

Revista de

**DIREITO
PRIVADO**

Ano 11 • n. 41 • jan.-mar./2010

Coordenação

NEILSON NERY JR.

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY

CONSELHO CIENTÍFICO E EDITORIAL

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO
ARTHUR MARQUES DA SILVA FILHO
CARLOS ROBERTO HUSEK
CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO
CLAUDIA LIMA MARQUES
DEBORA GOZZO
FERNANDO ANTONIO ALBINO DE OLIVEIRA
FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES
FRANCISCO JOSÉ CAHALI
GERALDO JOSÉ GUIMARÃES DA SILVA
HAMILTON ELIOT AKEL
HÉLIO BORGHI
IGNACIO MARIA POVEDA VELASCO
JOÃO BAPTISTA VILELA
JORGE LAURO CELIDÔNIO
JOSÉ GASPAR GONZAGA FRANCESCCHINI
JOSÉ GUILHERME BRAGA TEIXEIRA
JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM
JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR
LUCIANO DE CAMARGO PENTEAO
LUIZ ANTONIO RIZZATO NUNES
LUIZ CARLOS DE AZEVEDO

LUIZ MANOEL GOMES JÚNIOR
MAIRAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELI
MARIA REGINA PAGETTI CROSS
MARISTELA BASSO
MAURÍCIO PESSOA
NEILSON NERY JR.
NEWTON DE LUCCA
ODETE NOVAES CARNEIRO QUEIROZ
PAULO F. CAMPOS SALES DE TOLEDO
PAULO LUIZ NETTO LOBO
PAULO RESTIFFE NETO
PAULO ROBERTO COLOMBO ARNOLDI
RAQUEL SZTAIN
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
REGINA VERA VILAS BOAS FESSEL
ROCEÍLIO JOSÉ FERRAZ DONNINI
ROSA MARIA DE ANDRADE NERY
RUI GERALDO CAMARGO VIANA
RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR
SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA
YUSSEF SAID CAHALI

Revista de

**DIREITO
PRIVADO**

Ano 11 • n. 41 • jan.-mar./2010

Coordenação

NEILSON NERY JR.

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY

6

A (in)eficácia da prova emprestada

MARIANA BORGES RETAMOSO

Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Civil-Processo Civil

Resumo: O presente trabalho analisa o instituto da prova emprestada, iniciando-se pela teoria geral da prova, destacando-se os princípios atinentes à mesma. No que tange ao assunto propriamente dito, demonstra-se que doutrina e jurisprudência, de forma majoritária, preconizam pela admissibilidade e eficácia da prova trasladada, desde que observados determinados requisitos, em especial, o contraditório e a exigência das mesmas partes litigantes. Neste contexto, tem-se como propósito averiguar a eficácia da prova produzida em demandas nas quais ocorrem situações peculiares do direito processual, como em juízo incompetente, processo anulado e perempto. Além disso, questiona-se acerca da validade da prova trasladada de processo estrangeiro e de outras esferas do direito brasileiro, tais como as produzidas em demandas administrativas e penais.

Palavras-chave: Direito probatório – Admissibilidade – Eficácia – Prova emprestada.

Abstract: This study examines the Office of proof loaned, starting by the general theory of proof, and highlighting the principles pertaining to it. With regard to the issue itself it is shown that doctrine and jurisprudence, so majority, advocate for the admissibility of evidence and effectiveness of transferred proof, provided that certain requirements are observed, in particular, the contradictory demands of the same parties and litigants. In this context, it is the objective to determine the effectiveness of the evidence produced in demands where peculiar situations occur for instance, procedural law in court as incompetent, process annulled and revoked processes. Also, to question about the validity of transferred proof from foreign process and other spheres of Brazilian law, such as those produced in administrative and criminal complaints.

Keywords: Evidentiary law – Admissibility – Effectiveness – Proof loaned.

Sumário: 1. Introdução – 2. Considerações acerca da teoria geral da prova: 2.1 Conceito e aspectos iniciais sobre a prova; 2.2 Princípios norteadores do direito probatório – 3. Da prova emprestada: 3.1 Conceitualização e admissibilidade; 3.2 Requisitos essenciais – 4.

Temáticas relacionadas à eficácia da prova emprestada: 4.1 Prova emprestada analisada relativamente às pessoas dos litigantes da nova causa; 4.2 Prova produzida em juízo incompetente; 4.3 Prova produzida em processo anulado; 4.4 Prova produzida em processo perempto; 4.5 Prova produzida no estrangeiro; 4.6 Prova produzida em processo administrativo; 4.7 Prova produzida no processo penal – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A fundamental importância do direito probatório ocorre pelo fato de que nada pode ser pleiteado em juízo, pelo menos não com êxito, se o destinatário do pretense direito não possuir um mínimo de embasamento probatório, com o intuito de corroborar suas aduções.

Inclusive nas hipóteses de inversão do ônus da prova, o autor da ação fica obrigado a evidenciar a verossimilhança de sua “tese”, isto é, provar a “verdade” acerca da alegação dos fatos.

Inobstante alguns processos tratem exclusivamente sobre matéria de direito, em muitos outros o conflito entre as partes versa acerca de arguições baseadas em fatos, onde é fundamental para a apreciação do juiz a demonstração dos mesmos.

Assim, meras alegações sem nenhum apoio probatório não possuem o condão de consagrar direitos postulados. Impossível, num Estado Democrático de Direito, pensar o contrário, uma vez que seria possibilitar a instalação de um verdadeiro caos jurídico, no qual bastaria que determinada pessoa fizesse uma simples alegação e, consequentemente, se beneficiaria dos direitos atinentes à mesma.

Se a prova em sentido lato se mostra tão relevante, o que dizer então da prova emprestada. Sua peculiaridade é justamente a circunstância da prova ter sido considerada pelo juiz de uma causa, ou seja, ter sido devidamente valorada. A questão não gira em torno de sua validade ou de sua moralidade, mas sim se a prova poderá ser transladada para outro processo com o mesmo valor inicial.

Como é sabido existem princípios, tais como o da imediatidade, da identidade física do juiz, da concentração, atinentes ao direito probatório, e como tal se aplicam a prova emprestada. A admissibilidade e a eficácia desse tipo de prova são questões que exigem uma grande apuração, pois, *a priori*, não seriam aceitas, diante dos elencados

princípios. No entanto, será que a prova emprestada não poderia ser utilizada como uma “exceção” aos mesmos?

São estas e outras indagações que as particularidades da prova trasladada impõem à prática jurídica, e que, muitas vezes, ficam sem resposta.

Certa dessa pertinência teórica acerca da prova emprestada, o presente trabalho tem o intuito de contribuir para sanar as dúvidas relacionadas à prova emprestada, tendo em vista o reduzidíssimo número de doutrinadores que abordam o tema com a devida especificidade, bem como a falta de sua inclusão nos conteúdos pragmáticos de diversas faculdades de Direito.

Para tanto, primeiramente, será realizada uma breve análise acerca da teoria geral da prova, abordando-se a conceito, aspectos iniciais e os princípios relativos à prova.

Outrossim, com relação à prova emprestada propriamente dita, averiguar-se-á seu conceito e os requisitos essenciais para sua admissibilidade e eficácia, onde, de modo a ilustrar os embasamentos teóricos, colaciona-se julgados dos tribunais brasileiros.

Por fim, perquirir-se-á, tanto sob o aspecto doutrinário quanto jurisprudencial, situações mais específicas, atinentes à possibilidade de ser trasladada a prova produzida em juízo incompetente, em processo anulado, em processo perempto, no estrangeiro, em processo administrativo, em processo penal, bem como com relação às pessoas dos litigantes da nova causa.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA GERAL DA PROVA

Antes de abordar especificamente a prova emprestada é necessário estabelecer algumas questões essenciais no que tange à teoria geral da prova.

Assim, passa-se a análise da conceitualização da prova e, posteriormente, dos princípios basilares da mesma.

2.1 Conceito e aspectos iniciais sobre a prova

As questões deduzidas pelo autor na petição inicial e pelo réu, na sua defesa, ou seja, o direito subjetivo pretense de ambos, se baseiam

em fatos e em normas jurídicas ou apenas em fatos ou normas jurídicas.¹

Ao contrário da matéria exclusivamente de direito, que não requer uma instrução probatória,² decidindo o juiz a lide logo após a fase postulatória, a demanda assentada em fatos (acontecimentos da vida de que decorrem consequências jurídicas) necessita da demonstração dos mesmos para formar a convicção do julgador,³ não sendo suficiente a mera alegação das partes.

A prova se traduz justamente nessa comprovação das arguições sobre os fatos e, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, é “um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.⁵

Moacyr Amaral Santos, de sua parte, conceitua prova judiciária, dizendo consistir esta “na verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, da estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz,

1. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 21.

2. Excepcionalmente haverá prova de direito em si, e não de fatos, forte no art. 335 do CPC, que dispõe da seguinte forma: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

3. Mesmo tratando-se a prova como objeto da fase instrutória, não significa que a mesma não diga respeito a outras fases do processo, desde a primeira, a “postulatória”. Tanto é que os “documentos indispensáveis” devem acompanhar a petição inicial, como exige o art. 283 do CPC (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 2, t. I, p. 231).

4. LOPES, op. cit., p. 21.

5. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 3, p. 43.

dos elementos probatórios”,⁶ não sendo considerados provados os fatos alegados sem uma cabal convicção acerca de sua existência, obtida através dos meios admitidos ou impostos pela lei.

Raphael Cirigliano, por sua vez, ressalta que a prova é considerada ora como direito, ora, simplesmente, como seu exercício. Afirma o autor:

“Se questiona-se sobre a eficiência de certo meio probatório, em dada relação jurídica, a solução quem dá é a prova, considerada substancialmente, como direito; mas, se está em jogo a oportunidade de seu oferecimento ou a maneira de ser coligida, a solução é dada pela prova, considerada como exercício do direito. No primeiro caso, a prova constitui matéria de direito civil; no segundo, de direito judiciário.”⁷

Humberto Theodoro Júnior refere que provar “é conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato. Provar é conduzir a inteligência a descobrir a verdade”,⁸ representando o instrumento demonstrativo da veracidade entre o fato material (fato constitutivo do direito) e o fundamento jurídico do pedido.⁹

Guilherme de Souza Nucci elucida que há pelo menos três sentidos para o termo prova, a saber:

“(a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); (b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); (c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.”¹⁰

6. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. 4, p. 11.

7. CIRIGLIANO, Raphael. *Prova civil: legislação, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1981, p. 28.

8. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 3, t. II, p. 381-382.

9. BURGARELLI, Achibes. *Tratado das provas civis*. São Paulo: Jurez de Oliveira, 2000, p. 53.

10. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 351.

Leonardo Greco entende que a prova está vinculada à justiça:

“É no campo das provas que o processo pode aproximar-se da realidade da vida, contribuindo para que a justiça consiga dar razão a quem tem direito e, mesmo quando não o fizer, para que a sociedade possa nela confiar, por ter feito o máximo possível para realizar esse ideal.”¹¹

Na mesma seara Marcelo Rodrigues destaca ser a prova instrumento para busca da paz social:

“A prova, portanto, é um desses instrumentos, decisivos, eu diria, no alcance da paz social. Ora, se a *coisa julgada* é fenômeno político de pacificação social, fruto de uma verdade jurídica que, muitas vezes, não corresponde à realidade dos fatos, e às vezes por isso se diz que é fenômeno criador de direitos, não se pode negar que a prova no processo tem a força capital, qual seja a de único instrumento legitimador da coisa julgada.”¹²

Assim, a prova é, então, o mecanismo processual destinado a transmitir ao julgador o convencimento a respeito da ocorrência, ou não, dos fatos narrados pelas partes, de forma a profereir uma decisão judicial justa e que garanta a eficácia da prestação jurisdicional.

Interessante é a posição de Rodrigo Xavier Leonardo, que ao definir a prova, exclui o elemento ato de provar, pois representa apenas um dos atos jurídicos que podem ser praticados pelas partes no desenvolver da relação jurídica processual, bem como o convencimento subjetivo do juiz, vez que este resultado seria consequência da prova.¹³

Para o autor o conceito jurídico de prova deve cotejar a probabilidade de sua formação independente do processo, mesmo que sua utilidade só venha a ser instrumentalizada neste.¹⁴ Destarte, prova é

11. GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). *Linhas mestras do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 422.

12. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 2, p. 295.

13. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 18.

“todo e qualquer objeto ou manifestação capaz de fornecer ao juiz convicção sobre as afirmações feitas pelas partes no processo”.¹⁵ 16

Além desse conceito geral acerca da prova, impõe-se a análise de seu conceito sob dois aspectos: um subjetivo e outro objetivo. Este se refere ao “conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo”.¹⁷ Já aquele é a convicção do julgador acerca da existência ou inexistência dos fatos alegados no processo. É a verdade extraída pelo juiz, através do desenvolvimento do seu trabalho intelectual de avaliação, dos elementos probatórios produzidos pelas partes.

Outrossim, não pode o mesmo basear-se exclusivamente em suas impressões pessoais, embora possa utilizar as noções da experiência,¹⁸ ou seja, elementos decorrentes da observação de fatos particulares ocorridos ao longo do tempo. Também não basta para fundamentar as decisões judiciais apenas intuição e bom senso, devendo-se levar em consideração os preceitos legais, a doutrina jurídica¹⁹ e até a própria jurisprudência, o que não significa que o juiz esteja atrelado a critérios rígidos e inflexíveis, há, pelo princípio da persuasão racional, que será visto no ponto seguinte, uma certa liberdade na apreciação das provas.

É justamente esta “liberdade” que possibilita que a apreciação probatória varie de acordo com o julgador, constataando-se nas

decisões divergentes dos tribunais, entretanto o mesmo está limitado aos elementos constante nos autos, não podendo valer-se de provas obtidas fora do processo, devendo motivar, com base em critérios lógicos, todas as suas decisões, preceito este, também consequência do princípio referido.

Cumprе frisar, ainda, que a prova dos fatos controversos não se presta tão somente para a apuração da verdade, vai além disso, conferindo segurança às decisões judiciais, bem como credibilidade à atividade jurisdicional, uma vez que “o domínio da argumentação é o da verossimilhança, da plausibilidade, da probabilidade e não o da certeza do cálculo”.²⁰

14. “Por exemplo, a convivente que, durante anos, guarda consigo fotos retiradas com seu parceiro, cartas apaixonadas, provas de entregas pessoais em residência comum, gravações telefônicas, entre outros, detém diversas provas da existência de uma união estável que poderão ou não ser utilizadas em eventual ação para dissolução de referida união.” (idem, p. 19).

15. Idem, p. 19.

16. “Da mesma maneira é o entendimento do julgador que segue: *Direito processual civil – controversia existente – arts. 300, 319, 320, II, e 334, III do CPC* – Se o autor faz afirmação na inicial e a ré não a contesta em qualquer de suas intervenções nos autos, não tem cabimento anular-se a sentença, a fim de serem requisitados documentos destinados a elucidar fatos que não é controvertido” (Brasil, TRF-4.ª Reg, EI 91.04.16988-3, j. 16.09.1992, rel. Des. Vladimir Passos de Freitas. Disponível em: [www.trf4.gov.br]. Acesso em: 30.04.2008).

17. Lopes, op. cit., p. 22.

18. Nessa seara: “ressalve-se que as regras de experiência podem às vezes constituir objeto de prova: é perfeitamente concebível que o juiz desconheça algum uso peculiar a determinada categoria profissional, por exemplo, e seja preciso estabelecer a certeza do propósito, através do depoimento de uma testemunha” (BARROSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. RF 261/13-19, ano 9. Rio de Janeiro, jan.-mar. 1978, p. 14). Igualmente, explica Elício de Cresci Sobrinho: “ao lado dos fatos podem ser, então, objeto de prova, as máximas da experiência. O juiz pode informar-se sobre regras da experiência que sejam desconhecidas para ele, da mesma forma que se instrui sobre uma lei estrangeira desconhecida. São informações que o juiz colhe em fontes do conhecimento fora daquele determinado processo, mas que têm a ver com a instrução formal, trata-se de uma regra de experiência comum, trata-se de uma máxima técnica” (Sobrinho, Elício de Cresci. O juiz e as máximas da experiência. RF 296/430-436, ano 82. Rio de Janeiro, out.-dez. 1986, p. 296). No mesmo sentido, precedente jurisprudencial citado por Antonio Bento Beitoli elucidam a questão: “segundo os usos e costumes determinantes do mercado de Barretos-SP, os negócios de gado, por mais avaliados que sejam, celebram-se dentro da maior confiança, verbalmente, sem que entre os contratantes haja troca de qualquer documento. Exigi-lo agora seria, além de introduzir nos meios locais um fator de dissociação, condenar de antemão ao malogro todos os processos judiciais que acaso se vissem intentar relativos à compra de gado” (Acórdão de 15.05.1941, RT 132/660 e 662 apud BEITOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica*. São Paulo: Letras & Letras, 1995, p. 140).

19. ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. *Direito Probatório Civil Brasileiro*. Pelotas: Educat – Ed. da Universidade Católica de Pelotas, 2006, p. 26.

2.2 Princípios norteadores do direito probatório

Averiguado o conceito da prova judiciária e algumas questões iniciais, faz-se pertinente analisar os princípios²¹ referentes ao direito probatório.

O julgador valora as provas como bem entender, desde que fundamentalmente o motivo pelo qual o litígio foi solucionado de tal maneira.²² Em outras palavras: não existe um peso específico para cada tipo de prova, estando o juiz, dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição, livre para decidir, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento motivado, conforme se depreende do art. 131 do CPC.²³

Diante deste princípio, também chamado de persuasão racional, o magistrado resolve a demanda de acordo com seu convencimento,

20. PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 2.

21. “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente retrospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70).

22. Art. 93 da CF/1988: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

23. “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

apreciando as provas com liberdade e também interpretando o ordenamento jurídico como um todo. Neste contexto assumem total relevância os princípios do direito e as regras de hermenêutica.

Cumprido salientar que tal princípio contrapõe-se ao modelo das provas legais, para o qual deveria o julgador atribuir diversa relevância às provas segundo sua espécie, por meio de critérios previamente estabelecidos pelo legislador.²⁴

A respeito do livre convencimento motivado, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery assim pronunciaram-se:

“Livres convencimento motivado. O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (art. 93, IX, CF/1988). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que deferiu ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.”²⁵

24. Em sentido oposto, observa-se, no julgado do TJRS, que mesmo declarando-se o princípio da persuasão racional, a decisão tarifou o valor da prova segundo sua espécie: “(...) segundo o sistema brasileiro da avaliação da prova, ela se faz pelo sistema da persuasão racional ou convicção condicionada (art. 131), devendo – está escrito na lei – o juiz atender às circunstâncias constantes nos autos, em suma, valorização da prova em sua integralidade (...) se dúvida existisse quanto à oposição da prova documental à testemunhal, embora no sistema adotado pelo Código de Processo Civil todas as provas possuam valor relativo, devendo ser apreciadas em conjuntos, nota-se certa inclinação, por parte dos juizes e dos doutinadores, em emprestar maior relevância à prova documental. Máxime quando o documento se revestir de solene forma de escritura pública e transcrição imobiliária” (*Revista de Jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul* 71/204-211, ano 13. dez. 1978, p. 204-206). No exemplo citado, percebe-se que a simples adoção de outro princípio, que altera o sistema da valorização da prova, não é capaz de subverter uma carga cultural mais arraigada, de valorar de maneira diversa a prova, conforme sua espécie (BUENO, op. cit., p. 181).

25. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 340.

Ocorre que o julgador brasileiro, como regra, não está adstrito à lei no que tange à valoração da prova, assim como não tem total liberdade para apreciá-la, uma vez que há de observar os elementos probatórios pertencentes ao processo.

Outro princípio que merece destaque é o dispositivo, o qual impõe às partes a iniciativa de instruir o processo com o acervo probatório referente às suas alegações e que serão apreciados pelo juiz para formação do seu convencimento.

Mesmo que o direito processual pátrio preze pela imparcialidade²⁶ do julgador, não adota o referido princípio de forma irrestrita, face ao poder-dever de prestação jurisdicional incumbido ao Estado.²⁷

Este princípio elucida-se na regra do art. 2.º do CPC, dispondo que a jurisdição, provocada para a composição de litígios privados, não relativos a direitos indisponíveis, depende de requerimento da parte interessada, no art. 128 do CPC, que preconiza caber à parte interessada dispor, determinar, delimitar o campo de atuação do magistrado, além ou aquém do qual não pode ficar o julgador,²⁸ bem como

26. A imparcialidade do magistrado está assegurada no art. X, da Declaração Universal dos Direitos do Homem: "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela", no art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Cívís e Políticos: "Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. (...)", bem como no art. 8.º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica: "Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza". Ainda, o juiz conta com garantias especiais, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, previstas no art. 95 da CF/1988, justamente para ser imparcial.

27. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 64.

no art. 262 do CPC, referindo que "o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial".

Vale lembrar, no que tange ao direito probatório, que o princípio do dispositivo foi abrandado,²⁹ sendo lícito ao julgador, desde que respeitado o tratamento igualitário às partes, ordenar *ex officio* as provas necessárias à instrução do processo, conforme regra do art. 130 do CPC.³⁰ 31

Acerca desta questão a jurisprudência já se manifestou no sentido de reconhecer poderes instrutórios ao magistrado:

28. BURGARELLI, op. cit., p. 29.

29. CINTRA, op. cit., p. 120.

30. "Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indelétrico as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

31. Neste sentido: "*Loteamento imobiliário. Suplementação probatória. Feitura de prova técnica ex officio. Aplicação do art. 130 do cpc.* Havendo interesse estatal de que a lide seja julgada da forma mais justa possível, ao que se acresce o poder do juiz de ordenar, com base no art. 130 do CPC, a realização de provas, inclusive *ex officio* e nesta instância, é de se deconstituir a respeitável sentença objurgada para que seja realizada prova pericial, objetivando, assim, o justo exame da lide. Sentença desconstituída de ofício" (Brasil, TJRS, ApCiv 70003472743, j. 05.10.2004, rel. Des. Guinther Spode. Disponível em: [www.tjrs.gov.br]. Acesso em: 07.04.2008).

"Direitos civil e processual civil. Investigação de paternidade. Prova res-temunhal precária. Prova genética. DNA. Natureza da demanda. Ação de estado. Busca da verdade real. Preclusão. Instrução probatória. Inocorrência para o juiz. Processo civil contemporâneo. Cercamento de defesa. Art. 130, CPC. Caracterização. Recurso provido.

I – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.

II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (art. 267, § 3.º, CPC), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.

“(…) Compete ao juiz velar pela regularidade do processo, sendo que, no exercício dessa função, cabe-lhe prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, bem como pode determinar a produção de provas que entenda necessárias para a perfeita instrução do processo, consoante se infere dos arts. 125, III, e 130 do CPC (...).”³²

“(…) A decisão hostilizada não merece qualquer reparo. Conforme se dessume dos autos os documentos requeridos pelo Dr. Juiz de Direito são realmente indispensáveis à solução do litígio, porquanto o agravado ingressou com *ação de revisão de contrato de crédito em conta bancária* sustentando a nulidade de diversas cláusulas contratuais, cumulado em seu pedido a revisão de todos os lançamentos feitos em sua conta bancária. Ora, o autor da ação não tem em seu poder cópia

III – Pelo nosso sistema jurídico, é perfeitamente possível a produção de prova em instância recursal ordinária.

IV – No campo probatório, a grande evolução jurídica em nosso século continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real.

V – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

VI – Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica desprezar a produção da prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz” (Brasil, STJ, REsp 192681/PR, j. 02.03.2000, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 07.04.2008).

“Direito de família – Interdição – Incapacidade – Prova – Insuficiência – Procedimento de jurisdição voluntária – Ampla dilação probatória – Anulação da sentença. Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas” (Brasil, TJMG, ApCiv 1.0016.03.027711-1/001, j. 02.06.2005, rel. Des. Carreira Machado. Disponível em: [www.tjmg.gov.br]. Acesso em: 07.04.2008).

32. Brasil, TRF-3.ª Reg., AgIn 96.03.024796-0, j. 15.03.1999, rel. Des. Vera Lucia Jucovsky. Disponível em: [www.trf3.gov.br]. Acesso em: 30.04.2008.

do contrato discutido, nem tampouco dos extratos dos lançamentos efetuados; o Banco, ora agravante, com certeza detém todos esses documentos em seus arquivos podendo perfeitamente fornecê-los ao juiz. Não se há falar em *produção de prova contra si*, como alega o recorrente, pois o Magistrado, usando dos poderes que lhe são conferidos na instrução do feito, determinou a juntada dos documentos que entende necessários para formar sua convicção na solução do litígio. Sabe-se que o juiz não está preso a fórmulas rígidas e inalteráveis, principalmente no que se refere às provas, podendo conduzi-las conforme entenda necessário para o deslinde da *quæstio* (...).”³³

Chegando até mesmo a propugnar pela adoção, no sistema processual brasileiro, do princípio inquisitivo:

“São tantas as evidências do princípio inquisitivo nas disposições sobre prova no nosso Código de Processo Civil que talvez não se necessite dotar legislativamente o juiz de outros poderes para lograr-se um sistema inquisitorial mais apurado (...) O acolhimento do princípio inquisitivo no processo civil brasileiro não faz correr riscos o princípio do juiz imparcial. A imparcialidade só fica maculada no sistema inquisicional puro que admite a iniciativa do juiz da ação e do processo. No nosso sistema não há este perigo. Na busca da verdade o juiz não está favorecendo diretamente uma ou outra parte. A inércia judicial, sim, seria favorecimento. Pela prova há a revelação processual da verdade e este, pelo menos em tese, deve ser o interesse das partes e da sociedade. Neste passo, em matéria de prova, é válido dizer que o juiz é tão ou mais interessado que as partes na busca da verdade real.”³⁴

Inobstante a isso, o melhor entendimento é aquele em que a amplitude dos poderes do julgador é vista com cautela, de modo que o ideal seja a noção de juiz diretor do processo, ou seja, a via intermediária entre juiz inquisitor e juiz liberal,³⁵ convergindo, assim, para a adequação entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz.³⁶

33. Brasil, TJSC, AgIn 98.017996-3, j. 20.04.1999, rel. Des. Wilson Eder Graf. Disponível em: [www.tj.sc.gov.br]. Acesso em: 30.04.2008.

34. *Revista Julgados do Tribunal de Alcada do Rio Grande do Sul 24-95/346*, set. 1995.

35. LEONARDO, op. cit., p. 48-49.

A norma elencada no art. 132 do CPC³⁷ diz respeito ao princípio da identidade física do juiz, obrigando o juiz que finalizou a audiência a resolver a demanda, salvo os motivos abarcados pelo próprio artigo, sob pena de nulidade da decisão.³⁸⁻³⁹

Seguramente, a justificativa deste princípio reside na maior probabilidade de o magistrado proferir uma decisão mais eficiente e justa,

36. (...) O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*index secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abrandou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicizações do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, portanto, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade, sem ensejar injustificado favorecimento a litigante que haja descuidado ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias de seu interesse” (Brasil, STJ, REsp 17591/SP, j. 07.06.1994, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 07.04.2008).

37. “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará à lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.”

38. “Cumpre salientar que o Código de Processo Civil brasileiro de 1939 consagrava o princípio da identidade física de maneira radical, tanto que caso um magistrado iniciasse a instrução do processo e fosse promovido, tinha o dever de retornar à comarca para dar prosseguimento à audiência de instrução e julgamento. Somente após o advento da Lei 8.637/1993, que deu nova redação ao art. 132 do CPC, ocorreram mudanças na aplicação do princípio, sendo expressamente dispostas exceções ao mesmo, como a convocação, licença, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 243).

39. “RESP – Processual civil – Juiz – Vinculação – A vinculação do juiz tem, como pressuposto, haver colhida prova em audiência. Se nenhuma prova oral foi recolhida, não incide o princípio da identidade física do juiz” (Brasil, STJ, REsp 70536/PE, j. 25.09.1995, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 10.04.2008).

tendo em vista que foi ele quem colheu a prova oral, praticando todos os atos na audiência.⁴⁰

Aliado a esse princípio tem-se que tanto quanto possível, os atos processuais devem ser reunidos num mesmo momento, objetivando que o processo não se dilate num número indefinido de fases. Essa é a ideia trazida pelo princípio da concentração, que está consagrado no art. 455, do CPC,⁴¹ segundo o qual a audiência é uma e contínua e, não sendo possível concluir a instrução debate e julgamento em apenas um dia, o juiz marcará o procedimento para dia próximo.

O princípio da identidade física do juiz não tem aplicação nas demandas em que não há lide, como nos casos de jurisdição voluntária, em juízos coletivos, como o da Justiça do Trabalho,⁴² bem como nos procedimentos documentais, sendo exemplo típico o mandado de segurança.⁴³⁻⁴⁴

O mais aconselhável, entretanto, é que o julgador presente e atuante no encadecamento dos atos processuais decida a lide, pois disporá das melhores condições de observar outro princípio processual relevante, o do livre convencimento motivado.⁴⁵

Já o princípio da imediação está inserto no inc. II do art. 446 do CPC,⁴⁶ referindo que o juiz deve proceder direta e pessoalmente à

40. DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000, vol. 2, p. 143.

41. Art. 455 do CPC: “A audiência é uma e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo.”

42. Súmula 136 do STF: “Juiz – Identidade física. Não se aplica às Varas do Trabalho o princípio da identidade física do juiz. (Ex-prejulgado n. 7.)” (RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982).

43. “Mandado de segurança. Tributário. Notas fiscais. Autorização. Contribuinte inadimplente. Jurisprudência do pleno do STF. provimento genérico. Via inadequada.”

1. O princípio da identidade física do juiz não se reveste de caráter absoluto. Não é nula a sentença proferida por juiz diverso daquele que deferiu a liminar em mandado de segurança. (...)” (Brasil, TJS, ApCiv 70019714666, j. 18.05.2007, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Disponível em: [www.tj-rs.gov.br]. Acesso em: 07.04.2008).

44. PORTANOVA, op. cit., p. 241-242.

45. Idem, p. 243.

apuração das provas na audiência, ou seja, deve ouvir as partes em depoimentos pessoais ou interrogatórios, inquirir as testemunhas através dos questionamentos formulados pelos procuradores das partes ou por ele próprio, colher esclarecimentos do perito sobre o laudo pericial e do assistente técnico acerca do parecer técnico (arts. 344, 413, 421, § 2.º, e 435, CPC)

Cassio Scarpinella Bueno destaca que a prática desse princípio é digna, na medida em que o julgador "ao ouvir previamente a pergunta a ser respondida pela parte, pela testemunha ou pelo perito tem condições de decidir sobre sua relevância e sobre sua pertinência, evitando, com isto, desperdício de atividade jurisdicional".⁴⁷

Considerando-se que as partes, na audiência, produzem oralmente as provas, o magistrado deve agir de forma imediata, colhendo a prova oral efetiva e pessoalmente, sendo vedado, por conseguinte, o relato realizado em Tabelionato ou colhido por escriturais, secretários ou mesmo outro julgador que não seja o titular do processo, restando claro o intuito de verificar se a fala da testemunha realmente é verdadeira, a fim de que, posteriormente, tenha melhores condições para avaliar a prova oral.⁴⁸

Aliás, é justamente este o objetivo do princípio da imediação, aproximar o julgador da prova oral, para que ao decidir a lide consiga chegar o mais próximo da verdade,⁴⁹ propiciando uma decisão justa,⁵¹ bem como tendo condições de realizar a melhor valoração da regra ao caso concreto e, por conseguinte, uma mais correta interpretação.⁵²

Ademais, como a produção de provas se refere a fase instrutória do processo, não é recomendado que o magistrado, no momento de

46. CPC, "Art. 446. Compete ao juiz em especial: (...)

II – proceder direta e pessoalmente à colheita das provas."

47. BUENO, op. cit., p. 244.

48. PORTANOVA, op. cit., p. 221-222.

49. De Plácido e Silva conceitua o vocábulo verdadeiro da seguinte forma: "de verdade, verdadeiro exprime o que é real, autêntico, legítimo, fiel, exato, opondo-se, assim, ao sentido de inexistente, falso, ilegítimo, infiel" (DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 22. ed. atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1476).

produção da prova oral, registre na ata de audiência sua impressão pessoal e valorativa a respeito das declarações prestadas, mesmo que já esteja convencido sobre os fatos relatados, uma vez que deve emitir sua convicção pessoal sobre o relato testemunhal quando da prolação da sentença, isto é, na fase decisória.⁵³

Existem, no entanto, exceções a esta regra, como as cartas rogatórias, as cartas precatórias,⁵⁴ os casos em que há necessidade de intérpretes para a oitiva de estrangeiros e surdos-mudos, bem como as situações de produção antecipada de provas, onde existe a importância de ouvir a parte ou a testemunha antes da propositura da ação,

50. Sobre a busca da verdade, há que ser feita a seguinte ressalva: "Na realidade, seja no processo, seja em outros campos científicos, jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponda à verdade. Realmente, a essência da verdade é intangível (ou menos o é a certeza da aquisição desta). (...) Deveras, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre é influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda daquele que (como o juiz) há de receber e valorar a evidência concreta. Sempre, o sujeito que percebe uma informação (seja presenciando diretamente o fato, ou conhecendo-o através de outro meio) altera o seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce (se é que essa palavra pode ser aqui utilizada) a realidade. Mais que isso, o julgador (...) jamais poderá excluir a possibilidade de que as coisas tenham-se passado de forma diversa daquela que suas impressões o levaram. Some-se a tudo isso o fato de que a relação da verdade com o processo (juiz e provas) vem permeada de certas particularidades, as quais muitas vezes excluem a possibilidade de que o magistrado efetivamente a encontre. (...) parece não ser difícil perceber que o compromisso que o direito (e, em especial, o processo) tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser. (...) é preciso estar ciente das limitações da ciência processual (...) e, partindo dessa premissa, aprender a lidar mais adequadamente com o instrumento que é posto à disposição do Estado-jurisdicção. Não há dúvida de que o ideal não pode ser abandonado. Mas é necessário estar ciente das limitações da prova, o que certamente conduzirá à formação da consciência da impossibilidade da eternização de sua produção para um utópico e impossível encontro da verdade, logrando-se, daí, maior efetividade ao processo" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 301, 303, 304 e 314).

podendo a futura ação principal distribuída a julgador diverso daquele que colheu a prova oral.⁵⁵

Ainda, o princípio do contraditório e da ampla defesa, que são assegurados pelo inc. LV do art. 5.º da CF/1988,⁵⁶ Ambos representam a possibilidade de as partes participarem da forma mais ampla possível na formação do convencimento do julgador: contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios possíveis e adequados (desde que legal ou moralmente legítimo – art. 332 do CPC) à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos e modificativos do direito afirmado.⁵⁷

A ampla defesa abrange tanto a defesa técnica, exigindo que o defensor esteja devidamente habilitado nos quadros da OAB; quanto a defesa efetiva, vislumbrada na garantia de participação da defesa em todos os momentos do processo, havendo o direito das partes de provar os fatos alegados através de qualquer meio lícito.

Quanto ao contraditório, decorre da bilateralidade do processo, isto é, quando uma das partes aduz alguma coisa, há de ser oportunizado direito de resposta para a parte contrária. Este princípio

51. Embora seja comumente utilizado em peças processuais a expressão “decisão justa”, difícil é a efetiva avaliação da mesma, justamente porque o processo trabalha com a bipolaridade entre duas partes que, na maioria dos casos, litigam em sentido contrário. Inobstante a isso e, numa simplicidade de conceituação, entende-se por decisão justa aquela que analisa todas as particularidades do caso concreto, sem aplicar a letra fria da lei, mas nos limites do direito positivo, conforme o exemplo que segue:

“*Cautelar. Busca e apreensão de menor. Pai que, exercendo o direito de visita, leva o filho e se recusa a restituí-lo para a genitora-guardiã.* 1. Configura flagrante abuso de direito a conduta do pai que, exercendo o direito de visita, leva o filho para sua casa e depois se recusa a restituí-lo para a genitora-guardiã. 2. Presentes os elementos determinantes da tutela cautelar, imperiosa a busca e apreensão. 3. *O fumus boni iuris* decorre da guarda do filho ter sido deferida à mãe, sendo indevida e inotivada a retenção da criança pelo genitor, e o *periculum in mora* está em que a permanência dele na casa do genitor enseja situação de risco, seja pela quebra da sua rotina de vida, seja pela falta de imposição de limites ao menor. Recurso provido” (Brasil, TJRS, Agln 70009400847, j. 06.10.2004, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br]. Acesso em: 07.04.2008).

pressupõe a garantia dos seguintes elementos: (a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; (b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; (c) a oportunidade de

Por outro lado: “*Cautelar. Busca e apreensão de menor. Pai que, exercendo o direito de visita, leva a filha e se recusa a restituí-la para a genitora-guardiã.* 1. Em regra configura abuso de direito a conduta do pai que, exercendo o direito de visita, leva a filha para sua casa e depois se recusa a restituí-la para a genitora-guardiã. 2. No entanto, se essa não entrega da filha vem precedida de manifesta vontade da infante de não retornar para a companhia materna, a quem são imputados maus tratos, e existem laudos psicológico e psiquiátrico desacolhendo a guarda da infante por ela, motivos pelos quais descabe determinar a busca e apreensão, sem antes proceder-se a uma criteriosa avaliação acerca do melhor interesse da criança, que já está adaptada à nova rotina de vida. Recurso desprovido. (...) Em regra tenho entendido que configura claro abuso de direito a conduta do pai que, exercendo o direito de visita, leva a filha para sua casa e depois se recusa a restituí-la para a genitora-guardiã. No entanto, no caso em exame, a situação apresenta peculiaridades que merecem maior atenção. É que essa não devolução da filha para a genitora veio precedida da manifesta vontade da infante de não retornar para a companhia materna, sendo que à genitora são imputados maus tratos pelos vizinhos, como se vê às f., além de apresentar problemas sérios de ordem emocional, atestado no laudo psicológico (l.) e mental, como atestado no laudo psiquiátrico (f.), referindo que ela ‘apresenta características clínicas de uma estrutura de personalidade um tanto comprometida, especialmente no que se refere à capacidade de cuidar de si mesma’, tendo um ‘funcionamento psíquico precário’, o que aponta ‘para a possibilidade de ocorrência de condutas inadequadas no cuidado com os filhos’. Com isso, foi atestado que ‘há sérias dúvidas quanto a sua capacidade de exercer a função parental sem auxílio de um terceiro’”. (Brasil, TJRS, Agln 70013013602, j. 30.11.2005, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br]. Acesso em: 07.04.2008).

Analisando-se os dois julgados, as situações que, à primeira vista, deveriam ter a mesma solução não o tem, na medida em que o Tribunal Gaúcho corretamente considera as peculiaridades do caso concreto, concluindo que não há a configuração do ato abusivo na segunda hipótese. É justa a segunda decisão, pois incorre a aplicação mecânica do entendimento preconizado pelo referido Tribunal, observando-se as devidas singularidades. No presente caso, seria injusta a decisão que decidisse a segunda lide da mesma forma que a primeira.

produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; (d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; (e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.⁵⁸

Em sentido semelhante coloca-se Ada Pellegrini Grinover, que ao citar Tarzia, arrota os aspectos inerentes ao contraditório na formação e produção de provas, consoante a experiência jurisprudencial experimentada naqueles: (a) proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; (b) proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; (c) obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para admissão dos meios de prova que pareçam necessários em relação aos primeiros; (d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas.⁵⁹

Na esfera do direito probatório, o contraditório se reflete na oportunidade que os litigantes têm de postularem a produção de provas, de participarem de sua realização, bem como se se pronunciarem com relação ao seu resultado, devendo ser observado durante toda a fase instrutória do processo, sob pena de cerceamento de defesa e possível desconstituição da sentença com base em tal fundamento.⁶⁰

Vale lembrar que por sua índole constitucional (art. 5.º, LV, CF/1988) o princípio do contraditório não admite exceções. Mesmo nos casos em que a lei processual permite pronunciamentos *inaudita altera parte*, como ocorre nas situações de urgência, em processos cautelares⁶¹ e em antecipações de tutela,⁶² não há violação ao princípio, sendo oportunizado aquele em face de quem se dirige a pretensão que se manifeste e defenda-se.⁶³

52. “A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam atendas pela lei a aplicar – tem igual valor” (KEISEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Dr. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976, p. 467).
53. PORTANOVA, op. cit., p. 222.
54. “A carta rogatória é aquela expedida quando a parte ou testemunha estiver domiciliada fora do país, enquanto a carta precatória refere-se a comarca diversa da localidade onde tramita o processo. Em ambas a oitiva das testemunhas e o depoimento pessoal das partes serão procedidos por outro juiz que não o do processo, mas este pode remeter ao juiz deprecado perguntas que entender pertinentes. Tais indagações serão consideradas supletivas àquelas formuladas pelo magistrado que efetivamente colherá a prova oral.” (Idem, p. 222-223).
55. Idem, p. 223.
56. “Art. 5.º (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”
57. VEZZONI, Marina. Prova emprestada. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência* 70/19-20, ano 6. Ribeirão Preto: Nacional de Direito, out. 2005.
58. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva: 1996. vol. 2, p. 90.
59. TARZIA, *La parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*. Milão: Studi Parmensi, 1977. vol. 18, p. 358, apud GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. Disponível em: [www.direito-processual.org.br]. Acesso em: 10.04.2008.
60. SILVA, Eduardo Silva da et al. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 178-179.
61. “Agravo de instrumento. Decisão monocrática. Direito privado não especificado. Cautelar. Ação cautelar de produção antecipada de provas, com pedido liminar de vistoria, para a verificação de possíveis ilegalidades ocorridas quando da utilização de “softwares” em microcomputadores, sem a respectiva licença. Possibilidade. No cotejo entre diversos princípios coexistentes e aplicáveis ao caso em concreto, não se configura ofensa ao contraditório. Recurso provido” (Brasil, TJRS, AgIn 70019935774, j. 30.05.2007, rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br]. Acesso em: 07.04.2008).
62. “Tutela antecipada – Provisório ante a presença dos requisitos exigidos no art. 273 do CPC – Concessão liminar sem oitiva da parte contrária – Possibilidade – Faculdade reservada ao julgador – Possibilidade, na espécie, frente ao iminente risco de frustração do objetivo visado na medida – Inexistência de afronta ao princípio do contraditório” (Brasil, TJPB, AgIn 49155-8, j. 06.08.2006, rel. Des. Ulysses Lopes. Disponível em: [www.tj.pb.gov.br]. Acesso em: 07.04.2008).
63. BURGARELLI, op. cit., p. 43.

3. DA PROVA EMPRESTADA

Após a compreensão dos conceitos e princípios norteadores da teoria geral da prova é possível a análise especificamente da prova emprestada.

Primeiramente, cumpre destacar sua conceituação e admissibilidade, ou não, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Em caso afirmativo, isto é, sendo possível a utilização da prova emprestada, imprescindível verificar se existem requisitos mínimos para tanto.

3.1 *Conceituação e admissibilidade*

A prova de um fato, que já tenha sido previamente apreciada em um processo anterior ou simultâneo, colhida através de testemunhas, documentos, depoimentos pessoais ou exames periciais, confissões, e que possa ser trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele, dá-se o nome de prova emprestada.⁶⁴ ⁶⁵

Sendo classificada como prova atípica,⁶⁶ por não estar prevista no rol do Código de Processo Civil,⁶⁷ para Eduardo Talamini a mesma “consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram”,⁶⁸

64. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983, vol. 1, p. 351.

65. Luiz Vicente Cernicchiaro traz uma interpretação diferente: a prova emprestada é apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova, portanto, empresta-se o fato e não a prova, que há de ser colhida segundo o ritual jurídico para determinado processo. E continua: “a distinção não é meramente acadêmica. Como toda prova, urge passar pelo contraditório; a parte tem direito à produção *secundum ius*. Efeito prático: se assim não ocorrer, cumpre ser repelida, sob pena de inviabilidade: contraria com o devido processo legal” (CERNICHIARO, Luiz Vicente. Prova emprestada. *Síntese Trabalhista* 88/127-128, ano 7. Porto Alegre: Síntese, out. 1996).

66. “A prova atípica deve ser entendida como a que pode ser legitimamente obtida e produzida no processo e, como tal, ser analisada e valorizada pelo magistrado, ainda que ela não se amolde com exatidão a um dos meios de prova regulados pelo Código de Processo Civil” (BUENO, op. cit., p. 242).

excepcionando-se, dessa forma, a regra geral de que a prova é criada para formar convencimento dentro de determinado processo.⁶⁹

De forma breve, é a prova que já foi produzida juridicamente, mas em outra ação, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão.

Acerca de sua admissibilidade, não se vislumbra maiores dificuldades no que tange às provas pré-constituídas e às documentais, pois, sejam originais ou emprestadas, “valem, igualmente, em qualquer juízo em que foram apresentadas”.⁷⁰ O problema versa sobre as provas causais ou simples,⁷¹ isto é, as que são produzidas no decurso do processo, sem que tenham sido propositadamente preparadas, principalmente sobre as provas orais (testemunhas, depoimentos, esclarecimentos de perito).

Para Moacyr Amaral Santos, a admissibilidade da aludida prova é indiscutível, que será sempre uma peça de instrução, tendo no mínimo valor argumental e servindo de subsídio na formação do

67. Quanto a isso é fundamental a seguinte constatação: “(...) não há, no ordenamento processual civil brasileiro um rol taxativo de provas; não há, no direito brasileiro, tipicidade dos meios de prova. O que há, bem diferentemente, são provas que violam, ou não, o ordenamento jurídico. O que há é obtenção lícita ou ilícita de provas; de meios de prova que podem, ou não, ser utilizadas em juízo” (idem, p. 233).

68. TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *RePro* 91/93, ano 23. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1998.

69. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 110.

70. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 2, p. 364.

71. “Consideram-se emprestadas apenas as provas casuais, e não as pré-constituídas porventura já utilizadas em processo anterior. Quanto a estas últimas, seu valor probatório será sempre o mesmo, qualquer que seja a natureza do processo em que elas se produzam, independentemente do número de vezes em que isto aconteça. Uma escritura pública, ou mesmo um documento particular, ainda que já empregada como prova em processo anterior, não será considerada prova emprestada quando novamente for produzida em processo subsequente — apenas aquelas provas formadas no curso do processo anterior serão assim consideradas, quando utilizadas novamente num segundo processo.” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial*. 2. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1952, vol. 1, p. 295).

convencimento do juiz.⁷² Destaca, ainda, que a admissibilidade não pode ser confundida com a eficácia, pois naquela “há apenas avaliação preliminar da prova, que lhe permite ingressar nos autos, para ser debatida pelas partes e devidamente, em seguida, estimada pelo juiz”,⁷³ sendo que a eficácia dependerá do seu poder de convencimento.

Já Arruda Alvim, entende possível a consideração da prova emprestada, desde que presentes os seguintes requisitos: “(a) identidade da relação fática; e (b) as mesmas partes”.⁷⁴ Inobstante a isso, os requisitos essenciais acerca da valoração da prova trasladada serão oportunamente aborçados.

Afonso Fraga argumenta que a prova emprestada deve ser aceita, uma vez que “a verdade produzida pelas provas é uma e sempre a mesma em todos os tempos e lugares, portanto, se ela existiu ao tempo da primeira instância continua a existir nas instâncias posteriores”,⁷⁵ e, assim sendo, afastar destas as provas realizadas entre as mesmas partes significa repelir a verdade, que é a finalidade principal de todo o juízo regularmente constituído.⁷⁶

Ainda que a lei processual nada disponha⁷⁷ é preciso ter-se em vista que a admissão da prova emprestada decorre da aplicação dos princípios da unidade da jurisdição e da economia processual, visando máxima efetividade do direito material com mínimo emprego de atividades processuais, aproveitando-se as provas colhidas perante outro juízo.⁷⁸ Pode-se referir, ainda, que a aceitação desse tipo de prova encontra amparo na garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988), porquanto se trata de medida que vislumbra dar maior celeridade à prestação jurisdicional, bem como o direito constitucional de ação.

Para José Roberto dos Santos Bedaque esse direito, garantido no art. 5.º, XXXV, da CF/1988 não significa a mera formulação de pleito

ao Judiciário, mas, principalmente, uma garantia à ordem jurídica justa, o que implica em colocar à disposição dos jurisdicionados todos os meios destinados a viabilizar a satisfação do direito.⁷⁹

Dessa forma, o ordenamento constitucional dá suporte jurídico, isto é, os instrumentos necessários para que as pessoas busquem o reconhecimento de um direito, sendo exercido, no caso do direito a ação, através do poder de pleitear a tutela, do poder de se valer de todos os meios para a demonstração desse direito e do direito de obter o provimento tecnicamente idôneo a assegurar a tutela adequada.⁸⁰

É justamente neste contexto, de demonstrar a veracidade dos fatos, que se insere o direito fundamental à prova,⁸¹ representando a possibilidade de que se valham as partes de provar suas alegações por todos os meios, desde que idôneos ou úteis ao esclarecimento da

77. Não há nenhuma referência expressa quanto à admissibilidade da prova emprestada na lei processual brasileira, apenas dispõe o art. 332 do CPC, que todos os meios legais, bem como os mormente legítimos, ainda que não especificados na presente legislação, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Com isso presume-se plenamente possível a utilização da prova emprestada, que ingressa no processo sob a forma de documento.

Nessa seara: “A prova emprestada de outra ação, onde produzida para a demonstração dos mesmos fatos, por ser mormente legítima, é idônea para provar a verdade — RT 719/166. No mesmo sentido: RT 614/69” (DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil. Processo de conhecimento*. 2. ed. rev. e atual. com as leis da “Reforma”. São Paulo: Nelpa — L. Dower Edições Jurídicas Ltda, 1997. vol. 2, p. 138-139).

Ainda, vale lembrar que “a Constituição brasileira adotou o princípio da liberdade dos meios de prova. Opõe-se a taxatividade, ou seja, serem admitidos apenas os previstos na lei (art. 5.º, LVI)” (CERNICHIARO, op. cit., p. 127).

78. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 53.

79. BEBAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Roberto (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 151.

80. VEZZONI, op. cit., p. 19.

81. Sobre o direito à prova: CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

72. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 352.

73. *Ibidem*.

74. ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. Processo de Conhecimento. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003. vol. 2, p. 459.

75. FRAGA, Afonso. *Instituições do processo civil do Brasil*. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva & Cia., 1940, t. II, p. 373.

76. *Ibidem*.

verdade, vedando-se ao legislador a inserção de obstáculos desarrastados para tanto.⁸²

Entretanto, cumpre esclarecer que o direito de provar não é o direito de convencer o juiz, mas de que esse aceite e aprecie a prova requerida. Por certo que esse direito não pode ter o condão de persuadir o julgador, apenas de que a prova seja considerada, realizando-se, assim, o juízo valorativo acerca da mesma.

Aliado a isso, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao se posicionarem à favor da tese que pugna pela aceitação da prova trasladada, referem uma questão de ordem prática:

“Trata-se de evitar, com isso, a repetição inútil de atos processuais, otimizando-se, ao máximo, as provas já produzidas perante a jurisdição, permitindo-se, por consequência, seu aproveitamento em demanda pendente. Entretanto, não é apenas a ideia de aproveitamento de atos que importa quando se pensa em prova empresada. Eventualmente, pode acontecer que a prova não possa mais ser colhida, por alguma circunstância, motivo mais que suficiente para autorizar, ao menos em princípio, a tomada de empréstimo da prova já realizada em outro processo.”⁸³

Esse aproveitamento dos atos processuais se refere ao princípio da economia processual, para o qual o processo deve propiciar às partes uma justiça eficiente, rápida, módica e simplificada.⁸⁴ Trata-se

de princípio informativo⁸⁵ do processo civil, visando à produção do melhor resultado possível com o menor dispêndio de recursos.

Havendo uma forma de praticar-se o menor número de atos processuais com a mesma eficiência e sem ofensa aos direitos das partes, inexistente razão para não se admitir a conveniência da prova empresada no processo, sobretudo se levado em consideração que a morosidade da prestação jurisdicional é um dos maiores desalios da temática do acesso à justiça na atualidade, e é inversamente proporcional à realização do direito material.^{86 · 87}

Com o crescente aumento e acúmulo de processos pendentes de julgamento, o magistrado deve preocupar-se com a abreviação das estruturas do processo,⁸⁸ mediante o emprego do mais reduzido número possível de atividades processuais, impondo, assim, uma maior celeridade no processo das causas, com medidas e procedimentos mais simplificados. Se já existe prova produzida, não há necessidade de uma fase instrutória, com maiores despesas para as partes ou para o Estado, nos casos de assistência judiciária gratuita.⁸⁹

85. Esclarece Cândido Rangel Dinamarco: “Esses falsos princípios, enunciados em antiga doutrina italiana e acatados prestigiosamente na brasileira, são na realidade regras técnicas e não refletem opções políticas, um processo realizado de modo econômico, lógico, juridicamente adequado e politicamente correto (para empregar aquela linguagem usual) é um processo tecnicamente bem feito (...) O máximo que se pode dizer em prol de tais regras técnicas como possíveis princípios é que se refletem, pelo aspecto técnico, as ideias que os princípios representam” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. 1, p. 196).

86. KODANI, Gisele. Âmbito de aplicação da prova empresada. *RevPro* 113/272, ano 29. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2004.

87. Sobre o assunto: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. São Paulo: Safe, 1988, p. 15-29; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

88. Conforme José Cretella Neto (op. cit., p. 199), citando Gilson Delgado Miranda, para quem, no processo civil, desde a primeira fase do direito romano, já havia uma fórmula mais simplificada e célere do processo, com o fim de proporcionar uma tutela mais rápida.

89. VEZZONI, op. cit., p. 21.

82. Idem, p. 190.

83. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 323.

84. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 196.

Por outro lado, a aparente resistência principiológica à admissão da prova emprestada reside no fato de que haveria desatendimento aos princípios da identidade física do juiz, da imediatidade, da concentração e da oralidade.

No entanto, o argumento *per se* é infundado, sobretudo porque inexistem princípios absolutos, cuja aplicabilidade não possa ser relativizada conforme o caso concreto, para garantir efetividade aos demais valores jurídicos existentes.

Além do mais, conforme referido anteriormente, a própria legislação processual autoriza a exceção aos mencionados princípios, sendo cabível a produção de provas como (por exemplo, a oitiva de testemunhas e realização de perícias) mediante carta precatória, antecipação probatória ante outro juiz que não o da causa, ou, ainda, a possibilidade, em grau recursal, da modificação da sentença, pelo Órgão Colegiado, que não teve contato direto com as provas obtidas na fase instrutória. Mesmo sem observância a estes princípios, a prova assim produzida dispõe de eficácia, bem como não perde seu poder de convencimento.

Assim, “analogicamente, será necessário admitir eficácia à prova emprestada de outro processo, pois que esta, na sua produção, não difere muito da prova por precatória”.⁹⁰

Não obstante ao princípio da economia processual Jorge Américo entende que as provas de uma causa são aproveitáveis para outra causa, sendo que suas eficácias determinam-se em função da necessidade de serem aproveitadas as provas de outra causa e da possibilidade de se produzirem originalmente na nova causa.⁹¹

Igualmente, posiciona-se Ladislau Fernando Rohnelt:

“Um dos cuidados consiste em verificar, através de exame preliminar, se é impossível à parte renovar no segundo processo a prova feita no outro. A 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado aprendeu essa lição da doutrina ao decidir, faz alguns meses que não há razão para se utilizar a prova testemunhal de outro processo, muito menos a de outro inquérito policial, quando existe a

possibilidade de serem inquiridas as testemunhas cujos depoimentos se quer importar’ (ApCrim 23.313 – Porto Alegre).⁹²

Insta frisar que uma vez aceita a prova emprestada, esta ingressa no segundo processo sob a forma de documento,⁹³ por meio da junta de certidão ou de cópias autênticas extraídas do processo originário,⁹⁵ não importando qual tenha sido sua natureza no processo originário. Isso porque as provas são trazidas documentalmente de outro processo, mediante certidão ou cópias autenticadas das folhas em que foram produzidas na demanda original.⁹⁶ Tal forma conduzirá inexoravelmente à aplicação das regras concernentes a esse meio (arts. 396 a 399 do CPC), inclusive prazo e meios de impugnação,⁹⁷ especialmente no que tange à concessão de prazo para a parte contrária manifestar-se acerca da junta de documento (art. 398, CPC).

Entretanto a mesma não valerá como mero documento, tendo a potencialidade de assumir precisamente a eficácia probatória que obteria no processo originário, restando superada a ideia de que a prova emprestada seria uma prova inferior.⁹⁸

Consequência disto é que o juiz, ao exercer seu juízo de valor acerca das provas, poderá aferir à prova trasladada exatamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo. É justamente essa a peculiaridade da prova emprestada: apresentar-se sob a forma documental, podendo conservar seu valor originário.⁹⁹

92. ROHNELT, Ladislau Fernando. Prova emprestada. *Ajuris* 17/39, ano 6. Porto Alegre: *Ajuris*, nov. 1979, p. 39.

93. TALAMINI, op. cit., p. 93.

94. Ada Grinover Pellegrini também adverte que a forma da prova emprestada é sempre documental (*Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 66).

95. “É mais conveniente, na prática, a fim de evitar qualquer posterior alegação de nulidade, que seja transportada a integralidade das cópias relativas à atividade probatória objeto do empréstimo” (KODANI, op. cit., p. 271).

96. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial cit.*, 5. ed. atual, 1983, p. 352.

97. VEZZONI, op. cit., p. 21.

98. TALAMINI, op. cit., p. 94.

90. ANDRADE, op. cit., p. 44.

91. AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil — arts. 1.º ao 290*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1958. vol. 1, p. 310.

Bem por isso, o traslado de prova documental já apresentada em outro processo não constitui “prova emprestada”, pois não há, nesse caso, o contraste entre forma e valor potencial.¹⁰⁰

Outrossim, Moacyr Amaral Santos adota as seguintes regras no que tange à eficácia da prova trasladada:

“a) a prova emprestada guarda a eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trazer consigo;

b) a eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada, de natureza oral, estão na razão inversa da possibilidade de sua repetição no processo;

c) a eficácia da prova emprestada, de natureza oral, equivale à da produzida mediante precatória.”¹⁰¹

Assim, conquanto possível a utilização da prova emprestada, caberá ao julgador apreciá-la¹⁰² segundo o critério da persuasão racional,¹⁰³ como, de resto, deve proceder em relação às demais provas,¹⁰⁴ que inclusive pode requerê-las de ofício,¹⁰⁵ cosoante regra disposta no art. 130 do CPC, sem que com isso quebre o dever de imparcialidade ou afrente o princípio do dispositivo. Muito pelo contrário: estaria sendo parcial em favor daquele que seria prejudicado pela prova, caso assim não a determinasse.

99. Idem, *ibidem*.

100. Idem, *ibidem*.

101. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 355-356.

102. O valor da prova transportada de um processo para outro depende naturalmente do seu poder de convencimento, não estando o juiz adstrito ao valor que à prova haja dado o outro juiz, que a colheu. Tem liberdade para apreciá-la (REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. vol. 2, p. 222).

103. “O art. 130 do CPC atribui ao juiz poderes para determinar a realização de provas necessárias a instrução do processo, enquanto o art. 131 adota o princípio da livre apreciação racional da prova – RT 314/133 (DOWER, op. cit., p. 139).

104. LOPES, op. cit., p. 58.

3.2 Requisitos essenciais

Conforme pode-se constatar, a doutrina majoritária aceita a utilização da prova emprestada. Entretanto opõe certas restrições à admissibilidade da mesma, devendo ser observados alguns requisitos para sua eficácia em outro processo.

Luiz Rodrigues Wambier estabelece os seguintes critérios para legitimidade da prova trasladada: (a) tenha sido, no processo de origem, validamente produzida; (b) a parte contra a qual ela vai ser usada tenha podido participar, em regime de contraditório, do processo de origem e (c) seja submetida ao crivo do contraditório, no processo para o qual é trazida.¹⁰⁶

Já Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho elenca a identidade de partes ou seus sucessores em ambas as ações; a identidade de fatos nas duas ações; e a observância rigorosa das formalidades legais na

105. Nesse sentido: “*Prova emprestada – Utilização de ofício – Possibilidade – Poder de direção do processo conferido ao juiz*. Consoante disposição contida no art. 130 do CPC, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo. Não se trata de recomendação nem autorização, mas verdadeira norma impositiva, que transfere ao juiz a obrigação de perseguir a verdade real, a agilização dos feitos e a igualdade das partes através de medidas úteis que dão ao processo a efetividade. O juiz deve estar convencido de que não pode, na nossa sociedade atual, cujos litígios crescentes arrancam o Judiciário, tratar todos os assuntos através da via puramente formal estabelecida para o processo, muitas vezes estreita e insuficiente. Utilizando os meios que o próprio Código lhe coloca à disposição, pode, com a inteligência e o bom senso, procurar e encontrar soluções mais adequadas ao processo moderno, que é avesso a mecanismos e formalidades inúteis e abençoa as medidas inteligentes e eficazes. A prova emprestada é meio hábil reconhecido nos meios forenses e é considerada válida se obedece aos princípios do contraditório e do devido processo legal, sem cercar de qualquer jeito a defesa no processo em que é utilizada, facultado à parte impugná-la se ocorrer algum vício na sua formação.” (BRASIL, TJMG, Agn 1.0024.04.309489-5/001, j. 25.10.2005, rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Disponível em: [www.tjmg.gov.br]. Acesso em: 20.04.2008).

106. WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. rev., atual e ampli. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1, p. 398.

produção da prova a ser aproveitada na outra ação como condições de validade e eficácia da prova emprestada. O autor destaca como fundamental a identidade de partes, referindo que “a prova produzida numa ação entre A e B não poderá ser aproveitada noutra ação entre A e C, se nada de comum existir entre B e C”.¹⁰⁷

Nesse passo, a “presença das partes” e a “presença do juiz”, binômio de *status* constitucional (art. 5.º, XXXV, XXXVII, LIII e LV, da CF/1988), são reconhecidas como aspectos essenciais para a validade e eficácia das provas.¹⁰⁸

Quanto à presença do mesmo juiz no processo originário e na segunda causa, adverte Eduardo Cambi que tal exigência “significaria tornar vazia a fórmula da prova emprestada que é utilizada, com frequência, para trasladar provas produzidas no juízo criminal para o cível, e vice-versa”.¹⁰⁹ E prossegue, “desde que a garantia do contraditório tenha sido respeitada no processo anterior, a prova deve ser considerada válida”.¹¹⁰

Acerca da presença do contraditório, tal requisito é praticamente unânime.¹¹¹ E não haveria como ser diferente, uma vez que o contraditório representa não apenas a simples garantia de defesa em face da prova já produzida. Mais que a mera oportunidade de manifestação da parte, é através dele que “assegura-se a possibilidade de participação efetiva em toda atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado. Há o direito de ‘fiscalizar’ e ‘influenciar’ o desenvolvimento da instrução, inclusive a probatória”.¹¹²

107. REZENDE FILHO, op. cit., p. 222.

108. TALAMINI, op. cit., p. 95.

109. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*... cit., p. 55.

110. Idem, *ibidem*.

111. Em sentido contrário Moacyr Amaral Santos sustenta que, “sistema do juiz ativo”, em que o julgador tem “predominante função” na formação da prova, a negativa de valor à prova emprestada de processo entre terceiros teria de ser acolhida “com certa reserva”, vez que “a prova é do juízo”. Para o autor, o requisito do contraditório no processo anterior só teria sentido no processo “dispositivo” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial* cit., 5. ed. atual., 1983, p. 357).

112. TALAMINI, op. cit., p. 97.

Nessa seara afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“A legitimidade da prova emprestada depende da efetividade do princípio do contraditório. A prova pode ser trasladada de um processo a outro desde que as partes do processo para o qual a prova deve ser trasladada tenham participado adequadamente em contraditório do processo em que a prova foi produzida originariamente. Sabe-se que o exercício do poder estatal através do processo jurisdicional há de ser legítimo, e a legitimidade do exercício desse poder somente pode ser conferida pela abertura à participação dos contendores. Em outras palavras: se o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito, sua ideia básica é garantir aos interessados participação efetiva no procedimento que vai levar à edição da decisão.

É certo que a efetividade do acesso à justiça depende da racionalização da prática de atos processuais e está intimamente ligada à possibilidade de se poder alegar e provar, mas tudo isso deve ser temperado diante do direito que os interessados na solução do litígio têm de adequadamente participar da formação da prova que vai importar para a formação do juízo. Aliás, esse direito garantido às partes também possui importância fundamental para que a própria jurisdição possa cumprir sua obrigação de forma perfeita e legítima.”¹¹³

Para alguns, mas que a observância ao contraditório é imprescindível que a parte contra a qual vai ser usada esta prova, tenha sido parte no primeiro processo.^{114 - 115 - 116 - 117}

Sobre este aspecto, Darci Guimarães Ribeiro conclui que a prova trasladada não precisa ser produzida entre as mesmas partes para que

113. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 323-324.

114. ANTUNES, Carla Heidrich; BIANCHINI, Carloline Ribeiro; MAGALDI, Fernando. Prova emprestada: algumas considerações. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 5/32, ano 1. Porto Alegre: Síntese, maio-jun. 2000.

115. Diversamente Moacyr Amaral Santos se manifesta favorável a eficácia da prova emprestada sem a presença da parte e contra ela: “(...) presume-se que se a prova é do juízo, pelo juízo formada, é de entender-se ter sido feita com as necessárias garantias à descoberta da verdade” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial* cit., 5. ed. atual., 1983, p. 357).

tenha validade, pois o requisito para tal é o respeito ao contraditório e não às partes. Assevera, ainda, que quanto maior for o respeito ao princípio do contraditório maior será o grau de convencimento que a prova trasladada produzirá.¹¹⁸

Outrossim, Gisele Kodani preconiza ser suficiente que a parte contra a qual for ser produzida a prova tenha participado de sua produção no processo originário, não sendo imperioso que ambas as partes sejam idênticas nos dois processos.¹¹⁹ Para tanto, exemplifica: se a vítima não participou do processo penal, pois a ação penal era pública, poderá utilizar-se da prova produzida neste processo contra o réu em ação de indenização movida em razão dos mesmos fatos.¹²⁰

No mesmo sentido e contrariando a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência,¹²¹ Fredie Didier Junior, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga defendem que não haveria nenhum problema no transporte da prova de processo envolvendo terceiros, porque ambas as partes do segundo processo estariam na mesma situação e o contraditório seria implementado no processo em que a prova emprestada fosse utilizada.¹²²

Convém destacar, ainda, que, sob o prisma do contraditório, não basta somente a participação no processo originário daquele a quem a

prova trasladada desfavorecerá. “É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo”.¹²³

Dessa forma, o valor original da prova emprestada apenas pode ser mantido quando ela seja produzida perante as mesmas partes, com as mesmas garantias de contraditório, atribuindo à prova formada em processo de que apenas uma das partes haja participado valor relativo.¹²⁴

Além dessas condições de natureza constitucional, impõe-se, para o empréstimo de prova, que esta seja produzida perante órgão jurisdicional, tratando-se de decorrência direta da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (art. 5.º, XXXV e LIV, CF/1988),

117. Em que pese a doutrina majoritária entender que para a admissibilidade da prova emprestada ser possível é necessário que as partes sejam as mesmas, o TJMG já decidiu de forma contrária: “Ação ordinária – Certameento de defesa afastado – Ônus da prova – Prova emprestada – Possibilidade de sua utilização.

O pedido de adiamento de audiência, nos termos do art. 453 do CPC, deve ser efetuado antes da sua realização e através da apresentação de motivo justificado.

A falta de intimação de assistente litisconsorcial, que era imposta ao autor por determinação legal, não pode ser alegada para o fim de decretação de nulidade de atos jurisdicionais.

Não bastasse, consoante expressa determinação do art. 245 do CPC, a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Consoante art. 333 do CPC, cabe ao autor a comprovação dos fatos constitutivos que alega e ao réu a demonstração dos eventos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito autoral.

Pertinente é a utilização pelo julgador da prova emprestada produzida em outro feito sob o crivo do contraditório, ainda que diversas sejam as partes componentes do procedimento em análise, mormente em observância aos princípios da economia e da celeridade processuais” (grifos nossos) (Brasil, TJMG, ApCiv 388.349-4, j. 10.12.2003, rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Disponível em: [www.tjmg.gov.br]. Acesso em: 03.09.2007).

116. Afirmando a necessidade da presença de ambas as partes: LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. 3. ed. Florença: Camelli, 1914, vol. 1, p. 14-15; MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Exegese do Código de Processo Civil (arts. 329 a 339)*. Rio de Janeiro: Aide, 1984, vol. 4, t. 1, p. 305; ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991, vol. 2, p. 233. Afirmando apenas a necessidade da presença do desfavorecido pela prova: ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: V. P. de Zavalla, 1981, vol. 1, p. 367-368; COURURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Dr. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 177; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1967, vol. 3, p. 305; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de direito processual civil. Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Porto Alegre: Fabris, 2005, vol. 1, p. 341-342; ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 218-219; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova emprestada*. RBCrim 1-4/66. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993.