

**A Prova Civil**  
Admissibilidade e relevância  
*Eduardo Cambi*

Prefácio  
MICHELE TARUFFO

© desta edição [2006]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

*Diretor responsável*  
CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

**0955**

Visite nosso site  
[www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR  
(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)  
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor  
[sac@rt.com.br](mailto:sac@rt.com.br)

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda  
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450  
CEP 01136-000 – São Paulo  
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil  
[03-2006]

Atualizado até  
[02-2006]

ISBN 85-203-2888-1

## Agradecimentos

O presente livro é resultado da conclusão do meu doutorado na Universidade Federal do Paraná.

A tese doutoral é um enorme desafio, que, para poder ser concretizada, exige grandes esforços.

Trata-se de uma caminhada muitas vezes solitária, mas que não pode determinar o isolamento do estudioso, porque, como nos ensina Francesco Carneletti, o saber é uma riqueza que foi feita para ser desfrutada com os outros.<sup>1</sup>

Um livro deve ser compreendido como um *diálogo* em que o leitor Enriquece, com a sua vida (isto é, com suas certezas, dúvidas, experiências etc.), o texto escrito, já que o *sentido* das palavras é produzido no sujeito que as *interpreta*.<sup>2</sup>

Assim sendo, a construção de um sistema jurídico mais eficiente e adequado às realidades de nosso país é de responsabilidade de todos, não apenas um privilégio dos legisladores e dos juizes.<sup>3</sup> Isso é possível na medida em que o *significado* das *normas* é resultado da interpretação, a qual não é uma atividade exclusiva de quem detém o poder estatal, porque toda exegese é capaz de integrar o *discurso jurídico*, embora seja o Estado-juíz quem detenha o monopólio da jurisdição.<sup>4</sup> Dessa maneira, o direito pode ser entendido como o exercício da autoridade, resultante, em Estados Democráticos, da conjugação participativa entre governantes (incluindo os juizes) e governados, bem como um mecanismo voltado à realização da justiça.

<sup>1</sup> La missione del giurista, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 343, 1959.

<sup>2</sup> Hans-George Gadamer, *Verdade e método*, Trad. de Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Vozes, 1997, p. 482 e s.

<sup>3</sup> "Parece llegado el tiempo de pensar el derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de verdad. De advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan en la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera, a 'aplicar el derecho'. (...) Sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene privilegio; sentido que circula en el espacio público de la comunicación y que nadie podría, sin violencia o ilusión pretender acaparar. (...) Una concepción del derecho que lo muestre como práctica social discursiva..." (Carlos María Cárrova, *Las cosas ya no son lo que eran antes*. Apuntes sobre la complejidad y la esperanza, *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, v. 6, p. 29-30).

<sup>4</sup> Com razão Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo explicam que "while judges have office and functions authorized by law, they have no special access to the law or to the sources of the law's deeper meaning" (*American civil procedure*. An introduction, New Haven: Yale University Press, 1993, p. 75). Cfr., também: Eros Roberto Grau, *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*, Trad. de Barbara Rosenberg, Barcelona: Bosch, 1998, p. 72-73 e 81-82.

haveria violação da garantia constitucional do contraditório e, mais especificamente, do próprio direito constitucional à prova.<sup>7</sup> Entretanto, não há violação ao contraditório quando um *terceiro*, que não participou do processo em que a prova foi produzida, possa, na qualidade de parte do segundo processo, pedir o empêtimo daquela prova, desde que a parte *contra quem* a prova emprestada seja usada tenha participado do primeiro processo (Vg, em acidente aéreo que deixou várias vítimas, uma vez produzida a perícia que aponta falhas da companhia aérea, esse mesmo laudo pode ser emprestado para todos os processos decorrentes de ações de reparação de danos, movidas, em face da empresa aérea, pelas famílias que perderam seus entes queridos). Pode-se, pois, afirmar que a prova emprestada não vale quando foi colhida *sem a participação da parte contra quem deve operar*, sob pena de gerar a nulidade da decisão por inobservância do contraditório, na formação da prova.<sup>8</sup> Contudo, não se exige que o contraditório seja sempre *efetivo*, salvo em processos civis cujo objeto envolva direitos indisponíveis, não inviabilizando, destarte, a possibilidade de emprestar a prova de processo em que a parte, embora

7 "Non si può, ad esempio, fare a meno di sottolineare che il 'diritto di difendersi provando' riceve un grave attentato quando il giudice rifiuti di dare ingresso all'istruttoria, pretendendo che il proprio convincimento sia irrevocabilmente formato sulla base di prove assunte in un diverso processo, magari senza la presenza di una delle parti" (Sergio Chiaroni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile cit.*, p. 826).

8 Segundo a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "*Habeas corpus* – Nulidade da sentença condenatória – Cercamento de defesa. I – É nula a sentença condenatória que dá fundamental importância à prova testemunhal do processo em apenso, no qual o réu não foi parte, para a decisão dos autos principais. II – Só as provas produzidas contraditoriamente com a parte, à qual se opõem, poderão ser levadas em consideração pelo juiz. Recurso provido, em parte" (1.ª T., Rec. de *Habeas Corpus* 48.668-SP, rel. Min. Moacyr Amaral Santos, *RTJ* 58/173). No mesmo sentido: TJPB, 3.ª Câmara, Ac. 15.097, rel. Ivan Borletto, *DJ* 08.03.1999; TJPB, 2.ª Câmara, Ac. 13.057, rel. Des. Angelo Zatar, *DJ* 18.11.1996; TJDF, Turma Criminal, Ap. Crim. 691.684, Ac. 34.122, rel. Waldir Meuren, j. 22.08.1985, *DJ* 03.10.1985, p. 17.172; TAPR, 5.ª Câmara, Ap. Civ. 73.724.800, Ac. 3475, rel. Cunha Ribas, j. 28.12.1994, *DJ* 17.02.1995; TAPR, 1.ª Câmara, Ap. Civ. 55.489.600, Ac. 3816, rel. Munit Karani, j. 16.02.1993, *DJ* 30.04.1993; 2.ª TACivSP, 7.ª Câmara, Ap. 499.640, rel. Antonio Marcato, j. 27.01.1998; 2.ª TACivSP, 11.ª Câmara, Ap. 540.911, rel. Artur Marques, j. 01.03.1999; TAMG, 3.ª Câmara, Ap. Civ. 199.313-7, rel. Dorival Guimarães Pereira, j. 21.05.1997; TARS, 2.ª Câmara, Ag. Instr. 188.055.735, rel. Waldemar Luiz de Freitas Filho, j. 25.08.1988. Na doutrina, Eduardo Talamini sustenta que não "procede a assertiva de que seria desnecessária a participação do prejudicado no processo anterior, bastando que lhe des-se oportunidade de manifestação sobre a prova depois de seu traslado. É que o contraditório não consiste na simples garantia de defesa em face da prova já produzida. Mais do que isso, através dele 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" (Prova emprestada no processo civil e penal, *Revista de Processo*, v. 91, p. 96-97).

regularmente citada ou intimada, não exercitou o seu direito à prova (Vg, quando o réu é revel ou quando deixa de comparecer à audiência de instrução).<sup>9</sup>

Por outro lado, não se faz necessário que o juiz do segundo processo seja o mesmo que instruiu o primeiro processo.<sup>10</sup> Esse requisito deve ser relativizado, sob pena de inviabilizar a admissibilidade da prova emprestada, que está assentada em uma razão de economia processual, que é um dos critérios que o moderno direito processual civil deve buscar implementar para que se concretize a noção do direito constitucional à celeridade e efetiva tutela jurisdicional (art. 5.º, inc. XXXV, CF).<sup>11</sup> Por essa razão, exigir que o contraditório, no processo originário, tenha sido instruído perante o mesmo juiz da segunda causa significaria tornar vazia a fórmula da prova emprestada que é utilizada, com frequência, para trasladar provas produzidas no juízo criminal para o civil, e vice-versa. Poder-se-ia argumentar, contudo, que isto implicaria a violação do princípio da oralidade (especialmente em razão da imediatidade entre o juiz e a prova); entretanto, este princípio não é absoluto e tem sido mitigado validamente pelo sistema processual, sem maiores objeções, por exemplo, no caso de testemunha inquirida ou da perícia realizada mediante carta precatória, ou quando a prova foi produzida por juiz incompetente e aproveitada pelo competente (art. 113, § 2.º, CPC) ou, ainda, pelos tribunais, que não têm qualquer participação na constituição do material probatório no processo, sem que, em nenhum destes casos, seja alegado que o princípio da oralidade tenha sido violado, embora não tenha havido imediatidade entre o julgador e a prova. Tais fatores comprovam a tese da admissibilidade das provas emprestadas, podendo-se concluir que, desde que a garantia do contraditório tenha sido respeitada no processo anterior, a prova deve ser considerada válida.<sup>12</sup>

9 Nesse sentido, cfr.: Eduardo Talamini, *Prova emprestada no processo civil e penal cit.*, p. 97.

10 Ada Pellegrini Grinover, em sentido contrário, sustenta que, se o contraditório no processo originário não tiver sido instituído perante o mesmo juiz da segunda causa, ocorreria a violação da garantia constitucional do juiz natural (art. 5.º, inc. LIII, CF). Cfr. Prova emprestada cit., p. 66.

11 Sobre essa dimensão, que se pretende dar à regra do art. 5.º, inc. XXXV, CF, consultar: Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: RT, 1997, p. 20; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, São Paulo: RT, 1998, p. 391, nota 31; José Rogério Cruz e Tucci, *Garantia do processo sem dilações indevidas, Garantias constitucionais do processo civil cit.*, p. 237.

12 Do mesmo modo, Eduardo Couture restringe, como requisito de admissibilidade das provas emprestadas, a observância do contraditório em relação ao específico objeto da prova: "Las pruebas de outro juízo civil pueden ser válidas, si en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley le otorga en el juicio en que se produjeron. Esas pruebas producidas con todas las garantías son eficaces para acreditar los hechos que fueron motivo de debate en el juicio anterior y

Contudo, a contradição entre os termos ilícito e ilegítimo parece insuperável, pois o Código de Processo Civil usa a expressão moralmente legítimo, mas ao mesmo tempo impede que esse meio probatório seja ilegal. Com isso, restringe a eficácia dos meios moralmente legítimos para admitir, tão-somente, aqueles que, ao mesmo tempo, não são proibidos legalmente.

A melhor solução para o paradoxo, contido no art. 332 do CPC, é a adoção de um critério mais amplo que impeça a utilização de meios probatórios que venham a causar violação a outros direitos constitucionalmente tutelados e considerados, pela aplicação do princípio da proporcionalidade (bem como os da razoabilidade e da adequação), pelo juiz no caso concreto, mais relevantes que o direito constitucional à prova (v.g., a integridade físico-psíquica da pessoa, a proteção da esfera de intimidade e de privacidade, a inviolabilidade do domicílio, a propriedade privada etc.);<sup>42</sup> porque o processo não pode ser indiferente aos valores fundamentais da pessoa humana, nem se tornar um *meccanismo* maquiavélico em que os fins justificam os meios, ou seja, um instrumento em que a verdade deve ser buscada a todo custo.<sup>43</sup>

Ademais, devem ser admitidas apenas as provas que se justifiquem racionalmente, sob pena de, em nome da "verdade absoluta", retornar-se aos métodos medievais utilizados nas ordálias. Assim, a *verdade*, a que faz referência o art. 332 do CPC, é uma verdade relativa, isto é, objetivável segundo métodos razoáveis e dentro dos limites e das possibilidades inerentes ao mecanismo probatório.<sup>44</sup>

De qualquer modo, o juiz pode até estimular a utilização das provas atípicas, apesar de não deverem integrar a esfera do seu livre convencimento aquelas obtidas a partir da violação das garantias constitucionais do processo, bem como de outros direitos proporcionalmente mais relevantes que o direito constitucional à prova. Conseqüentemente, esses são dois fatores que servem de *critérios limitativos* para evitar a utilização indevida e abusiva das provas atípicas.

## 2.4 Prova emprestada

Trata-se de modalidade de prova atípica ou inominada, por não estar expressamente regulada no sistema processual brasileiro.<sup>1</sup>

42 Nesse sentido, verificar, dentre outros: Franco Cordero, *Il procedimento probatorio, Tre studi sulle prove penali*, Milão: Giuffrè, 1963, p. 63-70; José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 2, p. 275.

43 Cfr. Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili* cit., p. 26.

44 Cfr. Eduardo Cambi, *Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista, Revista de Processo*, v. 96, p. 234-249.

1 O Código de Processo Civil italiano, ao contrário do brasileiro, regula, no art. 310.3, a possibilidade de utilização das provas emprestadas, como um dos efeitos da extinção do processo.

Considera-se prova emprestada a produzida em um processo, para nele gerar efeitos, sendo, depois, transportada documentalmentemente a um outro processo, em que visa a gerar efeitos.<sup>2</sup> Assim, não integra a noção de prova emprestada a prova produzida no juízo deprecado, porque este juízo é um prolongamento do primeiro (v.g., a testemunha, não residente no juízo em que se processa a demanda, por não estar obrigada a sair da sua residência, presta depoimento no foro onde mora e seu depoimento é considerado como se fosse prestado perante o juiz da causa).<sup>3</sup>

A prova emprestada está inserida no contexto do princípio da *economia processual*, pelo qual se pretende buscar a máxima efetividade do direito material com o mínimo de emprego das atividades processuais,<sup>4</sup> uma vez que a parte não tem de demonstrar novamente as alegações que já foram provadas em outro processo, bem como na idéia da *unidadé da jurisdicção*.<sup>5</sup> Por isso, mesmo sendo possível renovar a produção da prova, por economia, evita-se que a prova seja produzida novamente, pois isso acarretaria maior dispêndio de tempo e de despesas processuais. Ademais, as provas emprestadas podem ser úteis quando as fontes de prova não estiverem mais disponíveis; como as testemunhas que já morreram ou desapareceram ou quando os vestígios não mais existirem.

Para que a prova emprestada seja admitida, é necessário que tenha sido recolhida, a princípio, de um processo entre as mesmas partes e com o mesmo objeto.<sup>6</sup>

A prévia intervenção e participação das partes são necessárias, porque, se uma das partes do segundo processo não fosse a mesma do primeiro processo,

Do mesmo modo, o art. 238 do CPP italiano admite a prova emprestada derivada do processo civil, com sentença transitada em julgado. Afirma que "è ammessa l'acquisizione di prove assunte in un giudizio civile definitivo con sentenza que abbia acquistato autorità di cosa giudicata".

2 Cfr. Ada Pellegrini Grinover, *Prova emprestada, Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 4, p. 66. De modo mais sintético, pode-se afirmar que a prova emprestada é aquela "ya establecida jurídicamente pero en otra causa, ya sea en el mismo tribunal o en otro" (Jeremy Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, v. 2, cit., p. 3).

3 Cfr. João Monteiro, *Programa de un curso de teoria do processo civil e commercial*, 5. ed., São Paulo: Typologia Acadêmica, 1936, p. 468, nota 8.

4 Cfr. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo* cit., p. 73.

5 Trata-se de um argumento utilizado pela teoria geral do processo. Conforme Francesco Carne-luti, "il diritto processuale è fondamentalmente uno. Procedura civile e procedura penale si distinguono bensì, ma non perché abbiano diverse radici, sibbene perché sono due grandi rami, in cui si bipartisce, a una buona altezza, un unico tronco" (Prove civili e prove penali, *Revista di Diritto Processuale Civile*, p. 3, 1925).

6 Nesse sentido, cfr.: Bruno Cavallone, *Critica delle prove atipiche* cit., p. 381.

Dentro desse mesmo aspecto, deve ser refutada a idéia de que as provas emprestadas violam indevidamente o princípio da identidade física do juiz (art. 132 do CPC). Apesar de esse princípio poder ser compreendido como um dos corolários da garantia constitucional do juiz natural, que assegura que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5.º, inc. III, CF), a identidade física do juiz deve ser mitigada em face da preocupação constitucional em proporcionar o acesso à ordem jurídica justa (art. 5.º, inc. XXXV, CF), dando efetividade ao princípio da economia processual, que é um dos seus desdobramentos, e, desse modo, aproveitando os atos não decisórios, que são considerados válidos pelo Código de Processo Civil (art. 113, § 2.º), dentre os quais estão incluídos aqueles que compõem o procedimento probatório, realizados por ocasião do empréstimo da prova. Afinal, essa questão é resolvida com a aplicação do princípio da proporcionalidade, dando-se maior ênfase à economia processual em detrimento do *rigorismo das formas*.<sup>13</sup> Com isso, é possível admitir, inclusive, o empréstimo de prova produzida no exterior, sem a necessidade de expedir carta rogatória a fim de que o ato seja realizado novamente.<sup>14</sup>

Da mesma maneira, quando se exige que o *factum probandum* (objeto da prova) seja o mesmo do juízo anterior, refere-se a uma questão lógica que pretende buscar a identidade entre os fatos do processo, em que a prova foi emprestada, com os fatos a serem provados no outro processo.<sup>15</sup> Por exemplo, a agressão física, apurada no processo criminal, pode ensinar a caracterização do dano moral, para fins

que vuelven a repetirse en el nuevo proceso. No son eficaces, en cambio, si no han podidos ser debidamente fiscalizadas en todas las etapas de su diligenciamiento, o si se refieren a hechos que no fueron objeto de prueba (...) en el juicio anterior" (*Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 255-256). Cfr., ainda: Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 97.

13 Com razão, Eduardo Talamini observa que "reputa-se que a economia processual possui relevância axiológica suficiente para mitigar o rigor da exigência de integral processamento da causa perante o juiz competente. Isso é o que basta para reconhecer, no âmbito civil, que a incompetência do juiz do primeiro processo, relativamente à causa objeto do segundo, não é obstáculo ao empréstimo da prova" (Prova emprestada no processo civil e penal cit., p. 100).

14 Cfr. Eduardo Talamini, *idem*, cit., p. 102.

15 Cfr. Darci Guimarães Ribeiro, *Provas atípicas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 112; Moacyr Amaral Santos, *Prova judicial: no civil e comercial*, 4.ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1970, v. 1, p. 314; Carlos Lessona, *Teoria geral de la prueba en derecho civil*, Trad. Enrique Aguilera de Paz, 3.ª ed., Madrid: Reus, 1928, p. 15. De igual modo, posiciona-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça: "Prova emprestada. Possibilidade de que sejam consideradas as provas produzidas no processo criminal, relativo ao mesmo fato, pois perfeitamente resguardado o contraditório" (3.ª T., REsp 135.777-GO, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 21.10.1997, DJ 16.02.1998, p. 89). No mesmo sentido: TJRO, Câm. Crim., Ap. Crim. 96.000.134-4, rel. Des. Dimas Fonseca, j. 09.05.1996; TAPR, 2.ª Câm. Civ., Ag. Instr. 113.428.500, Ac. 9375, rel. Cristo Pereira, j. 17.12.1993, DJ 06.08.1998.

de compensação civil; o reconhecimento da paternidade, evidenciada em ação de investigação de paternidade, não precisa ser demonstrado novamente em ação de alimentos ou em ação que pretenda a partilha de bens.

Entretanto, um obstáculo para admitir a prova formada no primeiro processo deriva da circunstância de que o direito de defesa não é abstrato, mas que se exerce em concreto, estando ligado ao objeto do processo ou ao bem da vida controvertido.<sup>16</sup> Logo, para que não possa haver nenhuma violação ou restrição da garantia constitucional do contraditório, toda prova emprestada trazida por uma das partes está sujeita às contra-argumentações e às contraprovas da parte adversária, que pode impugnar a utilização da prova emprestada, em razão da ausência dos requisitos de admissibilidade, bem como negar a existência do fato ou a eficácia a qual se pretende extrair a partir do meio de prova utilizado. Por exemplo, não se pode admitir no processo civil uma confissão, realizada durante a fase do inquérito policial, que foi aproveitada no processo penal, porque essa prova não foi produzida perante um órgão jurisdicional, ferindo a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, inc. XXXV, CF), além de não ter passado pelo crivo do contraditório, que é uma garantia que não é necessariamente observada nessa fase investigatória.<sup>17</sup> Por isso, mesmo tendo sido utilizada pelo juízo penal, o juiz civil pode recusar o seu empréstimo, o que implica a assertiva de que a prova emprestada não tem *eficácia vinculante*.<sup>18</sup>

Em contrapartida, a prova produzida em processo administrativo pode ser emprestada ao processo civil, desde que tenha sido observada a plenitude das garantias constitucionais do processo, aplicáveis a ambos os processos (arts. 5.º, incs. LIV e LV, CF). Desse modo, essa orientação não se aplica à sindicância administrativa (mero procedimento), cuja finalidade é verificar se o fato é irregular e se há presunção de autoria, servindo como fase investigatória preliminar à instauração do processo administrativo.<sup>19</sup>

16 Cfr. Andrae Proto Pisani, *Lezioni sul processo civile* cit., p. 481.

17 A 7.ª Câmara Civil do TJSP já asseverou que "só é admissível prova emprestada quando tenha sido colhido em regular contraditório, com a participação da parte contra quem deve operar" (Ap. Civ. 61.687-1, rel. Des. Nelson Schiavú, j. 11.09.1985, RJTJESP, v. 99, p. 202). Outros precedentes jurisprudenciais: TJSP, Ap. Civ. 209.106-2, rel. Laerte Nordi, j. 27.05.1993; TARS, 1.ª Câm. Civ., Ap. Civ. 183.056.571, rel. João Aymore Barros Costa, j. 05.06.1984; TAPR, 7.ª Câm. Civ., Ap. Civ. 60.688.200, Ac. 2519, rel. Carlos Hoffmann, j. 30.08.1993; DJ 17.09.1993; TAPR, 3.ª Câm. Civ., Ap. Civ. 58.802.100, Ac. 5158, rel. Mussi Correa, j. 26.04.1994; DJ 05.08.1994; TAPR, 5.ª Câm. Civ., Ap. Civ. 89.967.000, Ac. 7218, rel. Denise Arruda, j. 11.02.1998, DJ 06.03.1998.

18 Nesse sentido, cfr.: Hernando Devis Echandia, *Teoria geral de la prueba judicial*, t. I, cit., p. 369. 19 A sindicância administrativa e o inquérito policial têm a mesma natureza, sendo ambos meros procedimentos, que têm a finalidade de verificar se o fato é irregular e se há presunção de autoria, servindo como fase investigatória preliminar à instauração do processo. Logo,

Entretanto, não podem ser emprestadas as provas eivadas de nulidade, isto é, aquelas que na sua produção não observaram as formalidades da lei. Por exemplo, a perícia que for produzida sem a observância do procedimento legal (v.g., produzida por quem não é perito) é nula e não pode ser considerada fonte de prova. Por outro lado, a perícia produzida validamente em outro juízo pode ser suscetível de empréstimo, assumindo a forma documental, desde que ambas as partes ou, ao menos, aquela contra a qual deve operar (lembrando-se que isso ocorre quando a solicitação provém de terceiro alheio ao processo do qual deriva a prova) tenha tido a oportunidade de exercer rigorosamente o contraditório; caso contrário, há de ser repetida, evitando-se, assim, a violação do direito à prova.<sup>20</sup>

Tampouco podem ser emprestadas as provas realizadas em outro processo, quando houve a violação do critério da admissibilidade na formação da prova.<sup>21</sup> A prova ilícita, desse modo, não pode ser emprestada, porque, mesmo tendo sido erroneamente admitida e formada no processo originário, está sujeita a uma nova apreciação, não devendo o juiz admitir o seu ingresso no processo em discussão. Por exemplo, quanto aos fatos ocorridos no estrangeiro, não há de admitirem meios de prova que a lei brasileira proíba (art. 1.3 do Decreto-lei 4.657/1942). Caso, equivocadamente, essa prova tenha sido admitida, isso já é suficiente para que no processo em discussão a prova não seja emprestada, senão por outra razão por que afrontaria a regra contida no art. 332 do CPC, que impede a utilização das provas atípicas contrárias ao direito e à moral, à legalidade e à legitimidade.<sup>22</sup>

Com efeito, somente as provas não eivadas de nulidade, em sua admissão ou em sua formação, podem ser emprestadas, lembrando-se que os atos processuais estão interligados, mas podem apresentar certo grau de interdependência a ponto

não se subsumem à noção de *processo*, compreendida como o procedimento mais contraditório [cf. Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 6. ed., Padova: Cedam, 1992, p. 58; Elio Fazzalari, *Processo (teoria generale)*, *Novissimo digesto italiano*. Turim: UTET, 1966, v. 13, p. 1.072 e 1.075, nota 2.] e, por isso, não estão sujeitos à regra do art. 5.º, inc. LV, CF. Verificar ainda: Romeu Felipe Bacellar Filho, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 91-92.

**20** Michele Taruffo, ao contrário, sustenta que a perícia válida, realizada em outro juízo, não pode ser considerada um meio de prova, devendo-se dela extrair meros indícios que podem ser considerados fontes de presunção para, em conjunto com outros elementos de prova, contribuir com a formação do convencimento do juiz. Cf. Prove atípiche e convincimento del giudice cit., p. 423.

**21** Nesse sentido, verificar: Bruno Cavallone, *Critica delle prove atipiche cit.*, p. 406.

**22** Para a melhor compreensão da exegese do art. 332 do CPC, consultar o tópico anterior e, para um aprofundamento na problemática da prova ilícita, verificar o tópico seguinte.

de o vício não invalidar todo o processo (art. 248 do CPC). Por exemplo, quando a citação é nula, não ocorre a formação regular da relação jurídica processual; assim, todas as provas trazidas aos autos não possuem nenhum efeito, não podendo ser emprestadas. Por outro lado, a nulidade causada pela inobservância do disposto no parágrafo único do art. 459 do CPC, que impede o juiz de proferir sentença ilíquida quando o autor formulou pedido certo, não inviabiliza o empréstimo da prova produzida adequadamente.<sup>23</sup>

Questão diversa, contudo, é a de ser possível a admissão da prova no processo em que se formou, mas não ser admitida no processo em que se pretende emprestá-la. Por exemplo, admitir a prova emprestada de uma testemunha, no processo penal, que é impedida de testemunhar no processo civil (v.g., o art. 206 do CPP admite a possibilidade de o cônjuge ser testemunha, ao contrário do art. 405, § 2.º, inc. I, CPC). Outro exemplo, admitir o empréstimo para o processo civil da prova obtida mediante interceptação telefônica, no juízo penal, precedida de autorização judicial, conforme prevê o art. 5.º, inc. LVI, CF, e a Lei 9.296/1996. Por se tratar de provas obtidas licitamente, isto é, sem qualquer vício na sua formação, não podem deixar de ser emprestadas com base no vício de ilegalidade. Com efeito, essas provas devem poder ser utilizadas e analisadas livremente pelo juiz,<sup>24</sup> mesmo que lhe sirvam como mero “argumento de prova”.<sup>25</sup> Entretanto, se considerada mero “argumento de prova”, a prova emprestada não é suficiente para fundar um juízo sobre o *fato principal*,<sup>26</sup> sendo apenas fonte subsidiária (isto é, um indício) que permite auxiliar o juiz na formação do raciocínio presuntivo e na tarefa de valoração da prova.<sup>27</sup> A jurisprudência italiana tem conferido valor indiciário a essa prova emprestada.<sup>28</sup> Essa posição é,

**23** Cf. Laissieu Fernando Rohnel, *Prova emprestada*, *Ajuris*, v. 17, p. 41.

**24** Nas palavras de Bruno Cavallone, “a prova raccolta in sede penale, in contrasto con limitazione civilistiche di ammissibilità, possa essere comunque oggetto in sede civile di utilizzazione ed apprezzamento ‘normale’ ai sensi dell’art. 116, 1.º comma, cod. proc. civ.” (*Critica delle prove atipiche cit.*, p. 407).

**25** Sobre o conceito de *argumentos de prova*, consultar o tópico 2.3.3, acima.

**26** Cf. Luigi Montesano, *Le “prove atipiche” nelle “presunzioni” del giudice civile cit.*, p. 249. A respeito do conceito de *fatos principais*, verificar o tópico 3.4.4, abaixo.

**27** Em sentido contrário, Mauro Cappelletti afirma que os “argumentos de prova” têm o mesmo significado das presunções simples: desse modo, considera despropositada a ideia de que eles têm uma função meramente auxiliar e incompleta. Cf. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità cit.*, p. 92, nota 27. Michele Taruffo, por sua vez, asservera que a eficácia das provas atípicas está sujeita aos mesmos limites que se conferem às presunções simples (art. 2.729 do CC italiano). Cf. *La prova dei fatti giuridici*, Milão: Giuffrè, 1992, p. 390. Verificar, ainda: Gian Franco Ricci, *Prove e argomenti di prova*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1.040-1.049, 1988.

**28** “Alle deposizioni legittimamente raccolte in sede penale ben può attribuirsi valore indiziario, pur se la attendibilità deve essere valutata con maggiore rigore, anche se trattasi di testi che,

pois, defensável no contexto da noção ampla de máxima potencialidade a ser conferida ao direito constitucional à prova.

Quanto à prova produzida em juízo incompetente, é preciso distinguir duas situações. Quando o juízo seja relativamente incompetente, se a parte excepcionar, os autos serão remetidos para o juízo competente; caso não se excepcione, prorroga-se a competência (art. 114 do CPC). Em nenhuma dessas hipóteses há impossibilidade de emprestimo da prova. De igual modo, a prova produzida em juízo absolutamente incompetente não é considerada nula, porque, neste caso, os autos são remetidos ao órgão judicial competente, devendo-se anular apenas os atos decisórios (art. 113, § 2º, CPC).<sup>29</sup>

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

Ademais, tratando-se de ação rescisória, a prova emprestada não pode ser considerada um *documento novo* (art. 485, inc. VII, CPC), quando a parte não se valeu dele em razão da sua desídia ou da sua negligência, quando o documento se formou após o trânsito em julgado da sentença rescindenda<sup>30</sup> ou, ainda, quando o documento, cuja existência a parte ignorava ou não pôde fazer uso, não lhe era capaz de assegurar, por si só, o pronunciamento favorável.

Cumprir, ainda, tecer alguns comentários a respeito da valoração da prova emprestada.

rispetto al processo civile, si trovino in tale posizione da essere incapaci a testimoniare” (Cass. 17.8.73, n. 2348). Cfr. Bruno Cavallone, *Critica delle prove atipiche* cit., p. 407, nota 151.

29 Cfr. Darci Guimarães Ribeiro, *Provas atípicas* cit., p. 117-118; Ladislau Fernando Rohnehl, *Prova emprestada* cit., p. 40-41. Do mesmo modo, entende a jurisprudência: “Prova – Produção em outro processo – Validade. O juiz pode, na sistemática processual, deferir a juntada de prova emprestada da Justiça do Trabalho, produzida entre as mesmas partes, sob o crivo do contraditório” (2ª TACivSP, 11ª Câm. Civ., Ag. Inst. 508.634, rel. Artur Marques, j. 06.10.1997).

30 Nesse sentido, vale mencionar o seguinte precedente jurisprudencial: “Prova emprestada produzida em ação posterior à sentença rescindenda – Documento novo em ação rescisória – Inocorrência. Não se considera documento novo, para efeito do previsto no artigo 485, inc. VII, aquele que se formou, como prova emprestada, produzido em ação posterior à sentença rescindenda. É condição *sine qua non* que o documento preexistia, e que só agora possa ser utilizado, e, mesmo assim, em condições justificadas” (TACivRJ, 4ª Gr., AR 65/94, rel. Roberto Wider, j. 27.06.1995).

O Código de Processo Civil italiano afirma que as provas recolhidas de um processo extinto devem ser valorizadas como argumentos de prova (art. 310.3).<sup>31</sup> Essa regra jurídica é interessante na medida em que consagra o princípio do livre convencimento do juiz, tendo o magistrado ampla liberdade para valorar a prova emprestada, inclusive para atribuir efeitos diversos daqueles que foram conferidos a essa prova no processo originário. Por outro aspecto, essa regra jurídica é curiosa, porque reduz a prova atípica a mero “argumento de prova”, que não é suficiente por si mesmo para formar o convencimento do juiz, mas serve como simples meio auxiliar na valoração das provas.<sup>32</sup> Desse modo, reconhece-se à prova atípica uma função integrativa e auxiliar, não podendo trazer uma solução autónoma às questões de fato. Portanto, a prova emprestada deve ser analisada no conjunto das demais provas, não integrando, na ausência de outras provas, a esfera do livre convencimento do juiz.<sup>33</sup>

No ordenamento brasileiro, não existe regra análoga que restrinja a valoração da prova emprestada, o que não exclui a utilidade da advertência apreendida do direito processual italiano. A prova emprestada há de ser sempre analisada no contexto probatório e, caso seja uma prova frágil, isto é, da qual não se possa ressaltar ao menos um juízo de probabilidade sobre a existência dos fatos, deve ser admitida, embora mereça uma valoração negativa, especialmente se for a única prova disponível para a verificação da questão controvertida.<sup>34</sup>

31 Nesse dispositivo, está escrito: “Le prove raccolte sono valutate dal giudice a norma dell’articolo 116 secondo comma”. Já o art. 116.2 do CPC italiano, o qual trata da valoração das provas, dispõe que o “giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente [interrogatorio non formale delle parti], dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”.

32 Nesse sentido, cfr.: Gian Franco Ricci, *Prove e argomenti di prove* cit., p. 1.080.

33 Cfr. Sergio Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile* cit., p. 840-841; Bruno Cavallone, *Critica delle prove atipiche* cit., p. 356, nota 44. Michele Taruffo, por sua vez, considera que as provas emprestadas devem ser reputadas como fonte de presunções, servindo como um indicio, em vez de um meio de prova. Cfr. *Prove atipiche e convincimento del giudice* cit., p. 408. No Brasil, encontram-se decisões que seguem esse raciocínio: “Prova emprestada – Apoio em elementos de convicção constantes dos autos – Validade. Embora a prova emprestada, por si só, não possa servir de base à condenação, pode constituir, em decorrência do livre convencimento do magistrado, válido elemento de convicção, máxime quando aliada a outras circunstâncias que, formando o encadeamento lógico, permitam um juízo de certeza quanto a responsabilidade do réu” (TJPR, 1ª Câm. Crim., Ap. Crim., Ac. 10.715, rel. Des. Tadeu Costa, DJ 15.06.1998).

34 Aliás, diante da divida proporcionada pela ausência de prova nos autos, o juiz pode, se for o caso, valer-se de sua iniciativa probatória (art. 130 do CPC), mas, em todo caso, se a questão fática não puder ser esclarecida, não lhe restará outro caminho senão aplicar a regra do ônus da prova em sentido objetivo (regra de julgamento), devendo a parte que

Por conseguinte, a única garantia de correção da valoração inerente às provas atípicas refere-se às escolhas das fontes de convencimento que determinam a sua eficácia e que devem ficar expressas na *motivação* da decisão.<sup>35</sup>

Nesse contexto, é importante ressaltar não ter a prova emprestada *eficácia vinculante*, devendo ser avaliada no contexto do princípio do livre convencimento (art. 131 do CPC), o que resulta na possibilidade de se atribuírem efeitos diversos à mesma prova ou até mesmo de não lhe atribuir nenhuma importância, em face dos outros elementos probatórios trazidos ao processo em que a causa está sendo discutida.<sup>36</sup>

De qualquer modo, sendo válida a prova emprestada (pelo preenchimento dos requisitos da identidade de partes, da observância do contraditório e da simetria do objeto da prova), com a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, deve-se primar pela efetivação do princípio da economia processual, sendo, pois, desnecessária a repetição da prova já produzida, o que implica a assertiva de que o indelimitamento da produção dessa prova não restringe indevidamente o direito à prova, não acarretando o *entreamento de defesa*.<sup>37</sup>

Por outro lado, a prova que não possa ser emprestada, porque não apresenta os requisitos necessários, não integra a esfera do livre convencimento do juiz e não pode ser valorada, por ser desprovida de qualquer eficácia probatória. Caso contrário, se o juiz se valer de uma prova emprestada que não pode ser admitida, a sentença deve ser anulada, desde que caracterizada a violação à garantia constitucional preterida.<sup>38</sup>

deixou de demonstrar o fato constitutivo de seu direito arcar com os riscos decorrentes da ausência de provas. Sobre a utilização do ônus da prova como *regra de julgamento*, consultar o tópico 3.4.5.5, *infra*.

<sup>35</sup> Cfr. Michele Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice* cit., p. 426.

<sup>36</sup> Nesse sentido, verificar: STJ, 4.<sup>a</sup> T. Resp. 41.264-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.05.1996, DJ 10.06.1996, p. 20.333; TAMG, 2.<sup>a</sup> Câmara, Ap. Civ. 244.183-3, rel. Lucas Sávio, j. 11.11.1997, DJ 23.04.1998.

<sup>37</sup> Essa é a orientação da jurisprudência: 1) "Prova – Necessidade – Convencimento do juiz. O juiz é o destinatário da prova, com a finalidade de formar a sua convicção. Se a perícia realizada em outro processo, envolvendo o mesmo fato, é compatível com as questões deduzidas em outra ação, plausível a decisão que propugnou pela 'prova emprestada', indelimitando a realização de novo laudo técnico" (TARS, 3.<sup>a</sup> Câmara, Civ., Ag. Instr. 195.056.577, rel. Aldo Ayres Torres, j. 07.06.1995); 2) "Se nos autos consta prova pericial emprestada suficiente para comprovação do alegado, desnecessária é a instrução processual" (TAPR, 3.<sup>a</sup> Câmara, Ap. Civ. 101.688.000, Ac. 8750, rel. Marques Curry, j. 24.06.1997, DJ 01.08.1997); 3) "A prova pericial emprestada de processo regular entre as mesmas partes tem aplicabilidade íntegra, não se prestando para desmerecê-las metas alegações de cunho formal" (TARS, 9.<sup>a</sup> Câmara, Civ., Ap. Civ. 196.101.612, rel. Bruno Moreira Mussi, j. 26.11.1996).

<sup>38</sup> Cfr. Ada Pellegrini Grinover, *Prova emprestada* cit., p. 67.

## 2.5 Provas ilícitas

### 2.5.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O exercício de uma pretensão em juízo pode ser ilícito,<sup>1</sup> porém, o meio de demonstrar os fatos que a embasam pode ser ilícito.<sup>2</sup>

O processo civil não deve ser transformado em um campo de batalha, no qual sejam permitidos todos os meios úteis para triunfar; ao contrário, o processo é um instrumento público que almeja resolver juridicamente os conflitos com o intuito de satisfazer o interesse da coletividade e, apenas secundariamente, tutelar o interesse daqueles que litigam.<sup>3</sup> Assim, o embate processual não pode ser compreendido como uma *guerra* em que os fins justificam os meios, ou seja, em que os sujeitos processuais possam recorrer às piores atrocidades com o pretexto de encontrar a verdade.<sup>4</sup>

Aliás, a verdade processual não é um fim em si mesma, mas mero instrumento para realizar a justiça.<sup>5</sup> Por isso, a busca da verdade não é um valor absoluto e está a serviço da legitimação da decisão judicial, não se justificando a qualquer preço, devendo ser temperada, no contexto dos demais valores a serem tutelados pelo ordenamento jurídico, o qual, inclusive, pode admitir a restrição dessa busca da verdade em nome de outros interesses considerados mais relevantes, perante as circunstâncias dos casos concretos e dos fins a serem perseguidos pelo direito voltado à realização da justiça.

Nesse contexto, a busca da verdade serve como uma garantia para a adequada e efetiva tutela jurisdicional. Dessa forma, a compreensão da admissibilidade das provas ilícitas no processo envolve duas questões que se contrapõem. De um lado, caso todas as provas ilícitas fossem admitidas no processo, haveria uma negação do *direito ao justo processo*, já que o direito à prova passaria a ter conotação muito abrangente, acarretando a negação de outros direitos funda-

<sup>1</sup> A faculdade de ingresso em juízo ou o direito de demandar, contido na regra do art. 5.<sup>o</sup>, inc. XXXV, CF, é amplo e incondicionado. Todavia, o direito processual de ação é condicionado (art. 267, inc. IV, CPC), podendo ser considerada ilícita a pretensão deduzida em juízo (v.g., a cobrança baseada em dívida de jogo, art. 1.477 do CC, e a revogação de adoção fundada no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, *Tutela Jurisdicional, Revista de Processo*, v. 81, p. 68-69.

<sup>2</sup> Cfr. Egas D. Moniz de Aragão, *Prova ilegalmente obtida, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, v. 31, p. 26.

<sup>3</sup> Cfr. Hernando Devis Echandia, *Teoria general de la prueba judicial*, t. I, cit., p. 539.

<sup>4</sup> Cfr. Hernando Devis Echandia, *Pruebas ilícitas, Revista de Processo*, v. 32, p. 83.

<sup>5</sup> Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, *Alguns problemas atuais da prova civil*, p. 145; Eduardo Cambi, *Direito constitucional à prova no processo civil* cit., p. 76-79.