou está ausente alguma nota que inviabiliza que o fato seja subsumido.<sup>31</sup> Portanto, o conceito (especialmente o determinado) confere reforço à segurança jurídica, à primazia da lei, à uniformidade no tratamento de casos isolados, em prejuízo da igualdade, da funcionalidade e adaptação da estrutura normativa.<sup>32</sup>

Portanto, enquanto o tipo é aberto, flexível e com potencialidade ilimitada para abranger situações concretas, o conceito é um método de pensamento rígido e fechado pelo qual a subsunção de um fato ao conteúdo na norma será realizado apenas com o preenchimento integral de seus elementos.

## 2.5 Tipicidade aplicada ao direito probatório

As premissas estabelecidas acima permitem concluir que algo será considerado típico quando se amoldar a um modelo previamente definido. Não é necessário que essa adequação seja perfeita. Basta que o objeto ostente um núcleo mínimo de notas que, mediante um exercício de comparação, permitirá enquadrá-lo ao esquema preconcebido.

No âmbito do processo, a tipicidade será aferível por meio da comparação do objeto ao modelo previamente definido em lei. Se houver coincidência das principais notas distintivas, o objeto será considerado típico. Tais notas distintivas

variarão de caso para caso. Logo, tal comparação não poderá se pautar por critérios quantitativos. Não será a presença de mais ou menos elementos que definirá a tipicidade ou a atipicidade. A avaliação deverá ser qualitativa. Serão identificados concretamente os traços mais relevantes do modelo legal. Isso permitirá avaliar se o objeto comparado se enquadra ou não no parâmetro definido em lei.

É marcante a existência de tipos no âmbito do direito probatório. A lei concebeu uma série de meios de prova, que se destinam (como se verá mais adiante) a levar ao juiz a informação extraída da fonte de prova. Mas a existência de modelos previamente definidos pelo legislador não significa, de antemão, que sejam inadmissíveis no processo outros meios de prova. Tais modelos possuem função facilitadora. O objetivo foi tipificar na lei o que era mais corriqueiro, de modo a facilitar a sua aplicação concreta. Isso é confirmado pela regra do art. 369 do CPC, que admite no processo o emprego de qualquer meio de prova, e não apenas aqueles expressamente definidos pelo legislador.

Rigorosamente, nem sequer seria necessária a existência de uma regra expressa consagrando uma diretriz geral de liberdade dos meios de prova. A atipicidade do direito de ação (adiante examinado) já seria suficiente para garantir tal amplitude probatória. Mas é compreensível a atitude do legislador de expressar tal diretriz em sede infraconstitucional, pois evita uma discussão ainda existente no direito italiano a respeito da taxatividade dos meios probatórios (que será examinada no momento oportuno).

Todavia, caso houvesse na lei uma restrição ao emprego de outros meios de prova além dos expressamente previstos, as premissas adotadas nesse trabalho permitiriam concluir pela sua inconstitucionalidade, na medida em que a atipicidade probatória decorre da Constituição.

No que tange ao direito probatório, integram o modelo legal (tipo) a existência de previsão legal do meio de prova e o respectivo procedimento. Vale dizer, a tipicidade probatória no processo civil será aferida sob duas perspectivas: previsão do meio de prova no processo civil e previsão do respectivo procedimento para a colheita da prova no processo civil.

Disso decorre que a lei poderá considerar cabíveis alguns meios de prova, mas não lhes definir o respectivo procedimento. Nesse caso, sob a perspectiva do meio de prova, estaremos diante de um meio típico, mas com relação ao procedimento, não há dúvida de que estaremos no campo da atipicidade. Tal aferição será necessária para se identificar qual será a tarefa das partes e do julgador em relação à produção da prova. Considerando que interessa a parte a correta colheita da prova, deverá ela requerer desde logo um meio de prova que seja passível de ser concretamente produzida. É necessário que o procedimento a ser definido pelo juiz – que poderá se valer de regramento análogo já existente ou criar um que respeite os princípios constitucionais do processo – seja concretamente viável.

26. ÁVILA, *Sistema*..., p. 176.

27. GRANDO, *A tipicidade*..., p. 22.

28. ÁVILA, *Sistema*..., p. 174.

29. DERZI, *Direito*..., p. 65.

30. GRANDO, *A tipicidade*..., p. 22.

31. GRANDO, *A tipicidade*..., p. 21.

32. DERZI, *Direito*..., p. 84.



O reflexo que a atipicidade (do meio de prova ou do procedimento) assumirá em relação à conduta das partes, ao contraditório, ao dever de fundamentação, aos poderes probatórios do juiz e à valoração será objeto de exame específico, em tópicos subsequentes.

## 2.6 Atipicidade dos meios de prova e atipicidade do exercício do direito de ação

Como já referido, o objetivo do presente estudo é a análise das provas atípicas no processo civil. Trata-se de identificar se existem mesmo mecanismos que não se enquadrem no modelo legal, mas que sejam admissíveis no processo como método para se acessar uma fonte de prova e elucidar uma questão fática controversa.

A legitimação dessa amplitude probatória passa pela análise conjugada da atipicidade do direito de ação e da atipicidade probatória.

O exercício do direito de ação é atípico. Isso significa que as formas de invocação da tutela jurisdicional não estão limitadas pelo ordenamento jurídico.<sup>33</sup> Os modelos previstos em lei devem ser compreendidos de acordo com o caráter facilitador decorrente das funções da tipificação. Alie-se a isso o fato de o princípio da inafastabilidade da jurisdição ser irrestrito.<sup>34</sup> Afinal, confere à parte a garantia de que, independentemente de mecanismo legal específico, a sua pretensão poderá ser deduzida no âmbito do Poder Judiciário, como forma de proteger lesão ou ameaça a direito. Eventual limitação somente pode ser compreendida concretamente, por meio da eventual taxatividade legal das possíveis causas de pedir. Portanto, os modelos estabelecidos pelo ordenamento jamais poderão limitar o direito de ação, que deverá ser entendido de forma ampla, sempre a serviço do direito material.<sup>35</sup>

Exemplo disso era o mandato de segurança coletivo, que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 5.º, LXX, da CF/1988. Muito embora houvesse previsão constitucional expressa, não havia uma lei infraconstitucional destinada a disciplinar o mandato de segurança coletivo. Havia clara atipicidade procedimental. Mas isso jamais impediu o ajuizamento de mandados de segurança coletivos. Recorria-se ao regramento do mandato de segurança individual (Lei 1.533/1951), no que cabível, e posteriormente ao chamado microsistema de processo coletivo (formado, em especial, pela interação da Lei da Ação Civil Pública e das regras do Código de Defesa do Consumidor acerca do processo coletivo).

33. LIEBMAN, *Manuale*..., p. 158.

34. Fala-se em direito ou poder irrestrito, no sentido de que qualquer pretensão pode ser submetida ao Poder Judiciário, por mais infundada que seja. Contudo, depois de proposta tal demanda infundada, o sistema confere mecanismos para colir abusos e apurar responsabilidades.

35. YARSHHELL, *Tutela*..., p. 206 e *Curso*..., vol. 1, p. 81.

Portanto, a falta de procedimento previsto em lei para o mandato de segurança coletivo nunca impediu o exercício concreto do direito de ação. De qualquer forma, atualmente a atipicidade procedimental do mandato de segurança coletivo está superada pelas regras constantes dos arts. 21 e 22 da Lei 12.016/2009.<sup>36</sup>

O direito à prova é amplo e decorre da atipicidade do direito de ação. A despeito de haver modelos legais (com respectivos procedimentos) para se desenvolver a atividade probatória, não há dúvida de que a mesma amplitude conferida pelo princípio da inafastabilidade estende-se ao campo probatório. Seria juridicamente inadmissível que um fato controvertido não pudesse ser provado porque não se amoldou perfeitamente a um dos meios de prova previstos em lei. Tal como ocorre no direito de ação, a limitação ao direito à prova será aferida concretamente, como por exemplo na inadmissão de uma prova colhida de forma ilícita. A tipicidade da atividade probatória residirá no respeito ao procedimento relativo aos meios de prova previsto em lei, que conferirão isonomia, segurança, facilidade e legalidade ao acesso à fonte de prova. Contudo, mesmo o procedimento poderá sofrer eventuais adaptações, como se verá adiante.

Em suma, a atipicidade do direito à prova é decorrência da atipicidade do exercício do direito de ação. De nada adiantaria existir a ampla possibilidade de acesso ao Judiciário sem que o sistema processual conferisse às partes semelhante amplitude probatória. Com isso, restringir a disponibilidade dos meios de prova implicaria limitar a própria garantia constitucional da ação e da defesa.<sup>37</sup> Caberá especialmente ao juiz garantir que a liberdade probatória consagrada no processo civil brasileiro não seja restringida pela eventual ausência de previsão do meio de prova na lei ou pela ausência de procedimento previamente definido para a produção de uma prova.

Portanto, a amplitude da liberdade probatória tem que ser compatível com a amplitude de formas de acesso à justiça.

36. AMARAL, Paulo Osternack; SILVA, Ricardo Alexandre da. Mandado de segurança coletivo. *Revista dialética de direito processual* n. 105, p. 88-89, São Paulo, dez. 2011. Em sentido semelhante: YARSHHELL, *Tutela*..., p. 197.

37. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 37.



definidos os métodos a serem adotados para que as informações decorrentes das fontes de prova sejam acessadas. Tais métodos são denominados meios de prova típicos. O Código de Processo Civil optou por nominar na lei os mecanismos probatórios mais frequentes naquele momento histórico e conceber um respectivo detalhamento procedimental. Isso confere segurança, previsibilidade e agilidade no emprego do meio probatório. Tais procedimentos possuem evidente assimetria de detalhamento. Basta comparar o minucioso procedimento legal da prova pericial com a abreviada disciplina da inspeção judicial. Mas tais procedimentos têm uma finalidade comum: a garantia do contraditório. Essa foi a forma pela qual o legislador viabilizou a concretização do direito à prova. A partir do contraditório permite-se que as partes participem de forma ativa da atividade probatória, de modo a influir de forma útil na formação do convencimento judicial. Assim, o respeito ao contraditório constitui condição de eficácia da prova colhida.

Mas a opção do legislador não foi a taxatividade dos meios probatórios. Positivou a regra do art. 369 do CPC, que admite o emprego de outros meios de prova além dos expressamente contidos na lei. Consagrou então um sistema que admite provas atípicas, caracterizado pela amplitude e atipicidade dos meios de prova. Significa que são admissíveis quaisquer meios de provas, ainda que não previstos em lei. Basta que sejam compatíveis com a lei e com a moral.

Não se pode ignorar, no entanto, que a liberdade probatória traz consigo peculiaridades. A ausência de um procedimento previsto em lei para a colheita da prova atípica poderia caracterizar ofensa ao devido processo legal. Afinal, não se terá respeitado um esquema predeterminado pela lei, por vezes suprimindo o contraditório. Tome-se como exemplo as declarações extrajudiciais ou as constatações feitas por oficial de justiça, hipóteses de prova atípica em que a obtenção da informação pode não ter sido acompanhada de prévio e efetivo contraditório.

A solução que se imagina para esses casos será o exercício do contraditório tão logo a prova seja encartada no processo. Não há dúvida de que não terá havido o contraditório na formação da prova. Mas o fundamental será que as partes tenham a oportunidade de se manifestar amplamente sobre tais informações introduzidas no processo, antes que o juiz forme o seu convencimento e o exteriorize na sentença.

A admissão de uma prova atípica se refletirá no dever de fundamentação. O juiz deverá avaliar a pertinência da prova, a eventual inexistência (ou dificuldade de produção) de um meio típico para comprovar a mesma situação, a regularidade da aquisição daquela prova atípica, além da sua compatibilidade com os preceitos legais e éticos. Tudo isso será levado em consideração no raciocínio desenvolvido pelo julgador ao admitir a prova e, posteriormente, proferir a sua decisão à luz do contexto probatório contido nos autos.

Essa será a única forma de legitimar a admissão processual de uma prova atípica à luz das garantias constitucionais do processo.

## 4

## CASOS DE PROVAS ATÍPICAS

## 4.1 Considerações iniciais

O presente capítulo é dedicado ao exame dos casos mais frequentes de provas atípicas que vêm sendo empregados no processo civil brasileiro e estrangeiro. Haverá também o exame crítico de certos casos limitrofes, que aparentemente poderiam ser reputados como exemplos de provas atípicas, mas que por algum motivo não se amoldam às premissas conceituais fixadas no decorrer do presente estudo.

## 4.2 Carta Psicografada

A psicografia é a atividade por meio da qual o médium afirma receber declaração de ciência acerca de um fato pelo “espírito” que se diz desencarnado de pessoa morta. Normalmente tal declaração é manuscrita pelas mãos do médium.

O exame ora proposto se coloca em termos estritamente jurídicos. As conclusões atingidas na sequência não envolvem considerações acerca de opção religiosa ou de fé.

Nem em tese a carta psicografada pode ser utilizada como fonte de prova no processo. Há três aspectos fundamentais que impedem o seu ingresso no processo.

Existe vedação constitucional à admissão de carta psicografada no processo como fonte de prova. A Constituição assegura a liberdade religiosa. É o que se extrai do inc. VI do art. 5.º: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Disso decorre a garantia de que a todos é assegurado o direito de expressar a sua fé da forma que reputar mais adequada. Isso inclui, até mesmo, a possibilidade de o sujeito optar por não ter fé em algo divino. De tal liberdade religiosa decorre a determinação constitucional de separação absoluta de Estado e Igreja (art. 19, I). É a regra do laicismo estatal. O Estado, em todas as suas esferas, deve permanecer neutro em relação à religião. Assim, o Poder Judiciário não poderá admitir no processo a eficácia de uma informação obtida a partir de um ato de fé.

A carta psicografada, sob o aspecto probatório, também viola a garantia constitucional do contraditório (art. 5.º, LV). Não há um método científico que permita



aferir a exatidão das informações extraídas pelo médium e retratadas na carta. Isso impede o estabelecimento de qualquer mecanismo de controle a respeito do seu conteúdo. As partes jamais terão condições objetivas de, por exemplo, opor-se ao que está lá consignado. Repare-se que sequer adiantaria convocar o médium para que prestasse testemunho em juízo, na medida em que ele, rigorosamente, não presenciou o fato que descreveu na carta.

O aproveitamento da carta psicografada no processo implicaria ofensa à garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Impõe-se que o juiz exponha de forma adequada e racional os motivos que o conduziram a proferir determinada decisão. Caso ele adote a carta como fundamento de sua decisão, não terá preenchido o critério da fundamentação racional (haverá uma crença pessoal e subjetiva). Isso impede o exercício de controle acerca do acerto da decisão, de modo que não será viável as partes questionar tecnicamente o conteúdo da carta ou a fidelidade com que o médium retratou as informações.

Em síntese, a carta psicografada caracterizará hipótese de prova ilícita e ineficaz, por ofensa à regra do laicismo estatal e ao contraditório. A decisão que nela se ampara será nula por ofensa ao dever de fundamentação das decisões judiciais.<sup>1</sup> Portanto, nem em tese poderão ser qualificadas como provas (típica ou atípicas).

#### 4.3 Constatações realizadas por oficial de justiça

Não há previsão legal para o emprego de constatações realizadas por oficial de justiça no processo civil. Com relação ao sistema probatório, tais constatações podem ser consideradas atípicas.

O enfrentamento desse tema é relevante. Destina-se a evitar que o oficial de justiça atue de forma irregular, em hipóteses não admitidas pela lei. Aqui fica ainda mais evidente o limite entre uma conduta atípica e uma conduta ilegal.

Nada impede que tais constatações sejam admitidas validamente no processo, sob a forma de prova atípica. Incumbe ao oficial de justiça executar as ordens do juiz a que estiver subordinado. Exige-se, no entanto, que a providência se amolde às balizas definidas no art. 369 do CPC (compatível com a lei e com a moral), além de respeitar as diretrizes da teoria geral da prova (mostrar-se útil e necessária no caso concreto) e, eventualmente, aferir-se que se trata de mecanismo menos oneroso em comparação com uma providência típica.

1. As ponderações contidas no texto consistem em essência o pensamento dos professores Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, retratado em excelente artigo em que enfrentam o tema de forma profunda e com ampla bibliografia (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo*, n. 234, p. 33-61. São Paulo, ago. 2014).

Tem-se admitido a realização de constatações realizadas por oficial de justiça, no sentido de informar nos autos a situação de fato envolvendo pessoa ou coisa.

É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz determina ao oficial de justiça que compareça à sede da empresa para verificar em que estado de conservação se encontram bens penhorados e mantidos sob a guarda do proprietário. Ou, ainda, quando se atribui ao oficial a tarefa de aferir o eventual abandono do imóvel locado, o que poderá conduzir o juiz a autorizar a imissão na posse do imóvel pelo locador (art. 66 da Lei 8.245/1991).<sup>2</sup> Também se tem empregado tal método para se constatar se um bem imóvel ostenta ou não a natureza de bem de família.

Em todos esses casos, o juiz empregará seus poderes instrutórios para conceber meios de acessar a fonte de prova e trazer a informação ao processo. Em termos sistemáticos, o julgador poderá emprestar para outros casos, no que compatível e com as adaptações necessárias,<sup>3</sup> por exemplo, o regramento específico da constatação prevista para a nunciação de obra nova, existente ao tempo do Código de Processo Civil de 1973: lavrará auto circunstanciado, indicando o local e a data da diligência, descrevendo o estado em que se encontra a pessoa ou a coisa, para então levar tais dados ao conhecimento do juiz, que estabelecerá o contraditório, valorará as informações e conferirá a elas o peso que merecerem no contexto probatório estabelecido no processo.

#### 4.4 Declarações extrajudiciais

As declarações extrajudiciais, prestadas pelas partes ou por terceiros, em alguma medida também podem ser consideradas provas atípicas. A informação não será adquirida diretamente da pessoa (fonte de prova), tal como ocorreria no caso de um depoimento prestado em audiência, presidida por um juiz. Nas declarações extrajudiciais, a informação será colhida fora do processo, documentada por escrito, para somente então ser levada aos autos e submetida ao conhecimento do julgador.

Portanto, nessa hipótese o julgador estabelece contato com a informação por forma diversa da prevista em lei. Ai reside a atipicidade dessa prova.

2. Esse é o exemplo trazido em sede doutrinária por Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Instituições..., n. 808, p. 93).

3. Segundo Bedaque, "deve ser o juiz investido de amplos poderes de direção, possibilitando-lhe adaptar a técnica aos escopos do processo em cada caso concreto, mesmo porque a previsão abstrata de todas as hipóteses é praticamente impossível. A adaptação do processo a seu objetivo dá-se, pois, no plano legislativo, mediante elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às necessidades das hipóteses possíveis. Mas ocorre também no próprio processo âmbito do processo, com a concessão de poderes ao juiz para, dentro de determinados limites, realizar a adequação de forma concreta" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64-65).



Tais declarações podem conter a descrição fática de uma situação relevante para o processo, ou mesmo o reconhecimento de culpa por determinada situação controvertida. Não se pretende com isso desvirtuar a produção de uma prova oral em juízo. Tampouco se trata de uma prova oral colhida irregularmente.<sup>4</sup> Também não implica a supressão do direito à prova das partes. A declaração extrajudicial consiste em hipótese de pré-constituição da prova. Tal formalização extrajudicial pode se justificar sob os mais variados motivos, como na hipótese em que exista o risco de a oitiva do sujeito em juízo tornar-se impossível ou muito difícil, por exemplo, considerando o local de sua residência. Note-se que a declaração extrajudicial poderá até mesmo convencer o julgador acerca da irrelevância do conteúdo da declaração para o processo e a consequente inutilidade da oitiva judicial do sujeito. Em termos práticos, a declaração extrajudicial consiste em providência simples, que pode concretamente conduzir a uma economia de tempo e recurso das partes e do Estado.

Portanto, a declaração extrajudicial, muito embora não esteja relacionada entre os meios probatórios típicos, pode e deve ser admitida no processo, momento em que passará pelo crivo do contraditório, será valorada pelo juiz em cotejo com as demais provas e receberá o peso que merecer no contexto daquele processo.<sup>5</sup> Contudo, se o juiz reputar necessário a formação de seu convencimento, nada impede que determine a oitiva judicial do declarante.

Repare-se que as *declarações extrajudiciais prestadas por terceiro*, comuns no direito italiano, não são equiparáveis à confissão, que também naquele sistema po-

4. A luz do processo penal, Gustavo Henrique Righi Ivalby Badaró sustenta as “declarações colhidas unilateralmente não constituem documentos e, muito menos, podem ser utilizadas como uma espécie de ‘prova testemunhal atípica’, já que significam uma prova anômala, isto é, um desvirtuamento do procedimento probatório estabelecido para a prova testemunhal, suprimindo-se o contraditório entre as partes, além de desrespeitar o princípio da imediação, por não permitir um contato direto do juiz com a prova produzida. Trata-se de prova inadmissível (...), não podendo ser utilizada pelo juiz para a formação de seu convencimento, devendo ser desentranhada dos autos, mormente nos processos de júri” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivalby. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHILL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de. (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 351). No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHILL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de. (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 315.

5. Eduardo Cambi qualifica como provas atípicas as declarações escritas provenientes de terceiros. Em princípio, atribui a elas um valor probatório menor, na medida em que parte contrária não participou da sua formação. Contudo, mais adiante ressalva que o seu valor probatório variará de acordo com a existência ou não nos autos de simétricos elementos de prova diretas ou representativas em sentido contrário (CAMBI, A. prova..., p. 49).

dem ser judiciais ou extrajudiciais (art. 2.730 do Código Civil italiano). Tampouco se assemelham ao testemunho escrito, que consiste no fornecimento de respostas escritas, em determinado prazo, a perguntas feitas pelo juiz, nas hipóteses previstas no art. 257-bis do CPC italiano.

A doutrina italiana adverte que tais declarações extrajudiciais não podem ser consideradas como prova, na medida em que não foram colhidas com plena observância das garantias do processo. Entretanto, entende que podem ser livremente valoradas – de acordo com um valor indiciário, apenas –, constituindo-se como fonte legítima do convencimento judicial.<sup>6</sup> Contudo, a *declaração extrajudicial feita por uma das partes (autocertificazione)* acerca de fatos, estado ou qualidade da pessoa não possui nenhuma eficácia probatória, nem mesmo de indício,<sup>7</sup> afora casos específicos previstos em lei, aos quais se reconhece plena eficácia probatória.<sup>8</sup>

#### 4.5 Perícias extrajudiciais

A prova pericial é um meio probatório típico, que possui natureza de prova constituída. Ou seja, de regra a perícia é produzida no âmbito do processo, sob a condução de um perito nomeado pelo julgador e sob a sua supervisão.

Contudo, admite-se que as partes tragam aos autos pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerem suficientes (CPC, art. 472). Tais apurações feitas pelas partes não ostentam as características próprias de uma perícia produzida no âmbito do processo. São apurações técnicas feitas fora do processo, sem a supervisão de um julgador. O fato de consistirem em apurações unilaterais não é suficiente para se descartar a sua admissibilidade no processo.

Preenchidos os requisitos contidos no art. 369 do CPC, tais apurações técnicas poderão ser admitidas no processo. Os laudos extrajudiciais serão avaliados pelo juiz, após serem submetidos ao contraditório. Caso repute que as questões técnicas ficaram suficientemente demonstradas por meio dos pareceres juntados pelas partes, o juiz poderá até mesmo a dispensar a realização da prova pericial (CPC, art. 472).

6. ARIOLA, Le prove..., p. 97-98; BUFFA, Prove..., p. 182-183; CONTI, Le prove..., p. 369.

7. Essa é a conclusão atingida por ARIOLA, com amparo na jurisprudência da Corte de Cassação italiana (ARIOLA, Le prove..., p. 92-93).

8. A Lei italiana 13/68 contém normas sobre documentação administrativa e sobre legalização e autenticação de firma. O art. 4.º da L. 13/68 disciplina a *Dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà*, assim dispondo: “L'atto di notorietà concernente fatti, stati o qualità personali che siano a diretta conoscenza dell'interessato e costituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo dinanzi al funzionario competente a ricevere la documentazione, o dinanzi ad un notaio, cancelliere, segretario comunale, o altro funzionario incaricato dal sindaco, il quale provvede alla autenticazione della sottoscrizione con la osservanza delle modalità di cui all'art. 20”.



Todavia, caso ainda persista dúvida quanto aos aspectos técnicos, será determinada uma perícia judicial, no âmbito da qual o perito judicial solucionará a controvérsia técnica, eventualmente por meio do exame dos pareceres unilaterais trazidos pelas partes. Toda essa atividade deverá ser orientada a formar o convencimento do julgador.

Não se descarta a oitiva do subscritor do laudo extrajudicial como testemunha, desde que observados os limites e garantias inerentes à produção da prova testemunhal.<sup>9</sup>

A doutrina italiana não reconhece eficácia probatória à perícia extrajudicial apresentada no processo, que não tenha sido produzida sob o pálio do contraditório. A ela somente será reconhecido o valor de indicio.<sup>10</sup> Contudo, confere-se à parte que apresentou a *perizia giurata* a faculdade de produzir no processo a prova testemunhal sobre as circunstâncias de fato pertinentes, o que poderá conferir à perícia extrajudicial a dignidade de prova e então ser valorada com as demais provas.<sup>11</sup>

#### 4.6 Prova estatística e prova por amostragem

A reconstrução dos fatos nem sempre é passível de ser realizada por meio de uma prova científica, que permita elucidar, com elevado grau de certeza e a partir de parâmetros objetivos, um fato controvertido narrado no processo. Surge então a figura da prova estatística, consistente num mecanismo de pesquisa que emprega técnicas que permitem aferir a ocorrência de determinada situação em termos percentuais. Os resultados, portanto, são obtidos a partir de um exame de probabilidade. Em geral, a prova estatística tem por objetivo investigar a relação entre um determinado fenômeno e as suas possíveis causas.

Rigorosamente, a contraposição entre a prova científica e a estatística é um falso problema. A análise estatística, ainda que tenha por substrato um exame de probabilidade, envolve o emprego de técnicas científicas. Disso decorre ser insustentável a afirmação de que a prova científica conferiria um grau de certeza necessariamente mais elevado que o obtido pela prova estatística. Afinal, nenhum meio de reconstrução de fatos permite atingir cem por cento de certeza, de modo infalível e absoluto. Em alguma medida, todos os meios probatórios transmitirão ao julgador informações amparadas em probabilidade (em sentido amplo). Isso não equivale a afirmar que – por conter respaldo científico – as elaborações estatísticas devam ser incondicionalmente acolhidas no processo. Ao contrário, a cientificidade das aferições é o que permitirá a realização de controle acerca do método empregado e do acerto dos resultados obtidos.<sup>12</sup>

9. CAMBI, A prova..., p. 47.

10. ARIOLA, Le prove..., p. 87.

11. CONTE, Le prove..., p. 366.

12. FORNACIARI, Michele. *La ricostruzione del fatto nel processo*. Milão: Giuffrè, 2005. p. 442-448. Michele Taruffo destaca o caráter controvertido do emprego de dados estatísticos

A prova por amostragem pode ser considerada uma modalidade de prova estatística,<sup>13</sup> que também se ampara em critérios de probabilidade para verificar a relação entre um fenômeno e as suas possíveis causas. Ela é empregada quando o exame de um todo é concretamente impossível ou injustificável. Examina-se então uma amostra e a partir dos resultados obtidos formula-se uma conclusão geral para toda a situação controvertida.

A prova por amostragem não possui previsão legal. Mas nem por isso ela poderá ser considerada um meio atípico de prova. Quando muito, o emprego desse método servirá para auxiliar o desenvolvimento racional de um meio de prova típico. Imagine-se a realização de uma perícia destinada a apurar a extensão de um desastre ambiental causado por derramamento de óleo na costa brasileira. Evidentemente que não será possível examinar todo o oceano para se verificar com precisão os danos ambientais. Extraem-se então amostras de diversas partes que sejam representativas da área atingida e a partir de seu exame estima-se a extensão dos prejuízos causados.

A jurisprudência admite a utilização da técnica da amostragem, nas mais variadas hipóteses. Em questões criminais, os principais precedentes referem-se a exame de amostra de entorpecentes apreendidos<sup>14</sup> e a exame de apenas alguns CDs e DVDs falsos apreendidos.<sup>15</sup> Em questões tributárias, a técnica da amostragem já foi utilizada para se apurar a carga total da mercadoria, para fins de tributação.<sup>16</sup> No campo da responsabilidade civil há precedente que admitiu o emprego da amostragem para aferir parte de uma extensa documentação, concluindo-se pela inexistência do dever de indenizar.<sup>17</sup> A estatística também já foi adotada como critério adequado para se aferir que o valor de mercado de um imóvel foi corretamente explicado no laudo pericial.<sup>18</sup>

como prova, mas reconhece que tal método seria possível em casos muito particulares, em que estivessem presentes condições de validade do cálculo estatístico e da referibilidade ao caso concreto (TARUFFO, Michele. *La valutazione delle prove. La prova nel processo civile*. Milão: Giuffrè, 2012. p. 230).

13. DIDIER JR. e BOMFIM, Prova por amostragem..., p. 133.

14. STE HC 71.599, 2.ª T., rel. Min. Paulo Brossard, DJ 19.12.1994, p. 35.182; TJPR, ApCrim 783.485-3, 5.ª Cam. Crim., rel. Des. Rogério Coelho.

15. STJ, HC 197.783/SP, 5.ª T., rel. Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJSE), DJe 26.04.2013.

16. TJRS, ApCiv 7005853868, 1.ª Cam. Civ., rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini.

17. TJSP, ApCiv 0141870-78.2010.8.26.0100, 2.ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Flávio Abramovici.

18. TJSP, AgIn 2020386-66.2013.8.26.0000, 3.ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Beretta da Silveira.



Portanto, o emprego da estatística ou da amostragem não implica um novo meio probatório<sup>19</sup>, mas apenas de um método racional que amparará a colheita de informações por um meio típico.

#### 4.7 Reconstituição simulada dos fatos

A reconstituição de fatos é admissível tanto no processo penal quanto no processo civil. No âmbito penal ela possui algum detalhamento acerca do procedimento. Já no processo civil não há um procedimento definido. O exame adiante realizado ficará restrito aos principais aspectos desse método de esclarecimento dos fatos, de modo a permitir uma conclusão acerca da sua tipicidade ou atipicidade.

##### 4.7.1 O cabimento da reconstituição de fatos no âmbito penal

O art. 7.º do CPP<sup>20</sup> prevê o cabimento de realização da reconstituição simulada dos fatos quando houver dúvida acerca da possibilidade de a infração ter sido praticada de determinado modo. A despeito de o art. 7.º aludir apenas a “autoridade policial”, entende-se que a chamada reconstituição do crime poderá ser determinada tanto na fase pré-processual quanto em juízo.<sup>21</sup> Quando realizada na fase judicial, é imprescindível a presença do juiz, acusador e defesa, como forma de preservar o contraditório. Em qualquer caso, o indiciado pode ser forçado a comparecer à diligência (CPP, art. 260), mas não a participar da reconstituição, sob pena de invalidação da prova por violação do princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si (CF/1988, art. 5.º, LXIII).<sup>22</sup>

A lei define dois limites à reconstituição: respeito à moralidade e à ordem pública. Não examinaremos detidamente cada um deles. Apenas merece destaque o caráter ético que tal dispositivo pretende conferir às atividades policial e judicial. Assim, não será admitida a reconstituição quando a simulação tiver a potencialidade de violar a moral pública (como ocorreria, por exemplo, na reconstituição do crime de estupro) ou a moral privada (ofensa a direito fundamental do sujeito passivo). A ordem pública, por sua vez, seria desrespeitada caso a reprodução implicasse inundação, desmoronamento etc.<sup>23</sup>

19. Fredie Didier Jr. e Daniela Bonfim posicionam-se em sentido contrário, ao afirmar que a “prova por amostragem é também exemplo de prova atípica” (DIDIER JR. e BONFIM, Prova por amostragem..., p. 134).

20. Dispõe o art. 7.º do CPP: “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”.

21. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 712.

22. VARELA, Casimiro A. *Valoración de la prueba*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 340.

23. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal anotado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 110.

A lei processual penal brasileira não traça um procedimento para a realização da reconstituição. Todavia, é possível extrair algumas balizas da experiência estrangeira,<sup>24</sup> especialmente no que concerne à precisão do ato que defere a reconstituição e à documentação da diligência.

Assim, é fundamental que a decisão que determinar a realização da reconstituição defina o objeto, o dia, a hora e o local da diligência. Isso permitirá o estabelecimento do contraditório em torno do ato, não apenas no que tange ao acompanhamento da diligência, mas também ao próprio cabimento da reconstituição.

Também é importante que seja lavrada uma ata circunstanciada, contendo a descrição minuciosa da atividade desenvolvida. Recomenda-se, ainda, que a reconstituição seja filmada e fotografada.<sup>25</sup> Isso permitirá a sua correta utilização pelas partes e contribuirá de forma decisiva para que tal prova seja adequadamente valorada pelo juiz (na sentença e em fase recursal).<sup>26</sup>

A reconstituição só terá cabimento quando houver verdadeira dúvida acerca da forma com que o suposto crime teria ocorrido. Não é juridicamente admissível que a reconstituição seja feita – ainda que não exista dúvida sobre o fato – para que sejam exploradas as respectivas imagens e fotos da diligência perante o Juri. Há precedente em que a reconstituição foi considerada impertinente e protelatória, na medida em que foi requerida após doze anos da ocorrência do crime, às vésperas do julgamento pelo Juri, sem nenhum fato novo a justificá-la.<sup>27</sup>

O resultado positivo da reconstituição não constitui prova de que o crime realmente ocorreu, apenas indica que ele poderia ter ocorrido daquela forma. Já o resultado negativo é decisivo, pois provará que aquele crime jamais poderia ter ocorrido da forma como narrado. Será relevante para o desfecho do processo, pois descartará circunstâncias anômalas ou ilógicas, impossíveis, contraditórias ou inverossímeis, colocando em destaque aquelas que tenham aptidão para demonstrar a verdade dos fatos.<sup>28</sup> Disso decorre que a reconstituição negativa é concretamente mais útil que a positiva.<sup>29</sup>

Conclui-se, portanto, que mesmo no âmbito processual penal a reconstituição simulada dos fatos ostenta certa atipicidade. Afinal, muito embora esse meio de prova possua previsão legal, não existe disciplina acerca do respectivo procedimento. Logo, nesse caso poder-se-ia falar em atipicidade procedimental.

24. Sobre o procedimento da reconstituição no direito estrangeiro, confirmam-se: art. 150 do CPP português; arts. 218 e 219 do CPP italiano; art. 473, inc. III, do CPC argentino.

25. VARELA, *Valoración*..., p. 340.

26. LOPES JR., *Direito*..., p. 713.

27. STJ, HC 209.838/GO, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, DJe 19.11.2013.

28. VARELA, *Valoración*..., p. 322.

29. LOPES JR., *Direito*..., p. 714.



#### 4.7.2 O cabimento da reconstituição de fatos no âmbito civil

No processo civil existe uma tímida previsão legal acerca do cabimento da reconstituição simulada dos fatos. Tal diligência é admitida no âmbito da inspeção judicial (CPC, art. 483, III), mas sem a previsão de um respectivo procedimento. Nesse caso, a atipicidade é procedimental. Talvez esse seja o motivo pelo qual tal mecanismo não seja empregado com tanta frequência em sede civil. Todavia, considerando as vantagens já constatadas no âmbito penal, nada impede que tal método seja empregado no âmbito do processo civil para que o juiz esclareça-se quanto aos fatos.

A reconstituição seria extremamente útil nos casos de, por exemplo, acidente de trânsito, em que a narrativa das partes não permite atingir uma conclusão sobre o ocorrido, isto é, há dúvida sobre o modo que o acidente ocorreu. Sob a coordenação do juiz, as partes, os procuradores, os peritos, os assistentes técnicos e um cartório participam da simulação, de modo a verificar qual das versões seria possível de ter efetivamente ocorrido. Isso não significa que a parte que narrou a versão fática mais plausível (ou a única plausível) será necessariamente declarada vencedora. Há uma série de circunstâncias, provas e regras jurídicas que serão consideradas pelo julgador – tal como a existência de culpa concorrente, fato de terceiro, prescrição etc. – que poderão conduzir a um julgamento favorável a parte cuja narrativa fática foi rejeitada.

Adotando como parâmetro as regras da inspeção judicial, a *reconstituição simulada de fatos* terá caráter subsidiário no processo civil: será cabível quando os demais meios de prova revelarem-se insuficientes para o convencimento do juiz, isto é, quando persistir dúvida quanto a uma versão dos fatos.

Tal como os demais meios de prova, ela deverá respeitar os limites da legalidade e da moralidade. Com relação ao procedimento, sugere-se o aproveitamento – no que for compatível – das balizas acima firmadas à luz do processo penal. Assim, a reconstituição deverá ser deferida por decisão judicial fundamentada, em que conste o fato que será reconstituído, além da data, do local e do horário da diligência. Isso permitirá que as partes, seus procuradores, peritos, assistentes técnicos etc. acompanhem a realização do ato, que será presidido pelo juiz. Recomenda-se que seja franqueada a participação efetiva dos interessados, como forma de contribuir para o sucesso da simulação.

Todas as atividades deverão ser registradas por escrito (auto circunstanciado), por imagens (fotografias, filmagens) e sons, de modo que o julgador disponha de todas as informações necessárias no momento de valorar a prova e proferir a sua decisão (CPC, art. 484, *caput* e parágrafo único).

Disso conclui-se que rigorosamente não se poderia enquadrar a *reconstituição de fatos* como um meio de prova atípico. O seu cabimento no âmbito da inspeção judicial permite qualificá-la como um meio de prova típico. Contudo, a ausência

de um respectivo procedimento desvenda sua atipicidade procedimental. Em termos práticos, o juiz terá que conjugar as regras de inspeção com as regras sobre colheita de prova oral e pericial, de modo a permitir a utilidade da diligência, com o esclarecimento dos pontos necessários ao julgamento.

#### 4.8 Sentença como meio de prova

Reconhece-se na Itália a possibilidade do emprego da sentença como meio de prova atípico, ainda que o processo em que se pretenda utilizá-la como prova desenvolva-se entre partes diversas das que participaram do processo sentenciado.<sup>30</sup> Não propriamente o dispositivo da sentença, mas certas informações contidas na motivação.<sup>31</sup> Exemplo disso seria a afirmação expressa em uma sentença de que um sujeito estaria em um local em determinado dia e horário, o que logicamente excluiria a possibilidade de que esse mesmo sujeito estivesse em outro local ao mesmo tempo.<sup>32</sup> A sentença é equiparada a um documento (como outro qualquer) e lhe é atribuída um valor meramente indiciário, o que impede que ela seja tomada pelo juiz como fonte determinante para a solução do caso.<sup>33</sup> Caberá ao juiz valorar tal sentença em cotejo com os demais elementos constantes dos autos.<sup>34</sup>

A luz do direito brasileiro, não se vislumbra a viabilidade de uma sentença ser empregada no processo como um meio de prova. Em tese a sentença poderia preencher os requisitos genéricos de admissão de um meio de prova no processo (da legalidade e da moralidade), mas não nos parece viável que ela se revista da chamada atendibilidade, que traduz a ideia de que o meio de prova deve ser útil e adequado ao fato que se pretende elucidar. Rigorosamente, uma sentença não prova nada em outro processo. Não é apta a demonstrar que os fatos se passaram de determinada forma ou a elucidar a controvérsia sobre uma alegação de fato. Tal assertiva não é infirmada pela constatação de que a sentença está imutabilizada pela coisa julgada. A estabilização atingirá o *decisum* da sentença e vinculará somente as partes que participaram do contraditório. De regra, a coisa julgada não incide sobre a motivação da sentença, que é onde ordinariamente são valoradas as provas. Eventualmente se contraponha a esse entendimento a necessidade de que o juiz do processo posterior adote como premissa de seu julgamento uma questão prejudicial definida no processo anterior. Mas mesmo nesse caso não estaremos

30. ARIOLA, *Le prove...*, p. 78.

31. Muito embora o CPC italiano não discipline a hipótese (atípica, portanto), a sentença como meio de prova é hipótese típica no Processo Penal italiano (art. 238-bis do CPP).

32. RICCI, *Principi...*, p. 390.

33. Tal informações são trazidas por Mario Conte, com apoio em decisões proferidas pela Corte de Cassação (CONTE, *Le prove...*, p. 359 e 361).

34. ARIOLA, *Le prove...*, p. 78.



diante do emprego da sentença como meio de prova, mas da aplicação direta da eficácia positiva da coisa julgada.

Quando muito, vislumbra-se que uma sentença possa ser empregada no processo como forma de influir na convicção do julgador. Ela funcionará como uma espécie de “precedente”, que a parte interessada anexará aos autos para o fim de convencer o juiz a adotar aquela solução ao seu caso concreto. Mas insista-se: a possibilidade de encartar aos autos uma sentença não equivale a admitir que ela seja apta a comprovar uma alegação de fato controvertido no processo.

Contudo, não se ignora que pela motivação da sentença eventualmente se identifique a existência de uma prova relevante, que foi decisiva para a correta solução daquele caso anterior. Nesse caso, nada impede que o juiz ou as partes requeiram o empréstimo daquela prova, desde que preenchidos os requisitos específicos do empréstimo.

#### 4.9 Eficácia processual da prova atípica e sua valoração

Ao contrário do que ocorre na Itália,<sup>35</sup> o sistema brasileiro permite conferir à prova atípica a mesma eficácia das demais provas produzidas no processo. Contudo, a valoração da prova atípica assumirá contornos peculiares. Ela não poderá ser valorada da mesma maneira que uma prova típica. Isso não significa que ela receberá um valor necessariamente menor pelo fato de não conter previsão legal. A prova atípica se submeterá no processo às quatro principais fases da atividade probatória (requerimento, admissibilidade, produção e valoração), integrando-se ao conjunto probatório.

Nada impede, portanto, que eventualmente se atribua concretamente um valor superior a uma prova atípica em comparação com uma prova típica. Ou mesmo que ampare a sua decisão unicamente em uma prova atípica.<sup>36</sup> Apenas alerta-se para que se tenha cautela adicional na valoração da prova atípica, sendo necessário que ela seja expressamente confrontada com os demais elementos constantes dos autos. Tal cautela se potencializará caso a prova atípica seja a única passível de solucionar o litígio e que a sua produção tenha implicado a mitigação ou o diferimento do contraditório. Considerando a inexistência de procedimento positivado para

35. A doutrina italiana amplamente majoritária admite o emprego de provas atípicas no processo, mas lhe atribui um peso meramente indiciário ou de argumento de prova: CHIARONI, *Riflessioni*..., p. 840; FERRARI, *La “prova migliore”*..., p. 347; TARUFFO, *Prove*..., p. 402-403; RICCI, *Le prove*..., p. 68; MANDRIOLI, *Corso*..., p. 127; ARIOLA, *Le prove*..., p. 118. Significa dizer, a prova atípica não traduz meio idôneo para formar, isoladamente, o convencimento judicial, razão pela qual integrará a convicção do julgador ao lado de outras provas. Caso contrário, a decisão será obtida pela aplicação das regras sobre ônus da prova (TARUFFO, *Prove*..., p. 426). No mesmo sentido, confira-se as lições de Mario Conte, amparado em precedentes da Corte de Cassação (CONTE, *Le prove*..., p. 378-380).

36. CONTE, *Le prove*..., p. 351.

a colheita dessa prova, um juízo de ponderação poderia conduzir à aceitação do contato direto e isolado do julgador com a fonte de prova, postergando o contraditório ao resultado da investigação, quando já constasse dos autos.

Nesse momento entrará em cena com ainda maior vigor o dever de fundamentação, por meio do qual as partes terão condições de avaliar os motivos que levaram o julgador a atingir determinada conclusão e poderão eventualmente lançar mão de recursos para o fim de controlar tais motivos.

#### 4.10 A prova atípica como opção residual

Muito embora exista amparo legal para a admissão de provas atípicas no processo, é possível extrair uma verdadeira preferência pela prova típica. O juiz avaliará circunstâncias concretas tais como a disponibilidade de um meio típico de prova, eventual dificuldade (custo ou tempo desproporcional) ou impossibilidade (prova irrepetível) de produção da prova típica e respeito às garantias processuais na colheita da prova atípica. A prova atípica só será deferida caso se mostre a solução mais adequada àquele caso concreto. O seu emprego será residual. O sistema probatório ampara-se no princípio da preferência pela prova típica. Isso permite concluir que o direito à prova deve ser compreendido como o direito à prova típica. De acordo com as premissas definidas na tese, caso exista uma controvérsia fática que possa ser provada por um meio típico e por um meio atípico, o juiz determinará apenas a produção do meio típico. Tal diretriz só será abrangida caso se demonstre, concretamente, que a prova atípica é a solução mais acertada (ou a única) naquela situação.

Admitida a prova atípica, incidirão o livre convencimento motivado e os amplos poderes instrutórios do juiz. O julgador então avaliará todas as provas produzidas no processo e lhes atribuirá o valor que merecer.<sup>37</sup> Logo, nada impede que o julgador determine, mesmo que já tenham sido produzidas provas típicas, a produção de uma prova atípica para esclarecer determinado fato. E nada haverá de irregular nisso. O julgador estará apenas empreendendo esforços no sentido de formar um correto convencimento a respeito da causa.

O que se pretende desaiar nesse ponto é a circunstância de que as peculiaridades envolvidas na admissão de uma prova atípica permitam constatar que o seu emprego no processo será excepcional e exigirá especial cautela – notadamente quando for possível a produção de uma prova típica.

Disso deriva que será exigível especial fundamentação não apenas em relação à admissão da prova atípica, mas também no que tange à sua valoração em conjunto com as demais provas.<sup>38</sup>

37. BUFFA, *Prove*..., p. 207.

38. TARUFFO destaca a necessidade de que haja um reforço do controle judicial sobre a eficácia da prova atípica no processo (TARUFFO, *Prove*..., p. 402).



## 5

## DA ATIPICIDADE À TIPICIDADE DOS MEIOS DE PROVA

## 5.1 A tipificação de meios probatórios atípicos

A luz do Código de Processo Civil de 1973, a prova emprestada,<sup>1</sup> o depoimento de testemunhas técnicas e a ata notarial eram considerados exemplos de provas atípicas. Afinal, não estavam expressamente previstas na lei, mas eram concretamente admitidas quando se mostravam fundamentais para comprovar uma alegação de fato relevante para a solução do litígio.

São diversos os motivos que podem justificar a tipificação de um meio de prova, por meio da sua inclusão na lei. Aparentemente, a prova emprestada e a ata notarial receberam disciplina específica no Código de Processo Civil de 2015 porque eram meios bastante utilizados na prática, especialmente em virtude da facilidade da sua produção. As testemunhas técnicas, muito embora não fossem muito frequentes, possivelmente tenham recebido previsão expressa de cabimento no Código de Processo Civil de 2015 diante da simplicidade da sua produção e dos excelentes resultados que esse meio de prova tem apresentado no âmbito dos processos arbitrais.

Justifica-se desde logo que haverá um maior detalhamento das peculiaridades inerentes à prova emprestada. Considerando que ela era o meio atípico mais largamente utilizado na experiência brasileira – o que se reflete, inclusive, na produção doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema – não há dúvida de que a sua tipificação contribuirá ainda mais para sua difusão no cotidiano forense.

## 5.2 Prova emprestada: contornos gerais

Prova emprestada consiste no aproveitamento no processo de provas produzidas anteriormente em outro processo (CPC, art. 372).<sup>2,3</sup>

1. A doutrina italiana noticia que, na Itália, a prova emprestada consiste no exemplo mais frequente de prova atípica (TARUFFO, *Prove*..., p. 404; CHIARLONI, *Riflessioni*..., p. 838; CONTE, *Le prove*..., p. 354).

2. Ressalte-se que a prova produzida em ação cautelar de antecipação de prova (por exemplo, a realização de uma perícia) não pode ser considerada como hipótese de prova emprestada, muito embora se possa afirmar que ela se destina a ingressar em outro processo. Rigo-

A admissão desse método pode se justificar em razão de a nova produção da prova ter se tornado impossível ou particularmente difícil – eventualmente até mesmo por questões relacionadas ao custo da sua repetição.<sup>4</sup> Logo, o empréstimo de prova encontra amparo, em grande medida (mas não apenas), na economia processual.<sup>5</sup>

É irrelevante a fase em que o processo originário se encontre, podendo até mesmo estar em grau recursal ou possuir decisão transitada em julgado. Não há restrição quanto à natureza da prova que será transportada. Basta que se trate de prova *constituída no processo*, tal como as provas oral e técnica.<sup>6</sup> Mas essa atividade probatória desenvolvida em processo anterior ingressará no segundo processo sob a forma de documento,<sup>7</sup> razão pela qual deverá respeitar as regras atinentes à prova

rosamente, a prova não é produzida em processo anterior e então transportada para um processo posterior. Ela é originalmente pertencente ao processo posterior. A sua colheita apenas foi antecipada em processo diverso, sob pena de tal prova não poder ser produzida no momento processual ordinário no processo principal. Nesse caso, portanto, trata-se de mecanismo destinado a preservar a incolumidade de determinadas informações relevantes para o processo principal.

3. Também não integra a noção de prova emprestada a prova produzida em juízo deprecado, pois tal juízo é apenas o executor da providência solicitada pelo juízo deprecante. A prova é produzida no próprio processo, colhida na fase processual adequada, mas em juízo que é um prolongamento do deprecante (CAMBI, *A prova*..., p. 53).

4. Partindo dessa premissa, Dinamarco entende que o valor da prova emprestada mede-se, em tese, pela razão inversa da possibilidade de sua reprodução, o que implica reconhecer a excepcionalidade do empréstimo (DINAMARCO, *Instituições*..., n. 811, p. 98). Amaral Santos ensinava que “a eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada, de natureza oral, estão na razão inversa da possibilidade de sua repetição no processo” (AMARAL SANTOS, *Prova*..., p. 356).

5. ARRUDA ALVIM, *Prova emprestada. Revista de Processo*, n. 202, p. 408. São Paulo, dez. 2011.

6. ARIOLA, *Le prove*..., p. 72. Dinamarco ressalva que só se incluem no conceito de prova emprestada as provas que tenham sido constituídas no processo, como ocorre com as provas oral, pericial e inspeção judicial – o que exclui do conceito as cópias de documentos existentes em outros autos (DINAMARCO, *Instituições*..., n. 811, p. 96). Para um exame da definição e características das *provas pré-constituídas e provas constituídas no processo* (constituídas), ver por todos: MANDRIOLI, *Corso*..., p. 122-123; RICCI, *Principi*..., p. 365-366; CONTE, *Le prove nel processo civile*. Milão: Giuffrè, 2002, p. 34-35; LEANZA, *Le prove*..., p. 36-38.

7. CHIARLONI, *Riflessioni*..., p. 859; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 149; FERREIRA, *Princípios*..., p. 143. Eduardo Talamini destaca ser “indispensável o transporte de todas as peças atinentes a atividade probatória objeto do empréstimo ou de certidão com esse teor. Apenas assim o juiz do segundo processo poderá verificar a presença dos requisitos de legitimidade da prova emprestada” (TALA-



documental – especialmente a diretriz contida no art. 437, § 1.º, do CPC, que retrata em sede infraconstitucional a exigência constitucional do contraditório ao impor a vista obrigatória à parte contrária para falar sobre o documento trazido aos autos.<sup>8</sup>

Destaque-se que um laudo pericial transportado para outro processo não deixará de ter a natureza de prova pericial. Tampouco a circunstância de o laudo ingressar no segundo processo sob a forma de documento transforma a prova pericial produzida em prova documental ou em uma prova atípica. A peculiaridade desse meio de prova relaciona-se com a forma pela qual o juiz tem acesso à fonte de prova e pela preservação da natureza da prova produzida no processo anterior. Exemplo disso é o empréstimo de um testemunho prestado em outro processo. Nesse caso, o juiz não participa da produção da prova. Não tem contato com a testemunha. Tampouco tem a oportunidade de inquiri-la. Limita-se a receber o testemunho tal como colhido no processo anterior. A imediação, portanto, é concretamente suprimida em razão da incidência de outros valores, que devem ser ponderados pelo julgador em cada caso. E nada disso infirma a sua natureza de prova testemunhal.

Nada impede que seja emprestada uma prova atípica produzida no processo anterior. Ao contrário, as circunstâncias concretas podem até recomendar que isso seja feito.

O juiz então avaliará livremente a prova emprestada, atribuindo-lhe concretamente o valor que reputar adequado, considerando o contexto fático e probatório existente nos autos.<sup>9</sup> Trata-se de diretriz expressa na parte final do art. 372 do CPC (“atribuindo-lhe o valor que considerar adequado”). Isso significa que ele não ficará vinculado à valoração que tal prova recebeu no outro processo,<sup>10</sup> podendo até mesmo chegar a conclusão diversa da que se atingiu no processo anterior, a partir da mesma prova. Caso o tema não lhe pareça suficientemente esclarecido, o juiz pode determinar a produção de nova prova a respeito do mesmo fato, a despeito de ter admitido o empréstimo. Os seus poderes probatórios permitem uma atuação como essa.

MINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*, n. 91, p. 93. São Paulo, jul.-set. 1998. No mesmo sentido: DEDA, A. *Prova*..., p. 117.

8. Caso o traslado das cópias tenha sido determinado *ex officio* – o que é perfeitamente possível diante dos poderes instrutórios do juiz –, ambas as partes deverão ter oportunidade de falar sobre os documentos (TALAMINI, *Prova*..., p. 102).

9. STJ, REsp 910.888/RS, 4.ª T., j. 15.12.2009, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 02.02.2010. No mesmo sentido, na doutrina argentina: QUADRÍ, *La prueba*..., t. 1, p. 510. Sérgio Chiarlioni, por outro lado e à luz do sistema italiano, entende que haverá uma diminuição da eficácia da prova emprestada no novo processo, na medida em que o juiz apenas poderá considerá-la como *argumento de prova* (CHIARLIONI, *Riflessioni*..., p. 840).

10. ECHANDIA, *Compendio*..., vol. 1, p. 178; AMARAL SANTOS, *Prova*..., p. 352-353; ARRUDA ALVIM, *Prova*..., p. 413; ARAZI, *Derecho*..., p. 373; GRECO FILHO, *Vicente. Direito processual civil brasileiro*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 2, p. 229.

Considerando os amplos poderes instrutórios do juiz e que ele é o destinatário da prova, não há dúvida de que o empréstimo da prova poderá ser determinado de ofício.<sup>11</sup> Afinal, na medida em que a atividade probatória destina-se a formar o convencimento do julgador sobre a causa, nada mais adequado do que ele determinar a produção das provas que reputa necessárias à prolação da sua decisão.

A motivação, portanto, será fundamental tanto para a admissão do empréstimo quanto para justificar a sua valoração no segundo processo.

As questões que normalmente se põem acerca da prova emprestada relacionam-se com o respeito ao contraditório. O art. 372 é expresso ao afirmar que seja “observado o contraditório”. Contudo, não explicitou em que termos deve ser compreendida tal exigência. Entende-se indispensável que tenha sido observado o contraditório no processo em que a prova foi produzida originalmente,<sup>12</sup> bem como no processo para o qual a prova foi transportada.<sup>13</sup>

Também se exige que a parte contra quem a prova será utilizada tenha tido a oportunidade de participar, na condição de parte, da formação da prova que se pretende importar.<sup>14</sup> Tal requisito estará preenchido mesmo que no segundo processo figurem apenas os sucessores das partes do primeiro processo, pois a sucessão transfere ao sucessor todas as posições jurídicas relativas ao objeto da sucessão (universal ou singular), inclusive as de caráter processual (como ocorre, por exemplo, com a coisa julgada).

Entretanto, não é necessário que a parte que pretenda o empréstimo tenha participado do processo anterior.<sup>15</sup> Basta que ela justifique a necessidade do em-

11. RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. *Jurisprudência Brasileira*, n. 169, p. 446-47. Curitiba, jan.-mar. 1993.

12. (...) 2. Quanto à violação dos arts. 330 e 332, ambos do CPC, o entendimento do STJ é no sentido de que não há cerceamento de defesa pela utilização de prova emprestada se esta tiver sido produzida com a observância do contraditório e do devido processo legal. (...) (STJ, AgRg no AREsp 301.724/CE, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 15.04.2014). No mesmo sentido: STJ, REsp 925.223/RS, 3.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 02.02.2009.

13. ARRUDA ALVIM, *Prova*..., p. 411.

14. ECHANDIA, *Compendio*..., v. 1, p. 176; GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, *As nulidades*..., p. 149; DINAMARCO, *Instituições*..., n. 811, p. 97; TALAMINI, *Prova*..., p. 95; GRECO FILHO, *Direito processual*..., p. 229; CONTE, *Le prove*..., p. 355.

15. Em sentido contrário, Arruda Alvim entende que a admissibilidade do empréstimo da prova exigirá a presença de ambas as partes nos dois processos (ARRUDA ALVIM, *Prova*..., p. 409). Esse também é o posicionamento prevalecente no âmbito do TJSP: “Admite-se a prova emprestada desde que originariamente colhida, sob o crivo do contraditório, em processo que figure as mesmas partes.” (TJSP, AgRg 0018700-10.2012.8.26.0000, 9.ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Piva Rodrigues).



préstimo, bem como a pertinência e adequação com o fato que se pretende ver provado no processo.<sup>16</sup>

Ainda, é necessário que a prova tenha sido produzida em processo de natureza jurisdicional. Esse tema será retomado adiante.

Caso se empreste uma prova que não preencha tais requisitos, estaremos diante de uma prova irregularmente adquirida, o que poderá implicar a nulidade da sentença que nela se amparar.

### 5.2.1 Prova produzida em juízo incompetente

A incompetência eventualmente maculará de nulidade apenas os atos decisórios (CPC, art. 64, § 4.º),<sup>17</sup> o que permite afirmar com tranquilidade que a eficácia e a validade das provas produzidas no juízo incompetente ficarão preservadas e poderão ser aproveitadas no juízo competente.

Nesse caso, evidentemente, o julgador do órgão competente deterá poderes para reexaminar livremente a prova produzida no juízo incompetente, atribuindo-lhe – sempre motivadamente – o valor que entender adequado.

Questão diversa consiste na aferição da possibilidade de empréstimo da prova produzida em processo em que se tenha reconhecido a incompetência absoluta para um processo posterior, diverso daquele em que a prova foi colhida.

Não há óbice a tal empréstimo. Como a incompetência do órgão julgador não macula a validade ou a eficácia da prova produzida, nada impede que tal elemento probatório seja transportado para outro processo, com demanda diversa daquela formulada no juízo incompetente. Repare-se que a peculiaridade não reside no fato de a prova ter sido colhida em juízo declarado incompetente. Eventualmente a prova contida naquele processo tenha sido produzida por meio típico. A peculiaridade, nessa hipótese, caracteriza-se pelo transporte de tal prova para outro processo (diverso daquele anterior). O dado fundamental aqui é a forma de aquisição da informação pelo julgador do segundo processo.<sup>18</sup>

16. “Ação anulatória – IPTU – Determinação de realização de prova pericial – Prova emprestada – Impossibilidade. Impossível a utilização da prova emprestada quando transcorrido tempo considerável entre a realização da prova pericial e a questão de fato que se pretende elucidar, sendo necessária a realização de nova prova. Recurso improvido” (TJSP, Agn. 00817106220118260000, rel. Carlos Giarusso Santos).

17. De acordo com o art. 64, §§ 3.º e 4.º, do CPC, “Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juiz competente” e “Salvo decisão judicial em contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

18. TALAMINI, Prova..., p. 100; RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 118-119. Moacyr Amaral Santos distingue duas situações

### 5.2.2 Prova produzida em processo anulado ou extinto sem enfrentamento do mérito

Controverte-se acerca da eventual possibilidade de se emprestar uma prova produzida em processo anulado ou em processo que tenha sido extinto sem resolução de mérito.

O entendimento mais adequado a respeito do tema conclui que somente não será possível o empréstimo se o motivo (que gerou a extinção prematura ou a anulação do processo) for anterior, constituir antecedente lógico à produção da prova ou incidir precisamente sobre a atividade probatória que se pretende em prestar. Portanto, se os atos de produção de prova não foram atingidos pelo vício, o empréstimo será perfeitamente possível.<sup>19</sup>

Especificamente no caso de processo extinto por preempção,<sup>20</sup> nada obsta que as partes ofereçam, em demanda diversa, a prova produzida naquele processo anterior.<sup>21</sup>

na hipótese de incompetência absoluta, o que lhe permitiria atingir resultados diversos. Segundo o autor, seria perfeitamente possível aproveitar a prova produzida no juízo incompetente no “processo em que se repõe a causa, entre as mesmas partes”. Todavia, nega a possibilidade de emprestar a prova produzida em juízo incompetente para outro processo, em que exista outra demanda, diversa daquela anterior. Nesse segundo caso, não se trataria de prova produzida perante juízo incompetente, mas de prova nula (AMARAL SANTOS, Prova..., vol. 1, p. 362). Discorda-se desse posicionamento. A prova poderá sim ser aproveitada em outro processo – porque a incompetência, por expressa disposição legal, somente poderá atingir os atos decisórios –, que receberá o valor que o julgador lhe atribuir. 19. ECHANDIA, Compendio..., vol. 1, p. 179; QUADRI, La prueba..., t. 1, p. 507; TALAMINI, Prova..., p. 106; RIBEIRO, Provas..., p. 116. Amaral Santos, por sua vez, entende que somente poderia ser admitido o empréstimo se o defeito que gerou a nulidade ocorresse em momento posterior à fase de produção de provas (AMARAL SANTOS, Prova..., vol. 1, p. 364).

20. De acordo com o par. único do art. 486, § 3.º, do CPC, “Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito”.

21. ECHANDIA, Compendio..., vol. 1, p. 182; AMARAL SANTOS, Prova..., vol. 1, p. 366. Na Argentina, Anaí M. Sandiano defende o mesmo posicionamento, amparando-se no art. 347 do CPC de Córdoba (“En caso de nuevo juicio por la misma pretensión, las partes podrán hacer valer las pruebas producidas en el juicio perimido, con excepción de la confesión ficta”) e no art. 318 do CPC argentino (“La caducidad operada en primera o única instancia no extingue la acción, la que podrá ejercitarse en un nuevo juicio, ni perjudica las pruebas producidas, las que podrán hacerse valer en aquél. La caducidad operada en instancias ulteriores acuerda fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida”); SANDIANO, Anaí M. Prueba trasladada en el proceso civil: garantía del contradictorio. In: DE LA RUA, Angelina Ferreyra de (org.). *La prueba en el proceso: doctrina y jurisprudencia*.



### 5.2.3 Prova produzida em processo que tramita no exterior

Não há consenso a respeito da admissibilidade do empréstimo de prova produzida no exterior.

Há quem sustente ser inviável como regra o empréstimo de prova produzida no exterior, pois ela foi colhida por órgão que – muito embora ostente natureza jurisdicional – não exerce jurisdição brasileira.<sup>22</sup> Só quando fosse impossível a produção da prova em território nacional é que se tornaria viável a importação daquela prova já produzida em processo conduzido perante outro Estado, pois a vedação ao empréstimo nesse caso configuraria restrição incontornável ao direito de provar.<sup>23</sup>

Todavia, entende-se ser possível, como regra, o empréstimo de uma prova produzida em processo que tramita (ou tramitou) no exterior. A prova produzida fora dos limites da jurisdição nacional, mas por meio admitido no Brasil, é perfeitamente passível de ser emprestada a um processo em trâmite nesse país. Basta que sejam extraídas cópias que permitam aferir a regularidade da colheita da prova (citação, contraditório etc.) e compreender o sentido e extensão de tais informações.<sup>24</sup> Para que a documentação em língua estrangeira possa ser juntada aos autos, exige-se que esteja acompanhada de versão para a língua portuguesa “trmitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado” (CPC, art. 192, parágrafo único).

Ademais, se é permitida a colheita de uma prova no exterior por meio de carta rogatória – e ninguém questiona a sua eficácia – por identidade de motivos também não se poderia impedir o empréstimo.<sup>25</sup>

A prova produzida no exterior ingressará no processo tal como as demais provas emprestadas. Será submetida a exame de admissibilidade, em que o juiz examinará aspectos relacionados à regularidade da colheita da prova, à sua pertinência, adequação e utilidade das informações. Caso preencha os requisitos ne-

Córdoba: Advocatus, 2007, p. 385. Na Itália, o art. 310 do CPC dispõe sobre a possibilidade de se emprestar as provas produzidas em processo extinto, as quais ingressarão no novo processo com valor de simples argumento de prova (art. 116, II, do CPC).

22. TALAMINI, Prova..., p. 101.

23. Idem, p. 101-102.

24. ECHANDIA, *Compendio...*, vol. I, p. 183.

25. AMARAL SANTOS, *Prova...*, vol. I, p. 367-368. Dinamarco também admite o empréstimo de prova produzida no exterior (DINAMARCO, *Instituições...*, n. 811, p. 97). Mario Conte, à luz do direito italiano, admite o empréstimo de prova produzida em juízo estrangeiro (CONTE, *Le prove...*, p. 357). Na Colômbia, Hernando Echandia também defende a admissão do empréstimo de provas de processo estrangeiro (ECHANDIA, *Compendio...*, vol. I, p. 183).

cessários, será incorporada ao conjunto probatório e receberá o valor que merecer no momento do julgamento.<sup>26</sup>

Mas advirta-se que o exame da licitude da prova deverá receber maior atenção no caso de empréstimo de prova produzida no exterior. Afinal, nada impede que a prova tenha sido colhida de acordo com a lei do país estrangeiro, mas com o emprego de métodos incompatíveis com a legislação brasileira ou com a ordem pública nacional (por exemplo, confissão obtida mediante o emprego de narcoanalise, em país que ainda admita tal método).

### 5.2.4 Prova produzida em processo administrativo

É fundamental que a prova a ser emprestada tenha sido produzida perante um órgão que desempenhe função jurisdicional, permeado pelas garantias fundamentais do processo, com destaque à condução da prova por um julgador independente e imparcial.

O processo administrativo não preenche esses requisitos. Além de o julgador não ostentar função jurisdicional, não há dúvida de que existe vínculo objetivo entre ele e uma das partes (o Estado). Isso é suficiente para impedir o empréstimo das apurações realizadas em qualquer procedimento ou processo administrativo – inclusive dos elementos colhidos no âmbito de inquérito civil (como se verá adiante) e de inquérito policial.<sup>27</sup> Tal conclusão não se alterará caso seja o particular quem pretenda trazer para o processo judicial as apurações desenvolvidas no processo administrativo. O empréstimo, rigorosamente, também não será possível. Contudo, não há dúvida de que o juiz deverá levar tal circunstância em consideração no momento da valoração das provas.

Nem se argumente que o juiz estatal também teria uma vinculação com um dos litigantes, quando o próprio Estado fosse parte no processo.

A improcedência desse argumento se confirmaria diante da garantia constitucional do juiz natural (CF/1988, art. 5.º, XXXVII e LIII), que estabelece, de antemão, o juiz que deterá competência para apreciar o caso. Não ficará a cargo do próprio Estado definir, unilateralmente, quem julgará o pedido formulado em juízo.

26. A luz do sistema italiano, Piero Leanza admite o empréstimo de prova produzida perante autoridade judiciária estrangeira, desde que ela seja compatível com os princípios gerais do ordenamento (especialmente o respeito ao contraditório e ao procedimento de colheita da prova). Todavia, destaca que tal prova ingressará no novo processo com o valor de mero indício (LEANZA, *Le prove...*, p. 121).

27. TALAMINI, *Prova...*, p. 101. Em sentido contrário, Eduardo Cambi sustenta a possibilidade de empréstimo para o processo civil da prova produzida no processo administrativo, “desde que tenha sido observada a plenitude das garantias constitucionais do processo, aplicáveis a ambos os processos (art. 5.º, LIV e LV, CF)” (CAMBI, *A prova...*, p. 57).



Ademais, o juiz – ao contrário de um julgador em processo administrativo – está cercado de uma série de garantias funcionais, que permitem o desempenho imparcial de suas atividades.

Em última análise, portanto, conclui-se não ser possível o empréstimo de prova produzida em processo administrativo. Caso essas apurações sejam levadas ao processo, deverão ser valoradas e receber o valor correspondente ao de um mero indicio, jamais podendo constituir o elemento de convicção determinante para a solução do litígio.

### 5.2.5 Especificamente a prova colhida no inquérito civil

O inquérito civil consiste em um procedimento administrativo, de titularidade exclusiva do Ministério Público, destinado a coletar elementos para a formação do seu convencimento acerca da viabilidade da propositura de ação civil pública para a defesa de direitos transindividuais.<sup>28</sup> Não se trata de procedimento indispensável à propositura da ação civil pública.<sup>29</sup> Nada impede que o Ministério Público se convença de que os indícios de que já dispõe sejam suficientes para a propositura da demanda. Contudo, recomenda-se a instauração do inquérito civil, de modo a viabilizar que a propositura das ações civis públicas seja feita, o quanto possível, de maneira responsável.<sup>30</sup>

Não há definição legal de um rito específico para o inquérito civil. Entende-se, no entanto, que ele deverá se desenvolver logicamente de acordo com três fases: *instauração, instrução e conclusão*.

A instauração poderá ser feita *ex officio* (por portaria) ou por despacho exarado em representação ou requerimento de qualquer interessado. Não será qualquer requerimento que se mostrará apto a desencadear tal atividade investigatória. Exige-se que provenha de fonte idônea, capaz de suscitar indícios suficientes (justa causa) a justificar a atuação do Ministério Público.<sup>31</sup>

O inquérito civil respeitará o princípio constitucional da publicidade e da motivação (CF/1988, art. 37, *caput*). A publicidade poderá ser restringida nos casos em que a lei impuser sigilo.

28. Há diversas disposições a respeito do inquérito civil, merecendo destaque para a Constituição (art. 129, III), a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985, art. 8.º, § 1.º), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990, art. 201), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, art. 90) e a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.635/1993, art. 25, IV).

29. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 343. Na jurisprudência: STJ, AgRg no REsp 1.066.838/SC, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, DJe 04.02.2011.

30. RODRIGUES, Marcelo Abella. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 110.

31. LEONEL, Manual..., p. 340.

A fase instrutória consiste na coleta de elementos por meio da requisição de documentos públicos ou particulares, obtenção de pareceres, inquirição de pessoas (inclusive os investigados), realização de exames ou perícias etc.

Ao final das apurações, o inquérito civil poderá ter os seguintes desfechos: *propositura* da ação civil pública por haver indícios suficientes que a justifique ou *arquivamento* do inquérito, caso o *parquet* se convença de que não há fundamento para a propositura de ação.<sup>32</sup> É possível também que, no curso ou ao final do inquérito civil, os órgãos públicos legitimados ou o Ministério Público firme com o investigado um compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, que terá eficácia de título executivo extrajudicial (Lei 7.347/1985, art. 5.º, § 6.º).

Esse breve panorama a propósito do inquérito civil é suficiente para demonstrar que as apurações realizadas no âmbito de tal procedimento não têm por escopo instruir o processo judicial. Trata-se de apuração destinada a convencer o *parquet* a respeito da viabilidade da propositura da ação civil pública pelo próprio Ministério Público.

Disso decorre que as apurações feitas no inquérito civil são conduzidas por sujeito parcial.<sup>33</sup> O Ministério Público requisita as informações que reputa necessárias e produz as diligências (exames) da forma que entende mais adequada aos seus intentos. Nem mesmo o respeito ao contraditório na coleta das informações será suficiente para a admissão processual das apurações ministeriais, pois não terão preenchido o requisito da autoridade imparcial.

Isso não significa que os elementos colhidos pelo Ministério Público devam ser necessariamente desprezados no processo judicial.<sup>34</sup> Trata-se de realçar que as informações levadas aos autos pelo *parquet* ou pelo particular não deverão ser recebidas com o *status* de prova – que dispensa a sua repetição em juízo – pelo simples fato de ter sido colhida em inquérito civil conduzido pelo Ministério Público. Deverão ser recebidas com as mesmas reservas que quaisquer apurações particulares unilaterais.<sup>35</sup> Caso surja controvérsia a respeito dos fatos sobre os

32. Caso se decida pelo arquivamento do inquérito, os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos ao Conselho Superior do Ministério Público, nos termos e para os fins previstos no art. 9.º da Lei 7.347/1985.

33. YARSHELL, Atividade..., p. 89.

34. “Na análise do material probatório, a prova ‘indiciária’ poderá receber maior ou menor consideração (credibilidade e importância) para o desfecho da demanda, dependendo do modo como tenha sido conduzido o inquérito civil” (LEONEL, *Manual...*, p. 345). Em sentido semelhante: COSTA, Susana Henriques da. A influência do contraditório na valoração dos elementos de prova produzidos em inquérito. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 730.

35. YARSHELL, Atividade..., p. 91.



quais incidiram as apurações ministeriais, eles deverão ser provados no âmbito do processo, de acordo com as regras sobre ônus da prova e tal como assegura o direito constitucional à prova.

Tais motivos conduzem à rejeição do empréstimo para o processo judicial dos elementos informativos colhidos no inquérito civil. Caso essas apurações sejam levadas ao processo, deverão ser valoradas e receber o valor correspondente ao de um mero indício, jamais podendo constituir o elemento de convicção determinante para a solução do litígio.

#### 5.2.6 Prova produzida em processo arbitral

É perfeitamente possível o empréstimo de prova produzida em processo arbitral.

A arbitragem constitui meio facultativo e convencional de solução de controvérsias, por meio do qual as partes – no âmbito da autonomia da vontade – investem um ou mais particulares de poderes para solucionar litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, cuja decisão se equipara à judicial e se reveste da garantia constitucional da coisa julgada material (CF/1988, art. 5.º, XXXVI). É requisito de validade do processo arbitral a observância das garantias processuais do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e independência do árbitro. Além disso, caso a eficácia preponderante da decisão arbitral seja condenatória, a decisão arbitral assumirá *status* de título executivo judicial (art. 31 da Lei 9.307/1996 e art. 515, VII, do CPC).

Essas características, aliadas às previsões legais de que o árbitro é juiz de fato e de direito, investido de amplos poderes instrutórios (art. 22 da Lei 9.307/1996) e cuja sentença não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18 da Lei 9.307/1996) evidenciam o caráter jurisdicional de que se reveste o processo arbitral.<sup>36</sup>

O árbitro, portanto, desempenha função jurisdicional, essencialmente permeada pelas garantias constitucionais do processo, o que desvenda a viabilidade do empréstimo para um processo judicial de uma prova produzida na esfera arbitral.<sup>37</sup>

Tal conclusão não é alterada pela circunstância de a prova ter sido produzida em processo que tramitou perante os Juizados Especiais estaduais (Lei 9.099/1995), mas que no curso do processo as partes optaram consensualmente pela resolução

36. Esse entendimento foi exposto em trabalho preterito, com ampla referência bibliográfica (AMARAL, Paulo Ostermann. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência de instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33).

37. Talami rejeita a possibilidade de se emprestar prova produzida em processo arbitral, por partir da premissa de que não se trataria de processo com natureza jurisdicional (TALAMINI, Prova..., p. 101).

do conflito por meio de arbitragem. Nesse caso, elas escolherão um juiz leigo para funcionar como árbitro em seu caso, o qual conduzirá o processo da mesma forma que o juiz togado o faria e poderá julgar por equidade. Encerrada a instrução, o árbitro terá cinco dias para apresentar o laudo. Trata-se da chamada *arbitragem incidental*, cuja necessária submissão do laudo arbitral à homologação pelo juiz foi revogada pela Lei 9.307/1996.<sup>38</sup>

#### 5.2.7 Prova produzida no processo penal

Em princípio, nada impede que o juiz civil determine ou admita o empréstimo de prova produzida na esfera criminal<sup>39</sup> – mesmo que já exista sentença com trânsito em julgado no processo penal.

Deve-se atentar, no entanto, para a hipótese de a prova no processo penal ter sido colhida em fase sujeita a restrição de publicidade. Nesse caso, entende-se que o sigilo da prova no âmbito criminal deva ser preservado no processo de natureza civil, seja por meio da decretação do segredo de justiça seja por meio da manutenção e guarda dos documentos pela escritania. Pelo princípio do livre convencimento motivado, a valoração da prova realizada no processo penal não vincula o juiz civil. Com isso, é perfeitamente possível que, em relação a uma mesma prova, seja atribuído na esfera civil um peso diferente do que lhe atribuiu o juízo criminal.<sup>40</sup>

#### 5.2.8 Especificamente o empréstimo de interceptação telefônica

Alguma dúvida poderia surgir em relação ao empréstimo pelo juiz civil de interceptação telefônica autorizada judicialmente no âmbito criminal.

O art. 5.º, XII, da CF<sup>41</sup> admite excepcionalmente a interceptação de comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma da Lei 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Extraem-se três diretrizes dessa garantia: (i) a regra é a inviolabilidade das comunicações telefônicas; (ii) a interceptação somente pode ser autorizada por meio de decisão judicial; (iii) a interceptação somente poderá ser deferida no âmbito criminal.

38. A respeito da revogação do art. 26 da Lei dos Juizados Especiais estaduais, que exige a homologação do laudo proferido pelo árbitro no âmbito dos Juizados, ver por todos: WAMBIER e TALAMINI, Curso..., p. 869-870.

39. ECHANDIA, *Compendio...*, vol. 1, p. 180.

40. ARIOLA, *Le prove...*, p. 80-81; DEDA, *A prova...*, p. 119.

41. De acordo com o inciso XII do art. 5.º da CF: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual”.



Disso decorre que uma prova produzida em tais hipóteses será admissível (lícita) no âmbito penal. Todavia, caso a produção da mesma prova seja determinada no âmbito de uma causa civil, estariamos diante de uma prova ilícita e, portanto, inadmissível no processo.

Há quem sustente a viabilidade de emprestar para o juízo cível uma interceptação telefônica regularmente realizada em um processo penal, sob os mais variados fundamentos. De um lado, defende-se que o empréstimo será admissível porque a interceptação foi lícitamente obtida e empregada como prova direta na esfera criminal.<sup>42</sup> Por outro, afirma-se que a própria legislação autorizaria genericamente tal empréstimo (CC/1916, art. 1.525; CC/2002, art. 935),<sup>43</sup> ao consignar exatamente um caso típico de admissibilidade no cível da prova produzida no juízo criminal.<sup>44</sup> Há ainda um argumento adicional, que admite tal empréstimo à medida que a Constituição vedou a obtenção de uma prova por meio ilícito, e não o empréstimo de uma prova já obtida por meio lícito.<sup>45</sup>

Os Tribunais Superiores possuem decisões autorizando o empréstimo de interceptação telefônica realizada no âmbito criminal para ser utilizada em processo administrativo disciplinar.<sup>46</sup> Tais precedentes são relevantes para o objeto deste estudo, pois configuram hipótese em que a escuta telefônica foi transportada para processo, no âmbito do qual tal escuta não poderia ser deferida diretamente.

Não há dúvida de que a opção constitucional de autorizar interceptação telefônica apenas no âmbito penal não foi a mais adequada.<sup>47</sup> Conferiu uma si-

42. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 167. Luciano Ramires adere expressamente ao posicionamento de Nelson Nery Junior (RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. *As provas como instrumentos de efetividade no processo civil*. São Paulo: Jurez de Oliveira, 2002. p. 86). Também nesse sentido: CAMBI, A prova..., p. 59.

43. O art. 935 do CC/2002 corresponde ao art. 1.525 do CC/1916. Dispõe o art. 935: "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

44. AMARAL SANTOS, Provas..., v. 1, p. 373.

45. RIBEIRO, Provas..., p. 117.

46. O STF já admitiu o empréstimo de interceptação telefônica autorizada pelo juiz criminal para ser utilizada em processo administrativo disciplinar "contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação as quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despojado a colheita dessas provas." (STF: QO em Pet 3683, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 19.02.2009). O STF também admite que a prova colhida na esfera criminal seja emprestada a processo administrativo disciplinar: EDeI no MS 12.805/DF, 3.ª Seção, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 03.06.2014; MS 15.907/DF, 1.ª Seção, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 20.05.2014.

47. COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*, n. 133, p. 111 e 117, mar. 2006.

tuação distinta ao processo penal, na contramão da moderna doutrina processual e da própria Constituição.

Não é de hoje a concepção de que o direito processual como um todo é informado por princípios e garantias fundamentais e que a bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde a uma exigência pragmática derivada da norma substancial a atuar.<sup>48</sup> Também já se consolidou não ser juridicamente admissível a ultrapassada orientação de que o processo penal perseguiria a chamada "verdade real", ao passo que o processo civil se satisfaria com uma "verdade formal"; a verdade é uma só e será buscada em qualquer processo como forma de se obter uma solução justa.<sup>49</sup>

Além disso, a própria Constituição, em diversos momentos, evidenciou uma diretriz geral que confere tratamento unitário ao direito processual. Exemplo disso são as noções de jurisdição, ação, defesa, coisa julgada, contraditório, juiz natural, que são atinentes a ambos os ramos do direito processual, o que permite submetê-los a um núcleo de diretrizes comuns, ao qual se convencionou chamar de teoria geral do processo.<sup>50</sup>

Não se pretende, com isso, ignorar a existência dos dois ramos do direito processual. É evidente que eles não se confundem, pois possuem características próprias e atendem a normas substanciais diversas. Mas o objetivo aqui é tornar claro que as diretrizes fundamentais – de que é exemplo o direito à prova – deveriam ser aplicadas ao direito processual como um todo, sem o estabelecimento de distinções, que não encontram mais amparo sistemático no ordenamento nacional.

Todavia, não há como ignorar a opção feita pelo legislador constitucional. Ainda que não se amolde adequadamente à sistemática concebida na Constituição, a norma constitucional (regulamentada pela Lei 9.296/1996) que restringe a interceptação telefônica apenas ao âmbito criminal possui caráter cogente, continua em vigor e deve ser observada. Essas diretrizes permitem concluir que, como regra, não será possível o empréstimo de uma interceptação telefônica para um processo de natureza não criminal. Caso contrário, estar-se-ia constituindo ilegítima burla não apenas à vedação constitucional, mas também ao emprego excepcional desse método restrito aos fins criminais.<sup>51</sup> Portanto, o empréstimo de

48. CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, *Teoria...*, p. 54.

49. BARBOSA MOREIRA, A Constituição..., p. 118; YARSHELL, Flávio Luiz. Investigação e autonomia do direito à prova: um avanço necessário para a teoria geral do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 328.

50. CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, *Teoria...*, p. 54.

51. Entretanto, a matéria parece estar pacificada em sentido contrário no âmbito do STJ, que tem admitido o empréstimo, para ações de improbidade administrativa, de prova obtida



prova fora das hipóteses legais viola o direito material ao sigilo das comunicações e caracteriza hipótese de prova ilícita.

No entanto, não se descarta que tal vedação ao empréstimo seja abrangida concretamente, em situações muito excepcionais, pela incidência da proporcionalidade. Em determinado caso, os valores protegidos pelas regras que restringem a interceptação à esfera criminal poderão ceder em relação a outros valores que se pretenda proteger em processo de natureza não penal. Mais uma vez, a motivação assumirá papel fundamental, pois é a partir dela que será possível controlar a correção da atividade judicial – inclusive o eventual juízo de ponderação – no que tange à admissibilidade ou não do empréstimo da prova.

### 5.2.9 *Empréstimo de prova considerada ilícita no processo de origem*

Questão diversa reside em examinar a eventual possibilidade de empréstimo de uma prova considerada ilícita em outro processo. Repare-se que a presente reflexão não se destina a verificar se seria possível emprestar uma prova ilícita, assim considerada no processo penal, mas que se fosse produzida diretamente no juízo civil seria considerada ilícita.

O tema pode ser enfrentado sob duas perspectivas diferentes. A primeira consiste na análise do ingresso de uma prova ilícita emprestada, sob o fundamento que a violação ao direito material já teria ocorrido e que portanto não haveria mais motivo para, por exemplo, se preservar o sigilo de algo que já foi revelado. A outra perspectiva seria reconhecer que incumbe ao juiz do processo posterior avaliar a admissibilidade da prova anteriormente considerada ilícita, inclusive por meio de juízo de ponderação.

Como regra, é inadmissível o aproveitamento de uma prova ilícita em qualquer processo. O fato de o direito material já ter sido violado no processo anterior não infirma tal conclusão. A prova ilícita é ineficaz. Isso significa que ela não tem aptidão para produzir efeitos no processo em que se pretendeu o seu ingresso ou em qualquer outro. A violação do direito material não desaparece após a sua revelação judicial. Ao contrário, é exatamente o reconhecimento judicial da ilicitude da prova que impede que ela seja admitida no processo (qualquer processo).

Disso decorre a improcedência do argumento de que seria admissível o empréstimo da prova ilícita, que então se submeteria à valoração pelo juiz do processo posterior. Para que uma prova seja emprestada, é imprescindível que ela tenha sido ao menos admitida no processo anterior. O reconhecimento da ilicitude da prova desvenda que ela sequer ultrapassou a fase de admissibilidade no processo

por meio de interceptação telefônica realizada em processo penal (REsp 1.122.177/MT, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27.04.2011; REsp 1.190.244/RJ, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, DJe 12.05.2011).

anterior. A sua ineficácia é absoluta. Isso torna impossível que tal prova seja transportada para um processo posterior.

Tal conclusão não é alterada pelo argumento de que a prova poderia ter sido declarada ilícita de forma equivocada, o que eventualmente seria revisto pelo juiz do processo posterior, em novo exame daquela mesma prova. Aqui merece atenção novamente as fases da atividade probatória. Não se está questionando a possibilidade do juiz do processo posterior valorar de forma diversa a prova produzida perante o juiz anterior. Isso é inerente aos poderes instrutórios, livre convencimento motivado e à integração da prova ao conjunto probatório estabelecido em cada processo. A vedação ao ingresso da prova no processo posterior decorre precisamente do fato de a prova sequer ter atingido a fase de valoração no processo anterior. A questão então não é de valoração, mas de inadmissão e ineficácia em razão de ilicitude.

Constituiria situação diversa se a prova tivesse sido considerada ilícita no processo anterior, mas ainda assim admitida mediante uma ponderação concreta dos valores envolvidos naquele caso. A prova então, ainda que ilícita, terá passado pelo exame de admissibilidade no processo anterior. Nessa hipótese reputa-se possível o empréstimo da prova, que se submeterá às mesmas fases da atividade probatória no novo processo. Os valores envolvidos no segundo processo poderão conduzir a um juízo de admissibilidade diverso do atingido no processo anterior, determinando o desentranhamento da prova ilícita. Incidirá com todo vigor no segundo processo os poderes instrutórios do juiz e o livre convencimento motivado.

Em suma, como regra, não será possível emprestar uma prova que tenha sido considerada ilícita no processo em foi produzida.<sup>52</sup>

### 5.2.10 *Empréstimo de prova por versar sobre questão fática repetitiva*

Ha quem sustente a possibilidade de empréstimo de prova produzida em processo anterior, alheio às partes, nos casos que envolvam questões técnicas repetitivas. A hipótese utilizada para amparar tal assertiva é o da prova pericial produzida em outro processo, em que figuraram outras partes, mas que versa sobre questão técnica idêntica à discutida no processo posterior. Esse posicionamento defende que o aproveitamento da prova anterior justifica-se em atenção aos princípios da economia processual e instrumentalidade. O contraditório e a ampla defesa seriam preservados concedendo-se a oportunidade de a parte atingida pela perícia falar sobre o seu resultado e demonstrar eventual prejuízo.<sup>53</sup>

Discorda-se desse posicionamento. Há uma série de fatores que conduzem à conclusão de que o empréstimo é inviável mesmo na hipótese de questões fáticas repetitivas.

52. RABONEZE, *Provas*..., p. 42; FERREIRA, *Princípios*..., p. 125; CAMBI, *A prova*..., p. 58.

53. FERREIRA, *Princípios*..., p. 149-150.



A admissão do empréstimo de uma prova pressupõe que a parte contra a qual ela será utilizada tenha participado do processo anterior, em que tal prova foi produzida. Isso não significa dizer que seria suficiente apenas a presença da parte no processo anterior para que o empréstimo seja admitido. Precisa-se de mais do que isso. É fundamental que lhe tenha sido conferida a oportunidade de influir ativamente nas fases da atividade probatória, especialmente na admissão, na produção e na valoração. Isso permitiria à parte demonstrar, por exemplo, que a prova era desnecessária até que para solucionar aquela espécie de controvérsia. A parte também poderia ter interesse em formular quesitos (principais, suplementares e esclarecimento), impugnar os quesitos da parte contrária, além de indicar assistente técnico para acompanhar o trabalho pericial e se manifestar tecnicamente sobre os seus resultados. Ainda, nada impede que após a entrega do laudo o perito seja ouvido em audiência para esclarecer algum tema relacionado à perícia. Por fim, as alegações finais representam o último momento em que as partes apresentam suas razões ao julgador, não raro demonstrando a conclusão que extraem do conjunto probatório.

A exigência de que a prova emprestada seja utilizada contra quem participou da sua formação no processo anterior não corresponde a considerar o contraditório e a ampla defesa um fim em si mesmos. Trata-se, ao contrário, de reconhecer a indispensabilidade de que o empréstimo da prova seja admitido apenas quando a parte contra quem ela será utilizada tenha participado de um contraditório, o que é congruente com a garantia constitucional do direito à prova.

Também não convence o argumento de que o empréstimo de prova em razão de questões fáticas repetitivas somente seria vedado quando se comprovasse, no processo posterior, a existência de prejuízo ao contraditório ocorrido no processo em que a prova se formou. O respeito ao contraditório no processo anterior é pressuposto para a admissão de qualquer empréstimo de prova. Ocorre que na hipótese ora examinada, o contraditório sequer se estabeleceu. A parte contra quem se pretende utilizar a prova sequer integrou a relação processual anterior. Logo, a questão não se coloca em termos de prejuízo ao contraditório. A premissa de que se parte é outra: não se empresta tal prova porque o contraditório não existiu.

Com isso, conclui-se que a existência de questões fáticas repetitivas não constitui motivo autônomo para se emprestar uma prova. É necessário que a parte contra quem se pretende utilizar a prova no processo posterior tenha participado (ou tido a oportunidade de participar) da formação da prova no processo anterior.

#### 5.2.11 “Empréstimo” de prova documental questionada em processo anterior

Esclareça-se, desde logo, que a prova documental não caracteriza um verdadeiro empréstimo de prova. Como visto, o empréstimo destina-se a transportar para

um processo posterior uma prova produzida no âmbito de um processo anterior. Portanto, a existência do empréstimo pressupõe uma prova constituída, e não uma prova pré-constituída, de que é exemplo a prova documental.

De todo modo, nada impede que se pretenda levar a um processo posterior um documento cuja veracidade tenha sido questionada em processo anterior. Nesse caso, podem surgir duas situações, a depender da forma pela qual é impugnada a autenticidade documental.

A primeira situação consiste na hipótese de a autenticidade do documento ter sido decidida como questão principal no processo anterior (CPC, arts. 19, II e 430 e ss.). O cabimento da arguição é amplo, podendo se destinar a impugnar documentos escritos ou não escritos, imagens, gráficos, assim como a via original do documento ou sua reprodução. Nesse caso, qualquer das partes (ou o Ministério Público, quando atuar em defesa da ordem jurídica – CPC, art. 176) poderá suscitar a controvérsia acerca da autenticidade do documento, desde que ele seja relevante para a solução do litígio. Quando suscitada como questão principal, a declaração sobre a falsidade do documento “constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada” (CPC, art. 433).

Contudo, o questionamento quanto à autenticidade do documento pode ocorrer no curso do processo, como matéria incidental. Nesse caso, a decisão sobre a falsidade do documento não ficará imunizada pela coisa julgada material.

A identificação dessas duas situações é relevante, pois permite concluir que a coisa julgada material somente incidirá sobre a autenticidade ou falsidade reconhecida quando o tema da falsidade for decidido como questão principal. Disso decorre que o juiz do segundo processo – em que se pretenda anexar o documento já questionado no processo anterior – deverá observar a solução adotada na sentença proferida no âmbito da arguição de falsidade.

Tal afirmação não infirma a diretriz fundamental do empréstimo de prova, em que o juiz do segundo processo não está vinculado à valoração realizada no processo anterior. A questão aqui é diversa. Não envolve propriamente hipótese de empréstimo de prova. Trata-se de reconhecer a eficácia positiva da coisa julgada material incidente sobre a parte dispositiva da sentença, em que se decidiu sobre a falsidade do documento, que determina a observância daquele pronunciamento pelo juiz do processo posterior.

#### 5.2.12 Empréstimo de prova irregularmente produzida

Questão interessante diz respeito à possibilidade de empréstimo de prova cuja regularidade foi questionada em processo anterior. Repare-se que essa hipótese não se confunde com o caso examinado no item precedente, em que é impugnada no processo anterior a autenticidade de uma prova pré-constituída. A hipótese ora



analisada relaciona-se com uma prova constituída, cuja irregularidade da sua produção foi suscitada no processo originário, de que se pretende importar a prova.

Um exemplo é suficiente para ilustrar a hipótese. Imagine-se o deferimento de uma prova técnica destinada a elucidar controvérsia acerca da existência ou não de cobrança de encargos abusivos em contrato bancário. O juiz designa um engenheiro florestal para a realização da perícia. O banco impugna a indicação, alegando incompatibilidade da especialidade do profissional indicado com o objeto da perícia. O laudo é então confeccionado e apresentado em cartório. Logo após, outro correntista propõe demanda contra o mesmo banco afirmando a existência de cobrança de encargos abusivos decorrente de contrato bancário equivalente ao anterior (contrato de adesão, contendo a mesma cláusula-padrão). O autor da segunda demanda pede o empréstimo da prova produzida no processo anterior, cujo resultado, na sua visão, confirmaria a existência da ilegalidade das cobranças promovidas pelo banco. Surgem então os questionamentos: o laudo pode ou não ser transportado para o segundo processo? A eventual irregularidade da produção da prova é juridicamente relevante para a admissão do empréstimo?

A resposta a tais questões exigem a retomada das premissas firmadas no início deste capítulo: a prova constituída pode ser emprestada, desde que a parte contra quem se pretenda o empréstimo tenha participado em contraditório da sua produção, que será livremente valorada pelo juiz do segundo processo.

Portanto, em princípio, são irrelevantes os juízos realizados a respeito da prova produzida no processo anterior. No exemplo dado, nada impede que seja inadmitido o empréstimo do laudo pericial por reputá-lo irregularmente produzido. Como se trata de prova repetível, seria perfeitamente possível, diante da constatação da irregularidade da prova anterior, determinar-se a produção de nova prova no segundo processo.

Também não haveria irregularidade na admissão do ingresso do laudo no segundo processo, ainda que o juiz (ou tribunal) do processo anterior o tivesse reputado defeituoso e determinado a produção de nova prova. Tudo isso será objeto de nova avaliação no processo posterior, como decorrência dos poderes instrutórios e do livre convencimento motivado. Isso reforça a necessidade de estabelecimento do contraditório prévio à admissão da prova emprestada, assim como o reforço da motivação na fase de admissibilidade do empréstimo e da posterior valoração da prova.

### 5.2.13 *Empréstimo de prova irrepetível colhida sem garantias*

Hipótese delicada relaciona-se com o empréstimo de prova irrepetível, que foi colhida no processo anterior sem as garantias necessárias para ter eficácia probatória no processo. Essa hipótese não se confunde com a exposta no item precedente. Lá, a prova foi irregularmente produzida, mas era possível produzi-la

no processo posterior. A hipótese que ora se cogita diz respeito à possibilidade ou não do empréstimo de uma prova irregularmente produzida no processo anterior, mas que por alguma circunstância é impossível de ser produzida no processo para o qual se pretende transportá-la (irrepetível, portanto).

Tomemos como exemplo um senhor idoso, que prestou serviços de contador para um empresário durante muitos anos. Por uma estratégia comercial, o contador figurava como representante legal da pessoa jurídica.

A despeito de a lei o considerar impedido para depor como testemunha (CPC, art. 447, § 2.º, II), ele foi convocado a comparecer à ação de exclusão de um sócio por falta grave, oportunidade em que narrou diretamente ao juiz (sem a presença das partes ou de seus advogados) que foi obrigado a falsificar balanços em favor do sócio faltoso e que ocultou no exterior o patrimônio de tal sócio. A prova foi considerada irregularmente colhida, pois o testemunho foi prestado por pessoa impedida e não foi observado o contraditório. Contudo, naquele caso, a falta grave ficou comprovada por outros elementos constantes dos autos e a demanda foi julgada procedente para determinar a exclusão do sócio.

Posteriormente, o sócio excluído foi citado em ação de separação litigiosa promovida pela sua esposa. A (ainda) esposa tentou entrar em contato com o antigo contador. Pretendia indicá-lo como testemunha no processo de separação para comprovar a verdadeira situação financeira do réu. Obteve a informação de que o sujeito havia falecido. A prova, portanto, tornou-se irrepetível no processo posterior. Diante disso, requereu o empréstimo da prova testemunhal produzida no processo de exclusão de sócio, pois seria a única forma de obter informações sobre o patrimônio a ser partilhado.

O impasse então diz respeito à possibilidade ou não de se emprestar uma prova colhida sem garantias mínimas no processo anterior.

Entende-se que o requerimento de empréstimo deverá ser submetido ao juiz do processo para o qual se pretende transportar a prova. O pedido será analisado, tal como asseguram os poderes instrutórios do juiz e o princípio do livre convencimento motivado.

Nessa análise, não se ignora que a premissa fundamental sempre será a necessidade do respeito ao contraditório para a eficácia processual da prova. Com relação ao empréstimo, exige-se que a parte contra quem será emprestada tenha participado da formação da prova.

Todavia, o juiz não deverá rejeitar liminarmente a prova, mediante a simples constatação de que o contraditório não foi observado na sua formação. Trata-se de uma situação excepcional, que exige um tratamento equivalente. No exemplo imaginado, a excepcionalidade poderia ser enfrentada sob os aspectos da irrepetibilidade de uma prova fundamental, a inexistência de outras provas e a verossimilhança da alegação de ocultação de patrimônio. Tais motivos conduziram legitimamente



o julgador a admitir a prova, estabelecendo sobre ela um amplo contraditório. As partes teriam a possibilidade de demonstrar em que medida a ausência de contraditório prejudicou a prova, isto é, qual seria a influência do contraditório sobre o seu resultado. Não se pretende aqui estabelecer uma diretriz geral de que seria possível, em qualquer caso, colher provas sem contraditório, para somente então, *a posteriori*, promover investigação acerca de eventual prejuízo para fins de manutenção da prova no processo. A admissão dessa solução seria uma exceção, justificada pela excepcionalidade do caso.

Nada impediria, também, que o juiz requisitasse informações às instituições financeiras estrangeiras, cujos dados foram extraídos do testemunho emprestado. Tal situação desvendaria uma repercussão prática da distinção entre prova ilícita e prova irregularmente produzida. Caso se tratasse de uma prova ilícita (com ofensa a regra de direito material), toda e qualquer informação obtida a partir dela seria contaminada pela ilicitude. O mesmo não ocorre com a prova irregularmente adquirida, cujo defeito não contamina eventuais informações obtidas a partir dela. No exemplo cogitado, seria possível o aproveitamento de informações obtidas a partir da prova testemunhal, pois ela ostenta defeito de ordem processual.

Tudo isso seria ao final valorado pelo juiz, que analisaria o conjunto probatório e extrairia dele a sua conclusão.

Mas insista-se: o empréstimo de prova colhida sem garantias é absolutamente excepcional. Deverá ser exaustivamente justificado, sob pena de indeferimento do empréstimo. A sua valoração também deve ser feita com reservas, especialmente se for a única prova existente no processo. Portanto, o exercício das partes e do juiz deverá ser no sentido de produzir provas destinadas a confirmar ou infirmar aquela prova emprestada, que foi colhida com a supressão de garantias.

#### 5.2.14 Empréstimo de confissão realizada em outro processo

Tradicionalmente, o estudo da *confissão* é precedido da sua diferenciação em relação ao *reconhecimento*. Afinal, ambos os casos implicam a admissão por uma das partes em seu desfavor e em benefício do outro litigante. Disso decorre o pressuposto comum de que o direito sobre o qual versa o processo seja disponível,<sup>34</sup> sob pena de a confissão e o reconhecimento serem inviáveis.<sup>35</sup>

O reconhecimento é caracterizado pela submissão do demandado em relação à pretensão do autor. Tal conduta implica a extinção do processo com resolução de mérito, na medida em que há concordância de que a parte contrária tem razão.

<sup>34</sup> Dispõe o art. 392 do CPC: “Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”.

<sup>35</sup> MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese*, ..., p. 161-162.

A confissão é a admissão da veracidade de um fato narrado, que seja contrário ao interesse do confitente e favorável ao adversário (CPC, art. 389).<sup>36</sup> Não guarda relação direta com a pretensão do demandante. Tampouco significa que o confitente reconheceu que o adversário tem razão, muito menos que a parte que confessou necessariamente será derrotada. A consequência imediata decorrente da confissão será a dispensa da produção de prova acerca daquela alegação não controvertida. Contudo, é perfeitamente possível que sejam produzidas outras provas que, em conjunto, conduzam o juiz a julgar favoravelmente a parte que confessou.

A confissão será sempre da parte e pode ser realizada de diversas formas.

Será *expressa*, quando a parte confessar diretamente, de forma verbal ou escrita. Nada impede que a confissão seja feita por mandatário com poderes especiais (CPC, art. 390, § 1.º), reputando-se ineficaz a confissão que extrapole os limites da representação conferida pelo representante (CC, art. 213, parágrafo único). A confissão será *tácita* (ficta) quando for extraível da conduta processual do litigante. É o que ocorre quando, por exemplo, a parte intimada não comparece para depor ou, comparecendo, recusa-se a depor (CPC, art. 385, § 1.º).<sup>37</sup>

A confissão também pode ser *judicial* ou *extrajudicial*. A confissão judicial é aquela ocorrida de forma intraprocessual, isto é, no bojo de um processo em curso (CPC, art. 390). Normalmente ocorre no momento do depoimento pessoal, mas nada impede que se aperfeiçoe em outro momento processual. A confissão judicial faz prova contra o confitente, mas não prejudica os litisconsortes ou o cônjuge nas ações que versem sobre bens imóveis. A confissão extrajudicial, por sua vez, caracteriza-se pela admissão, fora do processo, de um fato litigioso que é desfavorável ao confitente e beneficia o seu adversário. Tal confissão, se feita oralmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal (CPC, art. 394). Quando a confissão extrajudicial for feita por escrito, ela será trazida aos autos sob a forma documental e se submeterá ao contraditório pleno – inclusive sofrendo eventual

<sup>36</sup> Hugo de Brito Machado dedica-se a distinguir *admissão de confissão*, destacando que a confissão é caracterizada pelo favorecimento da parte contrária, o que não ocorre com a admissão (MACHADO, Hugo de Brito. *Confissão e admissão*, na teoria da prova. *Revista dialética de direito processual*, n. 3, p. 32. São Paulo, jun. 2003).

<sup>37</sup> “O não comparecimento da parte intimada pessoalmente para depor implica confissão dos fatos contra ela alegados (art. 343, § 1.º, do CPC) [atual art. 385, § 1.º, CPC/2015]. Embora a lei, de forma errônea, fale em presunção, trata-se de ficção: o fato da confissão não se pode considerar senão inexistente. Não se verifica qualquer juízo de probabilidade, estamos diante de algo que sabidamente não ocorre e ao legislador não é dado “presumir” que ocorra. Nem é isso que ele pretende, quer apenas atribuir a um fato *diverso* (o não comparecimento) os mesmos *efeitos* que decorreriam do fato *não verificado* (a confissão). Tudo se situa no pleno domínio da ficção, e não é por acaso que se costuma falar a propósito de *ficta confessio*” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Presunções e ficções no direito probatório*. *Revista de Processo*, n. 196, p. 18. São Paulo, jun. 2011).



impugnação quanto à sua autenticidade. Em princípio, a confissão extrajudicial feita por escrito tem a mesma eficácia probatória que a judicial. Contudo, como a confissão extrajudicial é mais suscetível a ataques em virtude de ter se formado fora do processo, não há dúvida de que a confissão judicial poderá assumir um peso concreto maior que a confissão extrajudicial.

A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada. A confissão espontânea é aquela realizada por iniciativa da parte litigante e se aperfeiçoará por escrito ou verbalmente (hipótese em que será reduzida a termo e encartada aos autos). Será provocada a confissão obtida por meio do depoimento pessoal ou do interrogatório.<sup>58</sup>

A confissão é indivisível. Isso significa que a parte que pretender utilizá-la como prova não poderá destacar a parte que lhe aproveita e ignorar a parte que lhe for desfavorável (CPC, art. 395). Contudo, nada impede que “se a parte aceitar a confissão no que lhe é favorável e se dispuser a demonstrar a inveracidade das adições introduzidas pelo confitente em seu próprio benefício, assumindo portanto o ônus da prova, será livre para fazê-lo”.<sup>59</sup>

Contudo, a confissão obtida mediante erro de fato ou coação é anulável (CPC, art. 393). Nesse caso, abrem-se duas possibilidades: a confissão poderá ser invalidada por meio de ação anulatória, caso esteja em curso o processo em que foi feita; depois do trânsito em julgado, caberá ação rescisória para desconstituir a sentença que tenha adotado a confissão como único fundamento em que o julgador se amparou para decidir o litígio.

É perfeitamente possível o empréstimo de uma confissão (expressa ou tácita) realizada pela parte contrária em processo anterior. Rigorosamente, o que será objeto do empréstimo será o depoimento pessoal da parte ou o interrogatório, em que pode ter havido confissão espontânea quanto a um fato ou a confissão ter sido extraída (provocada) pelo juiz por meio da interpretação do silêncio ou do conjunto de respostas oferecidas pelo depoente.

Tal como nas demais hipóteses de empréstimo, a confissão feita em outro processo não vinculará o julgador do processo posterior. Afinal, a confissão não possui eficácia de prova plena.<sup>60</sup> Ela se insere no processo da mesma forma que

58. O art. 390, § 2.º, do CPC dispõe que a confissão provocada constará do “termo de depoimento pessoal” prestado pela parte. A referência a “termo de depoimento pessoal” contida no § 2.º do art. 390 deve ser entendida em sentido amplo, admitindo-se a confissão obtida não apenas no depoimento pessoal propriamente dito, mas também no interrogatório, mencionado no art. 385, *caput*, do CPC. Nesse sentido, confira-se: MONIZ DE ARAGÃO, Exegese..., p. 170.

59. MONIZ DE ARAGÃO, Exegese..., p. 186.

60. Na Argentina, o art. 166 do Código de Processo Civil e Comercial de Santa Fe (Lei 5.531/1962) determina que a confissão judicial provocada, ainda que por juiz incompetente, faz prova plena contra o confitente.

os demais meios de prova e se submete à livre apreciação motivada do julgador.<sup>61</sup> Disso decorre que no segundo processo podem ser produzidas provas adicionais, que demonstrem, por exemplo, a inexistência de verdadeira confissão no processo anterior (especialmente no caso de confissão presumida), a existência de sentença anulatória da confissão ou mesmo a impertinência daquela confissão em relação ao fato probando no segundo processo.

### 5.2.15 Síntese acerca da prova emprestada

Essa breve análise permite concluir que a prova emprestada é amplamente empregada no processo civil brasileiro. Trata-se de exemplo de um mecanismo probatório que foi tipificado com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (art. 372). Só sem emprestam provas constituídas, assim consideradas aquelas produzidas no processo. Contudo, a sua admissibilidade no processo posterior dependerá da observância do contraditório não apenas na colheita da prova no processo originário, mas também na efetiva oportunidade de as partes falarem sobre ela no processo para o qual foi transportada. A admissibilidade do empréstimo também exige que a prova tenha sido produzida perante uma autoridade que exerça atividade jurisdicional. Todavia, mesmo nos casos em que o empréstimo seria inadmissível, a incidência da proporcionalidade poderá conduzir à sua aceitação excepcional no caso concreto. Admitido o empréstimo, o juiz atribuirá à prova emprestada o valor que reputar adequado, não ficando vinculado à valoração que tal prova recebeu no processo em que foi produzida.

### 5.3 Depoimento de testemunhas técnicas no processo

Antes de examinar a admissibilidade da testemunha técnica no processo civil brasileiro, faz-se necessário identificar as características de tal instituto no direito estrangeiro. Esclareça-se desde logo que a testemunha técnica não se confunde com um perito, que fará um exame aprofundado da questão técnica controvertida no processo. Tampouco comporta-se como uma testemunha comum, cuja função consiste em reproduzir oralmente, perante o juiz, um fato relevante que presenciou ou de que teve notícia.

A testemunha técnica possui características próprias (inconfundíveis com tais meios típicos de prova), que a torna bastante útil para auxiliar o julgador a obter subsídios técnicos a partir da análise científica realizada por um especialista.

#### 5.3.1 O “expert witness” nos Estados Unidos

A figura do *expert witness* está prevista no artigo VII, intitulado *Opinions and expert testimony*, das *Federal Rules of Evidence*. A Rule 702 consigna que uma

61. STJ, REsp 1.145.728/MG, 4.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, DJe 08.09.2011.



testemunha poderá ser qualificada como uma especialista por seu conhecimento, habilidade, experiência, formação ou educação. Não se exige que o profissional detenha específicos certificados ou pertença a uma organização profissional.<sup>62</sup> O seu testemunho poderá ser prestado na forma de um parecer escrito ou de outra maneira, cujo conhecimento especializado (científico, técnico etc.)<sup>63</sup> ajudará o julgador a compreender a prova ou a determinar um fato em discussão.

A Rule 702 também dispõe sobre as condições de admissibilidade do testemunho prestado pelo *expert witness*: deve se basear em fatos ou dados suficientes, ser decorrente de princípios e métodos confiáveis, além de aplicar de forma confiável os princípios e métodos para os fatos envolvidos no caso.

A Rule 703 define os parâmetros que norteiam a atuação do *expert*. Consigna que o especialista pode fundamentar a sua opinião sobre fatos ou dados a partir do seu conhecimento ou de sua observação. Eventualmente o seu trabalho ampare-se em informações não admissíveis como prova. Nesse caso, o juiz promoverá um juízo de ponderação para verificar se a divulgação da opinião ao júri é mais prejudicial do que a incorporação daquela prova ao processo.<sup>64</sup>

Em princípio, o trabalho do *expert* não precisa justificar os fatos e dados subjacentes à sua análise. Todavia, ele poderá ser compelido a demonstrar tais circunstâncias quando existir ordem judicial assim dispondo ou ele seja questionado no *cross-examination* (Rule 705).

A atuação do *expert* pode ser requerida pelas partes ou determinada pelo juiz. Incumbe à parte que pretende a atuação do *expert testimony* a demonstração de que ele ostenta conhecimentos especiais e que tal expertise é adequada para elucidar determinada matéria complexa debatida nos autos. Em qualquer caso, cabe a ele a faculdade de consentir com a indicação e assumir o encargo.<sup>65</sup> Seus honorários serão arcados pela parte que o requereu ou por um fundo, a depender do tipo de causa (Rule 706).

O sistema norte-americano optou por atribuir preferencialmente às partes o ônus de produzir prova científica por meio da indicação de testemunha técnica, enquanto a determinação dessa mesma prova pelo juiz, ainda que possível, assume um caráter residual.<sup>66</sup>

62. GRAHAM, Michael H. *Federal rules of evidence*. 4. ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1996, p. 254.

63. *Idem*, p. 253.

64. *Idem*, p. 263-266.

65. *Idem*, p. 278.

66. VERBIC, Francisco. *La prueba científica en el proceso judicial*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 54.

### 5.3.2 A “consulenza tecnica” na Itália

Na Itália, o juiz pode requerer o auxílio de um ou mais consultores técnicos que detenham competência técnica para atos isolados ou para todo o processo. Admite-se também que as partes requeram a atuação de um consultor. Trata-se da figura da *consulenza tecnica*, por meio da qual um profissional (*consulente*) auxiliará o juiz fornecendo conhecimentos técnicos ou científicos particulares, que frequentemente o juiz não possui.<sup>67</sup>

A figura do consultor técnico está prevista no CPC italiano (arts. 61-64). Contudo, como a sua disciplina está localizada em parte anterior à reservada aos meios de prova, a doutrina italiana não considera a *consulenza tecnica* um verdadeiro meio de prova típico, mas apenas um meio de instrução probatória em sentido amplo.<sup>68</sup> Tal profissional pode valer-se da colaboração de outros especialistas e requerer informações a terceiros.<sup>69</sup> A escolha do consultor deve ser feita entre profissionais previamente inscritos em um registro especial (art. 61, CPC italiano).<sup>70</sup>

A doutrina italiana, amparada na jurisprudência, identifica uma moderna evolução em relação à figura do consultor, cuja atuação se ampliou, passando a assumir dupla perspectiva. De um lado, surge a figura do *consulente deducente* para identificar a atuação técnica que se restringe aos elementos já constantes do processo. Já a expressão *consulente percipiente* define a hipótese de o consultor examinar fatos cujo conhecimento somente pode ser adquirido por quem detem determinada preparação técnica, fornecer ao juiz elementos que o permitam valorar o resultado de determinadas provas produzidas no processo ou mesmo verificar a veracidade de uma alegação de fato.<sup>71</sup> Incumbe então ao juiz um amplo poder de aferir o cabimento de um consultor técnico no caso concreto, assim como a prerrogativa de estabelecer os limites da ajuda que lhe será fornecida<sup>72</sup> e de valorar as informações apuradas na sua pesquisa.<sup>73</sup>

67. LIEBMAN, Manuele..., p. 321.

68. ANSANELLI, Vincenzo. *La consulenza tecnica. La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 996-997.

69. COMOLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*, 3. ed. Torino: Utet, 2010, p. 876.

70. Francisco Verbic informa que tais registros encontram-se subdivididos em ao menos seis categorias: médica, industrial, comercial, agrícola, bancária e seguros (VERBIC, *La prueba...*, p. 57).

71. CARNELUTTI, *La prueba...*, n. 30, p. 145; ANSANELLI, *La consulenza...*, p. 1.006; COMOLIO, *Le prove...*, p. 848-857; LEANZA, *Le prove...*, p. 340 e 343; PISANI, *Lezioni...*, p. 432-434; FORNACIARI, Michele. *A proposito di prova testimoniale “valutativa”*. *Rivista di diritto processuale*, n. 4-5 (anno LXVIII), p. 1.011, jul.-out. 2013.

72. MANDRIOLI, Corso..., p. 136-137; ANSANELLI, *La consulenza...*, p. 1.020; LEANZA, *Le prove...*, p. 345.

73. RICCI, *Principi...*, p. 391.



O consultor técnico é considerado o principal dos auxiliares do juiz, assumindo uma particular qualificação publicista. As partes podem recusar o consultor e este também pode abster-se do encargo nas mesmas hipóteses previstas para o juiz (arts. 51 e 192 do CPC italiano). Incide plenamente o contraditório sobre a atividade do consultor, podendo as partes acompanhar o trabalho técnico pessoalmente, por meio de seus advogados, indicar seus próprios assistentes técnicos (*consulenti tecnici di parte*)<sup>74</sup> para acompanhar as diligências, além de inquirir o *expert* em eventual audiência.

Tais características permitem concluir que o consultor técnico italiano ostenta contornos semelhantes — mas não idênticos — ao *expert witness* do sistema norte-americano. Basicamente, enquanto a atuação do consultor técnico é de iniciativa preferencial do juiz italiano, nos Estados Unidos privilegiou-se a iniciativa das partes, assumindo o juiz uma postura supletiva, residual.

### 5.3.3 O risco da “junk science”

O conhecimento científico pode ser introduzido no processo por meio de uma perícia técnica ou por um testemunho técnico. Muito embora possuam características próprias, não há dúvida de que a idoneidade das informações prestadas por ambos está vinculada à confiabilidade do método científico empregado. Assim, a credibilidade da opinião técnica prestada passa pelo questionamento acerca do acerto da metodologia utilizada na análise.

Não é tarefa fácil a obtenção de uma confirmação precisa acerca da confiabilidade do método empregado pelo especialista. Afinal, o juiz e os advogados normalmente não dominam os conhecimentos na área em que o trabalho técnico foi desenvolvido. E ainda que o juiz detenha tal conhecimento científico, correrá sempre o risco de trazer ao processo um conhecimento privado — o que é inadmitido como regra. Portanto, na maioria dos casos escapa às partes, ao juiz e ao advogado a possibilidade de verificar o acerto do método empregado pelo especialista na

74. Na Argentina, o consultor técnico guarda grandes semelhanças com o *expert witness* do direito norte-americano e com o consultor de parte do direito italiano. É o que se extrai dos arts. 458, 459, 461, 462, 471, 472 do CPC argentino e da doutrina argentina (VERBIC, *Prueba*..., p. 61). Hernando Echandia informa que a admissibilidade da testemunha técnica na Colômbia ampara-se na regra do art. 227 do CPC colombiano, quando aceita perguntas que “no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones (...) cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia”. Echandia noticia que essa solução tem sido reiteradamente afirmada pela Sala de Casación Civil de la Corte Suprema e destaca ser indispensável que a atividade da testemunha técnica não se estenda a juízos de valor, devendo-se restringir aos limites do juízo técnico sobre suas percepções (ECHANDEA, *Compendio*..., vol. II, p. 9-10).

produção de uma prova científica. Essa realidade se agrava diante da evolução dos meios científicos, que tornam muito rapidamente obsoletos alguns métodos que eram considerados adequados até então. Toma-se então como correto o resultado atingido pela prova científica, sem (ter meios de) questionar se a ciência aplicada encontra realmente respaldo empírico. O resultado disso é uma decisão injusta, na medida em que fundamentada em uma prova técnica amparada em teoria científica infundada.

A reação mais evidente a esse problema ocorreu nos Estados Unidos. O incremento do emprego de provas científicas em causas relevantes (envolvendo a indústria farmacêutica, acidentes construtivos etc.) implicou a criação de um negócio muito lucrativo para peritos e laboratórios. Esse mercado de provas científicas tornou extremamente difícil distinguir a prova com validade científica da prova sem respaldo científico.<sup>75</sup>

Surge então a figura da *junk science*, expressão que se destina a identificar provas sem conteúdo científico, baseada em conhecimentos pseudocientíficos, decorrentes de dados incompletos, conclusões precipitadas, ou mesmo produto de fraude. É o contraponto à *real science*.<sup>76</sup> Diante do risco concreto decorrente da incorporação da *junk science* no processo, identificou-se enormes dificuldades relacionadas à distinção entre a ciência infundada e a ciência verdadeira, além da necessidade de conceber mecanismos processuais adequados a mantê-la fora do processo.

Como as provas científicas empregadas no sistema norte-americano são equivalentes às utilizadas no Brasil (testes de DNA, análises biológicas, epidemiológicas, farmacológicas etc.), vislumbra-se lícito imaginar que suscitaríamos problemas análogos no âmbito nacional, razão pela qual a experiência importada daquele país é capaz de trazer valiosas luzes para o enfrentamento do tema no Brasil.

As Cortes norte-americanas se dedicaram a tentar definir critérios de aferição da seriedade científica empregada em determinada prova científica.

A primeira reação a *junk science* ocorreu em 1923, quando a Corte do Circuito do Distrito de Columbia decidiu o caso *Frye v. United States*.<sup>77</sup> No caso *Frye* estabeleceu-se que a declaração do *expert* seria admitida no processo se o método empregado fosse aceito pela comunidade científica integrada pelo profissional. Consagrou-se então o critério da *general acceptance test* (ou *Frye test*),<sup>78</sup> cuja admissibilidade processual da prova científica dependeria da existência de um difundido

75. TARUFFO, Michele. Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, ano L, n. 1, p. 220, mar. 1996.

76. VERBIC, *Prueba*..., p. 65.

77. 293 F.1013 (D.C. Cir. 1923).

78. GRAHAM, *Federal*..., p. 257.



e consolidado consenso científico naquela área do conhecimento. A decisão do caso *Frye* não ostentava valor de precedente, à luz do sistema norte-americano. Contudo, progressivamente tal orientação passou a nortear as decisões de diversos Cortes e o *Frye test* tornou-se o critério mais influente em matéria de admissão ou exclusão de prova científica.<sup>79</sup>

Ao longo dos anos tal critério passou a sofrer duras críticas. A mais frequente consiste no caráter restritivo do *Frye test*, que permite excluir uma prova científica fundada em método e princípios válidos, mas que ainda não são aceitos de forma unânime no ambiente científico (o que pode demorar décadas) por se tratar, por exemplo, de um método novo. Ademais, nada impede que um método seja válido e adequado, mas jamais exista uma chancela unânime da comunidade científica. Percebeu-se, com isso, que o critério da *acitação geral*, além de excessivamente conservador, tornou-se de complicada aplicação e fonte de incertezas.<sup>80</sup>

Em 1975 entrou em vigor as *Federal Rules of Evidence*, que disciplinaram a atividade probatória na maior parte dos Estados Unidos. As *Rules 702-706* tratam do *expert testimony*, que é um importante instrumento de aquisição da prova científica. Todavia, as *FRE* não positivaram o critério estabelecido no *Frye test* (*general acceptance test*), nem mesmo nos trabalhos que precederam a sua edição. Isso tornou ainda mais incertos os parâmetros para a admissão da prova científica no processo, cujos reflexos foram identificados pela doutrina e expressados pelo *disenso jurisprudencial*.<sup>81</sup>

A questão foi submetida à Suprema Corte em 1993, no julgamento do caso *Daubert x Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*,<sup>82</sup> em que se estabeleceu a completude e suficiência da disciplina probatória contida nas *FRE*, especialmente no que tange à admissibilidade do *expert testimony* e da prova científica. Consignou-se que cabe ao juiz de primeira instância o encargo de admitir ou não a prova científica. Rechaçou-se com isso o *general acceptance* (definido no caso *Frye*) como único critério de admissão ou exclusão de prova científica, reconhecendo no juiz a função de *gatekeeper* em relação ao controle do método científico empregado (*validity*) e a sua relevância como prova no caso concreto (*relevance*).<sup>83</sup> No que tange ao *expert testimony*, a orientação contida em *Daubert* determina que o *expert* seja útil ao juiz, auxiliando-o em relação à compreensão das provas ou acerca da determinação de um fato em discussão.<sup>84</sup>

79. TARUFFO, Le prove scientifiche..., p. 233.

80. GRAHAM, *Federal*..., p. 258-259; TARUFFO, Le prove scientifiche..., p. 234; VERBIC, *Prueba*..., p. 70-71.

81. TARUFFO, Le prove scientifiche..., p. 234-235.

82. 509 U.S. 579 (1993).

83. GRAHAM, *Federal*..., p. 260; TARUFFO, Le prove scientifiche..., p. 237-240.

84. VERBIC, *Prueba*..., p. 73.

A despeito de o julgamento do caso *Daubert* ter definido parâmetros mais precisos que os anteriormente estabelecidos no caso *Frye*, a admissibilidade das provas científicas no processo continuava a apresentar problemas práticos. Alguns tribunais inferiores passaram a aplicar rigidamente os critérios definidos no caso *Daubert*, enquanto outros ampliaram demasiadamente a orientação de que tais critérios traduziriam um *standard flexível*.<sup>85</sup> A Suprema Corte foi novamente acionada a intervir. Em 1997 ela decidiu o caso *Elettric Co. x Joiner*, em que ficou estabelecida a distinção entre conclusões e metodologia da prova científica, afirmando que a valoração judicial recai sobre ambas.<sup>86</sup> Em 1999 a Suprema Corte resolveu o caso *Kumho Tire Co. x Carmichael* e definiu que os critérios de admissibilidade da prova científica, nos termos da *FRE 702* aplica-se a todos os tipos de *expert testimony*.

Com isso, o critério prevalecente hoje no sistema norte-americano para impedir o ingresso de um “prova científica” amparada em *junk science* é o estabelecido a partir do julgamento do caso *Daubert*, que atribuiu ao juiz o encargo de controlar a validade científica da prova e a relevância do seu emprego no caso concreto.

Muito embora a prova científica ostente ampla relevância concreta no Brasil, não há dúvida de que há motivos para preocupação com a *junk science*.<sup>87</sup> Os poderes do juiz, aliados aos direitos e faculdades das partes permitem concluir que o sistema brasileiro possui mecanismos para combater as provas amparadas em critérios científicos falhos. De um lado, o controle de admissibilidade de tais provas deve ser realizado pelo julgador, ao indeferir as provas impertinentes ou inúteis. Por outro lado, como forma de exercício do direito fundamental a prova, cabe às partes influir em todas as suas fases, desde o requerimento ou proposição da prova, por meio do acompanhamento de sua produção (inclusive, com assistentes técnicos) e ao final se manifestando acerca dos resultados obtidos. Tais condutas permitirão um controle efetivo acerca do método empregado pelo especialista, em todas as fases de sua atuação no processo.

### 5.3.4 As testemunhas técnicas no processo civil brasileiro

O art. 464, §§ 2.º a 4.º, do CPC autoriza que, de ofício ou a requerimento das partes, o juiz determine, em substituição à perícia, a “produção de prova técnica

85. *Idem*, p. 73.

86. 522 U.S. 136 (1997).

87. Tal preocupação foi manifestada por Leonardo Greco: “Para que a busca pela verdade no processo judicial – especialmente a verdade revelada pela ciência – seja tão conflável quanto aquela que é alcançada em qualquer outra área de conhecimento, é preciso, de um lado, respeitar o pluralismo da ciência e atender para a frequência em que suas conclusões possuem bases eminentemente empíricas e probabilísticas, dando espaço para sua explicitação no processo, e, de outro, munir o juiz de meios para controlar sua confiabilidade” (GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; VARSHELL, Flavio Luiz (orgs.). 40 anos da teoria geral do processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 369-370).



simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade” (§ 2.º). Trata-se da admissão das testemunhas técnicas no processo judicial.<sup>88</sup> Ela terá cabimento quando a controvérsia técnica for de menor complexidade. Disso decorre que uma controvérsia de alta complexidade deverá necessariamente ser submetida a uma perícia técnica.

O juiz inquirirá o especialista acerca de “ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico” (§ 3.º). Exige-se que o especialista tenha formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento. Repare-se que tal mecanismo será empregado para fornecer ao juiz subsídios técnicos. O depoimento técnico ficará restrito à interpretação técnica de menor complexidade, mas cuja solução seja relevante para a correta solução da controvérsia.

Durante a arguição, o especialista “poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa” (§ 4.º). A contribuição do especialista será fundamental para a formação da convicção do juiz a respeito da causa. Todavia, isso não impede que as partes participem da inquirição. Ao contrário, o contraditório impõe a participação ativa das partes e seus advogados em tal inquirição.

Lembre-se que o cabimento de testemunhas técnicas no processo civil não era consagrado expressamente ao tempo do Código de Processo Civil de 1973. Tais depoimentos técnicos eram admitidos com base na amplitude probatória que informa o ordenamento jurídico brasileiro.

A ausência de previsão legal no Código de Processo Civil de 1973 não era infirmada pelo cabimento da *perícia informal*, contida no art. 421, § 2.º, do CPC/1973. A perícia informal consistia na inquirição pelo juiz, na audiência de instrução e julgamento, do perito e dos assistentes acerca de fatos de natureza simples, que houvessem *informalmente* examinado ou avaliado. A informalidade se justifica pela simplicidade do fato. Não guarda relação com o conhecimento dos profissionais nem com a profundidade da análise do fato ou a forma da inquirição.<sup>89</sup>

Portanto, a perícia informal submetia-se a requisitos próprios, cujo preenchimento autoriza o juiz a dispensar (substituir) a perícia formal quanto àquele

88. Mas é sem dúvida em sede arbitral que a testemunha técnica tem encontrado um campo fértil para a sua utilização (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 319). Há uma série de razões que poderiam ser examinadas para explicar essa maior utilização das testemunhas técnicas no processo arbitral, tais como a flexibilidade procedimental, os poderes instrutórios do árbitro e a ampla autonomia da vontade das partes na arbitragem. Contudo, uma investigação com esse escopo extrapolaria em muito os objetivos do presente estudo. O essencial, nesse ponto, é destacar a possibilidade do emprego de testemunhas técnicas tanto em sede judicial quanto em sede arbitral.

89. MARINONI e ARENHART, *Prova*..., p. 801.

fato simples. Não se confunde com a atividade desempenhada pelas testemunhas técnicas, que serão arroladas pelas partes (ou determinadas de ofício pelo juiz) com o objetivo de levar ao juiz um esclarecimento técnico acerca de determinada situação. Mais do que isso: a experiência estrangeira tem demonstrado que a testemunha técnica tem servido, até mesmo, para esclarecer (“traduzir”) ao juiz os conceitos e o resultado de uma perícia técnica complexa. Para o cabimento da testemunha técnica é irrelevante que o tema técnico seja simples ou complexo. Basta que ele seja de natureza técnica e que o juiz considere necessário servir-se de um profissional com o respectivo conhecimento científico para auxiliá-lo. Disso decorre que o depoimento da testemunha técnica não servirá necessariamente como um substitutivo da prova pericial. Nada impede que ambos convivam no mesmo processo.

Todavia, não há dúvida de que, além da amplitude e atipicidade probatórias, a legitimidade da admissão do depoimento técnico no processo civil também era reforçada, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a partir da regra contida no art. 421, § 2.º, do CPC/1973, que institui a *perícia informal*.<sup>90</sup>

Atualmente, com base no art. 464, §§ 2.º a 4.º do CPC, o emprego de uma testemunha técnica no processo civil (“especialista”, que elucidará “ponto controvertido de menor complexidade”), por exemplo, seria adequado aos casos de responsabilidade civil por erro médico. Em tal hipótese o juiz se serviria dos conhecimentos técnicos de um médico para identificar, por exemplo, se determinada técnica empregada em um parto mal sucedido caracteriza uma prática comum, se ela foi empregada de forma adequada, se a doutrina médica a aceita de forma majoritária etc. O esclarecimento do juiz por um especialista seria suficiente para se aferir a ocorrência ou não do erro médico.

#### 5.4 A ata notarial

Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (CF/1988, art. 236). A atividade foi regulamentada pela Lei 8.935/1994. Definiu-se que notário (ou tabelião) é oficial de registro (ou registrador) são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro (art. 3.º). Atribui-se aos notários, dentre outras competências, a de “autenticar fatos” (art. 6.º, III) e de “lavrar atas notariais” (art. 7.º, III).

O art. 405 do CPC, de forma ampla, admite a força probatória da ata notarial, ao reconhecer-lhe a eficácia de documento público, que faz prova da sua formação e de tudo que foi presenciado pelo tabelião. O art. 217 do CC determina que os

90. DINAMARCO, *Instituições*..., n. 809, p. 94.



traslados e as certidões extraídos pelo tabelião ou pelo oficial de registro terão a mesma força probante dos instrumentos ou documentos lançados em suas notas.

O art. 384 do CPC disciplinou de forma específica a figura da ata notarial como meio de prova. Consignou que a “existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião” (*caput*). O parágrafo único do art. 384 dispõe que poderão constar da ata notarial dados “representados por imagens ou som gravados em arquivos eletrônicos”.

Portanto, a ata notarial será confeccionada por um agente público imparcial, cujo instrumento ostentará fé pública acerca de sua formação e sobre os fatos ou situações que tiverem sido presenciadas pelo tabelião. É uma forma de perpetuar informações, de forma segura e imparcial, que do contrário poderiam se perder com o passar do tempo.

Não é de hoje que a ata notarial é utilizada para registrar conteúdo de reuniões condominiais, assembleia de acionistas e vistorias de imóveis para fins de locação. Os avanços tecnológicos ampliaram o emprego das atas notarias, que atualmente tem sido úteis também para registrar por escrito o conteúdo de imagens e de mensagens contidas em telefones celulares ou *tablets*, bem como o conteúdo de sites na *internet*, hipótese em que o notário registrará por escrito a existência e a característica de imagens, mensagens em redes sociais, reportagens jornalísticas, identificando a data, a hora e o endereço eletrônico consultado.<sup>91</sup>

A ata notarial é formalizada por meio de um documento público. Disso decorre que, como todo documento público, as informações nela contidas chegarão ao juiz de um modo indireto. O julgador não toma contato direto com a fonte de prova. A informação é intermediada pelo tabelião. Ele é quem realmente teve contato direto com a fonte e a retratou sob a forma documental. O juiz receberá a informação tal como percebida pelo tabelião. Por isso, é fundamental que o notário tenha realmente presenciado os fatos descritos. Não será admissível que emita qualquer juízo de valor ou opinião científica acerca do que houver presenciado.<sup>92</sup> Deve-se limitar a atestar apenas o que presenciou. A ata notarial terá valor equivalente a qualquer outro documento público e as percepções retratadas pelo tabelião ostentarão fé pública.

O emprego da ata notarial será especialmente relevante em casos como os de ilícitos cometidos pela *internet*. Em tais hipóteses, a ata notarial talvez seja a única forma de fornecer ao julgador uma informação precisa, detalhada e segura quanto

a determinado fato. Se o registro não fosse feito pelo tabelião – daquela forma e naquele momento – certamente no curso do processo a informação relevante já teria desaparecido ou sido adulterada.

Normalmente a ata notarial consistirá em ato de documentação unilateral. Disso decorre que a ata notarial será livremente valorada pelo julgador, que lhe atribuirá concretamente o peso que merecer, dentro do contexto probatório existente nos autos. Nada impede que o juiz determine a repetição, em juízo, da diligência realizada pelo notário, como forma de permitir que a parte contrária tenha oportunidade de participar da produção da prova.<sup>93</sup>

91. TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. A ata notarial como meio de prova e efetivação de direitos. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*, vol. 11, n. 1, p. 21-22, jan.-jun. 2008.

92. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2015, vol. 2, p. 390.

93. DIDIER JR., Curso..., vol. 2, p. 214.