

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER  
EDUARDO TALAMINI  
COORDENADORES

# PROVAS

*Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*

**PAULO OSTERNACK AMARAL**

*Diretor Responsável*  
MARISSA HARMS

*Diretora de Operações de Conteúdo*  
JULIANA MAYUMI ONO

*Editores: Andraia Regina Schneider Nunes, Crisiane Gonzalez Basile de Faria, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix*  
*Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camillo Menezes*

*Produção Editorial*  
*Coordenação*  
JULIANA DE CECO BIANCO

*Análisis Editoriais: Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martins, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro*

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

*Capa: Chrisley Figueiredo*

*Administrativo e Produção Gráfica*  
*Coordenação*  
CAIO HENRIQUE ANDRADE

*Analista Administrativo: Antonia Pereira*

*Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena*

*Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito*

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Amaral, Paulo Osternack

Provas : atipicidade, liberdade e instrumentalidade / Paulo Osternack Amaral. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. -- (Coleção Liebman)

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-6084-2

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

15-04488

CDU-347.941(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Prova : Processo civil 347.941(81)



**Coleção Liebman**

THOMSON REUTERS  
REVISTA DOS  
TRIBUNAIS

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5

### DA ATIPICIDADE À TIPICIDADE DOS MEIOS DE PROVA

#### 5.1 A tipificação de meios probatórios atípicos

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

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

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

#### 5.2 Prova emprestada: contornos gerais

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12. “(...) 2. Quanto à violação dos arts. 330 e 332, ambos do CPC, o entendimento do STJ é no sentido de que não há cerceamento de defesa pela utilização de prova emprestada se esta tiver sido produzida com a observância do contraditório e do devido processo legal. (...)” (STJ, AgRg no AREsp 301.724/CE, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, DJe 15.04.2014). No mesmo sentido: STJ, REsp 925.223/RS, 5.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 02.02.2009.

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

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

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



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

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

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

### 5.2.1 Prova produzida em juízo incompetente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

na hipótese de incompetência absoluta, o que lhe permitiria atingir resultados diversos. Segundo o autor, seria perfeitamente possível aproveitar a prova produzida no juízo incompetente no “processo em que se repõe a causa, entre as mesmas partes”. Todavia, nega a possibilidade de emprestar a prova produzida em juízo incompetente para outro processo, em que exista outra demanda, diversa daquela anterior. Nesse segundo caso, não se trataria de prova produzida perante juízo incompetente, mas de prova nula (AMARAL SANTOS, Prova..., vol. 1, p. 362). Discorda-se desse posicionamento. A prova poderá sim ser aproveitada em outro processo – porque a incompetência, por expressa disposição legal, somente poderá atingir os atos decisórios –, que receberá o valor que o julgador lhe atribuir.

19. ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. 1, p. 179; QUADRI, *La prueba...*, t. 1, p. 507; TALAMINI, Prova..., p. 106; RIBEIRO, *Provas...*, p. 116. Amaral Santos, por sua vez, entende que somente poderia ser admitido o empréstimo se o defeito que gerou a nulidade ocorresse em momento posterior à fase de produção de provas (AMARAL SANTOS, Prova..., vol. 1, p. 364).

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

23. *Idem*, p. 101-102.

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

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

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

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

### 5.2.4 Prova produzida em processo administrativo

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

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

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

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

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

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



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

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

### 5.2.5 Especificamente a prova colhida no inquérito civil

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

#### 5.2.6 Prova produzida em processo arbitral

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 5.2.7 Prova produzida no processo penal

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

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

#### 5.2.8 Especificamente o empréstimo de interceptação telefônica

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 5.2.12 Empréstimo de prova irregularmente produzida

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

Tradicionalmente, o estudo da *confissão* é precedido da sua diferenciação em relação ao *reconhecimento*. Afinal, ambos os casos implicam a admissão por uma das partes em seu desfavor e em benefício do outro litigante. Disso decorre o pressuposto comum de que o direito sobre o qual versa o processo seja disponível,<sup>54</sup> sob pena de a confissão e o reconhecimento serem inviáveis.<sup>55</sup>

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

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

55. MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese*..., p. 161-162.

A confissão é a admissão da veracidade de um fato narrado, que seja contrário ao interesse do confitente e favorável ao adversário (CPC, art. 389).<sup>56</sup> Não guarda relação direta com a pretensão do demandante. Tampouco significa que o confitente reconheceu que o adversário tem razão, muito menos que a parte que confessou necessariamente será derrotada. A consequência imediata decorrente da confissão será a dispensa da produção de prova acerca daquela alegação não controvertida. Contudo, é perfeitamente possível que sejam produzidas outras provas que, em conjunto, conduzam o juiz a julgar favoravelmente à parte que confessou.

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

Será *expressa*, quando a parte confessar diretamente, de forma verbal ou escrita. Nada impede que a confissão seja feita por mandatário com poderes especiais (CPC, art. 390, § 1.º), reputando-se ineficaz a confissão que extrapole os limites da representação conferida pelo representante (CC, art. 213, parágrafo único). A confissão será *tácita* (ficta) quando for extraível da conduta processual do litigante. É o que ocorre quando, por exemplo, a parte intimada não comparece para depor ou, comparecendo, recusa-se a depor (CPC, art. 385, § 1.º).<sup>57</sup>

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 5.2.15 Síntese acerca da prova emprestada

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

### 5.3 Depoimento de testemunhas técnicas no processo

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

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

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

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

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