

assegurando-se todas as garantias peculiares ao processo jurisdicional.<sup>125</sup> Não importa se o juízo seja de natureza cível, penal ou trabalhista, pois vigora, no processo civil, a unidade da jurisdição.

Neste diapasão, convém destacar a possibilidade de ser trasladada, do juízo penal para o cível, prova obtida por meio de interceptação telefônica efetuada nos termos da Lei 9.296/1996. Nelson Ney Junior<sup>126</sup> e Ada Pellegrini Grinover<sup>127</sup> aceitam o empréstimo desse tipo

Em sentido contrário: “Agravo de instrumento – Prova pericial emprestada de processo do qual não participou uma das partes – Ausência do crivo do contraditório – Desnecessidade da intimação do perito que elaborou o laudo para prestar esclarecimento – Desnecessidade de depoimento pessoal da parte autora. 1 – Para ter validade como prova emprestada, é imprescindível que a perícia tenha sido produzida com a participação de todas as partes envolvidas na atual ação, sob o crivo do contraditório, sob pena de se afastar a garantia prevista no inc. IV do art. 5.º da CF/1988. 2 – Não sendo possível a utilização da prova pericial requerida, torna-se desnecessária intimação do Perito que a elaborou para que preste depoimento e esclarecimentos. 3 – O depoimento pessoal da parte autora mostra-se desnecessário quando o ato que se discute existe independentemente de sua contribuição (grifos nossos) (Brasil, TJMG, Agln 1.0145.05.259869-8/001, j. 13.06.2006, rel. Des. Pedro Bernardes. Disponível em: [www.fjmg.gov.br]. Acesso em: 07.04.2008).

118. RIBEIRO, op. cit., p. 115.

119. Afirma Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. 3, p. 98): “Exige-se também que naquele processo (originário) tenha estado presente, como parte, o adversário daquele que pretende aproveitar a prova ali realizada – porque do contrário esse sujeito estaria suportando a eficácia de uma prova cuja formação não participou. Mas a própria parte que pretende aproveitar-se de prova produzida alhures não precisa necessariamente ter sido parte também no outro processo, cabendo exclusivamente a ela o juízo da conveniência de valer-se ou não do empréstimo”. No mesmo sentido: Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Luiz Arenhart (*Comentários ao Código de Processo Civil. Processo de conhecimento – arts. 332 a 363*. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5, t. 1, p. 177): “A prova pode ser trasladada de um processo a outro desde que a parte contra a qual for ser produzida a prova tenha participado adequadamente em contraditório do processo originário, ou seja, do processo em que foi produzida originariamente a prova.”

120. KODANI, op. cit., p. 274.

prova. Em sentido antagonístico, posicionam-se Luiz Flávio Gomes,<sup>128</sup> Eduardo Talamini,<sup>129</sup> Vicente Greco Filho.<sup>130</sup>

Realmente, a lei não autoriza a utilização da interceptação telefônica no âmbito civil (art. 5.º, XII, CF e assim como os arts. 2.º, parágrafo único, e 9.º da Lei 9.296/1996). Entretanto, tal fato impede seu emprego no caso concreto, mormente pelo princípio da proporcionalidade.<sup>131</sup>

Assim, face a exigência de que o traslado de provas se produza ante órgão jurisdicional, não é admissível o empréstimo de prova produzida em processo administrativo, inclusive inquérito policial,<sup>132</sup> 133 em procedimento de jurisdição voluntária, em processo arbitral,<sup>134</sup>

121. “Agravo de instrumento. Ipergs. Laudo pericial. Prova emprestada. Impossibilidade. Não se pode utilizar prova emprestada produzida entre terceiros, mesmo que em processo similar, diante da necessidade de ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa. Agravo provido de plano.” (Brasil, TJRS, Agln 70018868083. Maria Clara Bernardi Vidarte e Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. rel. Des. Túlio de Oliveira Martins. 15.03.2007. Disponível em: [www.fj.rs.gov.br]. Acesso em: 30.04.2008).

“Agravo de instrumento. Ação revisional. Promessa de compra e venda de imóvel. Apuração do valor do imóvel. Perícia. Prova emprestada. Impossibilidade de se utilizar prova emprestada produzida entre terceiros, mesmo que em processo similar. Imprestabilidade. Necessidade de oportunizar o contraditório e a ampla defesa. Deram provimento.” (Brasil, TJRS, Agln 70007213739. Adelmo dos Santos e outros e Habitasinos Empreendimentos Imobiliários Ltda. rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior. 16.12.2003. Disponível em: [www.fj.rs.gov.br]. Acesso em: 30.04.2008).

122. DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2007. vol. 2, p. 52.

123. TALAMINI, op. cit., p. 97.

124. Para Carlos Lessona (*Teoria general de la prueba en derecho civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957, p. 15) o valor dessa prova é de simples presunção. Eduardo J. Couture (op. cit., p. 177) adverte ser o problema da prova emprestada um problema de garantias do contraditório, afirmando que a prova que não observar o mesmo carece de qualquer convicção.

125. TALAMINI, op. cit., p. 101.

bem como em processo disciplinar.<sup>135</sup> Da mesma forma, a prova obtida em processo que houve revelia do réu não pode ser emprestada a outra demanda contra o mesmo réu, pois a preclusão só pode gerar efeitos endoprocessuais.<sup>136</sup>

Há que se observar, ainda, questões processuais, atinentes às formalidades legais, isto é, aos princípios que regem a prova, considerando-se sua natureza original, tanto no processo primitivo, quanto no segundo litígio, prezando-se, sempre, pela regularidade na obtenção da prova, que não poderá ser apreciada caso esteja eivada de vício.

Existe quem estabeleça outros pressupostos da prova trasladada: a identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos<sup>137</sup> e a impossibilidade ou difícil reprodução da prova trasladada no processo em que se pretenda demonstrar a veracidade de certa alegação.<sup>138</sup>

No entanto, aquele não é requisito específico da prova emprestada, senão o “pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para a admissão de qualquer meio de prova”.<sup>139 - 140</sup>

Não se nega a relevância do segundo requisito citado alhures, porquanto a dimensão do mesmo se insere no direito constitucional à prova, uma vez que caso não se permita o empréstimo da prova cuja

126. “(...) entendemos ser admissível a produção da prova obtida licitamente (porque autorizada pela Constituição Federal) para a investigação ou instrução processual penal como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil.” (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., atual e ampl. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 203).

127. “O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 234-235).

repetição já não é mais possível, ou excessivamente onerosa e custosa, estar-se-ia vedando à parte o direito de provar as suas aduções.

Ademais, excepcionalmente neste caso (direito à prova como fundamento da prova emprestada) admite-se o não preenchimento de algum dos requisitos de validade e eficácia da prova emprestada, tendo em vista os interesses em jogo sopesados, de modo a se verificar, através do princípio da proporcionalidade, quais entre eles são os mais “urgentes e fundamentais”.<sup>141</sup>

128. “E poderia a prova obtida dentro de uma investigação criminal ou instrução penal ser utilizada em outro processo (civil, administrativo, constitucional, tributário etc.)? Pode haver prova emprestada nesta hipótese? Nelson Nery Junior responde afirmativamente. Nosso pensamento, no entanto, é divergente. O legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal) já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo. Não se pode esquecer que a proporcionalidade está presente (deve estar, ao menos) na atividade do legislador (feitura da lei), do juiz (determinação da medida) e do executor (que não pode abusar) (GOMES, Luiz Flávio. Finalidade da interceptação telefônica e a questão da prova emprestada. *Repertório IOB de Jurisprudência* 4/74-75, cad. 3. São Paulo: IOB, 2.ª quinz. fev. 1997, p. 75).

“Em conclusão: a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser ‘emprestada’ (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. (...) Essa prova criminal deve permanecer em ‘segredo de justiça’. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1.º (da Lei 9.296/1996)” (Idem, *Interceptação telefônica*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 118-119).

129. “É, portanto, absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao juiz quando se requer a interceptação – ainda que se preste à comprovação de outros fatos. Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessam à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão utilizáveis – não se permitindo seu emprego para outras finalidades, mediante empréstimo de prova” (TALAMINI, op. cit., p. 108-109).

Contudo, reconhecer validade a prova emprestada somente quando sua repetição for impossível ou inviável é abreviar demasiadamente a aplicação do instituto, até porque, desde que não haja violação alguma as garantias constitucionais, o princípio da economia

130. “Os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade de interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada” (GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39).

131. Assim já julgou o STF: “*Interceptação telefônica – Objeto – Investigação criminal – Notícia de desvio administrativo de conduta de servidor. A cláusula final do inc. XII do art. 5.º da CF/1988 – (...) na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal – não é óbice à consideração de fato surgido mediante a escuta telefônica para efeito diverso, como é exemplo o processo administrativo-disciplinar. (...)*” (Brasil, STF, RMS 24956/DF, j. 09.08.2005, rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: [www.stf.gov.br]. Acesso em: 30.04.2008).

132. “Não tem sido raro acontecer de se pretender (em ação de reparação de danos por acidente de veículo, por exemplo) a utilização de depoimentos prestados perante a autoridade policial, no inquérito que apura o fato sob o aspecto criminal. Parece que tal prova é inadmissível, porque é sabido que o inquérito policial é peça meramente informativa, inquisitorial e sem garantia de contraditório. Por mais que se vislumbre o princípio da economia processual, é necessário cercar a prova de garantias mínimas, entre as quais o contraditório” (WAMBIER, op. cit., p. 398).

133. Em sentido contrário, encontra-se acórdão do TJPR, que admitiu prova emprestada colhida em inquérito policial: “O laudo de exame contábil, produzido para a elucidação das questões de fato consideradas ilícitas, no Inquérito Policial 351/1992, supriu a necessidade de realização da prova pericial, uma vez que, tenha sido observada a garantia do contraditório, tal prova pode ser emprestada ao processo civil” (Brasil, TJPR, ApCiv 107.826-4, j. 10.10.2001, rel. Des. Accácio Cambi. Disponível em: [www.fj.pr.gov.br]. Acesso em: 30.04.2008).

134. TALAMINI, op. cit., p. 97 e 101.

135. KODANI, op. cit., p. 271.

136. Idem, p. 274.

137. ARANHA, Adalberto José. Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 246-247.

processual, abordado anteriormente, teria o condão de autorizar o empréstimo da prova.

É justamente este o entendimento do TJRS, elucidado pelos seguintes julgados colacionados, que pugnam pela dispensabilidade da renovação da prova nas ações repetitivas:

“*Agravo de instrumento. Decisão monocrática. IPERGS. Laudo pericial. Prova emprestada. Possibilidade. É possível a utilização de prova pericial emprestada de um feito para outro nas hipóteses de ações repetitivas, envolvendo servidores da mesma categoria funcional, por se tratar de matéria eminentemente técnica. Precedentes desta Corte. Agravo desprovido.*”<sup>142</sup>

“*Agravo interno. Agravo de instrumento. Servidor público. Ação de cobrança. Diferenças relativas à conversão de vencimentos em urv. Prova emprestada. Admissibilidade. Tratando-se de questão que tem sido objeto de milhares de processos com pedidos e causa de pedir idênticos, viável a utilização, como prova emprestada, de perícia realizada em outro processo, cujo servidor seja da mesma categoria funcional da parte agravante. Caso em que foi oportunizada à autora a apresentação da prova pericial que entender pertinente. Recurso não provido.*”<sup>143</sup>

Vistos os requisitos essenciais para validade e eficácia da prova emprestada surge a indagação se as provas não constituídas sob a égide de dos mesmos seria legítima ou ilícita.<sup>144</sup>

Eduardo Talamini classifica como legítimas a prova emprestada que não atenda os requisitos já mencionados, vez que violadora de

138. ANDRADE, op. cit., p. 44; Ribeiro, op. cit., p. 114.

139. TALAMINI, op. cit., p. 103.

140. Nesse sentido: “(...) a questão é de relevância ou pertinência da prova, e não propriamente de sua admissibilidade” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 63).

141. KODANI, op. cit., p. 273 e TALAMINI, op. cit., p. 112.

142. Brasil, TJRS, AgIn 70020294229, j. 28.06.2007, rel. Des. Túlio de Oliveira Martins. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br]. Acesso em: 30.04.2008.

143. Brasil, TJRS, AgIn 70020573622, j. 14.08.2007, rel. Des. Leila Vani Pandolfo Machado. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br]. Acesso em: 30.04.2008.

normas que tutelam valores atinentes “à lógica e à finalidade do processo”.<sup>145</sup> Só o será ilícita caso a ofensa se refira a norma de direito material, como por exemplo, o empréstimo de prova que tramita sob segredo de justiça, onde mesmo havendo identidade das partes, exista, também, a presença de litisconsortes ou assistentes de qualquer delas (terceiro em relação ao primeiro processo), desde que a publicidade restrita não proteja interesse exclusivamente da própria parte que pleiteia a medida, situação em que a mesma concorda em estender o conhecimento da matéria sigilosa aos participantes do segundo feito.<sup>146</sup>

Dito de outra forma: quando não preenchidos os pressupostos supracitados, a prova trasladada será classificada de acordo com a natureza da norma infringida: se esta for de caráter processual, a prova será ilegítima; sendo de caráter material, será ilícita.

Como consequência da inobservância destes requisitos<sup>147</sup> tem-se as seguintes implicações, apontadas por Ada Pellegrini Grinover, em parecer que envolvia caso penal, mas que também valem no processo civil:<sup>148</sup>

144. “É possível e desejável distinguir, a partir daquele dispositivo constitucional, entre “provas ilícitas” e “provas obtidas por meios ilícitos”. Prova ilícita é aquela que, em si mesma considerada, fere o ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, a tortura, expressamente proibida pela art. 5.º, III, da CF/1988. Prova obtida por meios ilícitos é aquela que, em si mesma considerada, é admitida ou tolerada pelo sistema, mas cuja forma de obtenção, de constituição, de formação fere o ordenamento jurídico. Bem ilustra a figura o desrespeito ao sigilo de correspondência ou a oitiva de conversas telefônicas não autorizadas nos termos da lei (art. 5.º, XII, da CF/1988, regulamentado pela Lei 9.296/1996). Essa dicotomia é que dá fundamento à distinção encontrada em parcela da doutrina que distingue a prova ilícita da prova ilegítima, correspondendo cada uma dessas figuras às hipóteses examinadas nesse parágrafo, respectivamente” (BUENO, op. cit., p. 241).

145. TALAMINI, op. cit., p. 104.

146. Idem, p. 107-108.

147. Ada Pellegrini Grinover (*O processo em evolução* cit., 1996, p. 59) e Eduardo Talamini (op. cit., p. 104) fazem distinção entre inobservância dos requisitos constitucionais, para os quais a consequência seria a inexistência, e dos requisitos legais, sujeitos à regra geral de nulidade dos atos processuais.

148. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução* cit., p. 60-63.

a) Não poderá ser anexada ao processo, por expressa cominação constitucional (art. 5.º, LVI, CF). Mesmo tendo o artigo citado feito alusão as provas “ilícitas”, a sanção prevista no mesmo aplica-se a toda prova violadora de valores constitucionalmente fundamentais, até mesmo aos processuais. Nestes casos, não existe meio de sanar o vício existente.

b) Se indevidamente juntada, deve ser desentranhada.

c) Caso permaneça nos autos, não poderá ser considerada no julgamento. Mesmo tendo o julgador o poder de livre valoração probatória, há um limite para tanto: que as provas sejam constitucionalmente admitidas.

d) Se utilizada pelo juiz, acarretará a nulidade absoluta da decisão. A nulidade absoluta de que será evitada a decisão fundada na prova emprestada ilegítima ocorrerá independentemente de se considerar a parte que requereu o empréstimo.<sup>149</sup>

Da mesma forma, quando não forem observados, no processo de origem, as condições de produção válida da prova, será igualmente inadmissível seu empréstimo, não sendo possível corrigir no segundo processo os vícios advindos do primitivo. Eventualmente, pode ocorrer que o primeiro processo não tenha sido encerrado ainda e o vício

149. A constatação é válida, como regra para o processo penal, onde vige a indisponibilidade da ação pública e da defesa técnica. “Já no processo civil, em que a regra geral é a da disponibilidade das posições processuais, tem de ser outra a solução. Se a própria parte a quem a prova desfavorece requereu seu empréstimo (ou não o impugnou), fica afastado o óbice de ela não haver participado em contraditório no processo anterior. A situação não será em nada diversa daquela que haveria se, no próprio processo em que a prova foi produzida, houvesse sido dada a oportunidade de contraditório a essa parte e ela tivesse aberto mão de seu exercício. Ainda, quando, no processo civil (em que prevaleça a disponibilidade da ação e da defesa), a própria parte desfavorecida por prova não produzida perante a jurisdição é quem pleiteia seu empréstimo, ou com ele concorda, também então este não será inadmitido. De todo modo, ficará sempre ressalvada a hipótese de o juiz, com base nos seus poderes probatórios, fundamentadamente determinar nova produção da prova – a despeito da concordância das partes quanto ao empréstimo (aliás, em qualquer caso, o juiz sempre terá essa possibilidade)” (TALAMINI, op. cit., p. 105).

de que padece a prova seja sanável, hipótese em que, suprido o defeito no feito originário, poderá ser admitido seu empréstimo para outra demanda.<sup>150</sup>

Já se o defeito referir-se unicamente ao segundo processo, diferenciam-se duas proposições: inobservância das regras de admissibilidade da prova documental ou da prova em sua essência de origem, implicando nas mesmas consequências aludidas (caso seja juntada no segundo processo, ela deverá ser desentranhada, não podendo ser considerada pelo juiz no momento da prolação da sentença. A decisão que se der depois da juntada será nula); inobservância das regras sobre a produção da prova documental. Nesta a consequência varia conforme a natureza do vício, sujeitando-se à disciplina geral das nulidades no campo probatório e havendo reprodução dos atos quando necessário.<sup>151</sup>

Não parece adequada a ideia de que a prova ilegítimamente produzida possa ser aproveitada como mero indício,<sup>152</sup> pois estar-se-ia acolhendo no julgamento da causa a utilização de provas obtidas em desobediência aos princípios constitucionais e legais.

Por outro lado, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais e legais, a parte tem o direito ao empréstimo da prova, não acarretando, por óbvio, que a mesma tenha, necessariamente, o mesmo valor e essência do processo originário, cabendo ao julgador, concreta e motivadamente, apreciá-la.

Finalmente, resta saber se algum caso em que mesmo não completos os pressupostos, ainda assim seria cabível a prova emprestada.

150. Idem, *ibidem*.

151. Idem, p. 106.

152. "Ausentes os requisitos constitucionais para sua admissão, não é concebível nem mesmo sua permanência nos autos do segundo processo. Não parece acertada a afirmativa de que, em tais situações, poderia ser aproveitada como 'simples indício' ou 'argumento de prova'" (Idem, p. 111).

Oponto-se a essa ideia, admittem o empréstimo de prova ofensivo a garantias processuais: LESSONA, Carlo. *Teoría general de la prueba en derecho civil* cit., p. 15, 31-33; EGHANDIA, op. cit., p. 374; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judicial no civil e comercial* cit., 5. ed. atual., 1983, p. 354.

Segundo o já exposto, uma típica situação de que mesmo sem estarem presentes os requisitos essenciais para admissão e eficácia da prova trasladada, ainda assim a mesma é legítima ocorre quando o direito à prova for fundamento da prova emprestada.

Como outras circunstâncias similares à descrita poderão surgir, não se descarta, em termos absolutos, a admissão da prova emprestada que infrinja tais condições, mas não se pode perder de vista que estas situações são exceções, guardado particularidades bastante específicas, para que sejam aplicadas ao caso concreto.

#### 4. TEMÁTICAS RELACIONADAS À EFICÁCIA DA PROVA EMPRESTADA

Tendo sido a teoria geral da prova e a prova emprestada, com a análise de seus requisitos essenciais, suficientemente delineadas para fins deste estudo, passa-se a perquirir questões mais específicas acerca da prova trasladada.

##### 4.1 Prova emprestada analisada relativamente às pessoas dos litigantes da nova causa

Considerando-se a pessoas dos litigantes no processo para o qual a prova é trasladada, para fixarem-se as respectivas regras quanto à eficácia da prova emprestada será de distinguir-se conforme tenha, no processo anterior, sido produzida: entre as mesmas partes, entre uma das partes daquele e terceiro e entre terceiros.

Quando a prova, no processo anterior, haja sido produzida entre as mesmas partes que se controvertem no processo para o qual é transportada, guarda ela, em princípio, a sua eficácia inicial.

Neste sentido:

"A prova, produzida em processo civil ou comercial, conserva a sua eficácia em outro processo que em seguida seja instaurado entre as mesmas partes. Essa prova, com efeito, não pode dizer-se uma *res inter ditos acta*, desde o momento em que foi produzida no contraditório das mesmas partes; donde, sendo levada a um processo posterior, se torna um documento adquirido para a causa e atendível." <sup>153</sup>

153. Ricci apud AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judicial no civil e comercial* cit., 5. ed. atual., 1983, p. 359.

Entretanto tão somente o fato de ter sido produzida em processo anterior, entre as mesmas partes, não faz com que a prova deva ter igual eficácia na demanda subsequente, carecendo observar se foi produzida com as cautelas legais necessárias,<sup>154</sup> de acordo com as regras disciplinadas pelo Código de Processo Civil brasileiro e princípios constitucionais assegurados na Constituição Federal de 1988, sobretudo ao princípio do contraditório.

Dessa forma, doutrina<sup>155</sup> e jurisprudência<sup>156</sup> concordam que a prova emprestada conserva sua eficácia inicial desde que preencha os

154. Idem, *ibidem*.

155. ANDRADE, op. cit., p. 45; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno, op. cit., p. 52; AMARAL SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judicial no cível e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 359.

156. Nesse sentido, colacionam-se as seguintes decisões: “Processual civil. Prova emprestada. Laudo pericial elaborado em processo anterior, do qual não participou uma das partes. Utilização em outro processo. Inviabilidade. Não possui integral eficácia probatória prova trasladada de um processo para outro quando não diz respeito às mesmas partes, deste modo ferindo o princípio do contraditório, nem pertine ao mesmo fato probando (assim considerado o estado do imóvel, com suas peculiaridades)” (Brasil, TJRS, ApCiv 70007069453, j. 08.09.2003, rel. Des. Jorge Luis Dall’Agnol. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br]. Acesso em: 20.06.2008).

“Prova emprestada – Inadmissibilidade – A validade e eficácia da prova emprestada limita-se às pessoas dos litigantes – Inviabilidade de prova emprestada de processo realizado entre apenas uma das partes e terceiro – Recurso provido” (Brasil, TJSP, AgIn 5626054500, Partners Bank Fomento Mercantil, Planinvest Fomento Mercantil Ltda e Partners Bank Consult e Representações Ltda e Maria Amália Costa Cimini. rel. Des. Luiz Antônio de Godoy. 20.05.2008. Disponível em: [www.tj.sp.gov.br]. Acesso em: 20.06.2008).

“(…) prova emprestada, produzida em processo judicial, anterior entre os mesmos litigantes, conserva o seu valor probante originário, merecendo inteira credibilidade na espécie, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência. E isso porque versa os mesmos fatos ora discutidos, constituindo, assim, adminículo valioso da prova que se colheu nestes autos, com a qual se harmoniza perfeitamente. Nesse sentido são os julgados deste Tribunal (RT, 107:323; 106:209; 87:595)” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judicial no cível e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 360).

seguintes requisitos: tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes; tenham sido, na produção da prova, no processo anterior, observadas as formalidades estabelecidas em lei e o fato probando seja idêntico.<sup>157</sup>

No que tange à prova emprestada produzida em processo em que uma das partes litigou com terceiro, há que se considerar duas hipóteses, quais sejam: a prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior e a prova é trasladada por quem não foi parte no processo anterior.

No primeiro caso, não terá a prova trasladada eficácia em relação à parte contrária, justamente porque não participou de sua produção. Já na segunda situação Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira, Paula Sarno Braga e Rita Mascaro Ippolito Andrade entendem que a prova emprestada conserva sua eficácia inicial,<sup>158</sup> destacando esta última, que o será “principalmente quando a prova for reconhecida na sentença do processo anterior, salvo as restrições peculiares de cada caso”.<sup>159</sup>

Inobstante posicionamento dos autores mencionados,<sup>160</sup> ratifica-se que a prova emprestada tem como requisito essencial a identidade das partes, o que não possibilita que, na hipótese citada, seja mantida a eficácia do processo originário, conforme já demonstrado oportunamente.

Conseqüentemente, não pode ser aceita a prova emprestada produzida entre terceiros. No capítulo referente à prova emprestada, em especial nos requisitos essenciais da mesma abordou-se essa questão, onde foram explanadas posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais tanto no sentido de exigência das mesmas partes, quando no sentido de desnecessidade da identidade de partes, filiando-se à primeira.

Dispensável, portanto, averiguar o tema novamente, apenas reiterando-se que o valor inicial da prova emprestada somente pode ser

157. Em que pese entendimento da doutrina majoritária, realinha-se posicionamento no sentido de que a identidade do fato probando não é requisito específico da prova emprestada, senão o pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para a admissão de qualquer meio de prova.

158. DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno, op. cit., p. 52.

159. ANDRADE, op. cit., p. 46.

160. Idem, p. 34-35.

mantido quando ela for produzida, perante as mesmas partes, com as mesmas garantias de contraditório, conferindo à prova formada em demanda de que apenas uma das partes haja participado ou entre terceiros valor relativo, isto é, simples adinículo de prova.

#### 4.2 Prova produzida em juízo incompetente

Em relação à eficácia da prova emprestada produzida perante juízo incompetente, duas hipóteses deverão ser analisadas, a saber: utilização da prova na renovação da mesma causa e sua utilização em outro processo no qual se discuta relação jurídica diferente.<sup>161</sup>

A primeira situação é resolvida através do art. 113, § 2.º, do CPC, ao instituir que “declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”.<sup>162</sup> Como são nulos somente os atos decisórios, não os probatórios, nada impede o aproveitamento da prova produzida com a sua eficácia inicial na renovação da mesma causa.

Neste sentido:

“Processo civil — Prova emprestada colhida em juízo incompetente — Eficácia — Direito civil — Pagamento — Validade. Desde as Ordenações até hoje, vinga o entendimento de que declarada a incompetência do juízo, somente os atos decisórios serão nulos, não assim os demais atos judiciais, entre estes os probatórios (art. 113, § 2.º, do CPC).

É válida e eficaz a prova emprestada colhida em juízo incompetente quando cuida do mesmo fato probando, sua produção obedeceu às formalidades legais, especialmente ao contraditório, e em processo onde figuravam as mesmas partes.

Só vale o pagamento, liberando o devedor, quando efetuado ao credor ou seu representante (art. 934 do CC/2002). Apelação desacohida.”<sup>163</sup>

161. AMERICANO, op. cit., p. 311 e ss.; ANDRADE, op. cit., p. 46; ROHNELT, op. cit., p. 40; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial* cit., 5. ed. atual., 1983, p. 362.

162. Em sentido similar, dispõe o art. 567 do CPP, que dispõe: “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”.

No segundo caso, quando se tratar de utilização da prova em outro processo, em que se discuta outra relação de Direito, ou, melhor, que não seja o em que se renova o feito não há que falar-se em prova produzida perante juiz incompetente, mas sim em prova nula.<sup>164</sup>

Isso porque, conforme assevera Jorge Americano, o princípio de que a nulidade afeta somente ao conseqüente não é verdadeiro em matéria de competência. Na realidade, a competência é pressuposta e a sua falta vicia fundamentalmente tudo quanto se fez sob o pressuposto inexistente.<sup>165</sup>

De maneira breve: a prova produzida em juízo incompetente é válida e permanece com a sua eficácia inicial, quando se tratar de renovação da mesma causa, forte no art. 113, § 2.º, do CPC; é sem valor, ainda que entre as mesmas partes, para o fim de ser aproveitada em outro processo, em que se discuta outra relação de direito, e, obviamente e com maior razão, também o é para processo debatido entre terceiros, gerando a total ineficácia da prova, uma vez que esta é nula, produzida por juiz inidôneo, visto que incompetente.

Jorge Americano destaca, ainda, outras duas situações relativas à competência do juízo onde se produziu a prova: trasladação da prova produzida no juízo, para outro processo produzido perante o mesmo juízo e trasladação da prova produzida em processo perante juízo competente, para processo diverso perante outro juízo.<sup>166</sup>

Nesta, se a prova só podia ser produzida originariamente perante determinado juízo tem todo valor na sua trasladação a outros juízos, aplicando-se as regras da competência *ratione materiae*. Entretanto, abstraindo-se, desta hipótese que se funda na competência, é de valor reduzido a prova produzida de um juízo para outro, valor tanto mais reduzido, quanto maior fosse a facilidade de se repetir.<sup>167</sup>

163. Brasil, TJRS, ApCiv 599464807, j. 06.04.2000, rel. Des. Genaro José Baroni Borges. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br]. Acesso em: 20.06.2008.

164. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial* cit., 5. ed. atual., 1983, p. 362.

165. AMERICANO, op. cit., p. 313.

166. Idem, p. 311.

167. Idem, p. 312.

Naquele caso, há que ser considerada a eficácia da prova sob o ponto de vista da conexão dos processos. Sendo a conexão fundamental para a causa, em se tratando das mesmas partes, a sua falta anula o feito. *A contrario sensu*, não sendo primordial a conexão e, não havendo nulidade, a identidade das partes impõe o aproveitamento.

Assim, guardada as restrições de nulidade, a prova emprestada tem a máxima eficácia. Ocorrendo a não conexão dos processos, a prova vale formalmente entre as mesmas partes, mas substancialmente só vale na proporção do que tiver de essencialmente comum em ambas as demandas.<sup>168</sup>

#### 4.3 Prova produzida em processo anulado

Primeiramente, cumpre destacar que de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Civil, se a prova foi produzida em processo declarado nulo, a sua eficácia, em outro processo, estará condicionada aos princípios informativos da teoria das nulidades dos atos processuais.

Nesta seara deve-se lembrar que os efeitos da nulidade vão além dos atos nulos e pelo fato destes estarem atrelados uns aos outros, a nulidade do ato atinge os que lhe forem posteriores e dele dependam ou sejam consequências, mas não afetam os anteriores. Pois, assim disciplina o art. 248 do CPC brasileiro: "Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que deles dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que delas sejam independentes".

Moacyr Amaral Santos adverte que "o processo pode ser anulado por falta de observância de formalidades, insanáveis ou insanadas, como também por desrespeito às regras relativas à admissão e produção das provas".<sup>169</sup>

Carlo Lessona também faz essa ressalva e complementa referindo se há eficácia neste casos:

"Se a anulação do processo decorre da falta de seus requisitos essenciais, ou porque, precisamente, na admissão ou produção das

168. *Idem*, *ibidem*.

169. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 363.

provas a lei foi violada, então a prova nele colhida perde toda a eficácia, enquanto que a conserva se a anulação decorre de outros motivos." <sup>170</sup>

Tendo em vista que o processo pode ser anulado por vícios anteriores à produção da prova, e, assim sendo, os atos posteriores, inclusive a produção de provas, seriam nulos, mais viável se apresenta a solução de Lodovico Mortara, para o qual não se deve excluir a eficácia inicial da prova o fato da anulação da sentença, mas se a anulação da mesma e dos atos processuais, "advinda por motivos que se refletem à admissão ou formação da prova, lhe tolhe o valor no processo em que foi colhida, com maior força de razão se torna ineficaz em outro processo".<sup>171</sup>

Considerados esses princípios, deve-se verificar também se o processo foi anulado por vício de atos anteriores à prova, por vício da própria prova ou por vício posterior à prova.

Na primeira situação, conforme referido anteriormente, a anulação do processo, desde o ato nulo, implica a nulidade dos atos subsequentes, sendo, por conseguinte, nula a prova,<sup>172</sup> inclusive os atos probatórios, por encontrarem vício na sua formação. "A nulidade da citação contaminava todo o processo, sem que nada se salve, nem mesmo as provas."<sup>173</sup> Dessa forma, não valerão para fins de empréstimo em outro processo.

Outrossim, quando o vício se referir a própria prova, mais razão ainda para que a prova não tenha eficácia alguma. Todavia, se a nulidade aconteceu depois da admissão e produção da prova, mantém-se íntegra a eficácia inicial, uma vez que não foi afetada de nenhuma maneira.<sup>174</sup>

Outro não é o sentido dos acordãos que seguem:

170. LESSONA, Carlo. *Teoria general de la prueba en derecho civil cit.*

171. MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile - La conciliazione - il compromesso, il procedimento di dichiarazione in prima istanza*. Milano: Francesco Vallardi, 1910. vol. 3, p. 554.

172. ANDRADE, op. cit., p. 47; ROHNETT, op. cit., p. 41; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 363.

173. ROHNETT, op. cit., p. 41.

174. ANDRADE, op. cit., p. 47; ROHNETT, op. cit., p. 41; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 363.

“A prova, colhida numa mesma causa anulada, pode ser aproveitada em outra, entre as mesmas partes e sobre a mesma relação de direito. Idôneo o juiz e tomada a prova com todas as garantias processuais, vale como depoimento prestado mediante precatória, desde que a nulidade não ocorra por motivos que interessam a sua produção.”<sup>175</sup>

“STJ. Prova. Sentença anulada por motivo não ligado à prova. Possibilidade de aproveitamento da prova produzida, desde que ratificada. Princípio da economia processual. Sendo o processo anulado por motivo não referente à prova, esta pode ser utilizada, no mesmo feito, desde que ratificada, em respeito ao princípio da economia processual (...).”<sup>176</sup>

Insta frisar, ainda, que nas hipóteses em que instrução e julgamento se processam na mesma audiência, caso seja anulado o processo, por inobservância a formalidades essenciais a esta, a prova ali produzida é considerada nula, visto que há dependência essencial entre as provas e a audiência, anulado apenas o julgamento, considera-se válida a instrução, e, pois, a prova produzida, mesmo em audiência, perdura com a eficácia que lhe for própria.<sup>177</sup>

Pode-se dizer, de forma sumária, que quando as provas não tiverem sido afetadas de nulidade por motivos que digam respeito à sua admissão ou formação, ou por consequência de anulação do processo por vício de ato anterior à sua produção, conservam seu valor inicial, podendo, consequentemente, ser trasladadas em demanda subsequente.

#### 4.4 Prova produzida em processo perempto

Dentre as possíveis preliminares que podem ser arguidas no sistema processual civil encontra-se a perempção, disposta no art. 268, parágrafo único, do CPC.

175. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 363.

176. Legjur. Disponível em: [www.legjur.com]. Acesso em: 16.06.2008.

177. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 363.

Para compreensão deste instituto de defesa, cabe destacar, primeiramente, que uma das causas de extinção do processo sem resolução do mérito consiste na inércia do autor quanto a promoção dos atos processuais, por mais de 30 dias, forte no art. 267, III, do CPC, *in verbis*: “Extingue-se o processo sem resolução de mérito: (...) III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias”.

A perempção ocorre justamente quando o autor, por três vezes, for o responsável pela extinção do processo pelo fundamento supra-mencionado. Assim regula o art. 268, parágrafo único do CPC:

“Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no n. III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.”

Cumprе salientar que a perempção “não envolve nulidade da ação; muito menos, pois, dos atos probatórios”.<sup>178</sup> Representa tão somente uma sanção para a inércia do autor, perdendo este o direito de acionar o réu com o mesmo objeto da ação ou ações anteriores,<sup>179</sup> e “que encontra apoio no próprio interesse social, que não quer que as demandas se prolonguem indefinidamente ou se repitam amígdе, com graves riscos até mesmo para a ordem social”.<sup>180</sup>

Como a perempção impede o autor de renovar a ação, consequentemente, também não poderá utilizar a prova nela produzida. “Contudo nada veda que tanto ele como o réu a ofereçam em ação diversa, sobre objeto diferente, mas na qual a prova já feita na instância perempta se preste para a demonstração do mesmo fato visado naquela”. Da mesma forma, se quem tenha sido réu na instância perempta vier ligar com o autor sobre o mesmo objeto, nada impede, a qualquer das partes, aproveitar-se das provas ali colhidas.<sup>181</sup>

178. Idem, p. 365.

179. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. rev. e atual. por Aricé Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 103 e 106; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil. Processo de conhecimento*, 1.ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. vol. 2, p. 144.

180. CARVALHO SANTOS, J. M. *Código de Processo Civil interpretado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. vol. 3, p. 115.

Disso tudo se conclui que as provas produzidas em processo perante, caso emprestadas a outra demanda entre as mesmas partes, carregam consigo a eficácia inicial que lhes for própria.

#### 4.5 Prova produzida no estrangeiro

No que tange à prova produzida em processo debatido no estrangeiro, Moacyr Amaral Santos entende que deve ser reconhecida a eficácia da mesma, quando de fato que poderia ser provado por meio probatório admitido pelo direito brasileiro e desde que cercada das garantias legais impostas pelo mesmo, principalmente em razão de ser aceito, pelo sistema pátrio, a produção de provas mediante carta rogatória (arts. 201, 202, 210, 231, § 1.º, 338, 376, 410, II, 428 e 658 do CPC).<sup>182</sup>

O autor adverte que esta solução somente será válida no que diz respeito à prova que tenha por objeto ato ou fato passado no Brasil, pois a que vise ato ou fato passado em outro país regular-se-á pela lei onde o mesmo ocorreu, conforme preceitua o art. 13 da LICC: "A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça".<sup>183</sup>

Converge no mesmo sentido a posição de Lodovico Mortara, para quem a prova produzida em processo estrangeiro entre as mesmas partes, desde que observadas as necessárias garantias processuais e a legalidade da forma, e não resulte de meio de prova excluído por disposições limitativas ou proibitivas de legislação brasileira, poderá ser trasladada, com o seu valor inicial, a processo posterior intentado neste país.<sup>184, 185</sup>

181. ECHANDIA, op. cit., n. 112.

182. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial* cit., 5. ed. atual., 1983, p. 367.

183. Idem, p. 368.

184. MORTARA, op. cit., p. 553-554.

185. No mesmo sentido, admitindo a prova emprestada em processo produzido no estrangeiro: ECHANDIA, op. cit., p. 376-377 e DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil* cit., 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002, 2004, p. 98-99.

Por outro lado, Carlo Lessona afirma: "salvo ao juiz a faculdade de induzir presunções das provas colhidas em processo decorrido em juízo estrangeiro, tais provas não conservam o seu valor inicial".<sup>186</sup>

Igualmente, posiciona-se Antônio Carlos Marcato ao afirmar que:

"A prova emprestada só tem valor probante no Brasil quando satisfizer os seguintes requisitos:

a) que tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes, face à necessidade de observância estrita da garantia constitucional do contraditório, não sendo admissível que a parte suposte os efeitos de provas produzidas sem a sua direta participação;

b) que tenha sido atendida, em relação às *provas de natureza oral*, a garantia constitucional do juiz natural da causa, observados, ademais, quanto à sua produção e posterior valoração, os princípios da oralidade e da imediatidade na coleta das provas.

Considerando a óbvia impossibilidade de atendimento dessas últimas exigências no processo estrangeiro em que a prova oral foi produzida, ela se revela inútil para o processo em que foi transportada.

Já as provas periciais poderão ser utilizadas no processo brasileiro, desde que satisfeita a primeira das exigências indicadas; mas a sua validade e eficácia poderão ser objeto de debate, à luz do contraditório, perante o juiz natural da causa, que lhes atribuirá, então, o valor que repute merecido."<sup>187</sup>

O segundo posicionamento, para o qual a prova produzida no estrangeiro não pode ser objeto de empréstimo, parece ser o mais acertado. Não se pode perder de vista que a característica fundamental da prova emprestada é a potencialidade de conservar seu valor e eficácia de origem, segundo demonstrado anteriormente. Como não se tem controle efetivo da produção probatória no exterior seria temerário aceitá-la como prova emprestada.

Ademais, tem-se como inviável, em regra, a admissão da prova produzida no exterior, pois realizadas por órgãos que não possuem

186. LESSONA, Carlo. *Teoría general de la prueba en derecho civil* cit., n. 22.

187. MARCATO, Antônio Carlos. Aspectos transnacionais do Direito Processual. *Jus Navigandi* 57, ano 6. Teresina, jul. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/>. Acesso em: 16.06.2008.

jurisdição brasileira (tanto que suas sentenças devem ser objeto de homologação pelo STJ).

Por óbvio que isso não pode ser adotado de forma extremada, sendo que comporta uma exceção, quando impossível a realização da prova no Brasil, face ao acesso à Justiça, ao direito constitucional de ação, bem como ao direito fundamental à prova.

#### 4.6 Prova produzida em processo administrativo

Do mesmo modo, há divergência doutrinária no que tange à admissibilidade e valor da prova transportada de processo administrativo.

Hernando Devis Echandia assevera que a prova, desde que seja pública e controvertida pela parte contra quem se propõe, no novo processo, não suscita problema quanto à sua admissibilidade, independentemente de sua origem, excepcionando-se o caso das provas obtidas na fase inquisitória penal.<sup>188</sup>

Já Moacyr Amaral Santos enfatiza que a produção probatória no processo administrativo não se reveste, comumente, das mesmas formalidades indispensáveis à sua validade no feito judiciário. No âmbito administrativo é a própria Administração que dirige o processo, decide sobre a produção de provas e julga e sempre é, no mínimo, interessada no processo. Assim, não existe a figura equidistante entre as partes, representada na pessoa do magistrado, incumbido pelo Estado da aplicação do direito e da distribuição da justiça, bem como, na maioria das vezes, os princípios que asseguram a idoneidade da prova judiciária não encontram guarida na esfera administrativa. Por estas razões, entende que não se deve conferir à prova trasladada de processo administrativo o valor inicial, a eficácia nele reconhecida.<sup>189</sup>

Nesta seara Lodovico Mortara traz a solução da questão:

“Não que eu negue todo o efeito às provas produzidas em tais processos, mas creio que devem ser tidas em conta de simples elementos de convicção, aos quais o magistrado poderá, assim, com prudente

exame das circunstâncias, negar valor probante, a menos que as partes concordassem em admiti-lo.”<sup>190</sup>

A jurisprudência também se manifesta no sentido de negar eficácia à prova realizada em processo administrativo e trasladada para o cível:

“Apelação. Indenização. Acidente naval ocorrido com a queda de passageiro. Transporte gratuito. Sentença julga antecipadamente a lide tomando por base julgamento administrativo do Tribunal Marítimo. Recurso do autor. Provimento. A prova emprestada só se presta na busca da verdade real quando obtida licitamente e sob o crivo do contraditório, sob pena de apresentar-se meio inidôneo a servir de suporte para decisão final. Inteligência do art. 322 do CPC. No caso, o julgado do Tribunal Marítimo, que é órgão administrativo, não se presta para aferir a existência de culpa ou dolo do condutor de veículo náutico. Tendo a parte autora requerido a prova testemunhal claramente e inexistindo prova técnica idônea, leva à sentença vício insanável de ausência de fundamentação. Precedentes jurisprudenciais. Acolhimento da preliminar. Sentença anulada.”<sup>191</sup>

Entretanto, em determinados casos o juiz, após prudente exame das peculiaridades, poderá considerar admissível tal espécie de prova, conforme demonstrado no seguinte julgado:

“Administrativo. Desapropriação por utilidade pública. Indenização. Terra nua. Benfeitorias. Utilização de prova emprestada. Laudo pericial. Possibilidade. Juros compensatórios. Juros moratórios.

1. Existindo nos autos elementos de convicção suficientes para o deslinde da questão, mormente a utilização de laudo pericial elaborado em outro processo relativo a imóvel com as mesmas características geológicas e mercadológicas, possível a utilização de prova emprestada para análise do justo preço do imóvel.

2. Laudo administrativo que se adota para os expropriados/possesores em face da inexistência de contestação, inexistindo controvérsia em torno do preço ofertado.

188. ECHANDIA, op. cit., p. 373.

189. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 368.

190. MORTARA, op. cit., p. 553.

191. Brasil, TJRJ, ApCiv 2005.001.49533, j. 09.08.2006, rel. Des. Azevedo Pinto. Disponível em: [www.fj.rj.gov.br]. Acesso em: 22.06.2008.

3. A simples propositura da ação impede a decretação de caducidade do decreto expropriatório, independente de citação do expropriado.

4. Só será exigido o depósito prévio, quando houver a imissão provisória na posse pelo expropriante.”<sup>192</sup>

Realmente este parece ser o entendimento mais viável, para o qual a eficácia da prova produzida em processo administrativo e conduzida a processo civil, deva representar mero elemento de convicção do magistrado, que, primeiramente, deverá apreciá-la, com criterioso exame das circunstâncias, para depois valorá-la conforme a natureza da causa, o interesse das partes e as condições em que foi produzida, podendo a sua eficácia ser nenhuma ou equivar a mero adinículo de prova, ou até mesmo, em determinadas situações, corresponder a prova suficiente para embasar uma sentença.

#### 4.7 Prova produzida no processo penal

Outro aspecto interessante é o relativo à eficácia da prova produzida no juízo criminal e transportada ao processo civil. Ambos os processos não divergem quanto a seus fins, visando à atuação do Direito, bem como tendo em vista o interesse público.

Mesmo partindo-se do pressuposto de que a teoria da prova é a mesma, tanto no juízo civil como no penal, há os que, como Nicola Framarino del Malatesta, encontram diferenças nos processos probatórios, ao referir que no civil, em regra, se trata de direitos alienáveis, enquanto que no penal, tratam-se de direitos inalienáveis.<sup>193</sup>

Inobstante, podem ser de naturezas diferentes as relações jurídicas discutidas, não há dúvidas que os fatos dos quais se origina o Direito, tanto no âmbito civil quanto no penal, devem ser demonstrados mediante meios probatórios que têm a mesma estrutura e a mesma função.<sup>194</sup> Assim, nem mesmo a diversidade das naturezas retira da prova as características que a constituem, que a impeçam, tanto no

192. Brasil, TRF-1.ª Reg., ApCiv 2001.01.00.027515-6/MA, j. 24.10.2005, rel. Des. Federal Tourinho Neto. Disponível em: [www.trf1.gov.br]. Acesso em: 22.06.2008.

193. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 3. ed. Trad. Paolo Capiano. Campinas: Bookseller, 2004, p. 109.

criminal como no civil, de ser compreendida como “a soma dos meios produtores da certeza”,<sup>195</sup> isto é, “a apuração, no processo, dos fatos produtores da convicção”.<sup>196</sup>

Acerta a estrutura, a prova é idêntica no civil e no criminal, tanto que prova direta, indireta, literal, oral, testemunhal, documentos e indícios são a mesma coisa em ambos os processos.<sup>197</sup> Destaca-se, porém, como o fez Francesco Carnelutti, que no feito civil predomina o uso da prova documental; e no penal, a utilização da prova testemunhal, ao afirmar: “Se uma anttese se quisesse estabelecer no campo das provas, entre os dois tipos de processo, seria para se definir um como o reino do documento, outro como o reino da testemunha”. Mas isso não significa que o documento, no processo criminal, não seja a mesma coisa que no processo civil.<sup>198</sup>

Outrossim, idêntica também é a função da prova, em ambas as demandas,<sup>199</sup> donde conclui-se que o conceito da prova é um só: a teoria da prova é a mesma, tanto no civil como no criminal.<sup>200</sup>

Realizadas tais considerações, pode-se dizer que desde que observados os princípios basilares para a admissão e produção de qualquer prova, ou seja, publicidade na realização da mesma e faculdade do

194. CARNELUTTI, Francesco. *Prove civile e prove penale. Rivista di Diritto Processuale Civile* 2-1/6. Padova: Cedam, 1925.

195. MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 122.

196. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 12.

197. *Idem*, p. 371.

198. CARNELUTTI, op. cit., p. 6.

199. “As provas são as mesmas, no crime e no civil, e a sua função também é idêntica, pois visam convencer o juiz” (REZENDE FILHO, op. cit., p. 223).

Do mesmo modo: “Na sua estrutura e na sua função, a prova criminal é idêntica à do processo civil. A verdade que ali a prova produz, relativamente a um fato, é a mesma que produzida no processo civil. Por outro lado, num e noutro processo, rege-se a produção da prova pelos mesmos princípios. De tal modo, tudo que se disse quanto à eficácia da prova emprestada de um processo civil tem inteira aplicação à emprestada de um processo criminal” (ANDRADE, op. cit., p. 47).

200. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial cit.*, 5. ed. atual., 1983, p. 371.

contraditório, que correspondem às garantias de veracidade, em regra, a prova produzida no processo penal e trasladada para o cível, não perde o seu valor original.

Requisito essencial para admissibilidade de tal empréstimo é que a prova tenha sido produzida entre as mesmas partes,<sup>201</sup> o que, aliás, é condição de toda e qualquer prova emprestada, como visto anteriormente.

Neste diapasão:

“Se a prova foi colhida sem a participação da parte contra quem deva operar, mínimo ou quase nenhum tem de ser o seu valor. O juiz, se possível, deve mandar repeti-la para que assim obedecam aos postulados e garantias do contraditório.”<sup>202</sup>

Dessa maneira também é o entendimento de alguns Tribunais brasileiros, evidenciado nos seguintes julgados:

“(…) Cercamento de defesa – Inocorrência – A prova emprestada do processo criminal, em que foram partes os mesmos réus e o Ministério Público, respeitou o contraditório – desnecessidade de repeti-las neste processo, por serem desnecessárias e contrárias ao princípio da celeridade processual.”<sup>203</sup>

“Recurso especial. Inadmissibilidade para reavaliação de provas. Prova emprestada. Possibilidade de que sejam consideradas as produzidas no processo criminal, relativo ao mesmo fato, pois perfeitamente resguardado o contraditório. Aleijão ou deformidade. Indenização. A

201. “Os autores, em geral, admitem o transporte das provas de um processo criminal para um processo civil, contanto que haja identidade de partes e observância das formalidades legais” (REZENDE FILHO, op. cit., p. 223).
202. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 305.

Também posicionando-se no mesmo sentido: LESSONA, Carlo. *Teoria geral de la prueba em derecho civil* cit., n. 26-28; GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1935. vol. 2, p. 91; REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. anotada, corrigida e atual, por Benvenuto Aires. São Paulo: Saraiva, 1968. vol. 2, p. 216 e 218; COVURE, op. cit., p. 177; ECHANDÍA, op. cit., n. 111.

203. Brasil, TJSJ, ApCiv 5843765300, j. 05.11.2007, rel. Des. Pires de Araújo. Disponível em: [www.tj.sp.gov.br]. Acesso em: 22.06.2008.

regra contida no § 1.º do art. 1.538 do CC/1916 não abrange todas as parcelas previstas no *caput*, mas apenas a multa criminal acaso devida.”<sup>204</sup>

“Posse e propriedade de bens móveis. Contrafação de produtos. Violação de marca registrada.

1. Prova Emprestada. Desnecessidade do laudo pericial. A prova questionada pela recorrente foi produzida em processo criminal em que estavam presentes as mesmas partes, sendo que no âmbito civil ainda foi ensejada às rés a contradita de tais elementos. Não o fazendo, têm-se como hígidos os laudos trazidos do juízo criminal.”<sup>205</sup>

Maior razão para que seja mantida a eficácia original quando se tratar de hipótese em que a prova só pode ser produzida, originalmente, no juízo penal, aplicando-se, assim, o disposto no art. 935 do CC/2002,<sup>206</sup> que consigna, justamente, um dos casos típicos de admissibilidade no cível de prova produzida no juízo criminal.<sup>207</sup>

Outra modalidade frequente de prova emprestada que se trasladada de um processo para outro, com o mesmo valor inicial, é a prova produzida em processos acumulados, seja por conexão, dependência ou acessoriedade; ou a prova produzida por um litisconsorte, em processo cumulado, cujo valor probatório deve ser considerado o mesmo perante os demais litisconsortes em razão do princípio da unidade de convencimento judicial.<sup>208</sup>

Hernando Devis Echandiá enfatiza, ainda, que não importa para a admissibilidade da prova emprestada, se o processo penal tenha terminado por indulto, anistia, prescrição, morte do réu ou sentença absolutória ou condenatória, desde que a prova tenha sido pública e respeitado o princípio do contraditório.<sup>209</sup>

204. Brasil, STJ, RESP 135777/GO, j. 21.10.1997, rel. Min. Eduardo Ribeiro. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 22.06.2008.
205. Brasil, TJSJ, ApCiv 70006094056, j. 29.06.2004, rel. Des. Roberto Carvalho Fraga. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br]. Acesso em: 22.06.2008.
206. AMERICANO, op. cit., p. 312.
207. GUSMÃO, op. cit., p. 92.
208. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, op. cit., p. 342.
209. ECHANDÍA, op. cit., p. 324.

Preconizando igual entendimento, Carlo Lessona esclarece a questão:

“Ao justificar a admissão de todas as provas do juízo penal, observamos que as provas servem ao mesmo tempo para ação penal e para a ação cível; nos casos de extinção da ação penal por prescrição ou anistia, elas permanecem ineficazes e como inexistentes relativamente à ação penal, mas efficacíssimas e subsistentes em relação à ação cível.

A parte cível adquire direito às provas colhidas na sua presença, em debate público, e, tendo essas provas sido colhidas por oficiais públicos e com as mesmas formas que vigoram no juízo cível, o ato pelo qual elas são colhidas é um verdadeiro ato público.

Do mesmo modo que a perempção extingue a ação e deixa intactas as provas, assim também a anistia e a prescrição extinguem a ação penal e a pena, deixando íntegras as provas, no interesse da parte cível, pois não lei não está escrita a máxima *acta facta in uno iudicio in alio fidei non faciunt*.”<sup>210</sup>

Por derradeiro, a prova produzida no juízo penal e trasladada para o cível mantém sua eficácia originária quando observados os requisitos averiguados. Caso as garantias do processo criminal sejam menores que a do juízo cível ou nas demais situações, a prova valerá apenas como presunção, tendo valor relativo.

##### 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As provas possuem extrema relevância, tanto para as partes quanto para o magistrado, que, em sua motivação, exara as respectivas decisões com base nas mesmas. Não há como julgar alguém num processo carecedor de elementos probatórios.

O juiz, entretanto, deve ter muita cautela ao admiti-la, analisando, também, a eficácia da prova posta em questão.

Nesse contexto, revela-se a pertinência do instituto da prova emprestada, objeto de divergência doutrinária.

Inobstante a tal fato, como restou claro ao longo do presente trabalho, a prova trasladada é admitida no direito brasileiro, como forma

210. LESSONA, Carlo. *Teoría general de la prueba en derecho civil* cit., n. 28.

de aplicação dos princípios da unidade da jurisdição e da economia processual, visando dar maior celeridade à prestação jurisdicional.

Aliado a isso tem-se o direito constitucional de ação, assegurando uma ordem jurídica justa, colocando-se à disposição dos jurisdicionados todos os meios destinados a viabilizar a satisfação do direito, bem como o direito fundamental à prova, representando a possibilidade de que se valham as partes de provar suas alegações por todos os mecanismos, desde que idôneos.

Nem mesmo a aparente resistência principiológica, ou seja, o desatendimento aos princípios da identidade principios da identidade física do juiz, da imediatidade, da concentração e da oralidade, é óbice para a admissão da prova emprestada, uma vez que não há princípio absoluto, cuja aplicabilidade não possa ser relativizada diante do caso concreto, tendo em vista a efetividade dos demais valores jurídicos existentes. Além do mais, conforme evidenciado anteriormente, a própria legislação processual autoriza exceções aos referidos princípios.

Entretanto, para que seja aceita a prova trasladada de outros autos, há que serem observados alguns requisitos.

O primeiro, quicá o mais importante, é o contraditório, assegurando às partes, como reflexo de um Estado Democrático de Direito, a possibilidade de participação efetiva em toda atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado.

Mais que o contraditório, é preciso que a prova seja produzida perante as mesmas partes para que seja mantido seu valor original, atribuindo à prova formada em processo de que apenas uma das partes haja participado valor relativo.

Além dessas condições de natureza constitucional, impõe-se, para o empréstimo de prova, que esta seja produzida perante órgão jurisdicional, sendo inadmissível as produzidas em processo administrativo, inclusive inquérito policial, em procedimento de jurisdição voluntária, em processo arbitral, assim como em processo disciplinar.

Questões processuais relativas às formalidades legais devem, também, se fazer presente. Assim, preconiza-se, sempre, a regularidade na obtenção da prova, que, caso esteja eivada por algum vício, não poderá ser apreciada.

Cumprir salientar que em situações excepcionais, como quando o direito à prova for o fundamento de utilização da prova emprestada, admite-se o não preenchimento de algum dos requisitos de validade e eficácia da mesma, tendo em vista os interesses em jogo sopesados, de modo a se verificar, através do princípio da proporcionalidade, quais entre eles são os mais urgentes e fundamentais.

Quanto as temáticas específicas acerca da eficácia da prova emprestada explanam-se as seguintes conclusões.

A prova produzida em juízo incompetente é válida, conservando sua eficácia inicial, quando versar sobre renovação da mesma causa, forte no art. 113, § 2.º, do CPC; é sem valor, mesmo que entre as mesmas partes, para o intuito de ser aproveitada em outro processo, em que se discuta outra relação de direito, e, logicamente, também o é para processo debatido entre terceiros, determinando a ineficácia da prova, uma vez que esta é nula, produzida por juiz indôneo, visto que incompetente.

Já as provas produzidas em processo nulo, mas que não tiverem sido afetadas pelo vício por motivos que digam respeito à sua admissão ou formação, ou por consequência de anulação do processo por vício de ato anterior à sua produção, conservam seu valor inicial, e, por conseguinte, podem ser objeto de empréstimo.

Podem ser trasladadas em demandas subsequentes entre as mesmas partes, mantendo sua eficácia inicial, as provas produzidas em processo perempto, justamente por não se tratar de nulidade da ação, nem mesmo dos atos probatórios, mas sim de mera sanção para a inércia do autor.

A princípio, a prova produzida no estrangeiro não pode ser objeto de empréstimo, por não haver controle efetivo da produção probatória no exterior, aliado ao fato de ser realizada por órgãos que não possuem jurisdição brasileira (tanto que suas sentenças devem ser objeto de homologação pelo STJ). Subsiste, no entanto, face ao acesso à Justiça, ao direito constitucional de ação e ao direito fundamental a prova, uma exceção: quando impossível a realização da prova no Brasil.

No que tange à eficácia da prova produzida em processo administrativo e conduzida a processo civil, deve servir como elemento de convicção do magistrado, que, primeiramente, deverá apreciá-la, com

prudente análise das circunstâncias, para depois valorá-la segundo a natureza da causa, o interesse das partes e as condições em que foi produzida, podendo a sua eficácia ser nenhuma ou corresponder a mero admissível de prova, ou até mesmo, em determinados casos, equivar a prova suficiente para embasar uma sentença.

Sendo a teoria geral da prova a mesma, tanto no juízo cível como no penal, devendo os fatos dos quais se origina o pretensão direito serem demonstrados mediante meios probatórios que têm a mesma estrutura e a mesma função, pode-se afirmar que, em regra, a prova produzida no processo penal e trasladada para o cível, mantém o seu valor originário, desde que respeitados os princípios fundamentais para a admissão e produção de qualquer prova, isto é, publicidade na realização da mesma e faculdade do contraditório. Caso as garantias do processo criminal sejam menores que a da esfera cível ou nas demais situações, a prova valerá apenas como presunção, tendo valor relativo.

Destarte, conquanto possível a utilização da prova emprestada, caberá ao julgador apreciá-la conforme o princípio do livre convencimento motivado, como, de resto, deve proceder em relação às demais provas.

#### 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1952. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. 4.
- \_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 2.
- \_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. rev. e atual. por Aricé Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1998.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil – arts. 1.º ao 290. 2. ed. atual*. São Paulo: Saraiva, 1958. vol. 1.
- ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. *Direito probatório civil brasileiro*. Pelotas: Educat – Ed. da Universidade Católica de Pelotas, 2006.

- ANTUNES, Carla Heidrich; BIANCHINI, Caroline Ribeiro; MAGALDI, Fernando. *Prova emprestada: algumas considerações*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 5/28-37, ano 1. Porto Alegre: Síntese, maio-jun. 2000.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil. Processo de conhecimento*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003. vol. 2.
- \_\_\_\_\_. *ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991. vol. 2.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. RF 261/13-19, ano 9. Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar. 1978.
- BENAIQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: Cruz e Tucci, José Roberto (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- BENTOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica*. São Paulo: Letras & Letras, 1995.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 2, t. 1.
- BURGARELLI, Achilides. *Tratado das provas civis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional a prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. São Paulo: Safe, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Prove civile e prove penale*. *Rivista di Diritto Processuale Civile* 2-1/3-26. Padova: Cedam, 1925.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código de Processo Civil interpretado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fretas Bastos, 1956. vol. 3.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Prova emprestada*. *Síntese Trabalhista* 88/127-128, ano 7, Porto Alegre: Síntese, out. 1996.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CIRIGLIANO, Raphael. *Prova civil: legislação, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1981.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Dr. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.
- CAETELA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DALL'AGNOI, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 2.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 22. ed. atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2007. vol. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 3.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. 3.
- 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, 1997. vol. 2.
- ECHANDIA, Hernando Devys. *Teoria general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: V. P. de Zavalia, 1981. vol. 1.
- FRAGA, Alfonso. *Instituições do processo civil do Brasil*. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva Sr Cia., 1940. t. II.
- GOMES, Luiz Flávio. Finalidade da interceptação telefônica e a questão da prova emprestada. *Repertório IOB de Jurisprudência* 4/76-74, cad. 3. São Paulo: IOB, 2.ª quinz. fev. 1997.
- \_\_\_\_\_. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfield Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). *Linhas mestras do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2004.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva: 1996. vol. 2.
- \_\_\_\_\_. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. Disponível em: [www.direitoprocessual.org.br]. Acesso em: 10.04.2008.

- \_\_\_\_\_. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- \_\_\_\_\_. Prova emprestada. *RBCrCrim* 4/60-69. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993.
- \_\_\_\_\_. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- \_\_\_\_\_. ; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e commercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1935. vol. 2.
- KEISEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Dr. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armento Amado, 1976.
- KODANI, Gisele. *Âmbito de aplicação da prova emprestada*. *RePro* 113/268-280, ano 29. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2004.
- Legjur. Disponível em: [www.legjur.com]. Acesso em: 16.06.2008.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. 3. ed. Florença: Cammelli, 1914. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 3. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Aspectos transnacionais do Direito Processual*. *Jus Navigandi* 57, ano 6. Teresina, jul. 2002. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br]. Acesso em: 16.06.2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. ; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- \_\_\_\_\_. ; \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Processo de conhecimento* — arts. 332 a 363. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5, t. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. 2.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1967. vol. 3.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. *Processo de conhecimento*, 1.ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. vol. 2.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*. (arts. 329 a 339). Rio de Janeiro: Aide, 1984. vol. 4, t. 1.
- MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsari, 1956.
- MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile — La conciliazione — il compromesso, il procedimento di dichiarazione in prima istanza*. Milano: Francesco Vallardi, 1910. vol. 3.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- \_\_\_\_\_. ; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PORTINOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. vol. 2.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. anotada, corrigida e atual. por Benvenuto Aires. São Paulo: Saraiva, 1968. vol. 2.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 2.
- ROHNER, Ladislau Fernando. *Prova emprestada*. *Ajuris* 17/37-46, ano 6. Porto Alegre: Ajuris, nov. 1979.
- SILVA, Eduardo Silva da. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Safe, 2002.
- 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.
- SORRINHO, Elício de Cresci. *O juiz e as máximas da experiência*. *RF* 296/430-436, ano 82. Rio de Janeiro: Forense, out.-dez. 1986.
- TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. *RePro* 91/92-114, ano 23. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1998.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 3, t. II.
- VEZZONI, Marina. *Prova emprestada*. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência* 70/19-25, ano 6. Ribeirão Preto: Nacional de Direito, out. 2005.

## II PARECERES

1

### Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso

NELSON NERY JUNIOR

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Doutor em Direito Processual Civil pela Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha). Professor Titular da PUC-SP, da Faculdade de Direito da Unesp. Advogado.

#### ÁREA DO DIREITO: Civil-Processo Civil; Constitucional

**RESUMO:** Trata-se de parecer emitido sobre a possibilidade de paciente adulto Testemunha de Jeová recusar tratamento médico por motivo religioso mediante consentimento informado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais – Liberdade religiosa – Repulsa – Transfusão de sangue – Testemunha de Jeová.

**RESUMEN:** Esta es la opinión sobre la posibilidad de un paciente adulto Testigo de Jehová rechazar un tratamiento médico por motivos religiosos mediante consentimiento informado.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos fundamentales – Libertad religiosa – Repulsa – Transfusión de sangre – Testigo de Jehová.

**SUMÁRIO:** 1. Consulta – 2. Estado Democrático de Direito: prevalência dos direitos fundamentais. Liberdade e autodeterminação do indivíduo como direitos fundamentais; 2.1 Liberdade religiosa e sua manifestação no Estado Democrático; 2.2 Direito à vida no contexto constitucional. Rejeição à transfusão de sangue. Conflito entre o bem jurídico vida e a liberdade religiosa; 2.3 Princípio da legalidade (art. 5.º, II, da CF/1988); 2.4 Recusa de tratamento que envolva transfusão sanguínea por convicções religiosas – 3. Objeção de consciência e consentimento informado; 3.1 Autonomia do paciente prevista no Código Civil, no Estatuto do Idoso e na Lei dos Transplantes; 3.2 O paciente como sujeito de direitos independentemente de seu estado clínico. A