

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PROCESSUAL**

LAIS ZUMACH LEMOS PEREIRA

**UMA PROPOSTA DE REDEFINIÇÃO CIENTÍFICA DO CONCEITO DE
“PROVA EMPRESTADA”**

VITÓRIA
2017

LAIS ZUMACH LEMOS PEREIRA

**UMA PROPOSTA DE REDEFINIÇÃO CIENTÍFICA DO CONCEITO DE
“PROVA EMPRESTADA”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.
Orientador: Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo

VITÓRIA
2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

P436p Pereira, Lais Zumach Lemos, 1992-
Uma proposta de redefinição científica do conceito de “prova emprestada” / Lais Zumach Lemos Pereira. – 2017.
155 f.

Orientador: Manoel Alves Rabelo.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Brasil. [Código de Processo Civil (2015)]. 2. Prova (Direito). 3. Admissibilidade da prova (Direito). 4. Linguagem – Filosofia. 5. Língua forense. I. Rabelo, Manoel Alves. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

LAIS ZUMACH LEMOS PEREIRA

**UMA PROPOSTA DE REDEFINIÇÃO CIENTÍFICA DO CONCEITO DE
“PROVA EMPRESTADA”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Aprovada em ___ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo
Professor Convidado

Prof Dr. Tárek Moysés Moussallem
Universidade Federal do Espírito Santo
Professor Convidado

Prof Dr. Marcela Regina Pereira
Câmara
Professor Externo

Dedico este trabalho a Deus, a quem dedico também toda a minha vida; e à academia de Direito, na esperança de ter contribuído de alguma forma para a comunidade acadêmica.

AGRADECIMENTOS

As singelas palavras que aqui escrevo em forma de agradecimento não se exaurem na sinceridade do meu muito obrigada, nem tampouco na declaração de minha imensa gratidão, mas, mais profundamente, se consubstanciam no amor que foi a mim dedicado por cada um que me apoiou nessa caminhada, e no amor que por vocês também cultivo.

Agradeço a todos os familiares e amigos que de alguma forma contribuíram para meu êxito, todos vocês são essenciais em minha vida e em minha formação. Não poderia deixar de oferecer também minha especial gratidão:

Aos meus pais, meu alicerce e minha base, onde posso me amparar em momentos de desespero e me regozijar em momentos de vitória. Obrigada por sempre estarem ao meu lado e por serem meus maiores companheiros;

À minha irmã, ao meu cunhado e à minha sobrinha, obrigada por vibrarem com minhas conquistas e por se preocuparem verdadeiramente comigo;

Ao meu orientador, Dr. Manoel Alves Rabelo, por ter acreditado em meu potencial e me confiado a imensa honra de ser por ele orientada;

Aos queridos professores Dr. Rodrigo Reis Mazzei, que tão generosamente me ajudou durante todo o mestrado, me guiando pelos (até então, para mim, desconhecidos) rumos da vida acadêmica; e Dr. Tárek Moysés Moussallem, por compartilhar de seu vasto conhecimento científico, o qual modificou não só o meu modo de ver o Direito, mas transformou toda a minha percepção da vida;

Ao meu estimado amigo de Portugal, Guilherme Pratti dos Santos Magioli, por todas as discussões jus-filosóficas, por compartilhar das minhas angústias e, enfim, por padecer de uma loucura tão coincidentemente parecida com a minha;

A todos os colegas juristas que colaboraram com o meu desenvolvimento dentro do mestrado. Agradeço principalmente a Beclaute Oliveira Silva e Alexandre Senra, pelos vários debates acerca do meu tema, esta dissertação não seria a mesma sem a ajuda de vocês. Agradeço ainda aos amigos e companheiros de estudo Juliana Provedel Cardoso, Maira Ramos Cerqueira e Raniel Fernandes de Ávila por todos os seminários e artigos elaborados junto durante o curso.

Ao PPGDIR/UFES por ter me acolhido ainda recém-formada e me proporcionado uma melhor capacitação e à CAPES, instituição da qual fui bolsista, pelo incentivo financeiro sem o qual não poderia me dedicar tão detidamente aos estudos.

Eu, o Senhor, o chamei para a justiça; segurarei firme a sua mão. Eu o guardarei e farei de você um mediador para o povo e uma luz para os gentios, para abrir os olhos aos cegos, para libertar da prisão os cativos e para livrar do calabouço os que habitam na escuridão.

RESUMO

O presente estudo trata da disciplina da prova emprestada no Direito Processual Brasileiro. A prova emprestada foi expressamente admitida no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 372 e, embora muito utilizada pela práxis forense, não encontra no campo acadêmico um estudo mais acurado sobre seu conceito. A quase unanimidade da doutrina apoia-se numa defasada dicotomia entre valor e forma para definir o que vem a ser prova emprestada, afirmando que ela se consubstanciaria em uma prova que, produzida num processo, é transladada para outro na forma de prova documental, mas diferenciando-se desta por preservar o seu valor originário. Levando em consideração os questionamentos filosóficos trazidos pelo movimento do giro linguístico, e se baseando na Filosofia da Linguagem, esta dissertação tem como fulcro definir de forma mais precisa e científica possível o conceito do que se entende por “prova emprestada” e, amparados principalmente na Constituição Federal e no novo Código de Processo Civil, analisar alguns aspectos relevantes para a definição desse tipo de prova. Para tanto, são considerados alguns dados da Teoria Geral da Prova caros ao tema, demonstrando-se, por exemplo, os diversos significados que o signo “prova” pode apresentar e, ainda, as principais classificações encontradas nos livros de direito probatório. Ao final, será arquitetada uma nova classificação das provas, a qual leva em consideração os denominados “meios de prova”, resultando daí a definição do conceito de “prova emprestada”.

Palavras-chave: Direito Probatório. Meios de Prova. Prova Emprestanda. Conceito de Prova Emprestanda. Giro Linguístico. Filosofia da Linguagem. Código de Processo Civil de 2015. Constituição Federal.

ABSTRACT

This study deals with the discipline of “borrowed evidence” in the Brazilian Procedural Law. The “borrowed evidence” was expressly recognized in the Civil Procedure Code of 2015, in its article 372, and although widely used by forensic practice, does not find in the academic field a more accurate study of its concept. Almost the unanimity of the doctrine is based on an outdated dichotomy between value and form to define what is the “borrowed evidence”, stating that it consists in an evidence that, produced in a process, is transferred to another in the form of a documentary evidence, but differentiating of that by preserving its original value. Taking into account the philosophical questions brought by the movement of the linguistic turn, and based on the philosophy of language, this work has as a goal to define more precisely and scientifically possible the concept of what is meant by “borrowed evidence”, and supported mainly by the Federal Constitution and the New Civil Procedure Code, examine some relevant aspects to the definition of this kind of evidence. Therefore, it is considered some particulars of the General Theory of Evidence valuable to the theme, demonstrating, for example, the various meanings that the sign “evidence” may have and also the main classifications found in the evidence law books. At the end, it is architected a new classification of evidence, which takes into account the so-called “means of evidence”, resulting in the definition of “borrowed evidence”.

Keywords: Law of Evidence. Means of Evidence. Borrowed Evidence. Concept of Borrowed Evidence. Linguistic Turn. Philosophy of Language. Civil Procedure Code of 2015. Federal Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1ª PARTE: DOS FUNDAMENTOS TEÓRICO E LEGAL	13
1 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM COMO FUNDAMENTO TEÓRICO	13
1.1 BREVE ANÁLISE DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM	13
1.1.1 O triângulo semiótico e os vícios da linguagem	21
1.1.2 A linguagem científica e o corte metodológico	24
1.1.3 O ato intelectual de definir conceitos e classificar objetos	27
1.1.4 Enunciado e enunciação	33
1.2 UNIDADE E AUTORREFERÊNCIA DO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO.....	34
2 ALGUNS ASPECTOS GERAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	
CAROS AO TEMA	38
2.1 O CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	41
2.1.1 A cooperação processual	43
2.2 O VALOR DA EFETIVIDADE	46
2.3 O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	49
2.4 O DIREITO À PROVA	54
2.5 O PAPEL DO JUÍZ NA PRODUÇÃO DA PROVA	58
2ª PARTE: PREMISSAS DO ESTUDO	63
3 A PLURISSIGNIFICAÇÃO DA PALAVRA “PROVA”	63
3.1 “PROVA” COMO SUPORTE FÍSICO	68
3.2 “PROVA” COMO ENUNCIADO-ENUNCIADO	70
3.3 “PROVA” COMO ENUNCIÇÃO-ENUNCIADO (OS DENOMINADOS MEIOS DE PROVA).....	70
3.3.1 A autoria do documento	74
4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DA PROVA APRESENTADAS PELA DOUTRINA	76
4.1 PROVA DIRETA E PROVA INDIRETA	77
4.2 PROVA PESSOAL E PROVA REAL	78
4.3 PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA, PROVA CASUAL E PROVA CONSTITUENDA	79

5 A VALORAÇÃO DA PROVA	82
5.1 MODELO DA PROVA TARIFADA.....	83
5.2 MODELO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO	86
5.3 MODELO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	87
5.3.1 As denominadas “ilhas de prova tarifada”	93
3ª PARTE: A PROVA EMPRESTADA	98
6 A PROVA EMPRESTADA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O PROCESSO	98
7 UMA NECESSÁRIA RELEITURA DO CONCEITO DE PROVA EMPRESTADA	107
7.1 A DICOTOMIA ENTRE FORMA E VALOR APRESENTADA PELA DOUTRINA E A AMBIGUIDADE DA PALAVRA “VALOR”	111
7.1.1 “Valor” na acepção de natureza jurídica da prova emprestada: um resquício da metafísica aristotélica.....	113
7.1.2 “Valor” na acepção de valoração da prova emprestada: um resquício do sistema tarifado de provas	117
8 UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO DA PROVA: DESTRINCHANDO OS “MEIOS DE PROVA”	119
8.1 PROVA TÍPICA E PROVA ATÍPICA	121
8.2 PROVA JUDICIAL E PROVA EXTRAJUDICIAL	122
8.2.1 A presença do juiz como <i>fundamentum divisionis</i>	124
8.2.2 As subclassificações da prova judicial	130
8.2.2.1 Quanto ao sujeito: prova testemunhal, prova pericial, depoimento pessoal da parte, inspeção judicial.....	130
8.2.2.2 Quanto ao processo no qual foi enunciada: prova original e prova emprestada	136
9 REFLEXOS DO CONCEITO DE “PROVA EMPRESTADA” ADOTADO	138
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	143
11 REFERÊNCIAS	147

INTRODUÇÃO

Adverte a ancestral sabedoria que toda definição é perigosa. Definir o conceito de uma palavra é missão árdua e muitas vezes tão penosa quanto um exercício de introspecção, é como olhar para dentro de si e descobrir todo um mundo quase que imperceptivelmente construído a partir da simples (ou talvez não tão simples assim) aquisição de linguagem. A definição é fruto da própria incapacidade humana que, não conseguindo alcançar o real em toda a sua inteireza e infinitude, utiliza-se da linguagem para arquitetar a sua própria realidade, criando classificações segundo a visão parcial e limitada de que padece o ser.

A definição, no entanto, é tão perigosa quanto necessária. Porquanto seja a linguagem inevitável ao homem, a falta de definição dos conceitos por ele utilizados pode levar a graves problemas comunicacionais. Em acertada citação a Eduardo J. Couture, a jurista Maricí Giannico¹ ressalta que:

[...] há também na vida, muitas outras coisas que podem ser perigosas e que é necessário usar ou enfrentar. Quem forjou o aforismo romano não pode deixar de pensar, sem dúvida, que, por mais perigosa que seja a definição, muito mais perigoso é não ter definição nenhuma.

No que tange ao estudo do direito, a importância da noção de conceito ganha ainda mais relevo, pois, como bem assevera Tárek Moysés Moussallem², a ciência do direito está “voltada para a análise de outro sistema linguístico: o direito positivo, o que torna a ciência do direito extremamente conceitual”. Em outras palavras, a ciência do direito examina um fato institucional, algo cuja existência está intrinsecamente ligada à linguagem (o direito positivo), motivo pelo qual é exaltado ao máximo o ato intelectual de definição dos conceitos.

É acreditando na construção de uma ciência do direito mais apurada e coerente que o presente trabalho se presta a tentar definir, de forma menos vaga e ambígua possível, o conceito do que comumente se convencionou chamar de “prova emprestada”. Para tanto nos utilizaremos de ideias básicas da filosofia da linguagem, vertente filosófica cujo marco inicial foi a afamada obra de Wittgenstein (*Tractatus logico-philosophicus*), em que se afirmou a linguagem como algo

¹ GIANNICO, Maricí. **A prova no Código Civil**: natureza jurídica. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 74.

² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 48.

independente do mundo da experiência, teoria que foi amplamente desenvolvida pelo movimento conhecido como *giro linguístico*.³

Assim, por entender que a definição dada pela doutrina, a qual liga o conceito de prova emprestada a uma suposta dualidade entre forma e valor, classificando-a conforme os meios de prova, merece uma releitura, a presente dissertação propõe como problema a seguinte questão: como definir adequadamente o conceito de “prova emprestada” conforme o ordenamento jurídico vigente e frente aos ensinamentos da filosofia da linguagem?

Para que se possa responder a essa pergunta, as investigações científicas aqui lançadas terão como base as normas jurídicas válidas (estas que consubstanciam, conforme acreditamos, o corte metodológico de toda a ciência do direito), principalmente no que concerne a dois importantes diplomas legais integrantes do ordenamento brasileiro: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015.

Aqui vale uma explicação, embora o trabalho não se limite ao processo civil, apenas no CPC/2015 pode-se encontrar uma menção expressa à prova emprestada no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, sabe-se que o Código de Processo Civil é utilizado subsidiariamente em outras esferas para além da civilista, motivo pelo qual a dissertação está calcada mormente no exame desse diploma legal.

Digno de nota salientar que há também expressa menção à disciplina da prova trasladada no art 169 da PL 8045/2010 (projeto de lei para um novo Código de Processo Penal). Mas, embora mencionemos brevemente este dispositivo no decorrer do estudo, destacamos que o mesmo ainda está em tramitação na esfera legislativa, não fazendo parte do direito posto, o que nos leva a considerar o CPC/2015 nossa principal fonte de estudo.

O estudo empreendido será então edificado em cima destes três principais pilares: a Filosofia da Linguagem, a Constituição Federal, e o novo Código de Processo Civil. No que tange aos diplomas legais supramencionados, vale lembrar que a Constituição Federal, como norma superior que dá validade a todas as outras

³ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 01.

normas do sistema, é que norteará a análise das normas infraconstitucionais, e não o contrário. Assim, se interpreta o Código segundo a Constituição Federal, e não a Constituição Federal conforme o Código.

Quanto à contribuição que o tema em análise (a prova emprestada) pode trazer para a ciência jurídica, devemos primeiro aludir a uma obviedade: a indiscutível importância das provas no estudo do direito. A prova é termo um tanto plurissignificante, mas que preserva, em seus diversos significados, uma manifesta relevância para todos os ramos do direito.

A prova é frequentemente apontada como um dos pilares da efetiva prestação jurisdicional, por meio da qual se busca transportar elementos do plano do ser para o plano do dever-ser.⁴ Vale destacar, tão caro é este tema, que o próprio direito à prova é visto como um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal através do contraditório.

Já a denominada “prova emprestada” nos saltou aos olhos por ser assunto um tanto esquecido pela doutrina, que parece tê-lo ressurgido timidamente após a sua positivação no CPC/2015. Este tipo de prova há muito vinha sendo utilizado na práxis forense, mas somente com o advento do Código de Processo Civil de 2015 passou a ser expressamente mencionado no ordenamento jurídico brasileiro.

A matéria, todavia, parece não ter ganhado a atenção devida, sendo escassas as investigações doutrinárias sobre essa disciplina jurídica. Ademais, os poucos estudos encontrados acerca da prova emprestada se atêm basicamente às adversidades e polêmicas encontradas na prática jurídica, enquanto parecem desprezar questões conceituais basilares.

O que, afinal, se entende por “prova emprestada”? O conceito dado pela quase unanimidade da doutrina vem sempre acompanhado de uma suposta dicotomia entre a forma e o valor deste tipo de prova. Como será demonstrado, no entanto, essa tese amplamente propagada e aceita pela cultura jurídica traz resquícios de um

⁴ Segundo Tárek Moysés Moussallem (op. cit., p. 81, nota 02): “Portanto, salta aos olhos a importância da teoria das provas para o direito positivo. Provar é produzir linguagem competente (de acordo com o que prescreve o ordenamento jurídico) sobre determinado evento”.

passado remoto, havendo a necessidade de ser revista e reinterpretada frente aos avanços da Filosofia e do Direito.

Destarte, para que possamos responder ao problema aqui levantado será necessário revolver às tradicionais classificações da prova, apontando seus defeitos e imperfeições, ao final do que será proposta uma nova classificação da prova, a qual, por derradeiro, nos encaminhará para uma melhor compreensão do significado do vocábulo “prova emprestada”.

Dessa forma, estabeleceu-se como objetivo geral definir, em linhas científicas, tentando diminuir ao máximo os vícios linguísticos presentes na técnica processual, o conceito do que se entende hoje por “prova emprestada”, demonstrando quão defasados estão os critérios de uso dessa expressão, que vinculam o seu conceito a uma antiga oposição entre forma e valor.

No tocante aos objetivos específicos serão levantadas questões gerais necessárias para o desenvolvimento do tema, considerando a Teoria Geral da Prova consoante os ensinamentos da filosofia da linguagem e, é claro, a análise das normas jurídicas válidas. Será demonstrado, por exemplo, os diversos significados que o vocábulo “prova” têm assumido frente ao direito, apontando alguns critérios para o seu uso.

Em relação aos aspectos metodológicos, optou-se pela pesquisa bibliográfica. Assim, este trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisas em livros, doutrinas e jurisprudências, impressos ou eletrônicos.

Quanto à sua organização, a presente dissertação encontra-se estruturada em três partes e dez capítulos. A primeira parte é composta por dois capítulos, os quais disporão sobre o fundamento teórico (Filosofia da Linguagem), e legal (Constituição Federal e Código de Processo Civil de 2015) que fornecerão as bases gerais necessárias para o devido desenvolvimento da pesquisa aqui encampada.

A segunda parte possui três capítulos e nela serão estabelecidas algumas premissas básicas para o sadio desenrolar do estudo, trazendo alguns aspectos sobre a Teoria Geral da Prova que serão de grande relevância para uma melhor compreensão da matéria. Será lançado um novo olhar sobre o direito probatório em

coerência com os fundamentos estudados no capítulo anterior, em busca de uma linguagem o mais científica possível.

Neste interim, o terceiro capítulo tratará da plurissignificação da palavra “prova”, apontando os principais significados atribuídos a esse vocábulo no decorrer do estudo, fazendo uma necessária distinção de suas acepções. No quarto capítulo, por sua vez, serão ponderadas as principais classificações doutrinárias da prova, apontando as suas falácias frente aos ensinamentos trazidos pelo advento da filosofia da linguagem. Já o quinto capítulo tratará de matéria indispensável no estudo do direito probatório: a valoração da prova.

Lançadas todas essas premissas, a terceira e última parte do trabalho abordará o ponto fulcral da dissertação, qual seja: a prova emprestada. Será proposto um novo entendimento sobre o seu conceito, por meio do qual serão esclarecidos alguns pontos sobre o uso desse tipo de prova.

Nesta toada, o sexto capítulo demonstra as benesses e contributos do empréstimo da prova. O sétimo capítulo explanará sobre o principal conceito de prova emprestada, defendido pela maioria da doutrina, assinalando suas deficiências frente às premissas outrora estabelecidas.

No oitavo capítulo será estipulada uma nova classificação dos meios de prova da qual, em uma sequência lógica de subclassificações, decorrerá o conceito de prova emprestada encampado nesta dissertação. No nono capítulo serão desveladas algumas consequências dessa nova noção de “prova emprestada”. Por fim, o décimo capítulo trará as considerações finais da dissertação, enquanto o décimo primeiro se ocupará de suas referências bibliográficas.

1ª PARTE: DOS FUNDAMENTOS TEÓRICO E LEGAL

1 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM COMO FUNDAMENTO TEÓRICO

O presente capítulo tem como escopo traçar premissas básicas para o saudável desenvolvimento do tema a que se propõe investigar. Para tanto, usar-se-á como fundamento teórico alguns ensinamentos da filosofia da linguagem que servirão de base sólida para a elaboração de um raciocínio coerente e para o desabrochar de uma hipótese bem fundamentada.

O capítulo será dividido em duas seções: a primeira terá a finalidade de analisar brevemente as contribuições trazidas pelo giro linguístico e a filosofia da linguagem, através de uma abordagem geral sobre o papel da linguagem na sociedade, sendo oportunamente abertas algumas subseções específicas e necessárias para o profícuo desenrolar do trabalho.

Na segunda seção será definida a ideia de “sistema” como uma palavra de classe com característico fechamento sintático e abertura semântico-pragmática. A partir daí analisaremos então a unidade e autorreferência do sistema do direito positivo.

1.1 BREVE ANÁLISE DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Para uma melhor análise do tema a ser abordado faz-se necessário, à priori, nos aventurarmos pelas veredas da filosofia, onde poderemos fixar desde já algumas premissas que regerão as ideias lançadas neste modesto trabalho. Vale dizer, no entanto, que não temos aqui a pretensão de nos aprofundarmos nos complexos paradigmas que permeiam todo o campo da filosofia, o que objetivamos nesta seção é nos posicionar sobre alguns aspectos filosóficos cruciais para a melhor elucidação dos pensamentos e conclusões encontrados neste trabalho.

A importância da filosofia foi muito bem esclarecida por Ernildo Stein⁵, ao afirmar que:

A filosofia, enquanto busca de fundamentos e instauração de pressupostos, não se perde num fixismo objetivista, porque é um esforço crítico. Ela é o

⁵ STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005, p. 18.

esforço constante de regresso crítico aos fundamentos. Isso quer dizer que filosofia é a busca das condições de possibilidade do real. A filosofia é a luta constante contra as evidências ingênuas. Seu sentido analítico-crítico – que persegue as condições de possibilidade – determina-lhe tematicamente uma área própria. Dá-lhe também, assim, sua importância universal.

Como se verá ao longo do trabalho, tentar-se-á, em um verdadeiro esforço crítico, retomar alguns pontos sobre a disciplina da prova emprestada e da teoria geral das provas, que faz tempo parecem ter sido enterrados por uma quase inquestionável posição tomada, se não por todos, pela maioria dos juristas.

Não desprezamos aqui o posicionamento adotado por essa vasta doutrina, que compreende renomados autores como Ada Pellegrini Grinover, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr.⁶. Mas acreditamos no necessário despertar desse tema que já há muito resta adormecido, para nos enveredarmos, assim, nas palavras de Ernildo Stein, num “esforço constante de regresso crítico aos fundamentos”, tendo em vista que, como ensinado por Paulo de Barros Carvalho⁷, “a consistência do saber científico depende do *quantum* de retroversão que o agente realize na estratégia de seu percurso”.

Pois bem, feitas as devidas considerações, esclarecemos desde já o insigne papel exercido pela linguagem no âmbito do direito. Retornemos rapidamente à metafísica aristotélica e perceberemos a sua forte influência até os dias atuais nos mais diversos ramos do direito. Ernst Tugendhat⁸, inclusive, chegou a afirmar que Aristóteles levou a filosofia ocidental para um beco sem saída. E como a filosofia repercute sobre as investigações científicas, a ciência do direito encontra-se ainda

⁶ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, p. 60-67, out./dez. 1993; TALAMINI, Eduardo. Prova Emprestanda no Processo Civil e Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 140, p. 145-162, out./dez. 1998; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v. 2. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 03.

⁸ TUGENDHAT, Ernst, apud STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 155. Segundo o autor: “Tugendhat, por exemplo, diz que Aristóteles levou a filosofia ocidental para um beco sem saída do qual nos tentaram tirar, ao mesmo tempo, a filosofia analítico-linguística e a ontologia fundamental de Heidegger. À pergunta: que beco sem saída é este?, Ernildo Stein responderá, com a propriedade de sempre: ‘Este beco sem saída se chama metafísica. Tanto a filosofia analítico-linguística, quanto Heidegger, há mais de cinquenta anos, criticam a metafísica porque ela é objetivadora do ser em lugar de perceber o ser numa dimensão puramente lógico-semântica ou formal-semântica. A metafísica é basicamente, se pensarmos a coisa mais profundamente, o nome para um pensamento objetivador que não tem percepção da diferença entre objeto e significado”.

hoje, por vezes, atrelada a essa herança clássico-medieval. Decerto esse é um problema latente, não é difícil nos depararmos com expressões jurídicas que parecem pretender uma objetivação dos seus institutos, como se estes tivessem uma essência absoluta e imodificável, a qual o jurista deve sempre perseguir, quase como uma “verdade real” intrínseca ao objeto (vide a incansável busca por aquilo que se denomina “natureza jurídica”).

Neste contexto, é imprescindível aclararmos a equivocada ligação feita entre palavras e objetos. Segundo o renomado professor Tárek Moysés Moussallem⁹ a clara distinção entre palavras e coisas é um produto tardio do espírito humano, o qual durante anos acreditou que as palavras emergiam da essência do objeto. Todavia, a independência da linguagem foi gradativamente sendo alcançada, frente ao giro linguístico, com o surgimento da filosofia da linguagem. Notou-se que os signos nada mais são que convenções pactuadas pelos homens para representar o mundo físico. Os sentidos, então, não são inerentes às coisas, mas o próprio sujeito cognoscente é quem atribui tais sentidos ao objeto. Nesta toada, Lenio Luiz Streck¹⁰ analisa o surgimento, ainda na modernidade, de um sujeito consciente de si e de sua capacidade pensante, conforme a teoria do conhecimento:

Já o sujeito – da relação sujeito-objeto – é uma invenção moderna. A partir de Descartes, tem-se que os sentidos, se antes estavam nas coisas (porque estas tinham uma essência), agora passam a estar na consciência. Vale dizer, a filosofia cartesiana transfere a substância aristotélica que se colocava na natureza e naquilo que, diante da constante modificação, permanece inalterado, para a certeza de si do pensamento pensante (cogito). Todas as afirmações e dogmas da tradição foram colocados em dúvida pelo cartesianismo, até que essa dúvida encontrou qualquer coisa que já não podia ser posta em dúvida: enquanto se duvida, não se pode duvidar que aquele que duvida ele próprio existe e que tem que existir para que possa duvidar. Na medida em que duvido, portanto, eu sou. O eu é aquilo que não pode ser colocado em dúvida. Desse modo, antes da teoria acerca do mundo (esse sim, objeto da dúvida), deve colocar-se a teoria acerca do sujeito. Daqui em diante a teoria do conhecimento é o fundamento da filosofia, o que a torna moderna, distinguindo-a da medieval.

A metafísica aristotélica, assim, associada à incansável busca pela essência das coisas, é superada.¹¹ Com o surgimento de um ser consciente de sua capacidade de

⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. op. cit., p. 25, nota 02.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. O “**decido conforme a consciência**” dá segurança a alguém? Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

¹¹ Conforme Ernildo Steirn (op. cit., p. 51, nota 05): “Wittgenstein diz, em seu Tractatus, que ‘toda filosofia é crítica da linguagem’ e podemos completá-lo: e não metafísica. As afirmações metafísicas não são nem proposições elementares sobre o mundo, nem proposições lógicas, isto é, tautologias.

pensar nota-se que é o sujeito que atribui sentido ao objeto, ao que a filosofia da linguagem acrescenta: esse atribuir de sentidos se dá através da linguagem.

Após o giro linguístico as investigações filosóficas deixaram de estudar a própria coisa em si para analisar a linguagem, tomando-a como o pressuposto *sine qua non* do conhecimento humano.¹²

A linguagem é um sistema de símbolos¹³ que permite a comunicação inter-humana, por meio da qual a cultura se manifesta. Nesta toada, o mundo é apresentado ao homem como um emaranhado de camadas linguísticas. Existe, claro, um “mundo natural” onde os acontecimentos físicos ocorrem, mas o ser humano, com todo o seu poder de simbolização, inserido está também num “mundo cultural”, linguisticamente constituído. Que o morango é vermelho, que “vermelho” é uma cor, que “cor” se relaciona a um feixe de fótons... Todas essas assertivas só são possíveis por meio da linguagem.¹⁴ Neste sentido, como bem explica Tárek Moysés Moussallem¹⁵:

Também é certo que os acontecimentos físicos exaurem-se no tempo e no espaço. O homem só consegue (re) construir ditos eventos por meio da linguagem. Os eventos não provam nada, simplesmente porque não falam. Sempre uma linguagem deverá resgatá-los para que eles efetivamente existam no universo humano.

As proposições metafísicas não tem sentido, são falsas aplicações da linguagem. Nelas se manipulam sinais (palavras) aos quais não se atribui significado. Que, aliás, não podem tê-lo”.

¹² De acordo com Tárek Moysés Moussallem (op. cit., p. 41, nota 02): “Não há homem sem cultura e não há cultura sem linguagem, logo não há homem nem objeto sem linguagem. Não há objeto, pois o sujeito faz-ser o objeto linguisticamente. Isto corrobora a afirmação feita alhures de que o homem é linguagem”.

¹³ Segundo Jonh Hospers (**Introducción al análisis filosófico**. Buenos Aires: Macchi, 1964, p.10-11): “El más complicado de todos los sistemas de símbolos es el *lenguaje*. Es a causa del lenguaje que estamos discutiendo ahora acerca de los símbolos. Las palabras son símbolos y toda lengua (inglés, francés, sânscrito, etc.) es um sistema de símbolos. En estos sistemas, todo símbolo representa algo porque hubo seres humanos que así lo dispusieron. Los seres humanos han creado ciertos ruidos y los han convertido en símbolos. De no haber habido gente que los hiciera representar cosas del mundo, habrían sido meros ruidos y no palabras. Se há hecho que ruidos diferentes representen cosas diferentes y luego una gran cantidad de personas llegaron a usar esos ruidos de la misma manera. De este modo, las palabras, que comenzaron por ser símbolos arbitrários, se convirtieron en símbolos convencionales. Cuando les assigna significados, los ruidos se convierten em palabras: el ruído, por decirlo así, recebe el bantismo que hace él uma palabra”.

¹⁴ Neste sentido, Lenio Luiz Streck (op. cit., p. 178, nota 08) discorre que: “Isto porque é pela linguagem que, simbolizando, compreendo; logo, aquele real, que estava fora de meu mundo, compreendido através da linguagem, passa a ser realidade. Dizendo de outro modo: estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo”.

¹⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 27, nota 02.

Aqui vale uma explicação, quando se fala em linguagem como um sistema de símbolos que resgata/representa coisas, a palavra “coisas” está assim inserida num sentido amplo, não se limitando apenas às coisas físicas.¹⁶ Certamente a linguagem também representa objetos encontrados no mundo natural, tais como mesa, cadeira, árvore... Mas ela vai além, se elevando a tal grau de abstração que chega a representar também sentimentos, estados de espírito, ou até mesmo a criar coisas não existentes até então, os chamados “fatos institucionais”.

O direito é um belo exemplo de fato institucional: a linguagem não só o descreve, mas, antes mesmo de falar sobre ele, o cria. Diferente dos fatos brutos, que existem independentemente da linguagem, a existência do fato institucional está a ela vinculada.

Agora, não se pode acreditar que a linguagem e a realidade física são idênticas, pois em verdade essas não se tocam. Veja o próprio exemplo dos fatos institucionais: há muitas histórias fictícias sobre criaturas fabulosas (minotauro, centauro, fênix...), mas, embora representadas linguisticamente, sabemos que tais criaturas não se encontram no mundo real, não fazem parte da realidade física.

A linguagem é responsável por instaurar a realidade no homem, mas não por criá-la.¹⁷ Ao explicar sobre o aspecto de uma maçã, ao assinalar a cor verde da grama, o sujeito está apenas representando metaforicamente a realidade, todavia, tanto a maçã quanto a grama já existiam antes mesmo de serem capturadas por sua descrição.

Fortalecendo ainda mais esse entendimento, Catarina Gordiano Paes Henriques, em sua dissertação sobre as “falsas memórias” na coleta de depoimento testemunhal, aponta para os desvios que podem ocorrer nas lembranças da testemunha¹⁸, explicando que o relato dessas não toca a realidade física, pois¹⁹:

¹⁶ HOSPERS, John, op. cit., p. 11, nota 13.

¹⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moisés, op. cit., p. 06, nota 02.

¹⁸ Segundo a autora (HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes. **As práticas judiciais de produção de provas testemunhais**: o interrogatório como ritual de interação e as distorções da memória no processo penal. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2016, p. 17): “Esses desvios podem não fazer fielmente o percurso de volta para resgatar os registros do crime no passado, pois o passado ao tempo pertence. Carnelutti (1965) já dizia que a verdade está no todo, não na parte, e que o todo é demais para nós. A parte, no caso, o relato da testemunha, é singular, pequena demais para

Foi visto que a linguagem é a base da formação das memórias dos humanos. É a partir dela que traduzimos as experiências da vida e as transformamos em memórias. Da mesma forma, recuperamos essas memórias por meio da linguagem. Entretanto, tanto na vida quanto no processo penal, a memória dos acontecimentos não os trazem de volta: há apenas linguagem e interpretação. Em suma, 'há um passe de prestidigitação cerebral nisso; o cérebro converte a realidade em códigos e a evoca também através de códigos' [...] Ao converter a realidade num complexo código de sinais elétricos e bioquímicos, os neurônios traduzem. Na evocação, ao reverter essa informação para o meio que nos rodeia, os neurônios reconvertem sinais bioquímicos ou estruturais em elétricos, de maneira que novamente nossos sentidos e nossa consciência possam interpretá-la como pertencendo ao mundo real [...] E a cada tradução, seja na formação ou na evocação das memórias, podem ocorrer certas falhas, como perdas ou mudanças nas recordações. Além das muitas relações bioquímicas envolvidas na codificação, recodificação, evocação, o estado emocional pode intensificar tais falhas em diversos momentos da existência daquela memória. Isso porque o termo 'traduzir', além de significar 'verter em outro código', significa também 'transformar', tanto no sentido de modificar, quanto no sentido de esquecer, apagar. Já disse Izquierdo (2011, p 22), que 'a característica mais saliente da memória é justamente o esquecimento', pois 'a imensa maioria de tudo aquilo que aprendemos, de todas as inúmeras memórias que formamos na vida, se extingue ou se perde'.

Que fique claro: embora seja necessário aquisição de linguagem para se ter acesso aos fatos e às coisas, a descrição de tais eventos não os cria, pois a realidade física e a linguagem não são idênticas. Sobre este ponto, Tárek Moysés Moussallem faz interessante citação a John Searle, ao dizer que "obviamente, para que possamos fazer todas essas identificações, devemos ter uma linguagem, mas e daí? Os fatos existem totalmente independentes da linguagem".²⁰

A linguagem, como se vê, é inevitável. O ser humano é inserido num mundo plasmado por ela, nasce em meio a vários símbolos já pré-constituídos e aceitos pela sociedade, e passa a ter conhecimento sobre as coisas na medida em que vai apreendendo a sua linguagem. Daí a feliz a afirmação feita por Ludwig Wittgenstein²¹, em seu célebre *Tractatus Logico-Philosophicus*, "os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo".

Por derradeiro, o conhecimento pressupõe a aquisição de linguagem. É necessário que o sujeito cognoscente ultrapasse a mera percepção para que haja

representar um todo que é demais para nós; é pequena demais para trazer aos autos um crime que ocorreu, exatamente da forma como ocorreu no passado, que ao tempo pertence".

¹⁹ HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes. op. cit., p. 20-21, nota 18.

²⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 07-08, nota 02.

²¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-philosophicus**. Disponível em: <<<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/tractatus-logico-philosophicus.pdf>>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

conhecimento.²²⁻²³ Uma pessoa pode, por exemplo, perceber por meio de seu sistema sensorial a cor, a textura, o cheiro, o gosto do morango, mas só isso não é suficiente para que se tenha adquirido o conhecimento sobre aquele objeto. É preciso absorver também a sua linguagem, compreender (mesmo que vagamente) o significado da palavra “morango”, “fruta”, “vermelho”, “pequeno”, “grande”, “doce”, “azedo”, etc. É necessário linguagem para que se possa distinguir aquele alimento (morango) dos outros diversos objetos encontrados no mundo.²⁴ Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho²⁵ notavelmente expõe que “já existe um *quantum* de conhecimento no ato de percepção, mas o conhecimento mesmo atinge sua plenitude quando aquele conteúdo se torna alvo de modalidades do pensamento (juízo)”. Ao que podemos acrescentar expressivo trecho de Tárek Moysés Moussallem²⁶:

De acordo com o ‘giro linguístico’, a experiência, além de só se tornar possível por causa da linguagem, resta condicionada pela própria linguagem. A palavra não é só a materialização do pensamento, é o próprio pensamento.

Ora, o ser humano habita um mundo cultural, vive num universo de significações. Assim, o homem não apreende a coisa tal como ela é, mas tal como a sua linguagem a demonstra. O conhecimento, desta forma, não pode ser visto como uma relação direta entre sujeito e objeto, pois haverá sempre a interposição de um plano linguístico.

Não há como fugir da linguagem, sempre que pensamos ou definimos algo nos utilizamos dela, uma palavra se explica por outra palavra e assim por diante, daí se falar em “níveis” ou “hierarquia” de linguagem. Distinguem-se aqui a linguagem-

²² MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 29, nota 02.

²³ Fabiana Del Padre Tomé (op. cit., p. 03, nota 03) pontifica brilhantemente que: “Quaisquer porções do nosso meio-envolvente que não sejam formadas especificamente pela linguagem permanecerão no campo das meras sensações, e, se não forem objetivadas no âmbito das interações sociais, acabarão por dissolver-se no fluxo temporal da consciência, não caracterizando o conhecimento, na sua forma plena”.

²⁴ Conforme Paulo de Barros Carvalho (op. cit., p. 07, nota 07): “O ‘mundo da vida’, com as alterações ocorridas no campo das experiências tangíveis, é submetido à nossa intuição sensível, naquele ‘caos de sensações’ a que se referiu Kant. O que sucede neste domínio e não é recolhido pela linguagem social não ingressa no plano por nós chamado de ‘realidade’ e, ao mesmo tempo, tudo que dele faz parte encontra sua forma de expressão nas organizações linguísticas com que nos comunicamos; exatamente porque todo o conhecimento é redutor de dificuldades, reduzir as complexidades do objeto da experiência é uma necessidade inafastável para se obter o próprio conhecimento”.

²⁵ Ibid., p. 11.

²⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 29, nota 02.

objeto (aquela da qual se fala) da metalinguagem (aquela empregada para falar da linguagem-objeto).²⁷ O livro “Dom Quixote”, por exemplo, constitui linguagem-objeto, ao passo que, ao se descrever, explicar, comentar tal obra, estar-se-á utilizando de metalinguagem em relação a essa.

Observa-se que a metalinguagem é posição relativa, tendo em vista que essa hierarquia da linguagem poder ir ao infinito, jamais ocorrendo uma última linguagem, insuscetível de transformar-se em linguagem-objeto. Contudo, há, certamente, algumas linguagens que nunca deixarão de ser linguagem-objeto, pois apenas apontam para as coisas, e não para outra linguagem.

Um exemplo de níveis de linguagem bastante pertinente é a relação entre o direito positivo e a ciência do direito: o primeiro, encontrado nas normas válidas, prescreve condutas; enquanto o segundo vem apenas descrever e falar sobre o direito positivo. Nota-se que o direito positivo é sempre linguagem-objeto, pois aponta para fatos e condutas intersubjetivas, e não para entidades extralinguísticas. Já as ciências jurídicas são metalinguagem (em relação ao direito positivo), mas também podem ser linguagem-objeto (quando, por exemplo, a filosofia a analisa).²⁸

Assim, como se vê, a ciência do direito, ao interpretar o direito positivo, ocupa uma posição de metalinguagem em relação a este, estando ambos, então, em planos linguísticos diferentes, razão pela qual a ciência do direito, ao descrever o direito positivo, não o altera.

Agora, posto que a ciência é uma espécie de conhecimento, e não há conhecimento sem linguagem, para que se possa estudar cientificamente o direito, é imprescindível

²⁷ Cf. GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1993, p. 26.

²⁸ Por oportuno, Paulo de Barros Carvalho (**Curso de direito tributário**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 03) esclarece que o discurso da Ciência do Direito é “eminentemente descritivo, fala de seu objeto – o direito positivo – que, por sua vez, também se apresenta como um estrato de linguagem, porém de cunho prescritivo. Reside exatamente aqui uma diferença substancial: o direito posto é uma linguagem *prescritiva* (prescreve comportamentos), enquanto a Ciência do Direito é um discurso *descritivo* (descreve normas jurídicas) [...] Tomada com relação ao direito positivo, a Ciência do Direito é uma sobrelinguagem ou linguagem de sobrenível. Está acima da linguagem do direito positivo, pois discorre sobre ela, transmitindo notícias de sua compostura como sistema empírico”.

que se entenda a diferença entre os tipos de linguagem, principalmente no que concerne a linguagem científica e a linguagem comum.²⁹

A fim de melhor organizar o presente estudo foram inseridas logo adiante algumas subseções, nas quais destacaremos o que se entende por “triângulo semiótico”, “vícios de linguagem”, “ambiguidade”, “vagueza” e “corte metodológico”, como suporte para compreendermos melhor a linguagem a ser utilizada no conhecimento científico. Acrescentamos ainda outras subseções de suma importância para o desenrolar deste trabalho, onde analisaremos com cautela o ato de classificar e definir os conceitos.

1.1.1 O triângulo semiótico e os vícios da linguagem

O falar em linguagem remete-nos rapidamente à ideia de *signo*, como unidade elementar do processo de comunicação, que possui status lógico de relação dentro do sistema comunicacional. A relação sónica possui três componentes, razão pela qual comumente se denomina “triângulo semiótico”. Nela se relacionam *suporte físico*, *significado* e *significação*.³⁰

O suporte físico é a parte material do signo, é um dado apreendido pelos nossos sentidos, por meio do qual a palavra é falada, escrita, gesticulada (as cordas vocais produzindo ondas sonoras, o depósito de tinta no papel ou na lousa...), o qual se refere a algo que está no mundo (concreto, imaginário, passado, atual, futuro), chamado significado, identificado como a ideia individualizada do objeto a que se faz referência. Já a significação, por sua vez, é a ideia geral do objeto referido, a noção suscitada em nossa mente frente a essa representação linguística.³¹

Elucidando melhor essa relação tríade passa-se ao seguinte exemplo: ao escrever a palavra “chocolate” em uma folha, o suporte físico será o depósito de tinta no papel,

²⁹ Como bem assevera Tárek Moysés Moussallem (op. cit., p. 40, nota 02): “[...] não há conhecimento sem a linguagem. Sendo a ciência uma das espécies de conhecimento, não há que se falar em ciência sem linguagem”.

³⁰ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 37; TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 40, nota 03; CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., 33-34, nota 07.

³¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz de, op. cit., p. 37, nota 28; TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 40, nota 03; CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., 33-34, nota 07.

o significado será o objeto a que a palavra faz referência (o alimento designado), e a significação é aquilo que vem à mente ao se pensar em tal coisa, sendo variável de pessoa para pessoa, de acordo com os valores inerentes a cada um.

Vale frisar que ao se falar que o significado é o “objeto a que a palavra faz referência”, deve-se ter em mente o emprego da palavra “objeto” não como a coisa em si, mas como a coisa representada pelo signo. Sobre este tema Fabia Del Padre Tomé³², retomando ensinamentos dados pela semiótica, traça a seguinte distinção:

A situação *supra* é mais bem compreendida se tivermos em mente a distinção entre objeto imediato e objeto dinâmico traçada pela semiótica: o primeiro é o objeto tal como representado no signo; o segundo, o objeto que está fora do signo, determinando-o. Tendo em vista que o objeto dinâmico é infinito e irrepitível, cada objeto imediato representa apenas alguns de seus caracteres, jamais havendo possibilidade de completa identificação entre ambos.

Como já explicado alhures, o real só pode ser metafórica e parcialmente representado, pois a linguagem e a realidade física não se tocam. Dessa forma, um signo sempre remete a outro signo, numa infindável cadeia decorrente da sua própria incompletude, nunca atingindo o objeto significado.

Por isso, vale destacar que, sendo o signo uma relação entre suporte físico, significado e significação, todos esses elementos estão intimamente ligados, de modo que um influi diretamente no outro. Assim, todo suporte físico suscita uma interpretação (significação), a qual constitui uma realidade como seu significado, realidade essa que, por sua vez, constituída linguisticamente, materializa-se num suporte físico, do qual se origina uma nova significação, numa semiose sem fim.

Ocorre que essa relação sîgnica encontrada no seio da linguagem pode portar imperfeições. Destacamos, para fins deste estudo, dois dos principais vícios linguísticos: a ambiguidade e a vagueza.

De acordo com Fabiana Del Padre Tomé³³ “toda palavra é vaga e potencialmente ambígua”. Verifica-se, desde então, a pertinência desses dois vícios em todos os tipos de linguagem, seja a ordinária ou a científica. Todavia, como será demonstrado, o conhecimento científico tenta a todo tempo diminuir esse grau de imprecisão encontrado na linguagem.

³² TOMÉ, Fabiana Del Pade, op. cit., p. 75, nota 03.

³³ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 67, nota 03.

A ambiguidade (ou polissemia) ocorre quando uma palavra possui mais de um significado. É certamente um dos vícios mais falazes da linguagem, pois, ao se utilizar uma palavra ambígua, muitas vezes oscilamos de um dos significados para o outro sem nos darmos conta.

Há, contudo, duas formas de contornar o problema da ambiguidade: (1) criando um novo signo para designar um de seus significados; (2) especificando, ao se utilizar a palavra ambígua, em qual sentido ela está sendo empregada.³⁴

A vagueza, por sua vez, se apresenta como a falta de precisão do significado de uma palavra. Uma palavra é vaga na medida em que existam casos (reais ou imaginários) nos quais a sua aplicação se torna duvidosa. Adotando-se esse entendimento é fácil notar que toda palavra é vaga em alguma medida, pois sempre haverá um caso no qual a sua utilização poderá ser posta em dúvida.³⁵

Existem, é claro, casos em que evidentemente podemos aplicar uma determinada palavra, assim como há uma infinidade de casos em que certamente não podemos aplicá-la. Contudo, entre esses dois campos de nitidez, há a chamada “zona de penumbra”, onde se encontra tudo aquilo que não sabemos ao certo se é ou não abarcado por aquele signo.

O signo “dançarino”, por exemplo, pode claramente denotar uma pessoa que trabalha e ganha seu sustento com a atividade de dançar, assim como em nada representa aquela pessoa que nunca praticou dança em toda a sua vida. Mas o que dizer, então, daquele que, embora não labore no campo da dança, tem essa arte como hobbie, estuda-a e pratica-a periodicamente, participando esporadicamente de apresentações e concursos? Nessa situação a palavra “dançarino” seria aplicável? Encontramos neste ponto, como se pode perceber, uma “zona de penumbra” decorrente da vagueza da palavra “dançarino”.

Embora dificilmente seja possível acabar com a vagueza das palavras, poder-se-á, conforme seja necessário, diminuir a sua zona de penumbra, conferindo ao signo maior precisão, mediante uma decisão linguística adicional.³⁶ Retomando o exemplo acima, poderíamos decidir que a palavra “dançarino” apenas seria empregada

³⁴ HOSPERS, John, op. cit., p. 32, nota 13.

³⁵ GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, op. cit., p. 49, nota 25.

³⁶ Ibid., p. 48.

àqueles que fazem da dança a sua profissão, excluindo assim todas as pessoas que, mesmo se dedicando a essa arte, não trabalham nesse meio. Ao atribuir mais essa característica definitiva ao conceito do signo “dançarino”, estaríamos conferindo-lhe maior precisão e diminuindo a sua zona de penumbra.

1.1.2 A linguagem científica e o corte metodológico

Feitas essas observações, retomemos então a diferença entre linguagem comum (ou ordinária) e linguagem científica. A linguagem comum é a utilizada no dia-a-dia, nela há diversas imperfeições, pois não exige grande rigorismo para ser empregada. A linguagem científica, por sua vez, é aquela que, ao se aproximar de seu objeto de estudo, procura, a todo momento, tentar eliminar os vícios linguísticos encontrados na linguagem ordinária.³⁷

Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani e Ricardo Guarinoni ilustram de forma interessante a prescindibilidade em se precisar com exatidão as palavras utilizadas na linguagem comum. Chegam, inclusive, a questionar se a vagueza é um defeito da linguagem ou se é uma de suas virtudes, tendo em vista que no cotidiano ela se torna bem útil.³⁸

Aqui fazemos um pequeno esclarecimento, além da linguagem ordinária e da científica, falam-se também em outros dois tipos de linguagem: a técnica, e a lógica. A linguagem técnica é aquela que, embora se assente no discurso natural, aproveita diversas expressões pertinentes ao domínio das ciências, motivo pelo qual Ricardo

³⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 53, nota 02.

³⁸ Neste perspectiva, vale a pena conferir Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani e Ricardo Guarinoni (op. cit., p. 52, nota 25): “Y en cuanto a la vaguedad, cabría incluso preguntarse si se trata de un defecto del lenguaje, o de una de sus virtudes. Supongamos que citamos a un amigo en la esquina Suipacha y Tucumán, y nos pregunta a *cuál* de las cuatro esquinas nos referimos. Algo sorprendidos, aclaramos: ‘en la esquina sudeste’. Entonces nos pregunta cuales son los limites de lo que entendemos por esquina, y no explica que, dado que los ángulos de las aceras son redondeados, la proyección exacta del cordón della acerca de Suipacha en su intersección com la proyección del cordón de Tucumán queda sobre la calzada. Senalamos que puede esperarnos sobre la acera, e insiste: ‘¿A que distancia del centro de la ochava, sobre la linea diagonal de la manzana?’. El juego puede prolongarse indefinidamente, hasta que una de las preguntas de nuestro amigo sea respondida con inamistosa referencia à sus antepassados. ¿En que punto habría cortado el diálogo el lector? [...] Pues bien, ese es el punto en que la mayor precisión exigida por nuestro amigo resultaba intolerablemente innecesaria. Cuando se trata de encontrarse en una esquina, no hace falta establecer con tanta minuciosidad el lugar de la cita [...] En casos así, pues, es *mejor* que nuestro lenguaje sea algo impreciso”.

Guibourg, Alejandro Ghigliani e Ricardo Guarinon³⁹ a definem como uma “linguagem natural com termos técnicos”. Um ótimo exemplo de linguagem técnica são as bulas de remédio ou, levando em consideração o direito, os códigos.⁴⁰ Já a linguagem lógica ou formalizada advém da necessidade de eliminarem-se os termos das linguagens idiomáticas, prescindindo de suas significações para que se preste maior atenção aos símbolos elencados, símbolos esses que são expressos em fórmulas, tal como na álgebra.⁴¹

Quanto à linguagem científica, esta é bastante rigorosa, visto que procura estabelecer com maior nitidez o significado dos signos por ela utilizados. O cientista sempre tenta livrar-se (o quanto possível) das falácias constantes na linguagem ordinária. Isso só é plausível porque o conhecimento científico fixa-se em um único objeto a fim de analisá-lo profundamente, mediante corte metodológico. Como bem esclarecem Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani e Ricardo Guarinoni⁴²:

Às vezes, por certo, que a precisão da linguagem natural não é suficiente, porque queremos aprofundar algum aspecto da realidade que vai além do cotidiano. Isto é o que normalmente ocorre com a ciência [...] Quando a ambiguidade e a vagueza se tornam obstáculos para o grau de precisão que requer o conhecimento especializado, é necessária a introdução de palavras ou expressões (ou símbolos, no caso linguagem formal) cuja acuidade semântica assemelha-se mais à ponta do bisturi que a do machado. As palavras que usamos podem ser completamente novas, como também podem ser palavras antigas convenientemente apuradas. Tanto a introdução de um novo vocábulo, como o aperfeiçoamento de um já conhecido, requerem um procedimento intelectual de grande importância: a definição.

³⁹ Ibid., p. 22.

⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros (op. cit., p. 58, nota 07): “Quanto ao direito positivo, aqui considerado na sua mais alta extensão, seja a linguagem do legislador das normas gerais e abstratas, seja aquela das normas individuais e concretas, ambas se enquadram no tipo de linguagem técnica. As regras emanadas do Poder Legislativo, em razão de sua compostura heterogênea, decorrência da representatividade política, revela presença menor de termos com acepção precisa e predominância incontestável do linguajar comum. Já as normas individuais e concretas [...] jamais poderia adquirir foro de discurso científico, por não ser descritiva de objetos e sim prescritiva de comportamentos intersubjetivos”.

⁴¹ GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, op. cit., p. 22, nota 25; CARVALHO, Paulo de Barro, op. cit., p. 63, nota 07.

⁴² “Hay ocasiones, por certo, en que la precisión del lenguaje natural *no resulta* suficiente, porque deseamos profundizar algún aspecto de la realidad que va más allá de lo cotidiano. Esto es lo que ocurre normalmente con las ciencias [...] Allí donde la ambiguidade y la vaguedad se convierten en escollos para el grado de precisión que un conocimiento especializado requiere, se hace necesario introducir vocablos o expresiones (o símbolos, en el caso del lenguaje formal) cuya agudeza semântica se asemeje más al filo del bisturi que al del hacha. Las palabras que usemos pueden ser totalmente nuevas, o bien algunas de las antiguas convenientemente afiladas. Tanto la introducción de un nuevo vocabulo como el afilado de uno ya conocido, requieren un procedimiento intelectual de la mayor importancia: la definición” (GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, op. cit., p. 53, nota 25, tradução nossa).

O exame minucioso de certo aspecto da realidade propicia o surgimento de uma linguagem mais apurada, a linguagem científica. Nesse sentido, o conhecimento científico pressupõe a delimitação do seu objeto de estudo, pois, caso contrário, o sujeito cognoscente não teria como se aprofundar em suas análises.

O corte metodológico está consubstanciado exatamente na escolha pelo sujeito sobre a linguagem do objeto a ser examinado. Daí se falar na imprescindibilidade do corte metodológico para o conhecimento científico, visto que sem ele o cientista estaria submetido a um estudo de tudo em um regresso *ad infinitum*, sem qualquer limite à sua investigação.⁴³

O corte metodológico delinea a linguagem do objeto de estudo a ser utilizada em cada ciência. Por meio de um *processo de abstração* o sujeito cognoscente escolhe arbitrariamente, dentro do campo linguístico, qual será o objeto de sua investigação que comporá o núcleo rígido de seu conhecimento especializado.

O homem, através da linguagem, interpreta o real, e é exatamente por meio da interpretação dos fatos que o homem aduz, por exemplo, que a História do Brasil começou em 1500, ao ser descoberto pelos portugueses. O sujeito cognoscente poderia ter abarcado no estudo da História do Brasil a época anterior à sua descoberta e colonização pelos portugueses, mas, todavia, decidiu de forma arbitrária e irrefutável que o estudo da História Brasileira começaria em 1500, impondo aí um corte metodológico às suas inquirições científicas.

Logo, percebe-se que a linguagem científica é um discurso artificial, porquanto, como bem explica Paulo de Barros Carvalho, origina-se na linguagem comum, mas passa por um processo de depuração “em que se substituem as locuções carregadas de imprecisão significativa por termos na medida do possível unívocos e suficientemente aptos para indicar, com exatidão, os fenômenos descritos”.⁴⁴

Tema muito caro ao estudo científico diz respeito ao procedimento intelectual de definição e classificação, tendo em vista que, como já dito alhures, a linguagem científica procura sempre explicar da forma mais precisa possível os conceitos de

⁴³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 34, nota 02.

⁴⁴ CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 59, nota 07.

que trata. Por esse motivo passa-se, então, ao estudo das palavras de classe e suas características definitórias.

1.1.3 O ato intelectual de definir conceitos e classificar objetos

Inicialmente destaca-se a diferença entre *nome próprio* e *palavra de classe*. Quando o sujeito cognoscente nomeia um objeto individual específico, estar-se-á diante de um *nome próprio*. Assim, um nome próprio é um substantivo que designa algo de forma singular, a exemplo do nome atribuído a uma pessoa ou a um animal de estimação.

No entanto, há no mundo uma infinidade tão grande de objetos que não seria possível (nem útil) dar nomes próprios a cada um deles. Muitas vezes é necessário nomear os objetos por meio de *palavras de classe*, agrupando-os em categorias e estabelecendo critérios para sua aplicação: só pertencerá a determinada classe aquilo que reúna todas as condições elencadas para tanto.⁴⁵

Dessa forma, utilizamos a palavra “mulher” para designar todo ser humano do sexo feminino, “gato” para representar felinos em geral, “relógio” para indicar todo aparelho que serve para marcar o tempo, e assim por diante. Essas são palavras de classe, que podem ser aplicadas a tudo aquilo que reunir suas características definitórias.

Mais adiante serão feitos alguns apontamentos sobre a definição do conceito de uma palavra de classe. Agora, no entanto, basta dizer que o sujeito cognoscente pode escolher dentre as diversas características apresentadas pelos mais variados objetos uma (ou algumas) que servirão de parâmetro para agrupar coisas particulares diferentes e colocar-lhes um mesmo rótulo.⁴⁶⁻⁴⁷

⁴⁵ GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, op. cit., p. 38, nota 25.

⁴⁶ “La solución de la dificultad es la siguiente: Disponemos de una base para agrupar cosas particulares muy diferentes (individuos) y colocarles el mismo rótulo (palabra) a todas ellas. Esta base es siempre alguna semejanza entre esas cosas diferentes, a alguna característica, o grupo de características, que todas tienen en común y en virtud de la cual aplicamos la misma palabra a todas ellas” (HOSPERS, John, op. cit., p. 24-25, nota 13).

⁴⁷ Tárek Moysés Moussallem discorre que (op. cit., p. 65, nota 02): “O ato de classificar é uma operação lógica de subsunção que o homem realiza da seguinte forma: uma palavra ‘x’ pertence a uma determinada palavra da classe ‘y’ se aquela satisfizer os critérios de uso dessa [...] Assim o

O ato de classificar é, como se pode notar, um ato intelectual mediante o qual o sujeito escolhe certas características, que lhe parecem mais importantes, como referência para classificar as coisas.

Vemos assim que as classificações não são encontradas na natureza já pré-constituída, mas, em verdade, são criação humana (e linguística). O ser humano cria classificações segundo suas necessidades. É claro que essas classificações se dão por meio da observação das características comuns pertinentes a certos objetos, todavia, é o sujeito que escolhe, dentre as infinitas opções encontradas a seu dispor, o critério que melhor lhe aprouver para classificar as coisas. Nas palavras de John Hospers⁴⁸:

Há classes na natureza ou são todas feitas pelo homem? Como ocorre frequentemente a resposta depende do significado da pergunta. As classes estão na natureza no sentido de que as *características* comuns se encontram nela, à espera (por assim dizer) de que se convertam na base de uma classificação. Por outro lado, as classes são feitas pelo homem no sentido de que o ato de classificar é obra dos seres humanos, e depende de seus interesses e de suas necessidades. De maneira igualmente válida poderíamos fazer classificações muito diferentes das que fizemos, mediante a seleção, dentro do infinito depósito da natureza, de grupos *diferentes* de características comuns (como bases de classificação).

Claro fica que, ao usarmos palavras de classe, ou seja, ao empregarmos uma só palavra para designar diversos objetos singulares, exaltamos com isso suas semelhanças e escondemos (em certa medida) suas diferenças. Aí está a vantagem e a desvantagem das classificações.⁴⁹

que faz um elemento pertencer a um conjunto é a relação de pertinência, ou seja, enquadrar-se ao critério de uso da palavra de classe”.

⁴⁸ “¿Hay clases en la naturaleza o son todas hechas por el hombre? Como ocurre a menudo, la respuesta depende del significado de la pregunta. Las clases en la naturaleza en el sentido de que las *características* comunes se encuentran en ella, a la espera (por decir así) de que se convierta en la base de una clasificación. Por otro lado, las clases están hechas por el hombre en el sentido de que el acto *de clasificar* es obra de los seres humanos, y depende de sus intereses y de sus necesidades. De manera igualmente válida podríamos hacer clasificaciones muy diferentes de las que hicimos, mediante la selección, dentro del infinito depósito de la naturaleza, de grupos *diferentes* de características comunes (como bases de clasificación)” (HOSPERS, John, op. cit., p. 29, nota 13, tradução nossa).

⁴⁹ John Hospers (ibid., p. 30) discorre sobre o assunto: “Si usamos el viejo nombre, recargaremos menos la memoria de otros al no tener que inducirlos a que aprendan una nueva palabra. Más importante que esto aún es que, al usar la misma palabra para ambos, llamaremos la atención a la semejanza entre la nueva clase y la vieja. Pero, al mismo tiempo, oscurecemos las diferencias entre las nuevas cosas y las viejas, pues hacemos creer a otras personas que es igual a la Antigua porque lleva el mismo nombre que ésta. Por otro lado, si usamos una nueva palabra destacaremos claramente las diferencias, pero también dificultaremos a los demás el conocimiento de las genuínas semejanzas entre ambas”.

Como bem assevera John Hospers⁵⁰ “o procedimento que adotamos em cada caso particular depende em grande medida do que consideramos mais importante, as semelhanças ou as diferenças”. Caso se queira destacar as diferenças de um objeto em particular, distinguindo-o de todo o resto, melhor será atribuir-lhe um nome próprio. Opostamente, se o objetivo é evidenciar as semelhanças existentes entre coisas diferentes, faz-se útil a criação de uma palavra de classe para denotar tais objetos.

Vale dizer que não há classificações verdadeiras ou falsas, mas apenas classificações úteis ou inúteis. O ser humano pode agrupar os objetos segundo as características que melhor lhe convir, não havendo por isso que se falar em verdade/falsidade das classificações, cabendo apenas questionar a sua utilidade.⁵¹

Assentadas essas premissas, é preciso ir além. Sabemos que as palavras de classe se encontram num sistema de referência onde o sujeito cognoscente adota certos critérios, selecionando algumas características comuns, para ordenar os objetos em grupos. Agora, pois, um novo problema nos apetece: como definir o conceito de uma palavra de classe? Como saber quais características fazem parte do critério de classificação daquela palavra?

Em nosso conhecimento comum frequentemente não sabemos como definir o conceito dos signos de que nos valem. A vagueza encontra-se arraigada na linguagem ordinária, que não se preocupa em dar maior precisão às expressões por ela utilizadas. Inicialmente temos em nossa mente um conceito não muito claro daquilo que se fala.⁵² Segundo John Hospers⁵³:

⁵⁰ “El procedimiento que adoptemos en cada caso particular depende en gran medida de que es lo que consideramos más importante, las semejanzas o las diferencias” (Ibid., p. 30).

⁵¹ GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, op. cit., p. 39-40, nota 25.

⁵² Consoante Tárek Moysés Moussallem (op. cit., p. 49, nota 02): “A pré-compreensão ou conceito *a priori*, no dizer de LOURIVAL VILANOVA, é condição para o conhecimento, o sujeito cognoscente dirige-se à linguagem da realidade social munido de uma noção provisória e incompleta da linguagem do objeto, encarregando-se de adquirir nova linguagem e obtendo, em consequência, conhecimento”.

⁵³ “Es cierto que assignamos significados a las palabras; se los damos, pues, de otro modo, serían meros ruidos. Pero, los significados que damos no son claros y definidos, pues sólo están destinados a servirnos para nuestros propósitos prácticos y, a veces, ni siquiera logran cumplir este cometido. Sabemos aproximadamente qué características tenemos en cuenta cuando atribuimos una designación a un cierto ruido, pero, por lo general, no sabemos *exatamente* cuales características consideramos esenciales y de cuales podemos prescindir. Cuando usamos una palabra, tenemos en la mente un grupo más bien indefinido de características y nos conformamos com esto”. (HOSPERS, John, op. cit., p. 55, nota 13).

É certo que atribuímos significados às palavras: se os damos, pois, de outro modo, seriam meros ruídos. Mas os significados que damos não são claros e definidos, pois só estão destinados a nos servir para nossos propósitos práticos e, as vezes, nem sequer logram cumprir esta tarefa. Sabemos aproximadamente que características temos em conto quando atribuímos uma designação a um certo ruído, mas, no geral, não sabemos *exatamente* quais características consideramos essenciais e de quais podemos prescindir. Quando usamos uma palavra temos em mente um grupo mais ou menos indefinido de características e nos conformamos com isso.

Ocorre que nem todas as características encontradas num objeto fazem parte de sua definição. Frequentemente se distinguem as características em concomitantes e definitórias: as primeiras seriam aquelas cuja presença ou ausência no objeto é irrelevante para que lhe outorguemos determinado nome. Já as características definitórias seriam aquelas imprescindíveis para a categorização de um objeto como pertencente a dada classe.⁵⁴

Advertem Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani e Ricardo Guarinoni que essa distinção entre características definitórias e concomitantes muitas vezes é descrita com descuido. Diz-se comumente que as características definitórias seriam aquelas que fazem com que algo seja uma coisa e não outra.⁵⁵ Essa interpretação, todavia, nos remete novamente a uma ideia essencialista pregada pela metafísica clássica.⁵⁶ Se ignora aqui que o ato de classificar é um ato intelectual humano, é uma decisão do sujeito cognoscente, não havendo, portanto, classificações falsas ou verdadeiras.

Dessa forma, as características definitórias não são as que fazem com que algo seja ou deixe de ser uma coisa (até porque as palavras são independentes das coisas mesmas), mas são aquelas características que nós, seres humanos, adotamos

⁵⁴ GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, op. cit., p. 46, nota 25.

⁵⁵ John Hospers parece adotar este entendimento (op. cit., p. 35, nota 13): “La prueba para saber si una certa característica es o no definitiva es siempre ésta: ¿se aplicarla la palabra a la cosa, si ésta careciera de esa característica? Si la respuesta es no, la característica es definitiva; si es sí, es simplemente concomitante”.

⁵⁶ Consoante Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani e Ricardo Guarinoni (op. cit., p. 46-47, nota 25): “Esta distinción es a menudo descrita de un modo poco cuidadoso: las características definitórias – se disse – son las que hacen que algo sea una cosa y no otra; por ejemplo, que sea un triángulo y no un cuadrado; las concomitantes son las que pueden estar o no estar presentes en el objeto. Esta interpretación despreocupada no sólo es errónea respecto de la tesis que analizamos; lleva además al pensamiento en una dirección completamente distinta [...] En efecto, lo que ‘hace que algo sea una cosa y no otra’ es designado a menudo como *esencia* de esa cosa (por oposición a sus *accidentes*); y esta concepción, hoy llamada *essentialista*, corresponde a la versión atenuada del idealismo platónico elaborado por Aristóteles para aproximarla a la experiencia cotidiana. Suponer que cada cosa tiene (o participa de) una esencia implica pensar que tales esencias son realidades cognoscibles (por cierta forma de iluminación em Platón, mediante la *inducción intelectual* en el aristotelismo), y no simples decisiones clasificatorias contenidas en el lenguaje. Esta tesis lleva a suponer que hay clasificaciones *verdaderas* (las que responden a las esencias *reales*)”.

como critério definidor de determinado signo. Afinal, como afirmado por John Hospers⁵⁷, as palavras “só tem tanto significado quanto lhes damos, nada mais”. Ressalte-se ainda genuína explicação dada por Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani e Ricardo Guarinoni⁵⁸:

Dentro da concepção que estamos seguindo, pois, conveniente ter presente que as características definitórias não são as que fazem que algo seja uma coisa e não outra, senão as que, ao fazerem-se presentes em um objeto, *nos movem* a chama-lo com certo nome segundo a classificação que temos escolhido e aceitado. E as concomitantes não são as que podem estar ou não estar presentes num objeto (todo objeto tem infinitas características concomitantes), senão aquelas que *nós* não tomamos em conta para a classificação do objeto.

Ora, uma característica não é definitória por si mesma, acreditar nisso indicaria a tomada de uma posição essencialista que revolveria à metafísica clássica. Desse modo, para que se possa saber se uma característica é definitória ou concomitante devemos analisá-la através de uma “introspecção, já que as classificações estão dentro de nós e não no objeto mesmo”.⁵⁹

Certamente, durante o ato de introspecção encontraremos várias pré-compreensões já firmadas em nossas mentes. O ser humano, conforme já dito, habita um mundo cultural linguístico, sendo-lhe imputados arbitrariamente vários conceitos que já existiam antes mesmo de nascer.⁶⁰ Nesta toada, Tárek Moysés Moussallem⁶¹ define o “conceito” como “uma metalinguagem, originária de uma pré-interpretação (linguagem), sob a qual o homem cria critérios de unidade e permanência nela coexistentes, a fim de tornar possível a distinção entre os X, e os Y, e entre os X, e os não-X”.

⁵⁷ “[...] sólo tienen tanto significado como les demos, no más” (HOSPERS, John, op. cit., p. 55, nota 13, tradução nossa).

⁵⁸ “Dentro de la concepción que estamos siguiendo, pues, conviene tener presente que las características definitorias no son las que hacen que algo sea una cosa y no otra, sino las que, de hallarse presentes en un objeto, *nos mueven* a llamarlo con cierto nombre según la clasificación que hemos escogido o aceptado. Y las concomitantes no son las que pueden estar o no estar presentes en un objeto (todo objeto tiene infinitas características concomitantes), sino aquellas que *nosotros* no tomamos en cuenta para la clasificación del objeto” (GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, op. cit., p. 47, nota 25, tradução nossa).

⁵⁹ “Como hemos descubrir, entonces, si una determinada característica es definitoria o concomitante? Ante todo, mediante la comprensión de que una característica no es definitoria por si misma, en forma absoluta o abstracta, sino en relacion com cierto nombre. Y luego, a través de la introspección, ya que las clasificaciones están dentro de nosotros y no en el objeto mismo” (Ibid., p. 47).

⁶⁰ “La agrupación de los objetos en clases – llamada clasificación – es um acto intelectual que en la mayoría de los casos cumplimos inadvertidamente, pues, como ya vimos, nos es inculcado junto con el lenguaje” (Ibid., p. 39).

⁶¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 51, nota 02.

Por fim, há ainda que se fazer uma singela observação: como já dito, as palavras representam coisas, mas, do mesmo modo, pudemos verificar que elas também exprimem características. Diferenciam-se então o seu aspecto denotativo do conotativo (ou designativo). A palavra “universidade”, por exemplo, *denota* a UFES, UFMG, PUC, UVV, ou seja, representa todas essas coisas singulares a que se podem aplicar essa palavra. Ao mesmo tempo, no entanto, a palavra “universidade” também *designa* um conjunto de características que uma coisa deve ter para que possa ser reconhecida como “universidade”.⁶²

Entre a denotação e a designação, esta última é considerada como a mais importante, tendo em vista que, caso conheçamos as características que conotam um signo, saberemos as condições de sua aplicabilidade e poderemos então inferir quais coisas particulares se encontram abrangidas por essa classe. O contrário, todavia, não ocorre: saber alguns exemplos de aplicação de uma palavra nem sempre nos permite conhecer as suas características definitórias.⁶³

1.1.4 Enunciado e enunciação

Linguisticamente constituído, o direito se apresenta na forma enunciativa, sendo, portanto, imperioso o estudo concernente ao que se entende por enunciado e enunciação. Enunciado é, segundo Eurico Marcos Diniz de Santi⁶⁴, “o modo expressional frásico, conjunto de palavras que, relacionadas, cumprem com o requisito de serem significativas”. Dessa forma, enunciado é uma combinação de palavras, mas não só, esse conjunto de signos deve ser ainda dotado de significado e construído de acordo com as regras gramaticais, permitindo a comunicação entre o sujeito emissor e o destinatário da mensagem.⁶⁵

Assentado esse conceito, não é difícil notar a formação enunciativa do direito positivo, afinal, os textos constitucionais e legais, as decisões judiciais, os atos administrativos consubstanciam-se em enunciados.

⁶² Cf. HOSPERS, John, op. cit., p. 33-34, nota 13.

⁶³ HOSPERS, John. **Op. cit.**, p. 34; GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, op. cit., p. 41-42, nota 25.

⁶⁴ SANTI, Eurico Marcos Diniz de, op. cit., p. 34, nota 28.

⁶⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 22, nota 02.

Os enunciados, exteriorizados num suporte físico, são percebidos pelo sujeito, que os associa a ideias e noções, formando um juízo (ou pensamento) em seu espírito. A essa construção de sentidos e significações denominamos proposição.⁶⁶⁻⁶⁷ Nesse sentido, diz-se que toda norma jurídica é uma proposição, pois, conforme explana Paulo de Barros Carvalho⁶⁸:

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. Vejo os símbolos linguísticos marcados no papel, bem como ouço a mensagem sonora que me é dirigida pelo emissor da ordem. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo ideias ou noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição.

Agora, para que existam enunciados, pressupõe-se produção humana, a execução de atos que coloquem a língua em funcionamento. Ao ato de produzir enunciados, denominamos “enunciação”.⁶⁹

Como evento que ocorre em determinado tempo e espaço, a enunciação é fugaz, motivo pelo qual o interlocutor, muitas vezes, não possui acesso direto a ela. A forma como se deu a enunciação, todavia, pode ser pressuposta pelo próprio enunciado, através de pistas deixadas no texto, tais como a assinatura de quem escreveu o documento, ou a indicação do local e data em que foi escrito.⁷⁰

O enunciado, assim, subdivide-se em *enunciado-enunciado* e *enunciação-enunciado*, este composto pelas marcas referentes ao ato de enunciação, aquele como a parte que trata mais propriamente da mensagem que se pretende comunicar.⁷¹

É assunto de grande relevância no estudo do direito positivo, tendo em vista que a produção normativa ocorre por meio de atos enunciativos, sendo inseridos em seus

⁶⁶ Consoante Eurico Marcos Diniz de Santi (op. cit., p. 35, p. 28): “Proposição é a significação do enunciado”. No mesmo sentido, cf. MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 77, nota 02.

⁶⁷ Sendo a proposição a construção mental do sentido atribuído ao enunciado, fica claro que um único texto pode originar várias significações diferentes, assim como textos diversos podem levar a uma mesma compreensão. As frases “Luana tem um vestido azul” e “O vestido azul pertence à Luana” podem compor a mesma proposição, enquanto o enunciado “A manga é verde” por si só pode levar a mais de uma interpretação.

⁶⁸ CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 08, nota 28.

⁶⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 22-23, nota 02.

⁷⁰ Ibid., p. 78-79.

⁷¹ Tárek Moysés Moussallem (Ibid., p. 80) identifica quatro projeções da enunciação nos enunciados normativos: (1) o órgão competente (atuante), (2) o espaço, (3) o tempo, (4) o procedimento (forma) previsto pelo ordenamento jurídico para a produção de suas unidades.

enunciados diversos elementos que permitam a reconstrução da atividade produtora (é o que ocorre, por exemplo, com os meios de prova que serão posteriormente estudados).

1.2 UNIDADE E AUTORREFERÊNCIA DO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO

O significado base do signo *sistema* é tido como um conjunto de elementos coordenados entre si, aglutinados perante uma referência determinada.⁷² Tárek Moysés Moussallem⁷³ acrescenta a essa ideia um caráter eminentemente linguístico, ao lembrar que esse agrupamento de elementos frente a uma referência eleita se dá por meio da linguagem, em uma estreita afinidade com o ato de classificação.

Nesta esteira, o renomado autor afirma que sistema “é uma palavra de classe e como tal é categoria lógica”.⁷⁴ Ora, como já estudado anteriormente, para que algo venha a pertencer à determinada classe é necessário que preencha os seus critérios de uso, a dizer: para que “x” faça parte do grupo “y” deve juntar todas as características definitórias de “y”, numa verdadeira relação de pertinência. Da mesma forma, para que um elemento venha a integrar um sistema, deve ele corresponder a todos os critérios estabelecidos, tendo em vista o sistema ser uma palavra de classe.

Vale trazer à baila as diferentes áreas da semiótica no estudo dos signos linguísticos: a sintaxe, que estuda a relação entre signos; a semântica, que analisa a relação signo-significado; e a pragmática, que atua no campo signo-utente.⁷⁵

Nota-se que o sistema (assim como toda palavra de classe) possui um fechamento sintático, isso é, não pode haver no seu interior uma contradição entre signos, tendo em vista que os elementos apenas poderão fazer parte do seu conjunto se satisfizerem seu critério de uso. Em termos lógicos, “x” só poderá ser classificado

⁷² CARVALHO, Paulo de Barros (op. cit., p. 131-132, nota 28) afirma que: “Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema”.

⁷³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 64, nota 02.

⁷⁴ Ibid., p. 64.

⁷⁵ SANTI, Eurico Marcos Diniz de, op. cit., p. 38, nota 28; CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 36, nota 07.

como “y” caso possua com ele uma relação de pertinência. Como bem assevera Tárek Moysés Moussallem⁷⁶ “não há como um elemento pertencer ‘parcialmente’ a um sistema (conjunto): ou pertence, ou não pertence”.

Dentro da ideia de sistema até então esboçada, Fabiana Del Padre Tomé explica que a sociedade é o sistema mais abrangente em que a linguagem se desenvolve, mas, dentro dessa rede de comunicações que é o sistema social, podemos identificar outros vários subsistemas, tais como a economia, a política, a religião, e o próprio direito.⁷⁷

Tanto o macrossistema da sociedade como os subsistemas não se comunicam diretamente entre si, pois fazem parte de jogos de linguagem diferentes. A mencionada autora⁷⁸, tomando como base a teoria de Niklas Luhmann, afirma o direito como um sistema comunicativo funcionalmente diferenciado, cuja função é a estabilização das expectativas normativas, sendo ele dotado de programas e códigos próprios, que permitem uma forma especial de abertura e fechamento com relação ao ambiente.

Daí se falar em autorreferência ou autopoiese do direito, pois o sistema normativo, como palavra de classe que é, possui evidente fechamento sintático, exigindo certos critérios para que nele ingressem novos elementos, por meio de operações sucedidas dentro do direito e para o direito, de forma que as mutações ocorridas o formem e o aperfeiçoem. Critérios esses que, segundo Fabiana Del Padre Tomé⁷⁹, valendo-se da teoria de Niklas Luhmann, estão consubstanciados no código binário (lícito/ilícito) e nos programas (normas jurídicas válidas) encontrados no interior do próprio sistema do direito positivo.⁸⁰

Fabiana Del Padre Tomé⁸¹ identifica a autopoiese com a característica de o sistema reproduzir “seus elementos valendo-se de seus próprios componentes, por meio de

⁷⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 66, nota 02.

⁷⁷ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 38-40, nota 03.

⁷⁸ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 41-42, nota 03.

⁷⁹ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 49, nota 03.

⁸⁰ “Daí se atribui caráter autopoietico ao sistema do direito positivo, quer dizer, fechado sintaticamente, que só se comunica com os demais subsistemas sociais quando ele mesmo determina.” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Op. cit.**, p. 74)

⁸¹ Ibid., nota 03.

operações internas”. Nessa linha de pensamento Tárek Moysés Moussallem⁸² aduz ser o direito positivo autorreferente “porque é o próprio sistema que constitui seus elementos, estruturas, processos e unidades (normas jurídicas), que permite à Dogmática Jurídica codificar a diferença a que se refere LUHMANN entre o jurídico e o não jurídico”.

Por seu turno, Rodrigo Reis Mazzei indica o ponto de convergência das teorias de Niklas Luhmann e Hans Kelsen, demonstrando que ambos, embora tenham percorrido caminhos diversos, acabam por concluir pela autorreferenciabilidade do direito.⁸³ Nas considerações finais de seu trabalho, o autor arremata: “é certo que determinado fato somente será relevante para o direito, ou seja, apto a gerar consequências jurídicas, se esse for revestido de linguagem jurídica (linguagem do direito positivo)”⁸⁴.

Assim, o direito positivo não admite a interferência de enunciados externos a ele sem que antes sejam processadas pelo próprio sistema do modo por ele prescrito. Entretanto, pode-se afirmar que, embora haja essa clausura operacional (fechamento sintática) no interior do sistema, este é semântica e pragmaticamente aberto. Segundo Tarék Moysés Moussallem⁸⁵:

O fechamento sintático não impede a necessária abertura semântica e pragmática do ordenamento jurídico. Pelo contrario, a clausura operacional é pressuposto da regulamentação jurídica da conduta humana [...] Assim, os fatores exteriores ao ordenamento jurídico somente nele ingressarão quando o sistema do direito positivo os captar. Esses elementos, uma vez metamorfoseados em jurídicos, manterão inevitável vínculo com a linguagem da realidade social (abertura semântica e pragmática).

O sistema normativo, como podemos verificar, não é totalmente independente do ambiente, mas com ele se relaciona, captando alguns de seus elementos, embora

⁸² MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 73, nota 02.

⁸³ Consoante Rodrigo Reis Mazzei (O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microsistemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade Autônoma de Direito**, v. 1, 2011): “A teoria do direito fundamentada em Kelsen remete às estruturas jurídicas (normas), organizadas em uma estrutura escalonada, no qual em uma extremidade estaria a Constituição, o fundamento último de validade do sistema do direito positivo, elemento que lhe confere unidade, e em outra as normas individuais e concretas” enquanto que Luhmann “entendendo o direito enquanto operações, não como estrutura, estabelece que a unidade e o fechamento do Direito são conferidos pela homogeneidade dessas operações”.

⁸⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis, op. cit., nota 78.

⁸⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 75, nota 02.

isso ocorra mediante uma forma previamente prescrita pelo próprio direito. Fabiana Del Padre Tomé⁸⁶ ensina que:

A clausura organizacional, caracterizadora da autopoiese do sistema, decorre exatamente do fato de que a informação advinda do ambiente é processada no interior do sistema, só ingressando neste porque ele assim determina e na forma por ele estabelecida. A clausura não significa, portanto, que o sistema seja isolado do ambiente, mas que seja *autônomo*, que as mensagens enviadas pelo ambiente só ingressem no sistema quando processadas por ele, segundo seus critérios. Por isso, são abertos cognitivamente.

Por fim, vale ressaltar que o vocábulo direito, tomado em sua ambiguidade, pode ser dividido em dois sistemas jurídicos: o sistema do direito positivo; e o sistema da ciência do direito. Em suma, como explanado anteriormente, o direito positivo é aquele que se utiliza de linguagem prescritiva com o fim de regular as relações sociais, enquanto a ciência do direito se perfaz em linguagem descritiva a fim de estudar o próprio direito positivo.

⁸⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 44, nota 03.

2 O CONTEXTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Para os fins empreendidos neste trabalho é de especial importância o estudo do Código de Processo Civil de 2015, mesmo não se limitando o tema apenas ao processo civil. Isso ocorre por dois motivos: a disciplina da prova emprestada foi positivada no ordenamento brasileiro por meio deste diploma legal; ademais, como cediço, a aplicação do CPC não se limita apenas ao âmbito do processo civil, servindo subsidiariamente aos outros ramos do direito quando omissos e desde que haja compatibilidade com os mesmos (art. 15, CPC/2015⁸⁷).

Além do mais, como bem explicita Susana Henriques da Costa⁸⁸, “uma das maiores vitórias da teoria processual moderna foi a unificação de todos os ramos processuais na chamada Teoria Geral do Processo”, não havendo sentido estabelecer valores e princípios diametralmente opostos para cada ramo processual, quando todos eles partem, num primeiro momento, do mesmo ponto de partida: a Constituição Federal (daí se falar no estudo de um “direito processual constitucional”).

Dessa forma, embora possam guardar certas peculiaridades, não se pode construir um muro intransponível entre as diferentes esferas processuais, pois todas se originam da Constituição. Ressalte-se: antes de vislumbrar suas diferenças, é importante olhar para a sua semelhança, e se atentar para uma talvez ingênuas obviedade: os valores constitucionais compõem a coluna vertebral de todo o Direito e, por conseguinte, de todo o Direito Processual (seja penal ou civil).

Nesta toada, o Código de Processo Civil de 2015 é um diploma legal que foi pensado frente a um Estado Democrático Constitucional, evidenciando alguns aspectos que não se limitam ao processo civil, mas, para além disso, ajudam na compreensão da Teoria Geral do Processo como um todo. O CPC/2015 traz consigo garantias de uma maior participação dos sujeitos processuais e rompe, assim, com uma ideia excessivamente inquisitorial ou adversarial do processo. Ao revés,

⁸⁷ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁸⁸ COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**, ano 31, mar. 2006, p. 111.

delineia um modelo coparticipativo de processo, levando em consideração ainda o valor da efetividade, celeridade e economia processual.

Outrossim, diferente do CPC de 1973, e dos ainda válidos CPP de 1941 e CLT de 1943 (diplomas que antecedem a própria Constituição da República de 1988), o Código de Processo Civil de 2015 nasceu em meio a uma visão neoconstitucional do direito, firmando suas raízes em uma Constituição forte e soberana.

Com a evolução dos estudos científicos, percebeu-se que o direito positivo é um sistema uno e sintaticamente coeso. Assim, seria um equívoco considerar cada norma jurídica de forma isolada, quando, em verdade, todas elas integram um mesmo sistema, o sistema normativo.⁸⁹

Ademais, considerando que uma norma é hierarquicamente superior a outra quando dita as regras de validade para o correto ingresso desta no ordenamento, a Constituição Federal, como norma hierarquicamente superior às demais, passou a ser vista como o diploma central do direito positivo, conferindo harmonia, coesão e fechamento sintático ao sistema.

Houve, assim, uma onda de “constitucionalização” nos mais diversos ramos da ciência jurídica, a qual passou a ser reformulada e reinterpretada conforme os preceitos constitucionais. A Carta Magna começou a ser vista como o vértice do sistema normativo.

Nesta toada, na exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC foi elencado, dentre os objetivos a serem perseguidos durante a sua elaboração, o escopo de “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”.⁹⁰ Levando em conta essa finalidade é que a versão final aprovada do

⁸⁹ É claro que, em se tratando do signo *Direito* compreendido na acepção de *Ciência*, como metalinguagem na análise do direito positivo, nada há que obste a realização de um corte metodológico no seu objeto para fins de investigação científica, separando o seu estudo em “Direito Constitucional”, “Direito Civil”, “Direito Processual Civil”, e assim por diante. O que não se pode permitir é a compreensão do *Direito Positivo* como algo divisível, uma vez que este compõe um sistema uno.

⁹⁰ BRASIL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente em seu art.1º a sua submissão ao texto constitucional.⁹¹

Dessa maneira, nota-se que o CPC/15 privilegia as normas fundamentais consagradas na Carta Magna, como o valor do contraditório, da efetividade, da celeridade, dentre outros que possam assegurar o caráter democrático e instrumental do processo.

Tendo em vista essa perspectiva neoconstitucional do processo, e para uma melhor compreensão dos caminhos tomados pelo legislador durante a enunciação da nova codificação, faz-se interessante destacar todos os objetivos apontados pela exposição de motivos do CPC/2015⁹², que resumidamente são: (1) harmonizar o Processo Civil com a Constituição; (2) buscar uma maior afinidade entre as decisões judiciais e a realidade fática subjacente à causa; (3) simplificar e reduzir as complexidades que permeiam o processo; (4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, por fim, (5) imprimir maior grau de organicidade e coesão ao sistema.

Corroborando com tais escopos o Livro I do CPC/15 trouxe capítulo intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, no qual estão elencadas, de forma não exaustiva, diversos preceitos asseguradores de um processo mais democrático e eficiente, que servirão de norte para toda a ciência processual civil (e, ressalvadas algumas adequações, a toda a ciência processual).⁹³

Abordaremos, assim, nas subseções que se seguem, alguns dos aspectos constitucionais e processuais encontrados tanto no novo CPC, quanto na

⁹¹ Art.1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

⁹² BRASIL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁹³ Sobre a aplicabilidade das normas fundamentais, Fredie Didier Jr. (**Curso de Direito Processual Civil: Introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 55): “Encaradas as normas constitucionais processuais como garantidoras de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes consequências: a) o magistrado deve compreender esses direitos como se compreendem os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado afastará, aplicada a máxima de proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de um direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais”.

Constituição Federal de 1988, que são caros ao tema da prova emprestada, os quais servirão de norte para o adequado desenrolar da dissertação.

2.1 O CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O contraditório encontra-se previsto como uma das bases principiológicas do novo CPC, sendo inserido topologicamente no capítulo “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, situado nos arts. 7º, 9º e 10 do referido texto legal^{94_95_96}.

O contraditório era tradicionalmente entendido como a simples garantia da parte de ser ouvida, se referindo apenas ao direito que as partes tinham de não serem surpreendidas por decisões judiciais sem antes ser-lhes dada oportunidade de se manifestar no processo.

Percebeu-se, no entanto, que a simples oportunidade de manifestação não é suficiente para a consecução de um processo judicial baseado num Estado Democrático. Em crítica a essa visão puramente tradicional do contraditório, Fredie Didier Jr.⁹⁷ explica que:

[...] não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Neste sentido, e nas palavras do eminente professor Hermes Zaneti Jr.:

O fato de ter participação das partes não é suficiente, é preciso que ela seja tomada em consideração no momento de decidir. O que está para além da participação, que por óbvio não basta para distinguir o processo do

⁹⁴ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

⁹⁵ Art.9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III – à decisão prevista no art. 701.

⁹⁶ Art.10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 79, nota 96.

procedimento, é a 'estrutura dialética do procedimento, isto é, de fato, o contraditório'.⁹⁸

Nesta toada, Fredie Didier Jr⁹⁹ salienta que o conceito clássico acima apresentado constitui tão-só o “conteúdo mínimo do contraditório”, ou seja, a sua dimensão formal. Ocorre que, com o surgimento do Estado de Direito, passou-se gradativamente a agregar também uma dimensão substancial à garantia do contraditório. Assim, enquanto a dimensão formal diz respeito ao simples direito de a parte ser ouvida, a dimensão substancial relaciona-se com o poder de a parte efetivamente influenciar a decisão judicial.

De modo similar, Darci Guimarães Ribeiro¹⁰⁰ estuda o desenvolvimento do contraditório ao longo de três fases marcantes: a primeira ele denomina de formal, a qual “está caracterizada pela necessidade de informar; a segunda seria a material, que se caracteriza pela possibilidade de participação; e a terceira, constitucional, identificada pelo direito de influenciar”.

O conceito de contraditório, então, ganhou uma maior amplitude, vindo a expressar também uma ideia de cooperação processual e se tornando um valor-fonte do Estado Democrático.¹⁰¹ Quanto ao tema, em formidável passagem Francisco Rosito¹⁰² aduz:

Trata-se de um novo enfoque que busca estender a perspectiva do observador e, conseqüentemente, o diálogo, recomendado pelo método dialético, a fim de ampliar o quadro de análise, constranger à comparação, atenuar o perigo de opiniões preconcebidas e favorecer a formação de um juízo mais aberto e ponderado.

Nota-se a importância do diálogo para o processo judicial, isso porque, como o conhecimento se adquire por meio da linguagem, para que se chegue a uma

⁹⁸ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 186.

⁹⁹ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 78, nota 96.

¹⁰⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, ano 39, v. 232, jun. 2014, p. 20.

¹⁰¹ No mesmo sentido: Hermes Zaneti Jr. (op. cit., nota 90); Arnaldo Camanho de Assis (Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil. **Revista de Doutrina e Jurisprudência/ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, v. 106, n. 1, p. 14-33, 2015); Leonardo Carneiro da Cunha (O princípio do contraditório e a cooperação no processo. Disponível em: <<<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>>. Acesso em: 24 jun. 2015).

¹⁰² ROSITO, Francisco. **Direito probatório: máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58.

decisão mais justa possível, o juiz deve levar em conta os enunciados trazidos pelas partes e terceiros.¹⁰³

Ademais, a democracia, “o governo do povo, pelo povo e para o povo”, pressupõe a participação social nas decisões estatais, afirmando a publicidade e fiscalização dos atos realizados pelo Estado. As decisões exaradas pelo juiz-Estado também devem se conformar com esses valores democráticos, motivo pelo qual deve ser oportunizada às partes a possibilidade de influir eficazmente sobre o convencimento do magistrado.¹⁰⁴ ¹⁰⁵

2.1.1 A cooperação processual

Como se pode ver pelo até aqui exposto, o contraditório foi ampliado para se assegurar a participação democrática das partes frente ao Judiciário. Dessa

¹⁰³ Danilo Knijnik (Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, v. 353, jan./fev. 2001, p. 28), ao analisar o sistema de valoração das provas e a aplicação de standards ao convencimento judicial, afirma que: “Então, apresenta-se-nos relevante não apenas o resultado da convicção, mas o processo inferencial, a infra-estrutura lógico-argumentativa pela qual ela fora atingida. Para que a *praxis* probatória não se possa considerar inteiramente ‘livre’, ‘subjéctiva’, tendente à violência, à arbitrariedade, nossa atenção deve estar voltada, também, para a forma de pensamento, para todos os *pontos de vista* possíveis. Nesse contexto, o *diálogo* proporcionado pelo princípio do contraditório passa a operar como um instrumento fundamental, superando a dimensão meramente formal que, por largo tempo, prevaleceu”.

¹⁰⁴ Sobre a intrínseca relação entre democracia e contraditório, salienta ainda Fabrício Veiga Costa (A finalidade das provas no processo civil democrático, documento eletrônico): “O contraditório hoje, frente ao modelo de Estado Democrático de Direito, é direito fundamental de todas as pessoas que participam direta ou indiretamente da construção do provimento jurisdicional final. Em se tratando de Democracia, no sentido de fiscalidade e participação ampla e irrestrita do povo nos atos da Administração Governativa, sabe-se que a construção do provimento jurisdicional final perpassará também por essa fiscalidade processualizada e que tem como estrutura os princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa)”. Ainda quanto ao tema, conferir Fredie Didier Jr. (op. cit., p. 78, nota 96) e Flávia Spinassé Frigini (**A dimensão dinâmica do contraditório no direito processual civil cooperativo**: revisitando o dever de fundamentação das decisões judiciais. 90 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2016, p. 19-20).

¹⁰⁵ Quanto a essa nova compreensão do contraditório, Darci Guimarães Ribeiro (op. cit., p. 22-23, nota 100) reconhece que atualmente o processo só pode ser visto dentro de sua dimensão democrática, como um espaço público para os debates, mas posteriormente o autor alerta: “No entanto, essa preocupação excessiva com o princípio do contraditório e da ampla defesa cria fatalmente um paradoxo, qual seja, o alongamento indevido do processo. Não se pode menosprezar o fato de que uma maior participação das partes no desenvolvimento do processo consome, indiscutivelmente, um tempo maior na resolução das questões processuais ou materiais. Por esta razão, o juiz deve sempre estar atento para eventuais abusos cometidos pelas partes na má utilização deste sagrado princípio, aplicando, sempre que necessário, as medidas coercitivas e sancionatórias ofertadas pelo CPC”.

reformulação do contraditório surge a ideia de cooperação processual, a qual foi positivada no art. 6º do CPC/15¹⁰⁶.

A cooperação desenha o modo como o processo civil deve ser estruturado, levando em consideração os valores do contraditório, da boa-fé processual e do devido processo legal.¹⁰⁷ Esclarece Daniel Mitidiero¹⁰⁸ em célebre explicação:

A colaboração é um modelo de processo civil que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo. Em outras palavras: visa a dar uma feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional.

Ora, é clara a relação existente entre a concepção atual do contraditório e o modelo cooperativo, afinal, o direito de influência das partes nas decisões judiciais só é possível através de uma “participação em cooperação de todos aqueles que possam ser afetados pelo exercício de determinado poder do Estado, que só assim poderá ser considerado legítimo”.¹⁰⁹

Fabiana Del Padre Tomé¹¹⁰, em interessante passagem, aponta para a incerteza criada pela concomitante abertura e fechamento do sistema, relacionando a sua autopoiese com a participação dos sujeitos processuais:

Só o código que permite a adjudicação da conformidade (ou discrepância) com o direito, mas que a deixa aberta, pode produzir a incerteza de que vive o processo. Todavia, o processo a aproveita como meio para sua própria autopoiese. Utiliza a incerteza para motivar a participação, oferecer oportunidades e, com isso, chamar os participantes para que colaborem, quer dizer, os convoca ao reconhecimento, até que no final se convertam em prisioneiros de sua própria participação, tendo poucas perspectivas de negar posteriormente a legitimidade do processo.

Em suma, o processo, coberto pelo manto da democracia, deve propiciar a todos os interessados uma efetiva participação, oportunizando condições isonômicas às

¹⁰⁶ Art.6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 125, nota 96.

¹⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prê-a-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 194, abr. 2011, p. 57-58.

¹⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

¹¹⁰ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 54, nota 03.

partes¹¹¹ para que, amparados pelo contraditório, possam influir no convencimento do magistrado, de quem emanará a decisão jurisdicional.¹¹²

Fredie Didier Jr.¹¹³ opõe a coparticipação aos modelos processuais tradicionais adversarial e inquisitorial, apontando a cooperação como um terceiro modelo que, ao incluir o órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, se mostra mais condizente com o devido processo legal e o Estado Democrático.

Vale ressaltar que, segundo o entendimento até aqui encampado, o juiz também está sujeito ao contraditório. O julgador tem sobre si uma série de deveres impostas pelo Estado de Direito, não podendo agir da forma que bem entender (até porque o julgador deve também seguir a lei e respeitar os limites impostos pela divisão de poderes). Como destaca Daniel Mitidiero¹¹⁴:

A colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação.

Ainda, nas palavras de Flávia Spinassé Figini¹¹⁵:

Sob este enfoque, evidencia-se no contraditório uma dupla feição. Em relação às partes confere o direito de não apenas se manifestar, mas de influenciar na construção da decisão. Por outro lado, o contraditório

¹¹¹ Outro princípio que guarda evidente relação com o contraditório é o princípio da isonomia ou, como comumente chamado pelos processualistas, a “paridade de armas”. Situada nos arts. 7º e 139, I do CPC/15, a igualdade processual ensina que é preciso propiciar às partes (e terceiros equiparados) condições iguais ao exercício do contraditório (DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 84, nota 96).

¹¹² “A participação dos sujeitos no processo não permite apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo, própria do procedimento em contraditório e de estrutura cooperatária, existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 60, nota 06); “Em suma, o modelo de processo cooperativo nasce pela valorização do contraditório e propõe a reestruturação do processo a partir de uma relação de cooperação entre os sujeitos participantes do processo. Esses sujeitos passam a ocupar posições equilibradas. O juiz assume dupla posição, sendo paritário no diálogo e assimétrico no momento da decisão, enquanto às partes é assegurada a capacidade de participar e de influenciar no convencimento do julgador, sendo os comportamentos de ambos regidos pelo princípio da boa-fé, que assume feição objetiva no processo” (FRIGINI, Flávia Spinassé. op. cit., p. 34, nota 107).

¹¹³ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 125, nota 96.

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 63, nota 97.

¹¹⁵ FRIGINI, Flávia Spinassé. op. cit., p. 71, nota 107. Mais a frente, a autora ainda afirma: “O processo guiado em regime de colaboração deve ser livre de divisões funcionais rígidas. É incompatível com a dialética do processo a separação rígida dos papéis dos sujeitos processuais. O que se observa é um grande entrelaçamento de atividades em relação aos fatos e à valoração jurídica da causa” (FRIGINI, Flávia Spinassé. op. cit., p. 75, nota 107).

destinado ao julgador consiste na obrigação do mesmo de considerar as razões apresentadas pelo demandante e demandado. É daí que deriva o dever de motivar as decisões.

Como se pode perceber, a motivação judicial se insere nitidamente como um dos deveres do juiz em um processo cooperativo. O dever de motivação é tema de suma importância, mormente em se tratando de valoração probatória, pois se relaciona diretamente com a persuasão racional, e por isso será posteriormente analisado com maior profundidade.

2.2 O VALOR DA EFETIVIDADE NO DIREITO PROCESSUAL

Ao tratar da constitucionalização do processo, em seu renomado livro sobre o tema, Hermes Zaneti¹¹⁶ alega ser pressuposto de um processo constitucional “o valor efetividade, que surge da influência dos direitos fundamentais, com sua consequente necessidade de realização”.

O conceito de efetividade é definido da seguinte forma por Marina França Santos^{117_118}:

A noção de efetividade do processo, embora abrangente e dotada de “dose inevitável de fluidez”, conforme alerta Barbosa Moreira pode ser compreendida como uma série de exigências que convergem, em síntese, para a concretização de um processo adaptável ao caso concreto, aproximado da verdade dos fatos, breve e voltado à realização da tutela jurisdicional requerida.

Segundo Elias Marques Medeiros Neto¹¹⁹, a efetividade processual é fundamental para se compreender as modificações do CPC/2015, e explica que “o processo moderno precisa ser efetivo, entendendo-se que o mesmo deve ser regido por

¹¹⁶ ZANETI JR., Hermes, op. cit., p. 181, nota 90.

¹¹⁷ SANTOS, Marina França. Novo CPC deve ser mais um passo rumo à efetividade do processo. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2014-set-28/marina-santos-cpc-representar-efetividade-processo>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

¹¹⁸ Para João Roberto de Sá Dal'Col (**Motivação das decisões judiciais**: o art. 489, § 1º, do CPC/15 e a (re)descoberta do dever de fundamentação. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2016, p. 77-78): “Com efeito, num Estado Democrático de Direito, processo eficiente é aquele que alcança o resultado pretendido de modo satisfatório, estando intimamente relacionado com a qualidade das decisões proferidas e com o atendimento e observância das garantias e dos anseios legítimos dos jurisdicionados, tais como a segurança jurídica, a isonomia, a duração razoável, a efetividade, o contraditório e a ampla defesa”.

¹¹⁹ MEDEIROS NETO, Elias Marques. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo Código de Processo Civil – uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, n. 84, jul./ago. 2013, p. 09-10.

mecanismos que garantam a celeridade, sem, no entanto, deixar de observar o devido processo legal”, pois deve dar ao demandante, na medida do possível “exatamente o que ele teria direito de receber se não fosse necessária a ida ao Poder Judiciário; tutela esta a ser conferida de forma tempestiva e no prazo processual razoável e adequado”.

Todavia, é sobretudo importante frisar que a efetividade não pode ser compreendida de forma reducionista (como comumente se faz ao identifica-la com a celeridade)¹²⁰. O conceito da palavra-classe “efetividade” é, assim, um tanto aberto, desdobrando-se em inúmeros valores e comportando diversos elementos, tais como a garantia de instrumentos de tutela adequados, a celeridade, a razoável duração do processo¹²¹, a economia dos atos processuais¹²², entre outros. Esses valores se encontram em constante tensão com outras garantias processuais, devendo ser aplicados com certo cuidado e ponderação.

Frise-se, assim, que a efetividade é algo a ser buscado pelo processo, mesmo que de forma cautelosa. É o que diz a exposição de motivos do novo CPC, o qual buscou “priorizar a rapidez, a isonomia nas decisões de casos similares e a efetividade, sem descuidar das garantias processuais constitucionais, tendo como meta inafastável um resultado necessariamente justo”.¹²³

Mas, vale lembrar, embora deva ser perseguida com certo cuidado, a efetividade não deve ser esquecida. Sobre este assunto, colaciona-se o entendimento de Flávia

¹²⁰ Lopes, João Batista. Provas atípicas e Efetividade do Processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, vol. 5, jan./jun. 2010, p. 401.

¹²¹ “Diante das novas e crescentes demandas litigiosas do grupo social, a celeridade e a razoável duração do processo fazem-se imprescindíveis para mitigar a sobrecarga do sistema jurídico. No entanto, a celeridade precisa ser ponderada com os demais princípios fundamentais e processuais, não se sobrepondo a nenhum direito constitucional dos cidadãos”. (CARVALHO, Shurama Zamil; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. **A prova emprestada e os princípios da celeridade e da economia processual**. Disponível em: <<<http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/41>>>. Acesso em: 05 out. 2016).

¹²² Colacionamos aqui alguns acerca da economia processual: “Com a incorporação ao texto constitucional da garantia da duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII, da CF), ganhou especial relevo o postulado da economia processual, que já preconizava o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais” (DEMCZUK, Claudio. O uso da prova emprestada no processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 193, jan./mar. 2012, p. 286); “A economia processual é busca de uma maior eficiência da prestação jurisdicional, com o menor custo possível. Para tanto, é necessário minimizar a quantidade de atos processuais, evitando-se repetir os atos já praticados, quando isso não seja indispensável para o legítimo desenvolvimento do processo”. (CARVALHO, Shurama Zamil; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. op. cit., nota 124); “Sobre a economia processual: [...] é um dos critérios que o moderno direito processual deve buscar implementar para que se concretize a noção do direito constitucional à célere e efetiva tutela jurisdicional (CF, art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII)” (CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 73).

¹²³ BRASIL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

Spinassé Frigini¹²⁴ que, contrapondo a segurança jurídica e a efetividade processual, chega a afirmar:

A efetividade é direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV da CF/88. Visa a garantia de um processo isento de formalismos excessivos e manobras procrastinatórias, propiciando a concessão de tutela jurisdicional eficiente e justa [...] Na atualidade, nota-se a crescente prevalência da efetividade sobre a segurança. Numa sociedade complexa como a nossa, com múltiplos interesses e infindáveis demandas, tem se valorizado a busca da solução mais rápida, desprestigiando a forma, que, muitas vezes poderá conduzir a um resultado injusto [...] A segurança jurídica, segundo a doutrina gaúcha, passa de um estado estático para um estado dinâmico. Seu movimento será dosado conforme o necessário, para servir a um objetivo maior: efetividade dos direitos e a garantias de um processo equânime. O valor segurança não é levado às últimas consequências. A segurança, ela mesma, deve assegurar a realidade e não impedir a concretização de um direito.

Ademais, como bem esclarecem Adriano Caldas e Marco Félix Jobim¹²⁵, a garantia de acesso à justiça estatuída no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal¹²⁶ e no art. 3º, *caput*, CPC/2015¹²⁷, compreende tanto o acesso aos órgãos jurisdicionais, como também a efetiva e adequada prestação jurisdicional. Passa-se a referir, pois, a um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

2.3 O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Estado de Direito é um estado que se justifica¹²⁸, não podendo ele intervir na vida dos jurisdicionados da forma que bem entende, sem dar nenhuma satisfação e ignorando o procedimento adequado para tanto. Fica evidente, assim, que as decisões judiciais devem ser motivadas.

A motivação judicial, dessa forma, decorre em primeiro lugar do próprio Estado de Direito, perpassando por diversos valores constitucionais como o devido processo legal e o contraditório. Vale acrescentar ainda que a fundamentação permite um

¹²⁴ FRIGINI, Flávia Spinassé. op. cit., p. 28-29, nota 107.

¹²⁵ CALDAS, Adriano; JOBIRM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 452-453.

¹²⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹²⁷ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

¹²⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier (apud PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça. Novas feições da atividade probatória a partir do dever de motivação exaustiva e concreta previsto no artigo 489, § 1º, do NPCPC. CALDAS, Adriano; JOBIRM, Marco Félix, op. cit., p. 828, nota 128).

maior controle das decisões, tendo em vista que o magistrado deverá explicar todo o raciocínio que o levou à tomada da decisão.¹²⁹ Neste sentido, Rodrigo Reis Mazzei¹³⁰ doutrina que:

Aliás, ainda que por breve registro, deve ficar cravado que o dever de fundamentar decorre de feixe de exigências, de cunho múltiplo, já que permite verificar no caso concreto a *imparcialidade do julgador* (que deve decidir de forma objetiva e neutra), bem assim exercitar o *controle da legalidade* do ato decisório (só com os fundamentos se poderá perquirir sobre o acerto ou desacerto do julgador) e, finalmente, aferir a *efetividade de garantia de defesa* (se houve análise por parte do julgador dos fundamentos que foram postos pelas partes).

De igual modo, defende Cândido Rangel Dinamarco¹³¹:

O convencimento do juiz precisa ser motivado, porque sem o dever de motivar as decisões de nada valeriam as exigências de racionalidade e atenção ao que consta dos autos. Aos leitores de sua decisão (partes, órgãos judiciários superiores, opinião pública) o juiz é devedor da explicação dos porquês de suas conclusões, inclusive quanto aos fatos. Ele tem o dever de desenvolver, na motivação das decisões, o iter de raciocínio que, à luz dos autos, o leva a concluir que tal fato aconteceu ou não, que tal situação existe ou deixa de existir, que os fatos se deram de determinado modo e não de outro, que dado bem, serviço ou dano tem tal valor e não mais nem menos etc.

Como já mencionado anteriormente, o dever de motivação judicial ganhou estima ainda maior com o desenvolvimento do modelo cooperativo de processo. Com a reformulação da tradicional acepção do contraditório às partes é garantido o poder de influencia nas decisões judiciais e, neste interim, a motivação acaba por se tornar o principal aparelho por meio do qual se pode aferir a efetividade desse contraditório. Por meio da fundamentação verifica-se se as alegações e os

¹²⁹ Em consonância com o até aqui exposto, Francisco Rosito (op. cit., p. 60, nota 93), recorrendo aos ensinamentos do ilustre jurista italiano Michele Taruffo, assevera: “Conforme expõe Michele Taruffo, motivar significa explicar, sob forma de argumentação justificativa, o raciocínio que permite atribuir uma determinada eficácia a cada meio de prova, fundando a escolha a favor da hipótese sobre o fato que, nas provas disponíveis, encontra um grau mais elevado de confirmação lógica. Assim, motivar é justificar e expor as razões, tanto de fato como de direito, que o órgão adotou para entender que a sua decisão é correta e aceitável, constituindo uma exigência do Estado de Direito enquanto modelo de Estado inimigo da arbitrariedade do poder”.

¹³⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. O dever de motivar e o “livre convencimento” (conflito ou falso embate?): breve análise do tema a partir de decisões do superior tribunal de justiça e com os olhos no novo Código de Processo Civil. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 8, 2015, p. 213.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 107.

elementos probatórios foram devidamente considerados e analisados pelo julgador. Com igual entendimento, Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro¹³² _¹³³ anota que:

A motivação das decisões judiciais, portanto, também é o elemento que garante que o contraditório foi observado não apenas sob a ótica da 'ciência' e da 'oportunidade' (bilateralidade da audiência), mas, igualmente, em sua perspectiva 'substancial', isto é, se as alegações das partes e as provas aportadas aos autos foram objeto de consideração judicial e, assim, se o contraditório serviu efetivamente como um instrumento garantidor de influência das partes na convicção judicial.

Ocorre, todavia, que num Estado Democrático Constitucional, estruturado em um modelo cooperativo, em que se asseguram as garantias do contraditório e do devido processo legal, a motivação deve crescer em qualidade, não podendo ser genérica ou até mesmo desprezar algumas fundamentações e provas suscitadas pelas partes em detrimento de outras. A democracia não se contenta com motivações incompletas ou incoerentes, a falsa motivação não satisfaz as garantias constitucionais. Aqui é importante trazer à memória que decisão não fundamentada é decisão nula por força do art. 93, IX e X da Constituição Federal¹³⁴ e do art. 11 do CPC/2015¹³⁵.

Embora a Constituição Federal de 1988 já impusesse ao juiz o dever de motivar suas decisões, como salienta João Roberto de Sá Dal'Col¹³⁶, a Constituição deixou "um vazio significativo (e perigoso) no que tange ao sentido substancial de fixação dos parâmetros mínimos de uma decisão adequadamente fundamentada".

¹³² PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça, op. cit., p. 829, nota 110.

¹³³ Nesta linha de pensamento, Flávia Spinassé Frigini (op. cit., p. 71, nota 107): "O princípio da cooperação impõe o dever ao magistrado de observância do contraditório, concedendo às partes a oportunidade de interferirem na formação do seu convencimento. Será possível, através da decisão, verificar se, de fato, o magistrado apreciou ponto a ponto as alegações trazidas pelos litigantes". João Roberto de Sá Dal'Col (op. cit., p. 98, nota 121): "A (re)descoberta do dever de fundamentação, provocada pelo CPC/15, passa necessariamente por enxergar o processo no espaço democrático e cooperativo, de diálogo e influência, com protagonismo dividido e decisões construídas e legitimadas por meio de um contraditório pleno. O direito de ser ouvido deve ser levado a sério: não basta ouvir para cumprir protocolo, mas ouvir para levar em consideração quando no julgar".

¹³⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

¹³⁵ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

¹³⁶ DAL'COL, João Roberto de Sá. op. cit., p. 36, nota 121.

Censurando a pobreza das motivações que usualmente se encontra na prática forense, Eduardo Cambi¹³⁷ tece a seguinte crítica:

Assim, mesmo com a expressa previsão de princípios e de garantias constitucionais, é possível que o órgão judicial, ao justificar determinada visão dos fatos, lance mão de critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, despidas de conteúdo, aludindo, por exemplo, à 'verdade material', à 'prova moral', à 'certeza moral', à 'prudente apreciação' ou à 'íntima convicção'. Tais expressões, além de outras similares, representam autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica, por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, assim como implicam **falsa motivação** da decisão e, ainda, impedem o efetivo controle da atividade judicial por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior.

Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro¹³⁸ também aponta as malesas de uma má fundamentação:

De fato, sob o rótulo de fundamentação suficiente criou-se o conhecido entendimento segundo o qual seria desnecessária a manifestação do órgão jurisdicional sobre todas as argumentações, os fundamentos, as razões e as provas das partes, ainda que em tese sejam elas capazes de influir, decisivamente, no resultado do julgamento. Por meio desse subterfúgio, legitimam-se diariamente decisões verdadeiramente desprovidas de fundamentação idônea e completa, que se furtam de apreciar e de enfrentar questões de fato e de direito nodais ao desate da controvérsia submetida ao Poder Judiciário e que, portanto, resultam em negativa de prestação jurisdicional.

Embora seja comum encontrar na práxis forense decisões motivadas de forma genérica, esse tipo de fundamentação não condiz com os valores cultivados pelo direito brasileiro. As decisões judiciais, frente às garantias impostas pelo ordenamento jurídico vigente (tais como o devido processo legal, o contraditório, a cooperação, o convencimento motivado, a imparcialidade judicial), devem analisar todas as razões e provas trazidas aos autos¹³⁹, demonstrando em suas

¹³⁷ CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 325.

¹³⁸ Ibid., p. 830.

¹³⁹ DAL'COL, João Roberto de Sá (op. cit., p. 78-79, nota 121) sustenta que a sentença de primeiro grau, diferentemente daquela emanada pelo colegiado, não precisa ser completa, mas deve abordar todos os fundamentos daquele que foi derrotado. Nessa toada, estar-se-ia privilegiando a eficiência do processo, como se depreende dos seguintes trechos aqui citados: "Assim, com apoio no princípio da eficiência, defendemos que o juiz de primeiro grau só está obrigado a analisar pormenorizadamente todos os fundamentos da parte sucumbente [...] Ou seja, na existência de vários fundamentos para o mesmo pedido, para o acolhimento deste basta que o magistrado *a quo* enfrente um dos vários fundamentos. Já para o caso de não acolhimento do pedido, o magistrado está vinculado à análise detida de todos os fundamentos suscitados pela parte sucumbente. Portanto, 'Se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese *derrotada*, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por falta de fundamentação' [...] as exigências do sistema processual civil brasileiro são diferentes quando se trata de decisões de juízo singular e de órgão colegiado, uma vez que as decisões de primeiro grau possuem a obrigação de serem apenas suficientemente fundamentadas, ao passo que as decisões proferidas em segundo grau de

fundamentações o iter lógico percorrido pelo julgador conforme o caso concreto específico.¹⁴⁰

Rodrigo Reis Mazzei¹⁴¹ aponta para a necessidade de uma fundamentação coerente, clara e completa. Segundo o autor a coerência se dá pois deve “demonstrar a lógica uniforme de suas premissas, ou seja, que o resultado é compatível com a linha seguida (que poderia ser outro, caso a fundamentação fosse diversa)”, já a clareza permite “a exata compreensão da decisão e da motivação que a sustenta”, enquanto a completude ocorre tendo em vista que “não se permite que a não análise de questões importantes possam levar a resultado diferente”.

Corroborando com este entendimento, verifica-se a preocupação do legislador com a qualidade das motivações judiciais, sendo inserido no Código de Processo Civil de 2015, um artigo específico traçando diretrizes para uma melhor fundamentação das decisões. O art. 489, § 1º do CPC/2015¹⁴² formula um rol exemplificativo do que se

jurisdição necessitam ser completas. Explica-se: as decisões suficientemente fundamentadas não precisam (embora possam) examinar todos os fundamentos apresentados pelas partes, bastando que enfrentem todos os fundamentos da parte sucumbente, já que, por ocasião do recurso de apelação e seu efeito devolutivo amplo, alguma causa de pedir da parte vencedora que porventura não tenha sido analisada na sentença, é devolvida ao Tribunal”. Todavia, mesmo que adotada esta posição, em questão de material probatório, este, a nosso ver, deve ser analisado de forma completa, tendo em vista que o direito à prova não se limita à sua admissão e produção no processo, mas também à sua devida valoração.

¹⁴⁰ Francisco Rosito (op. cit., p. 61, nota 93), de forma similar, ainda expõe que: “Não obstante seja reconhecida a sua importância, a práxis da motivação está bem longe do modelo ideal [...] A tal respeito, não nos podemos contentar, hoje, com simples referências genéricas e vagas às “provas dos autos” ou dizer que as declarações da testemunha X parecem mais dignas de crédito que as da testemunha Y. Será mister esclarecer o asserto pelo confronto das características pessoais dos depoentes, pelo exame da forma como se expressam, da coerência interna dos depoimentos e da respectiva concordância ou discordância com outras peças de informação. Isso não significa que o juiz deva argumentar sobre todo e qualquer detalhe, o que acarretaria motivações redundantes e substancialmente inúteis. É necessário, todavia, que o juiz exponha a motivação de tudo o que é relevante, isto é, de todas as escolhas que influenciem o êxito final da controvérsia e de todas as bases de seu raciocínio, as quais foram racionalmente colocadas em questão”.

¹⁴¹ MAZZEI, Rodrigo Reis, op. cit., p. 215-216, nota 112.

¹⁴² Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado

entende por decisão não fundamentada que, em síntese, condena todas aquelas motivações genéricas e incompletas que não levam em conta as especificidades do caso concreto e os enunciados trazidos aos autos pelas partes e terceiros.

O descumprimento das normas diretivas esboçadas no art. 489, § 1º do CPC/2015, é bom ressaltar, configuram omissão passível de embargos de declaração, conforme art. 1.022, parágrafo único, II do CPC.¹⁴³

Imperioso ainda compreender que, a partir da sistemática criada pelo novo Código de Processo Civil, o magistrado deve fundamentar a sua decisão não se baseando tão somente nas alegações e provas que o convenceram, mas deve ele analisar todo o material probatório, explicando o porquê de ter atribuído menor ou maior credibilidade a cada uma das provas, levando em conta ainda as fundamentações lançadas pelas partes durante todo o processo.¹⁴⁴ Assim, adverte Eduardo Cambi¹⁴⁵ que:

A decisão judicial deve ser motivada. A motivação deve indicar os fatos que o juiz considerou demonstrados, correlacionando-os com as provas produzidas nos autos, mas também, sob pena de nulidade da decisão, mencionar as razões pelas quais consideram que as demais provas não servem para a formação de seu convencimento e, portanto, que certos fatos não foram devidamente comprovados. A motivação deve recair sobre a totalidade das provas e dos fatos relevantes para a decisão da causa.

Destarte, é digna de nota a distinção feita por Rodrigo Reis Mazzei entre fundamentação e argumento. A primeira estaria relacionada com toda questão processual ou material relevante para o deslinde da lide, devendo obrigatoriamente

pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

¹⁴³ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

¹⁴⁴ Concordando com esta visão Francisco Rosito (op. cit., p. 60, nota 93): “Essa atividade fundamental do julgador deve inspirar-se em um exame compreensivo e comparativo de todas as fontes, valendo-se, inclusive, da lógica e da experiência. É o que se denomina de motivação dialética, que leva em consideração, até mesmo, as provas contrárias. Assim, é obrigação do juiz motivar a sua decisão coerentemente, explicando as razões que o levaram a preferir tal prova em detrimento de outra”.

¹⁴⁵ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 322, nota 137.

constar na motivação judicial; enquanto a segunda se caracterizaria como elemento de pura retórica que gravita em torno do fundamento.

A despeito da zona de penumbra que pode surgir quando da diferenciação entre a fundamentação e o argumento durante a práxis forense, o mencionado professor estipula um conveniente critério de distinção¹⁴⁶:

A depuração e demonstração apresentada (envolvendo fundamento e argumento), como se percebe, passará pela seguinte indagação: a falta de motivação está atrelada a algum fundamento relevante ao desfecho da causa? Certamente, se a resposta à pergunta for positiva haverá a violação do dever de motivação (que não pode ser suplantado pelo argumento solteiro do livre convencimento). De toda sorte, se a situação for inversa, ou seja, a resposta for negativa, verificando-se que a questão não tem calibre para alterar o rumo decisório, estar-se-á, provavelmente, diante de um argumento que foi utilizado como reforço de convencimento.

Quanto à nossa matéria, o direito probatório, no entanto, tomamos aqui a posição de que a prova deve sempre ser examinada e valorada, não podendo o julgador ignorar em sua motivação nenhuma prova constante nos autos, isso porque a prova produzida nos autos será sempre relevante para o desfecho da causa (caso não o fosse, nem teria sido admitida). De mais a mais, como bem asseveram Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁴⁷:

De pouco valeria ter o direito à produção de um meio de prova, se o juiz pudesse, solenemente, ignorá-la. Se a prova foi produzida, é porque o órgão julgador a considerou relevante para a causa; essa decisão gera para a parte a expectativa legítima de que a prova seja valorada. Trata-se de imposição do princípio do contraditório, mais uma vez, e do princípio da cooperação, pois essa conduta revela o respeito do juiz pela atuação processual da parte.

Por fim, saliente-se que o dever de fundamentação é uma das mais importantes características do sistema da persuasão racional ao propiciar um maior controle sobre as decisões proferidas pelo Judiciário e permitir uma melhor fiscalização dos critérios adotados pelo julgador no momento da valoração da prova.

2.4 O DIREITO À PROVA

¹⁴⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis, op. cit., p. 219, nota 112.

¹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v. 2. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 43.

Conforme Ada Pellegrini Grinover¹⁴⁸, tal é a importância da prova para o processo judicial que a atividade probatória “representa indubitavelmente o momento central do processo”.¹⁴⁹

O direito à prova pode ser definido como a faculdade de a parte utilizar todos os meios de prova admissíveis pelo sistema normativo para apoiar a sua versão dos fatos em litígio, influenciando eficazmente na formação da convicção do órgão jurisdicional.¹⁵⁰

Encontra respaldo no art. 369 do CPC/2015¹⁵¹ e, a par de não constar expressamente do texto constitucional, esse direito é tido hoje como fundamental, assegurado pelo próprio direito de ação, assim como pelos valores do contraditório e da efetividade.¹⁵²

Atualmente, o conteúdo do direito de ação tem se expandido para além do simples ingresso ao Judiciário, sendo proporcionado às partes não só a instauração do processo, mas um efetivo acesso à justiça, com a disponibilização de instrumentos e mecanismos hábeis à consecução de um processo judicial mais dialético.

¹⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 60, nota 06.

¹⁴⁹ “A fundamental importância do direito probatório ocorre pelo fato de que nada pode ser pleiteado em juízo, pelo menos não com êxito, se o destinatário do pretense direito não possuir um mínimo de embasamento probatório, com o intuito de corroborar suas aduções [...] Assim, meras alegações sem nenhum apoio probatório não possuem o condão de consagrar direitos postulados. Impossível, num Estado Democrático de Direito, pensar o contrário, uma vez que seria possibilitar a instalação de um verdadeiro caos jurídico, no qual bastaria que determinada pessoa fizesse uma simples alegação e, conseqüentemente, se beneficiaria dos direitos atinentes à mesma”. (RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da prova emprestada. **Revista de Direito Privado**, n. 41, p. 152-222, jan./mar. 2010, p. 153).

¹⁵⁰ ROSITO, Francisco, op. cit., p. 36, nota 93; TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 54

¹⁵¹ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

¹⁵² Conforme ensina Marici Giannico (op. cit., p. 111, nota 01): “De situação jurídica negativa, a prova passa a ser encarada por sua conotação positiva de *direito subjetivo processual* (tal como os direitos à ação e à defesa), cuja tutela pode, em certa medida, ser exigida do Estado-juiz, para que tenha efetiva aplicabilidade prática (e não mera previsão formal). Torna-se ainda passível de análise sob a ótica *constitucional*, integrando o conjunto de direitos fundamentais processuais que constituem o *acesso à ordem jurídica justa*”.

Nesse sentido, o direito à prova aparece como um dos componentes do direito de ação, por meio do qual se busca uma maior efetividade da tutela jurisdicional prestada. Em conformidade com esse entendimento, Francisco Rosito¹⁵³ assevera:

Da mesma forma, o direito à prova está intimamente ligado ao direito de ação, cujo conceito, de acordo com o pensamento da doutrina atual, estende-se além da possibilidade simples de instaurar o processo. Seu conteúdo é mais amplo, abarcando uma série de faculdades cujo exercício se considera necessário, em princípio, para garantir a correta e eficaz prestação jurisdicional. Dentre tais faculdades, sobressai o chamado direito à prova.

O direito de ação e a efetiva prestação da tutela jurisdicional pressupõem a garantia a uma adequada instrução da causa, a qual deve passar necessariamente pelo direito à prova. Isso ocorre porque a prova possibilita, ao mesmo tempo, o aperfeiçoamento dos instrumentos de solução das controvérsias (conferindo maior legitimidade ao processo), e a ampliação das condições de influência no convencimento do julgador (consagrando o contraditório e a cooperação processual).¹⁵⁴

Como já estudado anteriormente, o contraditório, frente ao modelo cooperativo e democrático do processo, assegura à parte sua efetiva participação na solução dos conflitos judiciais, participação essa que vai além da mera argumentação, podendo a parte fazer prova de suas alegações para que possa assim influenciar no convencimento do magistrado.

Por conseguinte, constata-se que o direito à prova está intimamente ligado ao contraditório, sendo por este assegurado.¹⁵⁵ À vista disso, João Batista Lopes¹⁵⁶ expõe que:

A prova é um dos aspectos essenciais do *princípio do contraditório*. É cediço que o contraditório ganhou maior elastério para compreender não só a *informação* e a *reação* como também o *diálogo* e a *participação* [...] De nada adiantaria, porém, a mera declaração formal do contraditório e da

¹⁵³ ROSITO, Francisco, op. cit., p. 38-39, nota 93.

¹⁵⁴ GIANNICO, Marici, op. cit., p. 113, nota 01; CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix, op. cit., p. 453, nota 128.

¹⁵⁵ Sobre o tema, cf. CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 258-259, nota 140; ROSITO, Francisco, op. cit., p. 38, nota 93; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 41, nota 150.

¹⁵⁶ LOPES, João Batista. Lopes. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 51.

ampla defesa se não fosse garantido ao jurisdicionado provar os fatos que embasam sua posição processual.

Imperioso frisar que, embora não esteja expressamente contida na Constituição Federal, a interpretação que até então temos aqui lançado sobre o direito à prova, embasado pelo direito de ação, pela efetividade e pelo contraditório, nos possibilita afirmar que o direito à prova é constitucionalmente assegurado.

Levando em consideração essa dimensão constitucional do direito à prova, Eduardo Cambi¹⁵⁷ ressalta que é proibido ao legislador infraconstitucional “colocar *obstáculos não razoáveis*, que impeçam ou dificultem o exercício do direito à prova”. De modo similar, ainda sobre a efetividade do direito à prova, Michele Taruffo¹⁵⁸ ensina que “em geral, somente a proteção de outro direito constitucional ou fundamental mais importante justificaria – com a devida consideração pelo tribunal – o sacrifício do direito à prova”.¹⁵⁹

Percebe-se que o direito à prova, embora emanado da Constituição Federal, não é absoluto, podendo excepcionalmente ceder espaço para outros valores constitucionalmente consagrados com os quais eventualmente venha a colidir. Vale lembrar que, conforme prescrito pelo art. 5º, LVI da CF¹⁶⁰ e art. 369 do CPC/2015, as partes possuem o direito de empregar apenas os meios *legais e moralmente legítimos*, sendo vedado o uso da prova ilícita.

¹⁵⁷ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 259, nota 140.

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 55, nota 150.

¹⁵⁹ Corroborando com esse entendimento, citamos ainda Cândido Rangel Dinamarco (op. cit., p. 48, nota 134), para quem: “Na Constituição, o direito à prova é inerência do conjunto de garantias do *justo processo*, que ela oferece ao enunciar os princípios do contraditório e ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garante a todos o *due processo of law* [...] Pelo aspecto constitucional, direito à prova é a liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem ou descaracterizem o *justo processo*”; e Marici Giannico (op. cit., p. 111-112, nota 01), que afirma: “Hoje, doutrina e jurisprudência reconhecem a existência de um direito constitucionalmente garantido à prova, o qual guarda uma evidente relação com os direitos de ação e de defesa. Este direito à prova deve assegurar à parte a oportunidade de se valer dos meios de prova geralmente reconhecidos pelo ordenamento e, ao mesmo tempo, impedir o legislador de criar obstáculos injustificados à prova dos fatos que se deseja sejam considerados em juízo. O direito de ação se traduz em mero *flatus vocis* se não for sustentado, na prática, pela possibilidade de a parte apresentar ao juiz os elementos de prova que lhe são favoráveis”.

¹⁶⁰ Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Consoante Patrícia Azevedo da Silveira¹⁶¹, a atividade probatória “enfeixa duas faces: de um lado, o direito à prova e, de outro, o direito à exclusão da prova que contraria o ordenamento”. O direito probatório, assim, possui limitações, sendo importante sempre ter em vista esse duplo aspecto de suas normas. Ada Pellegrini Grinover¹⁶² também ressalta:

[...] o direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado às partes – por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório -, não é absoluto, encontrando limites. Limites colocados, em primeiro lugar, pelo princípio da convivência das liberdades públicas, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. E, em segundo lugar, pela consideração de que o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.

Por fim, importante destacar ainda o conteúdo complexo do direito à prova, o qual compreende não só a *indicação* dos meios de que pretende se valer, mas também a *admissão* da prova (caso esta respeite os limites da atividade probatória decorrentes dos requisitos legais de proposição); a sua efetiva *produção* (consoante o procedimento de enunciação previsto); e, por fim, a sua *valoração*.¹⁶³

2.5 O PAPEL DO JUÍZ NO PROCESSO

Entender o papel do juiz e sua atuação no processo judicial configura-se ponto fulcral para as investigações aqui lançadas, onde será feita uma nova proposta de

¹⁶¹ Doravante sustente o direito à prova como sendo passível de limitações, Patrícia Azevedo da Silveira (A prova ilícita no cível. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). **PROVA CÍVEL**. Rio de Janeiro: Forense, p. 205-226, 1999, p. 218) entende que a Constituição Federal se posicionou de forma deveras rígida quanto à prova ilícita, devendo tal regra ser flexibilizada frente ao princípio da proporcionalidade, a fim de que não se comentam injustiças quando da análise do caso concreto.

¹⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 61, nota 06.

¹⁶³ Cf. CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 259, nota 140; LOPES, João Batista, p. 52, nota 132; GIANNICO, Marici, op. cit., p. 110-111, nota 01; RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, v. 224, p. 41-55, out. 2013. Vale transcrever excelente trecho de Francisco Rosito (op. cit., p. 37, nota 93): “Para a sua manifestação e exercício, o direito à prova requer a vontade das partes que possuem a faculdade de propor o meio probatório a fim de que seja admitido, praticado e valorado judicialmente. Consequentemente, o direito à prova implica, em um primeiro plano, o direito a que seja admitida toda aquela prova que, proposta por algumas das partes, respeite os limites inerentes à atividade probatória e os limites decorrentes dos requisitos legais de proposição. Em um segundo plano, supõe-se que o meio probatório admitido seja praticado, pois estaríamos, caso contrário, diante de uma negação tácita do mencionado direito. Ademais, esse aspecto do direito em estudo permite assegurar a intervenção das partes na prática probatória da parte adversa, participando ativamente no seu desenvolvimento. Por fim, em um terceiro plano, impõe-se que o meio probatório admitido e praticado seja valorado pelo órgão jurisdicional, valoração essa que deve ser motivada, sob pena de subtrairmos toda a sua virtualidade e eficácia”.

classificação dos meios de prova baseada, num primeiro plano, na distinção entre provas produzidas no juízo ou fora dele.

A jurisdição¹⁶⁴ tem sua origem na substituição do uso da força como forma de solução de conflitos, com a decorrente restrição da autotutela, a qual, segundo Marcelo Abelha¹⁶⁵, “coincide com a necessidade de implementação do Estado como ficção jurídica criada pelo homem para manter e regular em harmonia o convívio em sociedade”.

A função jurisdicional é função típica do Poder Judiciário, embora o seu exercício não se limite apenas a ele (vide as funções atípicas dos outros Poderes, os métodos alternativos de solução de conflitos, etc.). Note-se, porém, que, embora a função jurisdicional possa ser exercida por outras esferas do Poder Estatal, ou até mesmo por outro ente que não o Estado, é no Poder Judiciário que ela encontra seu ápice. Não negamos aqui a importância que permeia as outras manifestações jurisdicionais, mas deve-se ressaltar que a lei normalmente impõe a elas certas restrições. O objeto da arbitragem, por exemplo, limita-se ao direito patrimonial e disponível, sob pena de nulidade (Art. 1º e 32, IV da Lei 9.307/1996).

O Poder Judiciário, assim, é o principal propulsor da Jurisdição, e traz em seu bojo importantes prerrogativas, tais como o princípio da indeclinabilidade (art. 5º, XXXV, CF/1988) e o caráter definitivo das decisões.

Desta maneira, o Estado, tendo tirado das mãos do cidadão a possibilidade da autotutela, toma para si a responsabilidade de assegurar-lhe a efetividade de seus direitos. Para tanto, seleciona pessoas que, investidas em cargo público, venham a dirimir os litígios levados ao Poder Judiciário, assegurando às partes o devido processo legal. Nesta perspectiva evidencia-se a figura do juiz.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Fredie Didier Jr. (op. cit., p. 153, nota 92) define jurisdição como “a função atribuída a terceiro imparcial (a) a realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d), concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)”.

¹⁶⁵ ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 80.

¹⁶⁶ Segundo Moacyr Santos Amaral (**Prova judiciária no cível e comercial**. v. 5, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 51) o juiz é órgão da jurisdição “que em toda a parte se apresenta como um funcionário público, sujeito a condições de investidura, atribuições e condições de exercício da função jurisdicional, preestabelecidas nas respectivas leis de organização judiciária, - dirime as

O juiz, assim, é um representante do Poder Judiciário e, como tal, deve assegurar o bom andamento do processo, enquanto garantidor do devido processo legal, resguardando os valores constitucionais e atuando conforme o direito. A proteção desses valores, no entanto, não seria possível sem o predicado da imparcialidade, da inamovibilidade, e de tantas outras prerrogativas conferidas ao magistrado em exercício. Quanto ao tema, Marcelo Abelha¹⁶⁷ comenta:

Para alcançar o desiderato da sua função típica a preservar o princípio da independência entre os poderes do Estado, a CF/1988 (artigos 95 e 96) não hesitou em assegurar garantias e prerrogativas aos juízes de direito, verdadeiros ‘funcionários’ do Poder Judiciário. São elas a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos, as restrições ao exercício de outras funções, as restrições para assegurar a imparcialidade, a organização de serviços pelo próprio Poder Judiciário [...] Assim, não há dúvida de que a atividade típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, pois, como se viu, há todo um aparato normativo constitucional que vem demonstrar o exposto.

Os deveres e direitos do juiz ajudam-no a exercer suas atividades com imparcialidade e retidão, a inamovibilidade, por exemplo, permite a livre atuação do magistrado, na medida em que ele não pode ser removido pelo só fato de ter desagradado quem quer que seja. A imparcialidade, inclusive, é apontada por Darci Guimarães Ribeiro¹⁶⁸ como a característica essencial da jurisdição, “que a diferencia das demais funções do Estado, como a administração e a legislação”.

A posição de garantidor do devido processo legal é ainda reforçada pelos arts. 139 a 143 do CPC/2015, e arts. 251 a 256 do CPP, os quais incumbem o magistrado da nobre tarefa de conduzir o processo ao seu regular andamento, apontando os poderes, deveres e responsabilidades do juiz.¹⁶⁹

No âmbito do direito probatório podemos citar algumas valiosas manifestações do poder diretivo do juiz. A título de exemplo, o CPC/2015 incumbe ao magistrado a

questões suscitadas entre as partes que invocam para isso a sua autoridade, restabelece ou reequilibra as relações jurídicas violadas ou ameaçadas, faz atuar o direito, enfim, numa palavra, administra a justiça”.

¹⁶⁷ ABELHA, Marcelo. op. cit., p. 83-84, nota 168.

¹⁶⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 19.

¹⁶⁹ Cf. ABELHA, Marcelo. op. cit., p. 287, nota 168. Sobre o papel do juiz de conduzir o processo, Elias Marques Medeiros Neto (op. cit., p. 12-13, nota 119) afirma: “O anteprojeto, com clara inspiração em institutos do Direito inglês, confere ao Magistrado o poder de dirigir de forma cooperativa o processo, adequando o rito às especificidades do conflito concreto [...] Com tal inovação, bem de se ver a adoção de um modelo cooperativo do Processo Civil, próprio do Estado Constitucional, com um juiz como diretor do processo, promovendo diálogo com as partes, com observância do contraditório”.

tarefa de aplicar pena à parte que se recuse a depor (art. 385, § 1º); indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 370, parágrafo único); distribuir o ônus da prova de forma diversa (art. 373, § 1º); inquirir as testemunhas separada e sucessivamente (art. 456); adverti-las quanto à sanção penal de falso testemunha (art. 458, parágrafo único); inadmitir perguntas realizadas pelas partes às testemunhas caso induzam respostas, não tenham relação com a lide, ou sejam repetitivas (art. 459); indeferir quesitos impertinentes direcionadas ao perito (art. 470, I); prezar pelo contraditório, oportunizando a manifestação das partes (arts. 382, §1º; 434, parágrafo único; 465; e outros).

Michele Taruffo¹⁷⁰, a partir de uma análise comparada entre diversos ordenamentos jurídicos, expõe que, na maioria dos sistemas predominantemente *civil law*, o juiz exerce um papel mais ativo na produção da prova oral, sendo geralmente sua a função de interrogar as testemunhas, as partes e o perito. Explica ainda o douto autor que, mesmo naqueles sistemas onde o juiz desempenha um papel menos enérgico, sua função é ainda de grande valia¹⁷¹:

No contexto desse complexo instrumental, regido pelas partes, o juiz tende a desempenhar o papel de árbitro. Todavia, mesmo quando a produção das provas é centrada nas partes, o juiz, possui uma função relevante a cumprir. Sua tarefa principal é operar para que o interrogatório realize-se dentro dos limites da equidade, além de resolver qualquer problema que surja dentro dos limites da equidade, além de resolver qualquer problema que surja no seu curso.

E o que dizer então da produção antecipada da prova? Não se pode olvidar que tal procedimento consubstancia o importante papel do juiz na produção probatória. Segundo a doutrina a produção antecipada da prova delinea o ápice do reconhecimento do direito à prova, consistindo num processo autônomo que tem por objetivo a produção de um determinado meio de prova.¹⁷²

Dessa forma, às partes é conferida a possibilidade de proceder à enunciação das provas dentro do juízo, frente à figura do Estado-juiz, mediante um processo autônomo que tem por finalidade exatamente a produção e documentação de um

¹⁷⁰ TARUFFO, Michele. op. cit., p. 123, nota 150.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. op. cit., p. 122, nota 150.

¹⁷² Esse procedimento, antes visto como de cunho cautelar, ganhou notórios contornos com o CPC/2015 que não mais exige o requisito da urgência para a sua promoção.

meio de prova.¹⁷³ Sobre este aspecto falaremos mais adiante quando tratarmos da distinção entre prova judicial e extrajudicial, que, em sua caracterização, levará em conta a participação do juiz na produção da prova.

Isto posto, resta clara a expressiva relevância da figura do magistrado no deslinde do processo judicial, sendo imposta a ele a imensa responsabilidade não só de julgar, mas, principalmente, de o fazer conforme o Direito, em fina sintonia com os valores constitucionais, os quais deverão ser considerados tanto no decidir quanto no conduzir o processo.

¹⁷³ Conforme Flávio Luiz Yarshell (Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1028): “[...] não obstante as relevantes possibilidade de pré-constituição da prova pelas partes sem a intervenção estatal, isso nem sempre basta. Assim, a presença de um terceiro imparcial contribui para preservar a validade e a eficácia dos elementos colhidos, assim como para maior credibilidade do resultado”.

2ª PARTE: PREMISSAS BÁSICAS

3 A PLURISSIGNIFICAÇÃO DA PALAVRA “PROVA”

O vocábulo “prova” é um termo eminentemente ambíguo, sendo-lhe atribuídos diversos significados distintos dentro e fora do direito. Sem embargo, é fácil perceber que a prova não é matéria exclusiva do domínio jurídico, mas diz respeito a inúmeros outros ramos da ciência.

Constatam-se frequentemente três tipos de prova relativamente às outras ciências: 1. A matemática e a lógica se utilizam de uma *prova demonstrativa*, tendente a deduzir uma proposição de proposições já provadas; 2. As ciências naturais, por sua vez, tentariam demonstrar uma lei natural através de experiências, de *prova experimental*; 3. Há ainda a *prova histórica*, aquela que visa à reconstituição do passado por meio de vestígios.¹⁷⁴

Já a prova jurídica se assimila, de certa forma, à prova histórica, pois intenta reconstituir situações passadas, dentro dos padrões previstos pelo ordenamento jurídico. Nesta toada, segundo Francisco Rosito¹⁷⁵:

Sem embargo, o lugar comum mais utilizado pela doutrina, com o escopo de esclarecer a atividade cognoscitiva que o julgador exerce na verificação dos fatos, é a analogia entre o juiz e o historiador. A base fundamental dessa comparação está na circunstancia de que ambos se deparam com o problema de reconstruir um fato singular do passado, não repetível e não diretamente conhecido, de maneira que ambos precisam valer-se de provas que permitam o conhecimento indireto daquele fato.

É claro que a prova no âmbito do direito, embora possua certa semelhança com a prova histórica, com esta não se confunde. O caráter jurídico da prova impõe regras e critérios predeterminados para que por meio dela se possam transportar elementos encontrados no plano do ser para o plano do dever-ser, mediante o modo prescrito pelo sistema do direito positivo, tendo em vista que, sendo este um sistema sintaticamente fechado, as mensagens encontradas no ambiente só ingressam no direito através da forma normativa preestabelecida.

É imperioso advertir desde logo que não queremos fugir à plurissignificação da palavra “prova”, mas compreendê-la. Assim, não pretendemos lançar uma definição

¹⁷⁴ GIANNICO, Maricé, op. cit., p. 72, nota 01; TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 63-64, nota 03.

¹⁷⁵ ROSITO, Francisco, op. cit., p. 23-24, nota 93.

unívoca deste vocábulo, o que se objetiva é traçar as principais acepções em que ele é empregado para que possamos então trilhar confortavelmente os caminhos do direito probatório sem cair em equívocos.

Outrossim, a prova jurídica possui um campo tão vasto que não há como oferecer uma definição única e fechada da mesma. Proceder dessa forma seria deveras perigoso, pois se estaria ignorando a ambiguidade que nitidamente permeia o termo. Por tal motivo é que a presente seção tem como finalidade apresentar alguns dos principais significados atribuídos à expressão “prova”, em vez de tentar forçosamente definir um conceito singular. Este é também o entendimento de Francisco Rosito¹⁷⁶ que ressalta a complexidade do fenômeno probatório como “sendo impossível estabelecer noções e conceitos unívocos acerca do termo prova. Dependerá sempre das circunstâncias em que o termo é empregado”.¹⁷⁷

Tendo traçado essas noções preliminares, começaremos por colacionar uma informação um tanto escandalizadora e alarmante quanto à plurissignificação da prova jurídica: em suas investigações, pasmem, Paulo de Barros Carvalho¹⁷⁸ conseguiu distinguir 58 acepções diferentes em que o vocábulo é empregado.

É evidente que a presente dissertação não intenciona esmiuçar a tal ponto o termo “prova”, pretendemos apenas indicar os significados mais relevantes atribuídos a essa palavra para que possamos transitar pela disciplina da prova emprestada com mais segurança.

A maioria da doutrina frequentemente aponta para três significados díspares do termo “prova” consubstanciados numa distinção entre atividade, meio e resultado.¹⁷⁹ Nesta linha de raciocínio, o vocábulo seria empregado da seguinte forma: (1) *ato de*

¹⁷⁶ Ibid., p. 30.

¹⁷⁷ Segundo Vitor Gonçalves Machado (Análise crítica e sistemática acerca da (moderna) teoria geral da prova cível. **Revista eletrônica de Direito Processual**. v. 9, 2012. Disponível em: <<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/597/showToc>>>. Acesso em: 05 out. 2016): “Muitos autores discutem a respeito do que verdadeiramente poderia ser o conceito de prova, embora apenas uma alternativa é certa: nada que seja definido na ciência jurídica será uniformemente adotado por todos os intérpretes do direito, pois a definição de qualquer instituto que seja não se configura uma tarefa simples. E nessa linha caminha a definição de prova na jurisdição cível”.

¹⁷⁸ CARVALHO, Paulo de Barros apud TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 65, nota 03.

¹⁷⁹ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 11-12; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 38-39, nota 150; CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 21, nota 140; CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 68.

provar em referência à ação dos sujeitos processuais de fornecer recursos para provar as alegações de fato, podendo ainda designar a admissibilidade, produção e valoração probatória; (2) *meio de prova*, comumente apontada como a técnica utilizada durante a atividade probatória; (3) *resultado da prova*, que, por sua vez, seria a formação do convencimento judicial.

Esta é uma classificação um tanto simplista da palavra “prova”, podendo o vocábulo ser desdobrado em outras acepções tendo em mente alguns elementos da filosofia da linguagem e da semiótica, tais como: suporte físico, enunciado, enunciação, entre outros.

Antes, porém, vale frisar que a palavra em questão padece de ambiguidade processo/produto, ou seja, o termo “prova” é usado tanto para designar o ato de provar e seu procedimento, quanto o resultado deste ato; tanto a enunciação, quanto o enunciado. A ambiguidade processo/produto é um tanto perversa, pois muitas vezes é de difícil discernimento, levando o sujeito a transitar entre os significados diversos sem sequer perceber. Como bem assevera Fabiana Del Padre Tomé¹⁸⁰:

Tudo isso se deve ao fato de que a prova padece de ambiguidade processo/produto, podendo significar tanto a enunciação como o enunciado resultante (dilema). E, mais que isso, a palavra *prova* é plurissignificante, susceptível de ser aplicada para aludir (i) ao fato que se pretende reconstituir; (ii) à atividade probatória; (iii) ao meio de prova; (iv) ao procedimento organizacional; (v) ao resultado do procedimento; ou (vi) ao efeito do procedimento probatório na convicção do destinatário. Essa polissemia decorre, principalmente, das diferenças quanto ao alcance do termo, aos diversos momentos em que a prova é considerada, à estrutura aberta da linguagem e aos aspectos relativos à sua pertinência. Por esse motivo, sempre que falamos em prova devemos estabelecer a fase de sua dinâmica a que nos estamos referindo.

A autora ainda define acertadamente a ação de provar como o ato de “enunciar um fato, constituindo-o na realidade jurídica”¹⁸¹. Da mesma forma, Tárek Moysés Moussallem¹⁸² afirma a importância da teoria das provas para o direito positivo, esclarecendo que “provar é produzir linguagem competente (de acordo com o que prescreve o ordenamento jurídico) sobre determinado evento”.

Nesta acepção, a ação de provar corresponde à produção de enunciados (enunciação) nos estritos limites da lei, consubstanciando atos de fala que

¹⁸⁰ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 67-68, nota 03.

¹⁸¹ Ibid., p. 68.

¹⁸² MOUSSALLEM, Tárek Moysés, op. cit., p. 81, nota 02.

funcionam como uma válvula onde certos fatos do macrosistema social (plano do ser) conseguem ingressar no sistema jurídico (plano do dever-ser), criando uma nova realidade jurídica e dando suporte às alegações das partes.

Todavia, o vocábulo prova, como já mencionado, pode designar não só a enunciação, mas também o produto dessa atividade, o enunciado. Os enunciados, como exposto na seção 1.1.4, são orações dotadas de sentido e formuladas de acordo com as regras do sistema linguístico a que pertencem.

Ademais, como já afirmado em capítulo anterior, vale lembrar que o processo de enunciação esvai-se no tempo e no espaço, não podendo ser apreendido diretamente pelo sujeito cognoscente, o qual só consegue se aproximar do ato de fala por meio das marcas projetadas no próprio enunciado (enunciação-enunciado).

Há ainda que se falar que a prova, como signo que é, pode também ser considerada segundo o seu suporte físico¹⁸³, assim, uma prova pericial pode ser visualizada em sua produção (enunciação), no texto do laudo pericial (enunciado) e no próprio laudo como documento (suporte físico).

Além disso, Fabiana Del Padre Tomé aponta também para a acepção de prova como mensagem, ou seja, a informação transmitida por meio do enunciado.¹⁸⁴ É dentro dessa noção de prova que, por exemplo, tramita o conceito de confissão, como aquela prova em que “a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário” (art. 389, CPC/2015).

Ressaltamos ainda que a prova é um meio de convencimento, pelo qual se persuade o espírito acerca de uma verdade (verdade essa linguisticamente constituída e, portanto, relativa, tendo em vista a dissociação entre linguagem e realidade física). Segundo Moacyr Amaral Santos¹⁸⁵:

Se a verdade somente pode ser procurada e se apresentar através dos sentidos e da inteligência, compreende-se logo, precários como são

¹⁸³ Segundo Fabiana Del Padre Tomé (op. cit., p. 74, nota 03): “Como signo que é, a prova ostenta todas as associações referidas: exterioriza-se mediante um documento (suporte físico), representativo de um fato (fato alegado como significado), fazendo surgir na mente do interprete a noção daquele fato (significação)”.

¹⁸⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 78, nota 03.

¹⁸⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 12.

aqueles, insuficiente como é esta, a relatividade que deve presidir à conformidade da noção ideológica com a realidade. Exatamente por isso, a verdade varia no tempo e no espaço. A verdade – terra plana, de ontem – transformou-se na verdade – terra redonda, de hoje; a verdade – a pena é uma vingança – se traduz na verdade – a pena é um método de regeneração, para os povos civilizados.

Partindo dessas noções preliminares, a seguir explicaremos mais detidamente alguns desses conceitos do termo “prova” que serão utilizados com certa frequência no decorrer do trabalho.

3.1 “PROVA” COMO SUPORTE FÍSICO

Todos os atos processuais devem ser documentados para que ingressem nos autos, não havendo, no processo judicial brasileiro, atos exclusivamente orais. Desse modo, é fácil notar que toda prova é introduzida nos autos na forma de documento. A concepção de documento, inclusive, não se limita apenas ao papel escrito, mas também engloba registros magnéticos, sons gravados, fotografias etc. Entende-se por documento todo suporte material portador de símbolos capazes de transmitir informações.^{186_187}

¹⁸⁶ Corroborando com este entendimento Eduardo Cambi (op. cit., p. 416, nota 140) diz que: “Documento, como fonte de prova, é todo ser composto de uma ou mais superfícies portadoras de símbolos, capazes de transmitir ideias e demonstrar a ocorrência de fatos. Esses símbolos podem ser letras, palavras, frases, algarismos, números, imagens, sons gravados e registros magnéticos em geral. O que há em comum entre esses símbolos é que sempre expressam ideias de uma pessoa, a serem captadas por outras. Afinal, o vocábulo documento tem sua origem no latim *documentum* que deriva do verbo *doce*, que, por sua vez, significa ensinar, mostrar e indicar”. Ainda, Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira (op. cit., p. 177, nota 150): “Documento é toda coisa que, por força de uma atividade humana, seja capaz de representar um fato. Noutras palavras, é toda coisa na qual estejam inseridos símbolos que tenham aptidão para transmitir ideias ou demonstrar a ocorrência de fatos. A referência que se faz a símbolos é ampla, alcançando letras, palavras, frases, algarismos e números, imagens ou sons gravados e registros magnéticos em geral”. Conferir ainda ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. **Direito probatório civil brasileiro**. Pelotas: EDUCAT, 2006, p. 102; BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. Meios e fontes de prova no processo de conhecimento: provas testemunhal, documental, pericial, atípica ou inominada. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 79, nota 179; SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 4., 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1966, p. 41.

¹⁸⁷ Em sentido contrário, para Cesar Antonio da Silva (**Ônus e qualidade da prova cível**. Rio de Janeiro: Aide, 1991) Documento para ele sempre é escrito, o autor aqui não considera documento a gravação. Michele Taruffo (op. cit., p. 73, nota 150) ressalta que a definição de documento varia bastante de um sistema jurídico para outro.

Consoante Cândido Rangel Dinamarco^{188_189}, o documento é resultado de um ato humano (que chamamos de enunciação), e seu conceito é assim delineado pelo eminente professor:

Documento, como fonte de prova, é todo ser composto de uma ou mais superfícies portadoras de símbolos capazes de transmitir ideias e demonstrar a ocorrência de fatos. Esses símbolos serão letras, palavras e frases, algarismos e números, imagens e sons gravados e registros magnéticos em geral; o que há em comum entre eles é que sempre expressam ideias de uma pessoa, a serem captadas e interpretadas por outras.

A obrigatória documentação de todos os atos processuais está intimamente ligada aos valores do contraditório e do convencimento motivado, que vinculam o juiz ao que está nos autos, não podendo ele se utilizar de ciência privada. O direito positivo brasileiro prescreve esse formalismo, só sendo possível considerar-se dentro dos autos aquilo que fora documentado. Conforme Cândido Rangel Dinamarco¹⁹⁰:

A segurança das partes e do juízo quanto aos resultados de todas as espécies de provas exige que elas sejam documentadas de modo idôneo, sem o que provavelmente sua memória futura ficaria prejudicada. É indispensável que todas constem dos autos, porque é nestes que o juiz se apoia para decidir, sendo-lhe vedado julgar sem esse apoio (*quod non est in actis non est in mundo* - art. 131 CPC). Não há dificuldades dessa ordem quanto aos documentos, bastando que sejam integrados aos autos. As provas técnicas também se desenrolam mediante documentação sempre posta nos autos, culminando com o laudo do perito e eventuais pareceres dos assistentes-técnicos, que igualmente tem forma escrita e ali são integrados [...] se as palavras ditas em audiência não fossem de algum modo perpetuadas na documentação do processo, elas poderiam ser esquecidas ou até manipuladas depois, sem fidelidade ao que fora dito; e os órgãos superiores da jurisdição sequer teriam acesso a elas no julgamento dos recursos. *Verba volant*. Por isso, o Código de Processo Civil exige que dos depoimentos orais prestados em audiência se lavre termo e este seja integrado aos autos, para memória futura.

De igual modo Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira¹⁹¹ asseveram que:

Considerando que o formalismo do processo impõe, como regra, a documentação dos atos nele praticados, a fim de que se possa ter um registro permanente da sua existência e do modo como esses atos foram realizados, pode-se ver que nem todo documento constante dos autos do processo representará, necessariamente, prova documental.

¹⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 565, nota 134.

¹⁸⁹ Similarmente, Moacyr Amaral Santos (op. cit., p. 41, nota 186): "O documento é obra de uma pessoa; é feito deste ou daquele material; representa ou reproduz fatos ou ideias".

¹⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 96, nota 134.

¹⁹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 182, nota 150.

Ademais, a maior sensação de segurança proporcionada pela documentação vem, em parte, da questão de que, como explanado por Moacyr Amaral Santos¹⁹², o documento tem o condão de noticiar um fato de forma duradoura, permanente, de modo que o fato esteja representado no futuro.

Veja ainda a questão da inspeção judicial, a qual deve ser, ao final, reduzida a termo (art. 484, CPC/2015¹⁹³). Quanto a isso Cesar Antonio da Silva¹⁹⁴ aduz que “sem o auto circunstanciado levado aos autos do processo, a mera inspeção judicial, pura e simples, não constitui meio de prova”.¹⁹⁵

Outros dispositivos legais podem ainda ser citados quanto à documentação dos atos judiciais e da produção probatória, tais como o art. 215¹⁹⁶ do CPP; art. 367¹⁹⁷ do CPC/2015.

Daí que a distinção criada pela doutrina entre prova documental e prova documentada deve ser repensada, isso porque, toda e qualquer prova (seja ela documental ou não) entra no processo como um documento. A diferença entre ambas, então, não está em seu suporte físico, mas em sua enunciação: a prova documental seria aquela produzida extrajudicialmente, enquanto a documentada é aquela elaborada em juízo (essa distinção será melhor estudada em capítulo específico).

¹⁹² SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 4., 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1966, p. 57.

¹⁹³ Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa. Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia.

¹⁹⁴ SILVA, Cesar Antonio da. op. cit., p. 128, nota 187.

¹⁹⁵ “Como se trata de uma atividade processual de instrução probatória, cujos resultados se destinam a contribuir para a convicção do juiz, a lei exige que da diligência seja lavrada regular documentação, para futura memória. Sem essa documentação a inspeção judicial não tem valor de prova e as impressões colhidas pelo juiz não podem sequer servir como fundamento da sentença, porque se trata de ciência privada dos fatos, que o sistema repudia” (DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 600, nota 134). “Aconselhável é que seja iniciada a lavratura do auto no curso da inspeção, de modo que cada fato apurado pelo juiz vá sendo registrado, no intuito de evitar controvérsias ou impugnações. Sendo assim, deve o juiz se fazer acompanhar do escrivão do feito, que redigirá o auto no próprio local da inspeção, colhendo, ao final, a assinatura do juiz, das partes e demais pessoas que tenham participado da diligência” (ANDRADE, Rita Marasco Ippólito. op. cit., p. 115, nota 186).

¹⁹⁶ Art. 215. Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.

¹⁹⁷ Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato. [...] § 5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

3.2 “PROVA” COMO ENUNCIADO

A “prova” como suporte físico traz consigo um enunciado que, como já explicado nos fundamentos teóricos, é o conjunto de palavras que, relacionadas entre si, possuem um significado e transmitem uma mensagem. Daí se tem a “prova” como um enunciado, uma combinação de signos dotada de significado que permite a comunicação intersubjetiva.

Quanto a esta acepção da palavra “prova”, vale trazer à baila o entendimento de Fabiana Del Padre Tomé¹⁹⁸, a qual aduz que, no sentido de enunciado, a prova se apresenta como um fato jurídico em sentido amplo. A prova então, na concepção de enunciado, é um fato linguístico que relata um acontecimento pretérito, mas não é um fato qualquer, pois integra o sistema do direito, recebendo status de fato jurídico, expressão tomada aqui num sentido amplo, tendo em vista que a prova não propaga efeito jurídico por si só, mas, conjuntamente com outros elementos de convicção, propicia a constituição do fato jurídico em sentido estrito.

O enunciado pode ser visto de duas formas: o enunciado-enunciado, que se refere ao conteúdo da prova propriamente dito; e a enunciação-enunciado, que são os vestígios da enunciação (a data, a subscrição do autor, o modo como foi produzido). É sobre a enunciação-enunciado que nos ocuparemos a seguir, e é a partir dela que explicaremos os meios de prova, a sua classificação e, por derradeiro, a prova emprestada.

3.3 “PROVA” COMO ENUNCIÇÃO-ENUNCIADO (OS DENOMINADOS MEIOS DE PROVA)

¹⁹⁸ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 71, nota 03. A autora ainda explica que: “Toda prova é um fato que leva, por implicação, a outro fato. Segundo Paulo de Barros Carvalho, ‘um enunciado factual refere-se, invariavelmente, a outro enunciado factual. Prova é sempre um fato que atesta outro fato. Não há prova bastante-em-si, suficiente em si mesma’. Dito de outro modo, a prova é um fato jurídico em sentido amplo, cuja função consiste em convencer o destinatário acerca da veracidade da argumentação de determinado sujeito, levando à composição do fato jurídico em sentido estrito”.

Dentre as várias classificações da prova há uma um tanto pertinente, frequentemente indicada pelo próprio ordenamento, comumente conhecida como “meios de prova”. Ocorre que, embora muito seja dito sobre os meios de prova, a definição de tal expressão é ainda um tanto nebulosa. Neste contexto, é necessário traçar premissas e demonstrar em que sentido tal vocábulo será aqui empregado, conforme expõe Fabiana Del Padre Tomé¹⁹⁹:

Definir com precisão científica o que sejam *meios de prova* é tarefa tortuosa que impõe sejam firmadas premissas e eleita a perspectiva pela qual o assunto será tratado. Tal exigência decorre de interminável divergência doutrinária envolvendo o assunto, que toma os meios de prova como atividade, produto dessa atividade, documento, técnica empregada para produzir enunciados probatórios ou como os enunciados dessa forma produzidos, dentre outras acepções.

Várias são as concepções implicadas aos meios de prova ao longo do tempo. Francesco Carnelutti, por exemplo, definiu “meio de prova” como a atividade do juiz mediante a percepção²⁰⁰ e dedução²⁰¹ das fontes de prova (sendo essas últimas, em seu sentir, os fatos que servem para a inferência do fato a provar). Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁰², por sua vez, expõem que “os meios são técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte)”.

Nota-se que a ideia de “meios de prova” vem acompanhada, na maioria das vezes, pela concepção de “fontes de prova”. Eduardo Cambi²⁰³ chega a afirmar que as provas podem ser classificadas quanto a sua existência em fontes ou meios, aquelas seriam elementos instrumentais externos ao processo, enquanto esses seriam fenômenos internos do processo e do procedimento. Assim, o renomado

¹⁹⁹ Ibid., p. 86.

²⁰⁰ “*Meio de prova* é, pois, diante de tudo, a *percepção* do juiz. Instrumento de percepção são todos os seus sentidos: principal ainda que não exclusivamente, a vista, pelo que não é justo restringir o conceito de percepção à inspeção ocular, uma vez que a percepção do tema da prova ou do indicio pode verificar-se não somente mediante aquela senão também pelo tato, o ouvido, o paladar ou o olfato. É certo que a percepção da fonte de prova é normalmente ocular com respeito ao documento, costuma ser normal e principalmente (não exclusivamente) auditiva com respeito ao depoimento, de tal maneira que a inspeção do documento e a assunção do depoimento são perfeitamente paralelas” (CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 100, nota 182).

²⁰¹ “*Meio de prova* é, em segundo lugar, a *dedução do juiz*. Instrumento da atividade deste não são aqui seus sentidos, senão seus conhecimentos, porque não se trata agora de ver ou de ouvir, e sim de saber” (Ibid., p. 106). Cf. também, demonstrando as diferentes visões sobre meios e fontes de prova: REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

²⁰² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 39, nota 150.

²⁰³ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 64-65, nota 140.

autor adverte serem as fontes de prova toda pessoa ou coisa da qual se possam extrair informações úteis à causa, e meios de prova as técnicas destinadas à investigação dos fatos.

Esse também é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco²⁰⁴, que correlaciona as fontes e os meios de prova, afirmando que “cada espécie de fonte tem a sua peculiaridade, que exige técnicas de extração dotada de peculiaridades correspondentes”.

Posteriormente, no entanto, o próprio Eduardo Cambi, que sustenta essa dicotomia entre fontes e meios, parece duvidar da utilidade da distinção ao afirmar que²⁰⁵:

Por fim, é de se criticar o efeito prático da distinção entre fontes e meios de prova. Pouca ou nenhuma utilidade há em afirmar que a testemunha ou o perito são meios de prova e que a declaração do primeiro e o juízo do segundo são fontes de prova. Afinal, a testemunha não é uma pessoa em si ou por si, mas alguém que exerce uma determinada função (aquele que está em função de determinado efeito): quem é chamado a narrar um fato perante o juiz não é uma testemunha antes ou depois de ter narrado o fato *probando*, mas somente enquanto o narra; antes de narrar, *será* uma testemunha e, depois de haver narrado, *foi* uma testemunha. A ata ou o meio magnético que fica depois do testemunho é apenas o documento em que o depoimento ficou materializado, não se constituindo no testemunho. Portanto, testemunha e testemunho são duas palavras para expressar um mesmo conceito: a testemunha é a pessoa em ato e o testemunho é o ato da pessoa.

Ademais, a maior parte da doutrina divide as fontes de prova em *reais*, consistente na atestação inconsciente feita por uma coisa, ou *pessoais*, quando se deduz de uma afirmação consciente feita por uma pessoa.²⁰⁶

Não corroboramos com esta classificação, tendo em vista que as coisas nada dizem, mas são as pessoas que falam sobre elas, ou seja, é o sujeito que atribui sentido ao objeto, o objeto não traz consigo um significado inato. Dessa forma, a prova, como enunciado linguístico, será sempre fruto de produção humana, não havendo que se falar em provas *reais*.²⁰⁷

²⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 87, nota 134.

²⁰⁵ CAMBI, Eduardo op. cit., p. 66, nota 140.

²⁰⁶ Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira (op. cit., p. 39, nota 150) sustentam que além das coisas e pessoas, os fenômenos também podem ser fontes de prova.

²⁰⁷ Veja-se a confusão criada por esta classificação, que afirma serem as pessoas ora fontes reais, ora fontes pessoais, como sustentado por Cândido Rangel Dinamarco (op. cit., p. 86-87, nota 134): “As coisas são fontes reais de prova. As pessoas são também fontes reais, quando submetidas a exames feitos por outrem (perícias médicas etc.); mas serão fontes pessoais quando chamadas a

A despeito de todas as concepções de meios de prova aqui apresentadas, estabelecemos como premissa vincular a ideia dos *meios de prova* com a forma de produção da prova (no sentido de enunciado), ou seja, com a enunciação da prova-enunciado, atividade essa exercida em observância às regras de organização probatória prescritas pelo Direito.

A enunciação, todavia, é algo exaurível no tempo, não havendo como o sujeito alcançá-la diretamente. Dessa forma, para que se controle o modo como foi realizada a enunciação, deve-se sempre recorrer à enunciação-enunciado. Nesse sentir, Fabiana Del Padre Tomé²⁰⁸ define os meios de prova da seguinte maneira:

A prova, como relato linguístico que é, decorre de atos de fala, caracterizadores de seu processo de enunciação, realizado segundo as normas que disciplinam a produção probatória. Produzido o enunciado protocolar correspondente à prova, este só ingressa no ordenamento por meio de uma norma jurídica geral e concreta, que em seu antecedente traz as marcas da enunciação (enunciação-enunciada), prescrevendo, no conseqüente, a introdução no mundo jurídico dos enunciados que veicula. Esse instrumento utilizado para transportar os fatos ao processo, construindo fatos jurídicos em sentido amplo, é o que denominamos *meios de prova* [...] Partindo dessa premissa, a prova produzida em razão de depoimento testemunhal, por exemplo, corresponderia ao conjunto de enunciados introduzidos no ordenamento, confirmadores ou infirmadores da alegação de uma das partes. O respectivo meio de prova, por sua vez, estaria representado pelos demais indicativos do local, data, sujeito e modo inerentes à produção probatória (enunciação-enunciada).

Como se pode ver, a definição de “meios de prova” adota aqui é um tanto ampla, pois consubstanciada toda vez que o signo “prova” seja empregado na acepção de enunciação.

Vale dizer ainda que a maioria da doutrina limita-se a identificar algumas espécies de meios de prova, tais como a prova documental, testemunhal, pericial, entre outras. A presente dissertação pretende avançar nessa investigação, procedendo não só à identificação desses tipos de prova, mas, subclassificando-os em diferentes grupos dentro da definição ampla em que tomamos a expressão “meios de prova”,

tomar parte na instrução probatória mediante a realização de atos seus e concurso de sua vontade (testemunhas, partes em depoimento pessoal). As fontes pessoais são ativas e as reais, inativas”. Esse entendimento também é seguido por Eduardo Cambi (op. cit., p. 65, nota 140): “Podem ser classificadas em reais e pessoais, ativas e intativas. As coisas são fontes reais de prova e as provas reais são aquelas que se deduzem do estado das coisas. Já as pessoas podem ser fontes reais ou pessoais: são reais quando submetidas a exames feitos por outrem [...] são pessoais quando chamadas a tomar parte na instrução probatória, mediante a realização de atos ou com o concurso de sua vontade”.

²⁰⁸ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 87-88, nota 03.

estruturando e sistematizando melhor a matéria para uma análise científica mais apurada.

3.3.1 A autoria do documento

A doutrina costuma indicar como elementos do documento (a) o seu autor; (b) o modo de sua formação; (c) o seu conteúdo.²⁰⁹ Na verdade, o vocábulo *documento* aqui parece encontrar certa ambiguidade, por estar sendo empregado na acepção de enunciado e não de suporte físico como visto em seção anterior ao desvelarmos a documentação das provas.

Dessa forma, tendo em vista as premissas teóricas do trabalho, os dois primeiros “elementos do documento” supramencionados (autor e modo de formação) referem-se à enunciação-enunciado, enquanto o conteúdo seria o enunciado-enunciado da prova.

Para fins deste trabalho é importante ter em mente o que se refere à autoria do documento, que, em apertada síntese, pode ser compreendida como a pessoa a quem se atribui a sua formação (ou, ainda, em termos de filosofia da linguagem, o sujeito da enunciação). Segundo Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²¹⁰ a autoria “é um pressuposto de existência do documento, porque é da sua essência que derive de um ato humano”.

Faz-se imprescindível destacar que a autoria é normalmente tratada dentro do estudo da prova documental, onde se diferenciam duas espécies: o autor intelectual e o autor material. A primeira autoria seria atribuída à pessoa que relata o enunciado, que intelectualmente elaborou o conteúdo do documento; já a segunda

²⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 567, nota 134; ANDRADE, Rita Marasco Ippólito. op. cit., p. 104, nota 186; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 41, nota 179; BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. op. cit., p. 59, nota 186.

²¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 186, nota 06.

diz respeito àquele que imprimiu o enunciado no suporte físico, por exemplo, a pessoa que escreveu o documento ou gravou o fonograma.²¹¹

A autoria é elemento importante, a partir do qual se formulam duas classificações de documento: público ou privado, autógrafo ou heterógrafo. Nesta toada, são públicos os documentos elaborados por escrivão, tabelião ou funcionários públicos em geral, no exercício de suas funções públicas; e privados aqueles cuja autoria se atribui a particulares apenas.²¹² Autógrafo quando o autor material e o autor intelectual são a mesma pessoa; e heterógrafo quando são pessoas diferentes.²¹³

Perquirir a autoria de um documento é algo tão importante que Moacyr Amaral Santos²¹⁴ afirma que “toda a teoria do documento se acha dominada pelo problema de sua paternidade”. Ocorre, todavia, que a doutrina parece se ater à essa investigação apenas no campo da prova documental. Na seção 8.2 nos utilizaremos dessas noções para explicarmos a diferença entre prova documental e prova documentada, ou melhor dizendo, o termo por nós utilizado, entre prova extrajudicial e prova judicial.

²¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 186, nota 06; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 567, nota 134.

²¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 567-568, nota 134; GIANNICO, Maricí. op. cit., p. 201, nota 01; Rita Marasco Ippólito. op. cit., p. 102, nota 186; SANTOS, BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. op. cit., p. 58-59, nota 186; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 60, nota 186.

²¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 567-568, nota 134; GIANNICO, Maricí. op. cit., p. 201, nota 01; Rita Marasco Ippólito. op. cit., p. 102, nota 186; SANTOS, BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. op. cit., p. 58-59, nota 186; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 60, nota 186.

²¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 43, nota 179.

4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DA PROVA APRESENTADAS PELA DOUTRINA

“Aqueles que se sentem satisfeitos sentam-se e nada fazem. Os insatisfeitos são os únicos benfeitores do mundo”. Walter S. Landor

A tentativa de criar classificações dentro da teoria geral da prova, buscando identificar as várias manifestações dessa disciplina jurídica, distinguindo a prova em vários grupos segundo a adoção de certos critérios, é trabalho um tanto árduo e nada pacífico dentro da doutrina. Conforme bem explica Michele Taruffo²¹⁵, *in verbis*:

Não é surpresa, pois, que na longa história da prova muitas tenham sido as tentativas no sentido de pôr ordem em um terreno tão complexo e de descobrir maneiras de classificar suas ocorrências mais relevantes. Em certo sentido, a história da prova é a história de conceitos e distinções usados para definir e analisar os diferentes tipos possíveis de provas, tomando como base seus traços distintivos. Atualmente, diversas são as tipologias utilizadas para esboçar uma imagem detalhada do amplo campo dos chamados <<meios de prova>>.

Nesta toada, a doutrina aponta para diversas classificações diferentes e, na maioria das vezes, distingue as provas em relação ao seu objeto (prova direta ou prova indireta), ao sujeito/fonte (pessoal ou real), e à sede de sua preparação (pré-constituídas, casuais e constituendas).

Explicaremos cada uma dessas classificações em seções abertas ao longo do capítulo. Todavia, vale frisar desde já que, levando em consideração os ensinamentos da filosofia da linguagem, discordamos dos critérios classificatórios adotados por essa parte da doutrina. A referida classificação apresenta muitas deficiências: primeiramente, sendo a prova um elemento linguístico, ela depende de produção humana, ou seja, todas as provas são *pessoais*; por fim, a prova jamais alcança o fato que se pretende provar, sendo, portanto, sempre *indireta*.^{216_217}

²¹⁵ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 57, nota 126.

²¹⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre Tomé, op. cit., p. 91, nota 03.

²¹⁷ Segundo Fabiana Del Padre Tomé (op. cit., p. 91-92, nota 03): “O que varia, a nosso ver, é o modo de produção probatória. Este sim pode realizar-se: (i) pelo emprego de um único fato em sentido amplo, com elevado grau de convencimento (prova ‘direta’); (ii) pela conjugação de diversos fatos com menor grau de convencimento (prova indireta decorrente de indícios); ou (iii) pela verificação de um fato em sentido amplo ao qual a lei atribui o efeito de implicar o fato probando (prova indireta decorrente da presunção legal)”.

4.1 PROVA DIRETA E PROVA INDIRETA

A doutrina comumente distingue a prova em direta e indireta: a primeira seria aquela prova que tem por objeto os próprios fatos relevantes para o julgamento, estando ligada diretamente ao fato que se quer provar. É indireta ou circunstancial, por sua vez, a prova de fatos que em si mesmos seriam irrelevantes para o julgamento, mas valem como indicação de que outro fato – este relevante à causa – que tenha acontecido.²¹⁸

Eduardo Cambi²¹⁹, corroborando com o entendimento acima exposto, ainda acrescenta que a prova direta seria aquela que incide sobre os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado; enquanto os indiretos ocorrem quando “o juiz não percebe o fato a ser provado (fato principal), mas um acontecimento diferente. Logo, a percepção desse fato secundário deve ser integrada à dedução do fato principal, sendo a atividade do juiz complexa, por envolver tanto a percepção quanto a dedução”.

Ainda nesta linha de pensamento Moacyr Amaral Santos²²⁰ afirma que na prova direta a conclusão se dá “sem necessidade de trabalho algum do raciocínio”, já na indireta se reclama “trabalhos indutivos, maiores ou menores, para atingir a verdade relativa ao fato probando”.

Ocorre que a prova, como enunciado linguístico que é, jamais alcança o fato que se pretende provar, pois a linguagem não toca a realidade física e os eventos passados são intangíveis. Dessa forma, a prova nunca se ligará diretamente ao fato principal, devendo sempre haver um exercício interpretativo (que, em algumas provas, podem ser mais complexas que em outras), tanto de percepção, quanto de dedução e presunção por parte do juiz ao analisá-la.

Ainda em 1915, Francesco Carnelutti²²¹ já havia, de certa forma, reparado a função de representação linguística da prova, afirmando que o fato percebido pelo juiz é “a fotografia ou a narração das testemunhas” e chamando o fato a provar de “fato

²¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 92, nota 134; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 43, nota 150; MACHADO, Vitor Gonçalves. op. cit., nota 77; TARUFFO, Michele, op. cit., p. 58, nota 150.

²¹⁹ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 269, nota 140.

²²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 54, nota 179.

²²¹ (op. cit., p. 120, nota 152)

secundário”, tendo em vista que tanto a fotografia, quanto a narração, desempenha o papel de representar, com sinais ou palavras, o fato fotografado ou narrado (tem, então, uma função representativa, e, como já estudado, a representação linguística não toca a realidade física, não incide diretamente sobre os fatos).

4.2 PROVA PESSOAL E PROVA REAL

Diferenciam-se as provas quanto ao sujeito (ou as fontes), podendo ser *personais* quando se relacionam a uma afirmação pessoal consciente; ou *reais*, caso se deduzam do exame das coisas, consistindo numa atestação inconsciente feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu.²²² Ou, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco²²³:

Consideradas as fontes, a prova é pessoal quando emprega fontes ativas, como testemunhas e as próprias partes em depoimento pessoal; ou real, quando incide sobre fontes passivas, que são coisas ou pessoas a serem objeto de exame. A categoria das provas reais inclui as provas técnicas e a documental. Essa é na verdade uma classificação das fontes, que no linguajar corrente se propaga a dos meios de prova.

Eduardo Cambi acrescenta que as provas pessoais são *vox viva*, enquanto as reais são *vox mortua*, e aduz que a diferença entre elas está não só nas suas fontes, mas também na sua forma de representação do fato, pois as primeiras se servem de testemunho (representação testemunhal – aqui empregada num sentido lato) e as segundas de documento (representação documental).²²⁴

Levando em conta a base teórica do presente trabalho, qual seja, a teoria da linguagem, tal classificação não pode prosperar. Veja que Francesco Carnelutti²²⁵, apontando a diferença entre prova real e prova pessoal, chega a afirmar que na “segunda forma há um homem que narra; na primeira, permitindo-nos a metáfora, narra a coisa”. Em semelhante sentido Moacyr Amaral Santos²²⁶ aduz que as provas

²²² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 43-44, nota 150; MACHADO, Vitor Gonçalves. op. cit., nota 77; BARBOSA, Amanda. Prova emprestada e o novo cpc: repercussões no processo trabalhista e na qualidade da prestação jurisdicional – **ANAIS III CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA – UNIVERSIDADE DE RIBEIRAO PRETO**, p. 15.

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 93, nota 134.

²²⁴ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 270, nota 140.

²²⁵ CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 141, nota 152.

²²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 55, nota 179.

reais se apresentam “ligadas à realidade inconsciente das coisas”, e as pessoais “consistem em impressões conscientes do espírito”, e complementa:

Ali a coisa é o sujeito da prova, aqui a pessoa: uma coisa que atesta, uma pessoa que afirma. A coisa atesta, inconscientemente, as modalidades reais que sofreu em razão do fato probando; a pessoa afirma, conscientemente, as impressões psíquicas que se conservaram no seu espírito relativamente ao fato por provar.

Fica claro que essa afirmação não condiz com os fundamentos até aqui lançados, isso porque, como já explanado, a coisa nada fala, mas é o ser humano que, utilizando-se da linguagem, atribui sentidos ao objeto. Destarte, sendo a prova um elemento linguístico, ela sempre dependerá de produção humana, ou seja, todas as provas são pessoais.²²⁷

4.3 PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA, PROVA CASUAL E PROVA CONSTITUENDA

Quanto à classificação que diz respeito à preparação da prova, verifica-se que os termos utilizados variam de sentido ao sabor da doutrina: alguns desenvolvem uma divisão tríade, tomando as *provas pré-constituídas* como aquelas que são produzidas fora do processo, mas com o intuito de serem utilizadas na eventualidade de um processo judicial; as *provas casuais* como as produzidas fora do processo, despretensiosamente, sem intenção de servirem à jurisdição; e as *provas constituendas*, englobando todas as provas produzidas dentro do processo. Outros, por sua vez, apenas dividem essa classificação em *provas pré-constituídas* e *provas casuais*, afirmando serem aquelas todas as produzidas fora do processo, independente de sua intenção; e estas todas as produzidas dentro do processo. Nota-se, assim, que essas expressões são muito perigosas, pois variam de significado drasticamente, o que acaba por gerar confusões desnecessárias.

²²⁷ “Ademais, veja a confusão causada por tal classificação que enquadra as pessoas ora como fontes de prova real, ora como fonte de prova pessoal, a depender da atestação ter sido feita conscientemente ou não: “Incluem-se, entre as provas reais, não só as relativas às modificações corpóreas como às modificações psíquicas manifestadas pela própria pessoa [...] A pessoa aí funciona como coisa. Assim, o ferimento, a palidez, o terror, o desespero são autênticas provas reais [...] A própria palavra pode ser considerada como prova real quando não destinada conscientemente a revelar a alma” (SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 55, nota 179).

Para Cândido Rangel Dinamarco²²⁸ e Eduardo Cambi²²⁹, preconstituídas são aquelas provas que foram formadas e existem antes e fora do processo (o autor menciona as provas emprestadas e os documentos em geral como espécies dessa classe), e seriam constituídas as provas formadas no curso do próprio processo (depoimentos, perícia e inspeção judicial).

Já Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²³⁰ chama de casuais ou simples as provas preparadas durante o processo, e divide as preconstituídas em: sentido amplo, as produzidas previamente, em vista de possível utilização em futuro processo; sentido estrito, as provas consistentes em instrumentos públicos ou particulares representativos de atos jurídicos que por instrumento se constituem.

Jeremías Bentham²³¹, por sua vez, traça as seguintes classificações: a) prova por depoimentos: aquela produzida por ocasião da causa pendente; b) prova por documento: aquela que se realiza antes e independentemente da causa, sem a intenção de servi-la; c) provas literais casuais: o escrito celebrado sem a intenção de ser empregada em uma causa judiciária; d) provas literais preconstituídas: o escrito celebrado segundo certas formas legais, para ser eventualmente empregado no caráter de prova judiciária.

Seguindo em parte a ideia de Jeremias Bentham, estão Moacyr Amaral Santos²³² e Vitor Machado Gonçalves²³³, para quem a prova pode ser casual (quando utilizada ocasionalmente, sem prévia intenção de empregá-la como prova), ou preconstituída (caso já tenha se formado a prova com o intuito de utilizá-la futuramente em um processo).

Vale dizer, a maioria da doutrina identifica a prova documental com a prova preconstituída, como se pode notar do trecho retirado de artigo escrito por Darci

²²⁸ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 93, nota 140.

²²⁹ Eduardo Cambi (CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 271, nota 140) ainda acrescenta a este entendimento: “As provas preconstituídas podem ser subdivididas em preconstituídas *ex parte*, por uma só das partes (como um livro comercial), ou *a partibus*, por ambas as partes (como um contrato). Aquelas podem ser denominadas de *semipreconstituídas*”.

²³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 44, nota 150.

²³¹ BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Paris: Bossange Frères, 1825, pagina.

²³² SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 55, nota 179.

²³³ MACHADO, Vitor Gonçalves. op. cit., nota 77.

Guimarães Ribeiro²³⁴, para o qual falar em prova documental é o mesmo que falar em prova preconstituída, “pois as provas documentais são essencialmente preconstituídas (Evidence existing before the trial, Vorbereiteter Beweis). O que equivale dizer que um documento, uma prova documental é criada, constituída fora dos autos”.

²³⁴ RIBEIRO, Darco Guimarães (op. cit., p. 29, nota 100). O referido autor em outro livro (RIBEIRO, Darco Guimarães, op. cit., p. 110, nota 168): “Como foi visto anteriormente, a prova pode apresentar-se em juízo de forma preconstituída ou casual. No primeiro caso, elas já existiam antes do momento de sua apresentação na causa, e.g., documentos em geral. E no segundo, elas são produzidas no curso da causa, em razão da necessidade de demonstrar a realidade do fato, e.g., depoimento pessoal, testemunhas, etc.”. Nesse sentido: GALÍCIA, Caíque Ribeiro; ROSA, Eduardo Dalla. **Análise da prova emprestada no âmbito da cooperação jurídica internacional**. Disponível em: << <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/21.pdf>>>. Acesso em: 05 out. 2016; ANDRADE, Rita Marasco Ippólito. op. cit., p. 43, nota 186.

5 A VALORAÇÃO DA PROVA

Como bem asseveram Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²³⁵, o direito fundamental à prova possui conteúdo complexo, e compõe-se das seguintes situações jurídicas: a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

Cândido Rangel Dinamarco²³⁶ esclarece a relevância que permeia a disciplina da valoração probatória, dizendo alhures que:

Exame da prova é atividade intelectual consistente em buscar, nos elementos probatórios resultantes da instrução processual, pontos que permitam tirar conclusões sobre os fatos de interesse para o julgamento. [...] O exame da prova constitui delicada operação inerente ao exercício da jurisdição, da qual depende em grande parte a efetividade da justiça em cada caso concreto.

A valoração da prova é tema um tanto complexo cujo conteúdo vem se desenvolvendo no decorrer do tempo, perpassando pelos chamados sistemas de *prova tarifada*; da *íntima convicção* e do *convencimento motivado*. Segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira²³⁷, ao longo da história, a apreciação da prova tem merecido “regulação mais ou menos rigorosa, na medida em que se busque restringir ou ampliar a liberdade do órgão judicial no exame do material fático recolhido no processo”, esclarecendo ainda que o rumo tomado “encontra-se quase sempre sintonizado com a confiança depositada no juiz e os valores imperantes na época”.

Deveras, para se entender os limites e fundamentos que devem nortear o julgador na hora da valoração probatória, é preciso ter em mente os valores disseminados pelo Estado Democrático Constitucional e estudados no capítulo 2, que tratou do Código de Processo Civil de 2015, o qual traz em seu bojo diversas garantias que dialogam profundamente com o direito probatório e o devido exame da prova.

²³⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 41, nota 150.

²³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 111, nota 134.

²³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Problemas atuais da livre apreciação da prova**. Porto Alegre: UFPR. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir3.htm>>. Acesso em: 20 out. 2016

5.1 MODELO DA PROVA TARIFADA

O modelo de prova tarifada (ou prova legal) sustentava-se numa atribuição legal de valores predeterminados a cada prova. O legislador era quem determinava o peso que deveria ser atribuído ao material probatório, vinculando o julgador, ao qual restava apenas a aplicação mecânica e matemática desses valores preestabelecidos, pouco importando as peculiaridades do caso concreto.²³⁸ Explica Michele Taruffo²³⁹:

Esse sistema já estava bem consolidado no século XII, refinando-se e estendendo-se nos séculos XVI e XVII. Baseava-se, por sua vez, em longas e complexas listas de regras detalhadas que estabeleciam o peso de cada elemento de prova específico. Em consequência, ao juiz restava pouca ou nenhuma discricionariedade na valoração das provas, incumbindo-lhe a tarefa de somar os valores das provas positivas e negativas relativas a cada fato mediante uma espécie de cálculo algébrico [...] A concepção da prova legal baseava-se em diversas premissas culturais, entre elas o pensamento filosófico escolástico e, posteriormente, o racionalismo humanístico com suas tentativas de oferecer uma estrutura lógica e matemática formal à valoração das provas.

O momento do surgimento da prova legal é ainda um tanto nebuloso. Juristas divergem quanto ao assunto, alguns classificam as ordálias, duelos e juramentos encontrados no processo germânico como uma manifestação de prova tarifada²⁴⁰; enquanto outros, ao contrário, afirmam que a prova legal veio exatamente para superar os “juízos de Deus”²⁴¹. Entre as duas correntes, no entanto, um entendimento prevalece: o modelo tarifado nasceu em evidente combate contra a arbitrariedade judicial.

²³⁸ Aduz Marcio Vieira (Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. **Revista da Esmesc**, Santa Catarina, v. 17, n. 23, 2010, p. 378): “Preponderam, então, no sistema da prova legal, regras de valoração definidas pela lei em caráter geral e abstrato, e não pelo juiz, em cada caso específico. O legislador, antecipando-se, estabelece juízo valorativo ao impor normas que graduam, exaltam, limitam ou excluem a eficácia das variadas fontes de prova, mediante verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral. Elas constituem vínculos normativos à formação do convencimento pessoal do juiz, caracterizando-se por reduzir ou mesmo chegar próximo a aniquilar o espaço da valoração a ser feita por este em casos concretos”.

²³⁹ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 131-132, nota 126.

²⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., nota 134; BUTTENBENDER, Carlos Francisco. **Direito probatório, preclusão e efetividade processual**. Curitiba: Juruá, 2007; ROSITO, Francisco, op. cit., nota 93.

²⁴¹ TARUFFO, Michele, op. cit., nota 126; SILVA, Cesar Antonio da. op. cit., p. 59, nota 187.

Nesta esteira, Eduardo Cambi²⁴² chega a apontar que, naquela época, tendo em vista que os juízes “não tinham as prerrogativas necessárias para suportar as ameaças e os subornos vindos, especialmente, dos mais ricos e poderosos”, a prova tarifada foi uma grande conquista civilizatória do direito europeu.²⁴³

Sendo que a desconfiança em um Judiciário corrupto e o medo do arbítrio embasaram o modelo da prova tarifada, este começou a apresentar sinais de decadência ainda no século XVIII. Os motivos da superação da prova legal foram bem apontados por Michele Taruffo²⁴⁴, que assim expõe:

O sistema da prova legal entrou em colapso por duas razões principais. A primeira foi a cultura filosófica do Iluminismo, que se livrou dos antigos conceitos de racionalidade para abrir caminho a novos métodos de raciocínio. A outra se relaciona às profundas mudanças institucionais na estrutura do poder judiciário, bem como no status e no papel do juiz. O sistema da prova legal fundava-se em uma falta de confiança generalizada nos juízes, já que eles geralmente eram – especialmente nos tribunais de primeira instância, onde os fatos eram estabelecidos – ignorantes, corruptíveis e corruptos, resultando, por isso, perigoso deixar as decisões a sua discricção. Por essa razão, o novo juiz, criado após a Revolução Francesa e as reformas de Napoleão, é um funcionário do Estado treinado profissionalmente e um julgador neutro e responsável: portanto, já não é necessário evitar que o juiz tenha ampla discricionariedade na sua decisão sobre os fatos.

Como veremos mais adiante, essa crescente confiança que fora depositada no julgador acabou conduzindo a um retorno ao modelo da convicção íntima, no qual a vasta discricionariedade do magistrado era quase ilimitada.

Vale dizer que ainda hoje alguns resquícios do modelo tarifado permeiam o ideário de vários juristas, que acreditam haver certa graduação valorativa entre os tipos de prova, como se pode constatar de alguns brocardos até hoje muito conhecidos como

²⁴² CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 316, nota 140. De modo similar, Oscar Valente Cardoso (Peculiaridades da prova no processo previdenciário: prova tarifada. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 143, fev. 2015, p. 40): “Afirma-se ainda que, no período pós-clássico do Direito romano, a falta de confiança do Imperador nos juízes levou à implantação do sistema da tarifação legal”.

²⁴³ Já Hermes Zaneti Jr. (Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Provas**: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 182-183) aponta para a cientificação da verdade na tradição romano-germânica, onde a lei representa a segurança contra o arbítrio, expondo que “nesse quadro as questões de fato surgem apenas como premissas menores de um raciocínio lógico jurídico em que o direito (ciência pura) resolve a priori a controvérsia dada”. Frise-se, todavia, que o pensamento deste renomado jurista não se limita apenas ao legalismo e ao “juiz boca da lei” em seu sentido mais extremo (como o é na prova legal), mas também é utilizado como crítica ao desprezo processual à dialética, ao diálogo democrático e à tópica (o que pode ser encontrado no sistema da íntima convicção).

²⁴⁴ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 132, nota 126.

“a prova testemunhal é a prostituta das provas” e “a confissão é a rainha das provas”. Embora a lei não imponha esse tipo de tarifamento, essas crenças, infelizmente, se encontram enraizadas na mentalidade de muitos juristas²⁴⁵. É o que expõe Carlos Francisco Buttenbender²⁴⁶:

[...] o problema é que permanecem às vezes no espírito dos juízes, nomeadamente em decorrência de fatores de ordem cultural, resquícios da prova tarifada, como se a confissão, a perícia ou documentos houvessem de prevalecer sempre sobre os demais tipos de prova.

E ainda acrescenta a este entendimento Carlos Alberto Álvaro de Oliveira²⁴⁷:

Todavia, bem entendido o sistema da persuasão racional, não se pode conceber regra de natureza probatória *a priori* nem de caráter geral: tudo há de depender do exame *in concreto* do caso e no contexto dos elementos constantes dos autos, material sobre o qual haverá o órgão judicial de exercer com o maior cuidado o seu exame crítico.

Que fique claro que, regra geral, não há critérios jurídicos e legais que estabeleçam essa graduação das provas no ordenamento jurídico brasileiro vigente. Esses estereótipos que continuam a ser encontrados na prática forense deitam raízes em

²⁴⁵ Cândido Rangel Dinamarco (op. cit., p.101-102, nota 134) afirma que: “o juiz aprecia os elementos probatórios, menos considerando aprioristicamente as fontes ou meios de prova como categorias abstratas (prova testemunhal, prova documental, prova pericial) e mais sob influência que cada prova efetivamente produzida possa exercer sobre seu espírito crítico. Existe notoriamente uma graduação do poder de convicção segundo as fontes utilizadas, mas ela não é ditada pela lei, não é de observância obrigatória para o juiz e sequer se impõe de modo constante ou regular em todos os casos. Esses critérios são preponderantemente subjetivos e correspondem aos juízos ordinariamente feitos pelos próprios juízes e tribunais [...] Porque a experiência comum assim aconselha – e não porque assim mande a lei – o juiz dá mais crédito a um documento do que a uma testemunha; mais crédito à parte prestando depoimento pessoal onde reafirma os fatos afirmados pelo adversário (confissão), do que ao adversário quando os afirmou em seu próprio benefício”. Com idêntico entendimento cf. CAMBI, Eduardo, op. cit., p.314, nota 140. Sobre o assunto, ainda, colacionamos o entendimento de Darci Guimarães Ribeiro (**Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 43-44): “O que se constata é que, em consequência do predomínio da prova legal, pelos critérios até agora apontados, a prova oral possui um valor reduzido de simples declaração. Tanto é isso verdade, que se costuma dizer que a prova testemunhal é considerada a prostituta das provas, em virtude de ser a mais fácil de se comprar. Pode-se afirmar, com toda certeza, baseado na nossa tradição, a *civil law*, que, objetivamente falando (critério objetivo do conceito de prova), não há uma hierarquia entre as provas. Por esse motivo o juiz, segundo o art. 131 do CPC, ‘apreciará livremente a prova’; nada parece ser mais verdadeiro; mas, na realidade, não o é, pois, se assim fosse, não os preocuparíamos em, sempre que possível, documentar um negócio jurídico, haja vista a apreciação livre da prova [...] A questão é resolvida com uma simples pergunta: Que tipo de prova seria preferível apresentar em juízo, uma prova documental ou uma prova testemunhal? Duvido que, em sã consciência, alguém preferisse apresentar, no nosso sistema, uma prova testemunhal ao invés de uma documental. Isso nos leva a concluir que há, subjetivamente falando (critério subjetivo da prova), uma *hierarquia subjetiva* entre as provas [...]”.

²⁴⁶ BUTTENBENDER, Carlos Francisco, op. cit., p. 78, nota 244.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Problemas atuais da livre apreciação da prova**. Porto Alegre: UFPR. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir3.htm>>. Acesso em: 20 out. 2016.

crenças populares, e não nas normas jurídicas válidas (que, como será demonstrado, adota o modelo do convencimento motivado).

5.2 MODELO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO

O modelo da íntima convicção (ou livre convencimento) consiste numa quase total liberdade do juiz no momento da valoração da prova, podendo ele se basear em elementos probatórios que nem mesmo estejam nos autos do processo, utilizando-se de sua ciência privada, não havendo sequer o dever de motivação de suas decisões.

Como se pode notar, o livre convencimento é um modelo calcado na discricionariedade, pois amplamente aberto ao subjetivismo judicial. Permite uma liberdade pouco (ou nada) limitada ao juiz²⁴⁸, sendo, portanto, considerado um modelo antidemocrático que não propicia qualquer forma de controle das decisões emanadas pelo Judiciário.²⁴⁹

A propósito, Eduardo Cambi²⁵⁰ demonstra muito bem a origem não democrática do modelo da íntima convicção ao relatar que este foi concebido pelo Tribunal Revolucionário Francês para processar e condenar os adversários políticos da Revolução Francesa à morte da forma mais rápida possível, esquivando-se do demorado procedimento decorrente da utilização da prova tarifada, na qual se prolongavam dias produzindo e calculando o peso de cada prova. Sobre esse dado histórico comenta o célebre jurista²⁵¹:

Tal princípio foi introduzido não por razões de justiça ou de proteção da liberdade ou da defesa do acusado, mas para buscar a mais rápida condenação dos adversários da Revolução [...] Por não observar as garantias do contraditório e da ampla defesa, o processo se destinava apenas a legitimar formalmente uma decisão que já havia sido tomada. O

²⁴⁸ Vale frisar que, segundo Amaral Santos (apud ROSITO, Francisco, op. cit., p. 42, nota 93), não houve nenhuma legislação de povo civilizado que tenha adotado esse sistema de forma pura, concedendo uma liberdade completamente ilimitada ao juiz na apreciação da prova.

²⁴⁹ Nilo Bairros de Brum (apud BUTTENBENDER, Carlos Francisco, op. cit., p. 83, nota 244) explica que: “em um sistema processual baseado no livre convencimento, não é fácil (diríamos que é praticamente impossível) reconstituir os reais motivos que levaram um juiz a decidir conforme decidiu. No que se refere à avaliação da prova, os códigos são lacônicos; a doutrina, extremamente plástica; e a jurisprudência, vacilante”.

²⁵⁰ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 325, nota 140.

²⁵¹ Ibid., p. 325.

Tribunal Revolucionário, tendo funcionado entre 10.03.1793 a 27.06.1974, condenou a pena de morte 2.625 pessoas, número muito superior ao do regime pretérito, quando vigorava a Ordonnance Criminelle de 1670, de Luiz XIV. Esse número excessivo de condenações somente foi possível em razão do princípio do livre convencimento do juiz, já que no sistema anterior da prova legal faltaria prova suficiente para tantas mortes, tendo, portanto, o sistema da prova legal impedido um maior número de condenações abusivas.

Cândido Rangel Dinamarco²⁵², de igual modo, ensina que o modelo da íntima convicção é “de extrema insegurança e inimigo do Estado-de-direito, pelo qual o juiz teria o poder de decidir segundo seus próprios impulsos ou impressões pessoais, sem o dever de alinhar fundamentos ou dar satisfações a quem quer que fosse”.

Observa-se que o sistema da íntima convicção não encontra guarita num Estado Democrático de Direito²⁵³, no qual vigoram garantias constitucionalmente consagradas (como o contraditório e o devido processo legal), que impõem ao magistrado um dever de motivação das decisões fundada nos elementos constantes dos autos, inadmitindo-se a utilização da ciência privada do juiz, o qual deve ser impessoal e imparcial.

5.3 MODELO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO

²⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 104-105, nota 134.

²⁵³ De modo diverso, Michele Taruffo (op. cit., p. 134-135, nota 126) parece não considerar a íntima convicção e a persuasão racional como sistemas de valoração diferentes, tomando-os apenas como formas distintas de interpretação do significado positivo do livre convencimento: “Por outro lado, ainda que o princípio da livre apreciação possua um significado claramente negativo, também tem um significado relativamente positivo. Seu significado negativo está determinado pela exclusão das regras de prova legal e pela liberdade do julgador para estabelecer o valor probatório dos meios de prova. A incerteza acerca de seu significado positivo deriva do fato de que o princípio não determina a forma pela qual o julgador deve proceder a sua valoração discricionária. Por conseguinte, propõem-se distintas interpretações do princípio. Por vezes, diz-se que o juiz deve seguir sua própria intuição ou palpite ao determinar o valor da prova, ou, ainda, que deve basear-se em suas próprias sensações e crenças íntimas para alcançar uma espécie de certeza moral sobre os fatos em litígio. As versões desse princípio em termos de *intime conviction* são habitualmente interpretadas nesse sentido. Em seus termos mais extremos, tal enfoque conduz a concepções irracionais da valoração das provas e do juízo acerca dos fatos, segundo os quais não existiriam critérios identificáveis para tal valoração, pois essa se concebe como uma espécie de experiência espiritual e subjetiva do julgador, da qual não se pode conhecer. Em verdade, essa concepção vincula-se diretamente às teorias irracionalistas da decisão sobre os fatos. Nessa perspectiva, a liberdade do juiz é interpretada como equivalente a uma escolha arbitrária e meramente individual. Por outro lado, desenvolve-se uma perspectiva diferente com o propósito de determinar *standards* racionais, de acordo com os quais a valoração discricionária da prova deve realizar-se de forma intersubjetiva e verificável”.

O modelo do convencimento motivado (também denominado de persuasão racional) é o modelo que mais se adequa às ideias propagadas pela Constituição Federal e o novo Código de Processo Civil, levando em consideração um processo mais democrático e cooperativo, que consagra garantias como a do contraditório e da motivação das decisões judiciais.

No convencimento motivado, diferente da prova tarifada, a prova é avaliada *in concreto* pelo magistrado, mas ao juiz não é permitido seguir suas impressões pessoais, devendo extrair a sua convicção das provas constantes dos autos, atendendo aos fatos estabelecidos, às regras jurídicas e à racionalidade.²⁵⁴

Aqui vale um pequeno esclarecimento, muitos autores também denominam este modelo de “livre convencimento motivado”, todavia, não adotaremos essa expressão, tendo em vista que o CPC/2015 não faz uso da palavra “livre”, a qual gerava grande discussão acadêmica.²⁵⁵ Ademais, o emprego do signo “livre” no modelo do convencimento motivado suscitava certa confusão, pois remetia muitas vezes à ideia da íntima convicção (modelo diverso que também é frequentemente denominado de “livre convencimento”).²⁵⁶

²⁵⁴ ROSITO, Francisco, op. cit., p. 43, nota 93.

²⁵⁵ Note-se ainda que mesmo durante a vigência do CPC/1973, o qual fazia uso expresso da palavra “livre”, alguns doutrinadores acabavam por rebater essa expressão, mesmo que timidamente, como podemos ver em Cândido Rangel Dinamarco (op. cit., p. 105, nota 134), o qual afirmava que o livre convencimento estipulado pelo CPC/1973 “como prerrogativa do juiz na apreciação dos fatos e de sua prova, é mais precisamente, por força do que a Constituição e a lei lhe impõem, um convencimento racional e motivado à luz dos autos”, e logo depois cita Theotônio Negrão (apud *ibid.*, p. 105) em insigne frase que assim diz: “Segue-se que no direito atual o juiz valora livremente a prova, mas não tão livremente assim”. Francisco Rosito (op. cit., p. 46, nota 93) traz ideia similar ao explicar que: “[...] o convencimento representa o momento final e o resultado de um procedimento norteado por regras lógicas e jurídicas. Nesse sentido, percebe-se que a liberdade de convencimento não está no modo da sua formação, mas no ato de convencer-se. Assim, a liberdade refere-se somente ao convencimento em si ou à sua substância, mas não à sua formação, que, como se sabe, depende de regras determinadas [...] O livre convencimento do juiz deve ser entendido, por conseguinte, como liberdade do juiz de apreciar os elementos de prova adquiridos de acordo com critérios determinados”. Vale ainda citar o mestre Moacyr Amaral Santos (op. cit., p. 347, nota 142) que, já em 1961, entendia a liberdade do juiz no sentido de apreciar “as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas – regras jurídicas, regras da lógica, regras da experiência”.

²⁵⁶ Conforme Vitor de Paula Ramos (op. cit., p. 17, nota 163): “O texto, de resto, elimina a palavra “livremente”, constante do art. 131 do CPC de 1973. Mesmo que a doutrina reconhecesse há bastante tempo que “apreciação livre” não quer dizer que o juiz possa valorar a prova como bem entender⁶³, a supressão de tal vocábulo evita confusões no foro, dando, de maneira muito clara, posicionamento no sentido da aproximação do modelo objetivo; o juiz não pode decidir como bem entender, ou de acordo com suas convicções. Deve, isto sim, valorar racionalmente a prova produzida”.

Retomando a ideia de persuasão racional, consagra-se aqui a garantia de um juiz imparcial, Isso porque o julgamento deve se dar segundo o Direito e a racionalidade. Saliente-se, por mais redundante que seja, que na persuasão racional a motivação deve ser racional, ou seja, adequada aos fatos e às provas produzidas. Como bem explicado por Francisco Rosito²⁵⁷ “Dentro de um conceito racional de justiça, a decisão deve ser uma conclusão lógica de um exame analítico dos fatos e de uma apreciação crítica dos elementos de prova”.

O julgador, assim, deve justificar racionalmente a decisão, de modo que seja possível controlar a sua justificativa, os motivos que o levaram a decidir daquela forma. Repudiam-se discursos superficiais, meramente retóricos, vazios de conteúdo.

Embora não seja possível determinar critérios taxativos de racionalidade, uma decisão, para ser racional, deve manter uma coerência interna e, ademais, não pode desprezar as provas constantes nos autos.

Aliás, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 371²⁵⁸ prescreve que “O juiz **apreciará** a prova **constante dos autos**”. Verifica-se que o referido dispositivo não faculta ao magistrado a apreciação da prova que esteja no processo, mas ordena de forma imperativa a sua apreciação²⁵⁹.

Outrossim, o modelo do convencimento motivado obriga o juiz a decidir segundo as provas constantes nos autos apenas, não podendo ele se valer de sua ciência privada, até porque se o magistrado conhecesse pessoalmente os fatos isso feriria a sua imparcialidade. Destarte, ao julgar com base em sua ciência privada,

²⁵⁷ ROSITO, Francisco, op. cit., p. 55, nota 93.

²⁵⁸ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

²⁵⁹ Sobre o juiz ter o dever de analisar todas as provas trazidas aos autos: “De pouco valeria ter o direito à produção de um meio de prova, se o juiz pudesse, solenemente, ignorá-la. Se a prova foi produzida, é porque o órgão julgador a considerou relevante para a causa; essa decisão gera para a parte a expectativa legítima de que a prova seja valorada. Trata-se de imposição do princípio do contraditório, mais uma vez, e do princípio da cooperação, pois essa conduta revela o respeito do juiz pela atuação processual da parte” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 43, nota 150); “Assinale-se, de início, que não é suficiente garantir às partes o direito à produção das provas pertinentes. É de rigor que, concluída a instrução, o juiz forme seu convencimento segundo o *princípio da persuasão racional*, mencionando na sentença como se convenceu a respeito da existência ou inexistência dos fatos [...] E as partes têm o direito de exigir que o juiz se pronuncie sobre as provas produzidas, aceitando-as ou rejeitando-as” (LOPES, João Batista. op.cit., p. 52, nota 156).

negligenciar-se-ia o caráter dialético e cooperativo do processo democrático, além de desrespeitar o contraditório em sua dimensão formal e substancial.

A regra que impõe ao juiz decidir *secundum allegata et probata* (segundo as alegações e as provas) pode ser repartida em duas obrigações: permanecer nos limites da lide fixada pelas partes; e servir-se somente de provas constantes nos autos, consoante o brocardo “*Quod non est in acts non est in mundo*” (O que não se encontra nos autos do processo, não está no mundo).²⁶⁰

Em fina sintonia com a vedação da ciência privada o art. 484²⁶¹ do mesmo diploma legal obriga o juiz, ao realizar inspeção judicial, reduzi-la a termo para que esta também conste nos autos do processo.

De mais a mais, a persuasão racional ampara o dever de motivação das decisões judiciais, já estudado anteriormente. Como bem ilustrado por Carlos Francisco Buttenbender²⁶² o mandamento constitucional que exige a fundamentação das decisões judiciais “abriu manto sobre todo sistema processual brasileiro enquadrando-o segundo as regras do sistema da persuasão racional, uma vez que qualquer decisão precisa ser juridicamente embasada”.

É sobremodo importante frisar o relevante papel que exerce a motivação judicial no processo democrático constitucional. Além do mais, de nada adiantaria assegurar a composição de uma decisão racional, alicerçada em um processo dialético e cooperativo, impondo dever de imparcialidade ao juiz, se não fosse instituído instrumento de controle correlato.²⁶³

²⁶⁰ ROSITO, Francisco, op. cit., nota 93; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., nota 134; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., nota 150; POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Daniel et al. **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁶¹ Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.

²⁶² BUTTENBENDER, Carlos Francisco, op. cit., p. 87, nota 244.

²⁶³ Neste sentido, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (op. cit., nota 247): “A primeira observação é que, do ponto de vista externo ao juízo valorativo, conquanto inadmissível qualquer retrocesso no sentido de tarifar a apreciação do fato pelo juiz, há de ser preservado, como salvaguarda para melhor estabelecimento da verdade e paralelo anteparo contra o abuso da liberdade judicial a respeito, o controle da sociedade imbuída de valores democráticos, por meio dos princípios, garantias e técnicas formadores do próprio processo. Visam eles, por um lado, a facilitar o trabalho judicial, elastecendo ao mesmo tempo a colaboração das partes [...] Podem ser apontados nesse caminho o dever de motivar a sentença, o atendimento às formalidades estabelecidas em lei para a realização

Por fim, vale ressaltar que na motivação devem-se analisar cada uma das provas produzidas, sem perder em qualidade. Ao juiz é imposto o dever de clareza e esclarecimento nas suas decisões. Dessa forma, para que uma decisão seja efetivamente motivada, não basta analisar algumas provas e fundamentações em detrimento de outras, nem tampouco se utilizar de expressões generalizadas como “segundo o exame dos elementos de prova, julgo procedente”.²⁶⁴ Toda prova e fundamentação suscitada nos autos deve ser levada em consideração, em virtude da cooperação processual, e deve ser examinada de forma específica e factual frente ao caso concreto que se apresenta.

Interessante crítica foi formulada por Rodrigo Fomes de Mendonça Pinheiro²⁶⁵ quanto à precária fundamentação encontrada no dia-a-dia forense, principalmente no que diz respeito ao julgador singular, que em regra possui o primeiro contato com a lide e as provas a ela relacionadas:

Diante disso, causa-nos alguma perplexidade aceitar que o juízo singular tenha o dever de, sob o ângulo do contraditório substancial, considerar todas as provas aportadas pelas partes e, demais disso, também o dever-poder de determinar a produção de provas de ofício, especialmente quando o conjunto probatório colacionado exaustivamente pelas partes revele-se insuficiente para que se atinja a verdade alcançável, mas não tenha o dever de declinar de maneira completa, em sua sentença, as razões pelas quais as múltiplas causas de pedir ou as diversas razões de defesa, todas pormenorizadamente elucidadas, não lhe convenceram.

Nesta toada, observa-se que o modelo da persuasão racional encontra respaldo nas garantias do contraditório, da cooperação, do juiz imparcial, e do dever de motivação. O convencimento motivado, assim, não se curva ao legalismo exacerbado da prova legal, nem abre espaço para o arbítrio encontrado no modelo

da prova, a publicidade do procedimento, a possibilidade de recursos em geral e o duplo grau de jurisdição”.

²⁶⁴ Sobre o tema, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (op. cit., nota 247): “Não deve ser olvidado, no entanto, o risco de não ser de todo afastada a onipotência judicial com o emprego dessas técnicas e até mesmo respeitando-se os princípios e garantias antes mencionados. O problema revela-se muito mais complexo e mostra-se bem possível que o órgão judicial, mesmo com uma autêntica proclamação de princípios, ao justificar determinada visão dos fatos lance mão de critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, despidas de conteúdo, aludindo por exemplo à ‘verdade material’, ‘prova moral’, ‘certeza moral’, ‘prudente apreciação’, ‘íntima convicção’. Essas e outras expressões similares representam autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica, por não assegurar nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicar falsa motivação da decisão tomada e impedir, assim, o controle por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior”.

²⁶⁵ PINHEIRO, Rodrigo Fomes de Mendonça, op. cit., p. 840, nota 110.

da íntima convicção²⁶⁶, mas se coaduna com os preceitos estipulados pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil de 2015, em conformidade com um processo mais democrático. Segundo Moacyr Amaral Santos²⁶⁷:

Além do que, o sistema da persuasão racional não escraviza o juiz, contrariando a consciência nele formada pelas provas, característica do sistema da prova legal, nem o arvora em poder discricionário, intangível e indomável, apanágio do sistema da livre convicção.

De igual modo, ressalta Marcio Vieira²⁶⁸ que:

[...] o índice de democratização do processo revela-se para um melhor norteamento em comparação com o antigo sistema da prova legal, dado que o pronunciamento sobre o fato passa a ser mais compreensível para o cidadão comum, que interage dialeticamente com a aproximação que deve ter a cidadania da função jurisdicional.

Por fim, vale frisar que, para uma melhor qualidade das decisões, pode-se traçar alguns nortes orientativos para direcionar a valoração do julgador, sem, no entanto, prende-lo às amarras de um sistema tarifado. Dessa forma, o modelo do convencimento motivado aceita a criação de diretrizes, como, por exemplo, os denominados standards processuais. Regras fechadas, que amordacem o juiz e o obriguem a desprezar a facticidade do caso concreto, não nos parece ser o melhor caminho para o saudável exame da prova.²⁶⁹

Neste ponto, sustenta Danilo Knijnik²⁷⁰ a ideia dos *standards*, que para ele são paradigmas ou modelos de constatação que, sob pena de destuir-se a si próprios, são abertos, não podendo esperar deles soluções lógico-dedutivas. O autor²⁷¹

²⁶⁶ Para Cândido Rangel Dinamarco (op. cit., p. 107, nota 134): “Sem as exigências da racionalidade e atenção exclusiva aos elementos de convicção constantes dos autos, e sem ser necessária a motivação onde o juiz demonstre ter observado essas exigências, a regra do livre convencimento seria porta aberta ao arbítrio (Pontes de Miranda). Nesse contexto de limitações à liberdade de convencimento do juiz (racionalidade, vinculação aos autos e dever de motivação) reside no fator que a compatibiliza com os fundamentos da garantia constitucional do *due process og law*”.

²⁶⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 357, nota 142.

²⁶⁸ VIEIRA, Marcio, op. cit., p. 392, nota 169.

²⁶⁹ Em sentido diverso: “À base da adoção do princípio da livre apreciação, como reação à prova legal, a doutrina costuma apontar duas ordens de motivos. De um lado, a crença de que a análise da prova é essencialmente contextual, impossível de ser aprisionada por regras previamente definidas. Dai a necessidade de conferir liberdade ao julgador. Do ponto de vista epistemológico, no entanto, esta opção é antes uma resignação diante da falta de uma alternativa melhor (*faute de mieux*) do que uma solução que se impõe pelos seus próprios méritos. Acaso se entendesse possível elaborar um método seguro de valoração objetiva da prova, este teria sido certamente preferível, e não poderia ser descartado” (COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). **40 anos de Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiro, 2013, p. 363).

²⁷⁰ KNIJNIK, Danilo. op. cit., p. 27, nota 103.

²⁷¹ KNIJNIK, Danilo. op. cit., p. 22, nota 103.

corroborar com o uso desses ditos standards, pois considera o conceito clássico de prova, que parte não da demonstração da verdade em si, mas das limitações do próprio homem na apreensão do fato, mostrando a falibilidade humana, e direcionando-a de forma a amenizar seus erros, sem no entanto voltar a um sistema de prova legal.

5.3.1 As denominadas “ilhas de prova legal”

Embora o sistema de valoração adotado pelo ordenamento brasileiro seja o convencimento motivado, regras legais há que parecem preservar, em situações específicas, um tarifamento de provas. A isto Cândido Rangel Dinamarco²⁷² denominou de “ilhas de prova legal”.

São exemplos de “ilhas de prova legal” normalmente apontados pela doutrina: o art. 215 do Código Civil que confere à escritura pública força de prova plena; as regras sobre a força probante do documento (arts. 405 a 429 do CPC/2015); o art. 195 da CLT que impõe prova pericial aos casos de insalubridade e periculosidade; entre outros.

Todavia, parte da doutrina tende a conferir uma interpretação mais flexível a esses dispositivos legais, afirmando que, numa visão sistêmica, não se poderia conceber tais regras com tamanha imperatividade, visto que o ordenamento rechaça o tarifamento das provas e ampara o convencimento motivado. Seguindo essa linha de pensamento, Maríci Giannico²⁷³:

Os arts. 216 a 219, 221 a 223 e 225 do Código Civil tratam dos documentos, mais especificamente da eficácia probatória de cada um deles. Na realidade, esta prévia valoração das provas contraria o princípio do livre convencimento, que representa uma conquista no processo civil moderno. De todo modo, tais regras não podem ser ignoradas; assim, devem ser consideradas, mas interpretadas sistematicamente, em consonância com o regime de valoração racional da prova pelo juiz, de forma que seu caráter vinculante seja abrandado.

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., nota 134.

²⁷³ GIANNICO, Maríci. op. cit., p. 208, nota 01.

Este parece ser o entendimento mais sensato²⁷⁴, até porque a tentativa de traçar normas fechadas de valoração, que venham a acorrentar o magistrado em sua análise do caso concreto, configura um erro, pois se desprezaria aí toda a facticidade encontrada em cada causa individualmente considerada.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁷⁵ condenam tais regras, afirmando que as mesmas estão em descompasso com o convencimento motivado, e analisam o art. 215 do Código Civil (o qual trata da fé dada à escritura pública) explicando que este dispositivo, ao usar a expressão “prova plena”, não quer “quer com isso dizer que esse tipo de documento é absoluto e que deve sempre prevalecer sobre qualquer outro documento ou meio de prova”, para eles, a interpretação a ser dada é a de que “a sua autenticidade e a veracidade do seu conteúdo são presumidas, embora essa presunção seja relativa. Só isso”.²⁷⁶

Quanto àquelas situações em que a substância do ato exige instrumento público para sua constituição, os autores esclarecem que “se o direito material reputa nulo (ou inexistente) o ato jurídico que não se revestiu da forma por ele exigida, esta

²⁷⁴ De forma semelhante, Cândido Rangel Dinamarco (op. cit., p. 575-576, nota 134) já bradava: “Sob a rubrica da *força probante dos documentos*, o Código de Processo Civil contém vinte e seis artigos, mais parágrafos e incisos, destinados a especificar regras sobre a eficácia dessa fonte probatória que é o documento. Esse empenho em tarifar o valor das provas é, contudo, incompatível com a declarada opção do próprio Código pelo princípio do *livre convencimento*, o que é uma conquista do processo civil moderno e se recusa a conviver com regras precisas para a valoração das provas. Estão, pois, deslocadas no sistema aquelas dezenas de disposições instituidoras de regras legais de valoração, que só se legitimariam em clima de regime de *prova legal*. Ainda assim, é dever do intérprete levá-las em consideração, porque elas estão presentes no direito dispositivo; mas todas essas disposições devem ser *interpretadas sistematicamente*, em consonância com o regime de valoração racional da prova pelo juiz. Vistas assim, na prática elas se revelam menos imperativas ou vinculantes do que parecem”. Conferir ainda: FILHO, Luiz Antonio Castro de Miranda. Breves Apontamentos sobre a Prova Emprestada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 667-668; SILVA, Cesar Antonio da. op. cit., p. 28, 113 e 125, nota 187; AMENDOEIRA JR., Sidinei. Depoimento pessoal e confissão no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p.696.

²⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 195-198, nota 150.

²⁷⁶ Maricí Giannico (op. cit., p. 206, nota 01) também tece comentários aos arts. 215, 225 CC: “Assim, a expressão *prova plena* constante dos referidos dispositivos legais não deve ser entendida como um retorno ao antigo sistema da prévia valoração legal da prova (em contraposição à prova semiplena e à prova indiciária) – até porque chocar-se-ia de frente com um das normas fundamentais de nosso ordenamento jurídico, o qual deve ser interpretado sistematicamente – mas como sinônimo de prova robusta, passível contudo de ser afastada em situações específicas, analisadas à luz do caso concreto”.

nulidade (ou inexistência) dar-se-á em todas as esferas, inclusive na esfera processual”, e acrescentam²⁷⁷:

Isso, contudo, não exclui o convencimento do juiz, forçando-o a considerar provado, ou não provado, um fato somente porque a regra legal impõe uma forma solene. Este é um elemento a ser enfrentado no momento da justificação da decisão – e pode ser afastado se demonstrado, no caso concreto, a sua inconstitucionalidade ou a falta de razoabilidade.

Assim, parte da doutrina vê em tais regras não uma manifestação excepcional do sistema de prova legal, vinculando incondicionalmente o julgador a uma força probante estipulada abstratamente pela lei. Rita Marasco Ippólito Andrade²⁷⁸, por exemplo, afirma que os documentos públicos não tem eficácia de prova plena, mas possuem, a seu favor, uma presunção relativa de autenticidade decorrente da fé pública conferida aos órgãos estatais.^{279_280_281}

Veja, ainda, a questão concernente à ata notarial, que fora positivada pelo CPC/2015 em seu art. 384. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria

²⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 199, nota 150.

²⁷⁸ ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 104, nota 186.

²⁷⁹ Cândido Rangel Dinamarco (op. cit., p. 580, nota 134) trata da falsidade de documento feito por tabelião, afirmando a o mesmo possui fé pública, a qual institui uma presunção a ser vencida. Seguindo esse entendimento: FERREIRA, William Santos. Das provas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1045-1046.

²⁸⁰ Para Francesco Carnelutti (op. cit., 220-221, nota 182) a formação do documento está ligada à sua fidelidade, e um dos meios de garantir essa fidelidade, consiste, portanto, em prover a sua formação mediante uma pessoa que ofereça garantias intelectuais e morais para excluir o perigo de erros de inteligência e de vontade na própria formação. A isso acrescentamos: certamente o fato de o documento ter sido enunciada frente a alguém investido em cargo público deve ser levado em consideração no momento da análise da prova, isso, porém, não tem o condão de atar as mãos do juiz no momento da valoração. Neste sentido, Michele Taruffo (op. cit., p. 81, nota 150) “Nos sistemas de *civil law*, a genuinidade e a autenticidade de documentos públicos ou oficiais são geralmente presumidas e podem ser inferidas as sua aparência. Todavia, dispõe-se de diversos instrumentos para o caso de o documento ser duvidoso ou de resultar impugnada sua autenticidade [...] Em qualquer caso, a presunção de autenticidade de um documento pode ser superada pela apresentação de provas em contrário pela parte que alega a sua falsidade”.

²⁸¹ Corroborando com este entendimento, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (op. cit., p. 189, nota 150), dizem que recai sobre certos documentos uma presunção *iuris tantum*, admitindo prova em contrário. Para eles a “autenticidade se presume em relação ao documento público, já que ele faz prova da sua formação (art. 405, CPC). Do mesmo modo, considera-se autêntico o documento particular: (i) se o tabelião reconheceu a firma do signatário (art. 411, I, CPC) [...] (ii) quando a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico (art. 411, II, CPC); e (iii) quando não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento (art. 411, III, CPC)”. No caso dos documentos públicos, essa presunção de autenticidade decorreria da fé pública que lhe é reconhecida.

de Oliveira²⁸² tratam da ata notarial em seção aberta dentro do capítulo sobre a prova documental, explicando que a mesma é documento público de conteúdo narrativo ou testemunhal, produzida, normalmente, de forma unilateral. Por fim, reiteram que a ata notarial é um excelente meio de prova, mas isso, contudo, “não afasta a necessidade de o juiz dar-lhe o valor que, no caso concreto, ela merece, inclusive repetindo, se for o caso, a diligência outrora efetivada pelo tabelião”.

Cândido Rangel Dinamarco²⁸³, ao comentar a fé pública dos documentos feitos por tabelião, assevera que ela está revestida de uma presunção que poderá ser vencida, provando-se a sua falsidade:

Os anais forenses registram muitos casos de declarações falsas lançadas por tabeliões, atestando a presença do vendedor de imóvel e declarando conhece-lo, mas vindo depois a ser verificado que o dono jamais este em cartório, que o número de seu documento de identidade era diferente do que o tabelião certificou etc. Em um caso até curioso, o tabelião atestou ter comparecido verificando-se mais tarde que esse suposto alienante não tinha mais de seis anos de idade, na data indicada na escritura de compra-e-venda. São hipóteses de falsidade na formação do material do documento público, a qual lhe subtrai a eficácia probatória e até mesmo o efeito constitutivo de direitos e obrigações no plano substancial.

Assim sendo, acreditamos que as referidas regras legais não impõem um valor absoluto aos meios de prova, ou melhor, não representam imperativas exceções ao convencimento motivado, mas, quando muito, são mitigações em relação a este. Esse abrandamento se dá pela possibilidade de se criar orientações, nortes e direcionamentos que ajudem o julgador, no momento do exame da prova, a tomar caminhos mais racionais e coerentes.

É assim que devem ser compreendidas, portanto, essas regras que parecem dar maior valor a alguns meios de provas que a outros. Longe de serem normas impositivas, devem ser vistas como nortes que o magistrado deve certamente levar em conta quando do exame da prova.²⁸⁴ Isto posto, porém, caso o juiz, mesmo

²⁸² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 213-214, nota 150.

²⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 580, nota 134.

²⁸⁴ “Feitos todos esses descontos, é legítimo o grande poder de convicção de que os documentos são portadores, dado que contêm declarações de conhecimento ou de vontade, são elaborados mediante certos cuidados formais e ordinariamente trazem a assinatura do declarante. Tais fatores influem naturalmente no espírito do juiz e fortalecem a credibilidade dessa fonte probatória, mas o juízo a respeito fica sempre reservado a este, em cada caso concreto, em vista do modo como as

tendo considerado essas orientações, restar convencido do contrário, poderá ele julgar em desconformidade com tais provas, desde que justifique cabalmente porque o fez.

partes controvertem sobre os pontos de fato pertinentes e no confronto com os demais elementos de convicção constantes dos autos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 576-577, nota 134).

3ª PARTE: A PROVA EMPRESTADA

6 A PROVA EMPRESTADA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O PROCESSO

Embora já fosse bastante utilizada na prática, a prova emprestada só veio a ser positivada com o Código de Processo Civil de 2015. Dessa forma, antes da promulgação deste novel diploma legal, a doutrina e jurisprudência embasavam a permissibilidade da prova trasladada como uma prova atípica, tendo em vista o caráter aberto adotado desde as antigas codificações, que embora enumerem expressamente alguns meios de prova, aceitam a utilização de outros que não especificados em lei, desde que lícitos e moralmente legítimos.²⁸⁵

Com o advento do CPC/2015, todavia, a prova emprestada passou a fazer parte do rol de provas típicas, sendo consagrada no art. 372. Vale frisar que o art 169 da PL 8045/2010 (projeto de lei para um novo Código de Processo Penal) até então parece se coadunar ao novo CPC ao se referir expressamente a esse meio de prova.

De qualquer modo, faz-se pertinente esboçar aqui alguns dos fundamentos comumente apontados para a admissão da prova emprestada no direito processual brasileiro quando a mesma ainda não gozava de expreso amparo legal, isso porque, mesmo que esse tipo de prova esteja atualmente coberto pelo manto da legalidade, os fundamentos dantes utilizados pela doutrina nos leva a um melhor entendimento de sua importância e de sua teleologia.

O primeiro benefício trazido pela prova emprestada e frequentemente indicado como sua maior contribuição é o implemento da celeridade e economia processual.²⁸⁶

Assim explica Arruda Alvim²⁸⁷, para quem:

²⁸⁵ Copiar artigos CF e CPC 1973 e 2015.

²⁸⁶ Sobre a relevância da prova emprestada: “Ainda que a lei processual nada disponha é preciso ter-se em vista que a admissão da prova emprestada decorre da aplicação dos princípios da unidade da jurisdição e da economia processual, visando máxima efetividades do direito material com mínimo emprego de atividades processuais, aproveitando-se as provas colhidas perante outro juízo. Pode-se referir, ainda, que a aceitação desse tipo de prova encontra amparo na garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), porquanto se trata de medida que vislumbra dar maior celeridade à prestação jurisdicional, bem como o direito constitucional de ação” (RETAMOSO, Mariana Borges. op. cit., p. 176, nota 149). “Em se tratando da prova trasladada ou emprestada, não há dúvidas de sua importância e eficácia para o processo no sentido de cooperação, celeridade e efetividade das decisões judiciais, objetivando-se a promoção da justiça” (PERES, Raphael José Gireli. A prova trasladada no processo civil brasileiro: a prova

A utilização da prova emprestada acaba inclusive por homenagear o princípio da economia. A repetição de uma prova já produzida (ou qualquer outro ato processual) traz prejuízos para a administração da justiça e para as partes. Perde-se tempo, e a tutela jurisdicional mais tardiamente será prestada. A repetição exige que se dispense nova atividade judiciária em detrimento de outros serviços.

Nesta mesma linha de pensamento, ressalta Gisele Kodani²⁸⁸:

O segundo fundamento para admissibilidade da prova emprestada está na efetivação do princípio da economia processual. Cuida-se de princípio informativo do processo civil, voltado à produção do melhor resultado possível com o menor dispêndio de recursos. Se há uma forma de ser praticado menor número de atos processuais com a mesma eficiência e sem agressão aos direitos das partes, não há motivo para não admitir a conveniência da prova emprestada no processo, mormente se considerarmos que a morosidade da prestação jurisdicional é um dos maiores desafios da temática do acesso à justiça na atualidade, e é inversamente proporcional à realização do direito material.

Ora, não é difícil perceber que a reutilização de prova já produzida em outro processo acarreta uma maior otimização da produção probatória, evitando a repetição de atos que, muitas vezes, são bastante custosos e morosos.

Vejamos, por exemplo, a questão da prova pericial. Como bem assevera Amanda Barbosa^{289 - 290} a realização de perícias é uma das maiores causas de

emprestada entre as mesmas partes: do juízo criminal para o processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 144, p. 88-92, mar. 2015, p. 92); “A utilização da prova emprestada no processo, inicialmente, visa à otimização das provas já produzidas perante o ordenamento jurídico, evitando assim a demora desnecessária, a repetição dos atos processuais e custos dispensáveis”. (CARVALHO, Shurama Zamilé; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. op. cit., nota 124). Cf. também: NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALVANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; MOTA, Letícia Costa. A prova emprestada e o processo do trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, n. 66, p. 62-75, maio/jun. 2015; SCHIAVI, Mauro. **Aspectos polêmicos da prova emprestada no processo do trabalho**. Disponível em: <<<http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/Aspectos%20Polemicos%20da%20Prova%20Emprestada%20no%20Processo%20do%20Trabalho.pdf>>>. Acesso em: 15 ago. 2016; GALÍCIA, Caíque Ribeiro; ROSA, Eduardo Dalla. op. cit., nota 234; CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 70, nota 140; DEMCZUK, Claudio. op. cit., p. 285-286, nota 125; RODRIGUES, LUCAS MELLO. Prova emprestada no processo penal: participação do acusado e/ou de sua defesa técnica na produção da prova como condição inexpugnável de sua admissibilidade. Disponível em: <<<http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/viewFile/1678/424>>>. Acesso em: 12 jun. 2016; FILHO, Luiz Antonio Castro de Miranda. op. cit., p. 431, nota 275.

²⁸⁷ ALVIM, Arruda. Prova emprestada. **Revista de Processo**, v. 202, dez. 2011, p. 408.

²⁸⁸ KODANI, Gisele. Âmbito de aplicação da prova emprestada. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 113, p.268-280, jan./fev. 2004, p. 272.

²⁸⁹ “[...] defendo a existência de um banco de perícias no qual seriam arquivadas as diligências realizadas, dispondo-se de ferramentas informatizadas de procura, facultando-se às partes a arguição da alteração das condições fáticas como condição de refazimento do ato [...] Necessário ponderar aqui a realização de perícias é uma das maiores causas de congestionamento da tramitação processual na fase de conhecimento, sobretudo porque inexistente a condição ideal da disponibilidade de um corpo de peritos integrante do Judiciário. O encargo é atualmente

congestionamento processual, além de ser um procedimento de alto custo, o qual é frequentemente assumido pelo próprio Estado frente à concessão de gratuidade da justiça à parte. O traslado de perícia já realizada em outro processo, como se vê, colabora para uma maior efetividade do processo, diminuindo os seus gastos e a sua demora. Nesta linha de pensamento, ressalta Mariana Borges Retamoso²⁹¹:

Havendo uma forma de praticar-se o menor número de atos processuais com a mesma eficiência e sem ofensa aos direitos das partes, inexistente razão para não se admitir a conveniência da prova emprestada no processo, sobretudo se levado em consideração que a morosidade da prestação jurisdicional é um dos maiores desafios da temática do acesso à justiça a atualidade, e é inversamente proporcional à realização do direito material. Com o crescente aumento de processos pendentes de julgamento, o magistrado deve preocupar-se com a abreviação das estruturas do processo, mediante o emprego do mais reduzido número possível de atividades processuais, impondo, assim, uma maior celeridade no processo das causas, com medidas e procedimentos mais simplificados. Se já existe prova produzida, não há necessidade de uma fase instrutória, com maiores despesas para as partes ou para o Estado, nos casos de assistência judiciária gratuita.

Devemos ainda alertar para aquelas causas repetitivas levadas ao Judiciário. É o caso, por exemplo, regularmente encontrado na Justiça do Trabalho, de uma empresa que esteja sofrendo com diversas ações individuais realizadas por funcionários em similar situação. Nesse interim, a reprodução diária do material probatório que já fora produzido em outro processo é retrabalho injustificado, acarretando uma maior demora e custo processual.

Pode-se ainda citar, como uma das vantagens do emprego da prova emprestada, a consagração da unidade da jurisdição, pois tal traslado contribuiria para uma maior harmonia das decisões judiciais.²⁹² É o entendimento de Claudio Demczuk²⁹³:

Em outra frente, muito embora seja possível falar nas suas diferentes espécies, a jurisdição, em si mesma, é tão uma e indivisível quanto o próprio poder soberano de que é manifestação. Isso permite entender o Poder Judiciário como único, sendo as suas subdivisões internas

desempenhado por profissionais autônomos, na condição de auxiliares da justiça, mas que, não raro, não se dedicam exclusivamente a esse *múnus*" (BARBOSA, Amanda. op. cit., p. 16, nota 225).

²⁹⁰ Da mesma forma, Daniel Amorim Assumpção Neves (**Ações Probatórias Autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92): "É sabido que a fase instrutória do processo, em especial do processo de conhecimento, é a mais demorada e onerosa do processo, de forma que submeter as partes a mais demora e gastos quando for possível o simples empréstimo e uma prova já produzida atentaria, claramente, contra o princípio da economia processual".

²⁹¹ RETAMOSO, Mariana Borges. op. cit., p. 179, nota 149.

²⁹² NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALVANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; MOTA, Leticia Costa. op. cit., p. 65, nota 286.

²⁹³ DEMCZUK, Claudio. op. cit., p. 286, nota 125.

decorrentes das regras de definição da competência [...] Diante do princípio da unidade da jurisdição, portanto, é razoável se considerar válida a apreciação da prova por juiz diverso daquele que presidiu a sua produção, o que constitui pressuposto para o empréstimo de prova.

Ademais, é importante frisar que a prova emprestada privilegia sobremaneira o direito à prova. Num primeiro viés, encontrado em grande parte da doutrina, deve-se trazer à memória o caso das provas irrepetíveis ou de difícil reprodução, no qual, não sendo mais possível produzir novamente aquela prova, o seu empréstimo acaba por ser a única forma de preservar o direito à prova da parte que dela queira (e precise) se valer.

Se de outro modo fosse, o direito à prova se tornaria inviável em tais situações, basta pensar no caso de falecimento de uma testemunha, ou de uma perícia feita em local que posteriormente fora desativado.²⁹⁴ Dito de outra forma, nas palavras de Gisele Kodani²⁹⁵ “ou se permite o empréstimo da prova cuja repetição já não é mais possível, ou é excessivamente onerosa e custosa, ou se veda à parte o direito de provar as suas alegações”.

Tal situação se mostra tão sensível que doutrina majoritária entende que, não sendo mais a prova passível de repetição, poder-se-ia admitir o seu empréstimo mesmo se não preenchidos os requisitos de validade da prova trasladada, tendo em vista o princípio da proporcionalidade.²⁹⁶

Vale ainda pontuar que alguns juristas aceitam a utilização da prova emprestada tão somente nos casos de prova irrepetível ou de difícil reprodução, se apegando a essas situações e restringindo a admissão da prova trasladada a elas. Seguindo este entendimento, Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Leticia Costa Mota²⁹⁷ definem a prova emprestada como aquela já

²⁹⁴ Segundo Daniel Amorim, antecipadas (op. cit., p. 97, nota 291): “A impossibilidade da renovação da prova poderá, no caso concreto, constituir uma barreira intransponível à parte na missão de provar suas alegações, o que poderá conduzi-la a injusta derrota”. Sobre o assunto, conferir Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (**Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 292-293)

²⁹⁵ KODANI, Gisele. op. cit., p. 273, nota 288.

²⁹⁶ KODANI, Gisele. op. cit., p. 273, nota 288; DEMCZUK, Claudio. op. cit., p. 285-286, nota 125; Economia processual e provas irrepetíveis. P. 03 (**LUCAS MELLO RODRIGUES. REVISTA JUS SOCIETAS**); Caíque Ribeiro; ROSA, Eduardo Dalla. op. cit., nota 234; CARVALHO, Shurama Zamilé; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. op. cit., nota 124.

²⁹⁷ NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALVANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; MOTA, Leticia Costa. op. cit., p. 64, nota 286.

produzida em um processo, mas que é transferida para outro frente a situações em que, no segundo processo, se mostra impossível ou inviável a sua produção.²⁹⁸

Entretanto, esse não é o posicionamento aqui encampado, por diversos motivos: primeiramente, o novo CPC, como será demonstrado em capítulo específico, ao positivar a prova trasladada, não impôs a irrepetibilidade (ou difícil reprodução) como requisito de sua admissibilidade, dando uma abordagem, ao que parece, muito mais flexível a esse tema.

Em segundo lugar, acreditamos que reduzir a utilização da prova emprestada apenas às situações de irrepetibilidade é esquecer-se dos outros tantos benefícios englobados por ela, como a implementação dos já citados valores da celeridade, economia processual e unidade da jurisdição. Neste sentido, Gisele Kodani²⁹⁹:

Portanto, a impossibilidade, inviabilidade ou dificuldade da prova é apenas um dos aspectos da prova emprestada. Há outro, que é a economia processual, função primordial e imediata do instituto [...] Admitir o empréstimo da prova apenas e tão-somente quando sua repetição se mostrar inviável é reduzir ao mínimo a aplicação do instituto. Desde que não seja lesada nenhuma garantia constitucional, a economia processual é fundamento suficiente para, *per se*, permitir a utilização no processo da prova emprestada.

Vale ainda destacar que a prova emprestada assegura o direito à prova não só nos casos de irrepetibilidade ou difícil reprodução da mesma. Pensemos, por exemplo, na coleta de novo depoimento testemunhal: é claro que, estando a testemunha em condições de depor novamente, não se configuraria a situação de irrepetibilidade da prova (pelo menos não no sentido comumente estudado pela doutrina). Ocorre que o relato de uma mesma testemunha pode mudar de um processo para o outro, por diversos e inúmeros motivos, levando-nos a questionar se não teria a parte direito àquele depoimento específico, feito anteriormente, pois, ainda que idênticos o meio de prova (testemunhal) e o sujeito (mesma testemunha), o conteúdo do enunciado-prova pode ser diverso.

Acerca dessa problemática, vale trazer à baila experimento realizado pela discente Catarina Gordiano Paes Henriques, a qual investigou em sua dissertação de

²⁹⁸ Há ainda corrente doutrinária que, embora admita o traslado de prova passível de reprodução, enquadra tal requisito no âmbito da valoração da prova emprestada, afirmando que sua eficácia probatória está na razão inversa da possibilidade de sua repetição. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 311, nota 179.

²⁹⁹ KODANI, Gisele. op. cit., p. 273, nota 288.

mestrado o problema referente às falsas memórias das testemunhas. A experiência, desenvolvida através do LAPSO (Laboratório de Práticas Sociais da UFES), teve como objetivo analisar as influências que podem concorrer com a construção da memória da testemunha.

Em síntese, o experimento se deu em uma sala fechada, frente a alguns voluntários que se dispuseram a participar de tal evento. Foram, então, simuladas duas brigas entre atores que ali estavam, e os participantes, que presenciaram a cena, foram interrogados sobre aqueles acontecimentos vivenciados. Uma das variantes estipuladas para a pesquisa relacionava-se ao tempo percorrido entre a vivência do fato e a coleta do depoimento, e como esse lapso temporal poderia influir na criação de falsas memórias. Para que este ponto pudesse ser analisado, a discente interrogou os voluntários em dois momentos distintos: um logo após a experiência; e outro um mês e meio depois de ocorrido o evento.

Procedendo-se à análise dos dados coletados, não restaram dúvidas de que o decorrer do tempo pode realmente influenciar de forma decisiva o depoimento testemunhal. Quanto maior o lapso temporal entre o evento ocorrido e a oitiva da testemunha, maiores são os riscos de esquecimento. Em seu trabalho a autora ainda afirma diversas outras questões capazes de implantar falsas memórias na testemunha, é o que se depreende do trecho abaixo colacionado³⁰⁰:

Durante a **retenção**, que é o tempo entre a observação do evento e a recordação, a informação torna-se menos completa e precisa, pois, além do esquecimento natural, pode haver interação com outras informações que são incorporadas às memórias do evento real. Quanto mais distantes as declarações prestadas da prática do crime, maior a probabilidade de esquecimentos, alterações e manipulações na memória [...] Nesse período, a testemunha está sujeita à formulação de uma nova versão do acontecimento, pela interação com outras testemunhas, vítimas, policiais ou informações veiculadas na mídia, tornando-se difícil a distinção entre as informações originais e as incorporadas.

É deveras assustadora a distorção encontrada entre o primeiro e o segundo interrogatório, muitas informações foram esquecidas ou modificadas pelos participantes nesse lapso temporal, e, frise-se, a diferença entre a primeira e a segunda oitiva foi de apenas **um mês e meio**.

³⁰⁰ HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes. op. cit., p. 29, nota 18.

Mesmo assim, percebeu-se que, nesse curto espaço de tempo, as pessoas mudaram seus relatos drasticamente: inicialmente 75% dos participantes afirmavam ter visto a mulher que estava de preto brigar com a que estava de azul, índice este que diminuiu para 20% no segundo interrogatório; enquanto que uma nova opção, mais simplista e com menos riqueza de detalhes, surgiu apenas na segunda inquirição e alcançou a marca de 35% dos relatos, o de que “duas mulheres haviam brigado”.

Segundo a autora a “percepção no dia do evento não foi suficiente para deixar registrado definitivamente a cor da roupa das mulheres, tendo surgido, inclusive, variações antes não relatadas, como roupas estampada, preta e branca e amarela”³⁰¹. Por fim, a autora³⁰² conclui que o primeiro interrogatório logrou melhor resultado que o segundo, como consignado:

Digamos que o resultado dos participantes no gráfico 1 foi melhor do que no gráfico 2, pois neste apenas 4 pessoas recordaram a roupa das mulheres e dos homens que brigaram (não necessariamente as mesmas pessoas), tendo surgido inclusive a participação da mulher de amarelo, que não foi citada no primeiro interrogatório. Por outro lado, a lembrança de todos os detalhes, além de humanamente impossível, não representa benefício algum para os participantes, pois trata-se de trazer à tona algumas memórias triviais que não têm mais utilidade. Além de ‘acertarem no experimento’, os voluntários não precisariam dessas informações para absolutamente nada e a perda dessas memórias triviais, já disse Izquierdo (2010), tem seu grau de importância para as pessoas continuarem a desempenhar as suas atividades cotidianas, sem que tais memórias possam distrair ou confundir as informações com as quais devem interagir no momento presente. Para evitar a saturação e o acúmulo de memórias triviais, simplesmente as pessoas as esquecem.

Nesta perspectiva, nota-se que o depoimento dado pela testemunha em um processo pode mudar radicalmente quando da sua repetição em outro, seja por conta do tempo corrido entre uma oitiva e outra, seja por uma experiência negativa

³⁰¹ HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes. op. cit., p. 72, nota 18.

³⁰² HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes. op. cit., p. 81, nota 18. E, na mesma página, prossegue dizendo: “Surgiram no segundo interrogatório cores de roupas que os participantes não estavam vestidos, como uma roupa cinza e um paletó feminino, assim como uma roupa estampada e outra preta e branca. Segundo Stein (2010), tal situação estaria dentro do esperado visto que as pesquisas mais recentes sobre falsas memórias indicam que as pessoas podem se lembrar de eventos e detalhes que nunca aconteceram, o que não torna tudo o que lembramos absolutamente falso, pois há uma gama de memórias verdadeiras de fatos ocorridos, só que nem tudo que lembramos ocorreu necessariamente da forma como lembramos”.

pela qual a testemunha tenha passado durante o primeiro depoimento, ou ainda diversos outros fatores que podem vir a modificar a sua memória.³⁰³

É neste contexto que se legitima ainda mais a conveniência da prova emprestada, a qual deve ser utilizada não só nas situações de irrepetibilidade da prova, porquanto o traslado da prova consagra o direito à prova não apenas nesses casos, mas em diversos outros. Outrossim, vale lembrar que prova emprestada tem o condão de contribuir com a celeridade e a economia processual, valores estes que devem ser também perseguidos pelo Estado Democrático.³⁰⁴

Destarte, levando em consideração todas as vantagens advindas da utilização da prova trasladada, Arruda Alvim³⁰⁵ afirma que “tal providência não é apenas possível, mas também desejável para o correto andamento da Justiça”. Enquanto Shurama Zamilé Carvalho e Ariane Fernandes de Oliveira ensinam:

Cabe ao ordenamento jurídico garantir os institutos, como o da prova emprestada, pois este encontra amparo nos princípios constitucionais. Sendo assim, a celeridade e a razoável duração do processo e a economia processual são direitos de todo cidadão que provoca o Poder Judiciário. [...] Assim, a prova emprestada satisfaz inúmeros princípios constitucionais, sobretudo o do acesso à justiça, pois uma justiça tardia é o mesmo que uma injustiça.

Nota-se, assim, a valiosa contribuição trazida pela admissão da prova emprestada, tendo sido ressaltadas as diversas benesses provenientes de sua utilização no

³⁰³ Sobre o assunto cf. Mariana Borges Retamoso (op. cit., nota 149). Moacyr Amaral Santos (**Prova judiciária no cível e comercial**. v. 3, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1964, p. 75) no volume 3 de seu livro, ainda fala dos inconvenientes e perigos patológicos e psíquicos da testemunha: “A memória de conservação varia não só com o tempo, o indivíduo, sua idade, como também por causa do fenômeno de desgaste ou de reforçamento e ainda por motivo das varias doenças da memória [...] Também as imagens, regra geral, se enfraquecem com o decorrer do tempo”.

³⁰⁴ “Entendemos que não se deve exigir, como requisito para a admissibilidade e para a eficácia da prova emprestada que não exista a possibilidade de sua reprodução em outro processo. Nos parece que tal exigência atenta contra o princípio da economia processual e quicá contra o modelo constitucional do processo civil, que prima pela razoável duração do processo [...] Para que gastar tempo e dinheiro públicos, quando se pode economizar na prática de atos processuais? Se a prova já foi produzida, o contraditório foi preservado, é mais adequado que se permita seu traslado para outro processo, ainda que se pudesse produzi-la novamente. Ora, para que obrigar a sua nova e desnecessária produção?” (AURELLI, Arlete Inês Aurelli. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 397-398).

³⁰⁵ ARRUDA, Alvim. Prova pericial emprestada - Validade - Juntada nos autos dos embargos do devedor - Prova produzida no âmbito da ação monitória, que lhe é conexa, que atende aos requisitos legais - Prova que, ademais, foi, de certa maneira, e em parte, produzida nesses mesmos embargos, com a nova efetivação do contraditório válido. **Revista forense**, v. 394, nov./dez. 2007, p. 293.

processo judicial brasileiro. Passemos, então, à análise mais minuciosa de seu conceito.

7 UMA NECESSÁRIA RELEITURA DO CONCEITO DE PROVA EMPRESTADA

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê” Arthur Schopenhauer.

O conceito de prova emprestada passa, muitas vezes, despercebido pela maioria dos juristas.³⁰⁶ É que já há na doutrina uma definição aparentemente pacífica que quase nunca é posta em dúvida, e dificilmente é debatida e revisitada. O estudo da prova emprestada quase sempre recebe um viés mais prático que teórico, e isso é natural, tendo em vista que este meio de prova foi por muito tempo utilizado pela práxis forense sem nunca ter sido alvo de uma expressa abordagem legal.

À doutrina restava o papel de construir o sentido da prova emprestada frente à jurisprudência e à teoria geral das provas, tendo em vista que, até o Código de Processo Civil de 2015, não havia qualquer menção da mesma no ordenamento brasileiro. Daí a natural abordagem prática que o tema vinha ganhando (e que é também, obviamente, muito importante).

Ocorre que se limitar apenas a um viés prático não se faz suficiente para o deslinde desta matéria, que guarda várias implicações e questionamentos, motivo pelo qual esta dissertação vai além, buscando um aprofundamento teórico da questão em tela.

Pois bem, passemos então a analisar a posição tomada pela doutrina brasileira quando da definição do conceito de prova emprestada. A verdade é que, embora aparentemente pacífica, uma leitura mais atenta do significado conferido à expressão “prova emprestada” pode gerar diversas dúvidas acerca dos critérios elencados para a constituição do seu conceito. São questões estas timidamente encontradas nos livros e artigos que tratam do tema e abaixo pontuadas de forma

³⁰⁶ “Em tempos de volumosa judicialidade e demandas em massa, é expressiva sua utilização no cotidiano forense, o que tende a se intensificar com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, recentemente, vez que expressamente a reconheceu como meio de prova [...] Em que pese a existência prática e doravante normativa, fato é que muito pouco se discute sobre esse meio de prova, sendo em geral omitidas as reflexões sobre sua natureza jurídica, implicações dela decorrentes e seus possíveis reflexos na qualidade da prestação jurisdicional. (BARBOSA, Amanda. op. cit., p. 12, nota 225). Ressaltando a pouca literatura frente a grande importância do estudo da prova emprestada: RIBEIRO, Darci Guimarães. op. cit., nota 164; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Prova emprestada no processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 32, p. 166-184, jul./set. 2006.

expositiva (nosso posicionamento acerca dessas problemáticas será dado posteriormente junto com a definição de seu conceito):

- a) Para se emprestar a prova deve o processo no qual ela foi produzida (processo de origem) ter transitado em julgado?

Segundo Shurama Zamilé Carvalho e Ariane Fernandes de Oliveira, a prova emprestada é aquela solicitada de outro processo que já tenha transitado em julgado.³⁰⁷ De maneira similar, Mariana Borges Retamoso³⁰⁸, delimita o conceito de prova emprestada como a “que já tenha sido previamente apreciada em um processo anterior ou simultâneo [...] e que possa ser trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele”.

Já para Cândido Rangel Dinamarco³⁰⁹, “não importa se a prova a ser trasladada teve ou não o poder de convencer o juiz do processo de origem, nem se a sentença já foi proferida ou se já passou em julgado ou não”, entendimento este também encontrado em Eduardo Cambi³¹⁰.

- b) Apenas as provas produzidas dentro de um processo judicial podem ser emprestadas?

Para Cândido Rangel Dinamarco³¹¹ _³¹² é indispensável que a prova tenha sido constituída em processo judicial, não importando se civil, penal, trabalhista, etc. Dessa forma, o referido professor entende por prova emprestada os “traslados da documentação da prova constituída em outro processo de natureza jurisdicional”³¹³.

³⁰⁷ “A prova emprestada é a utilização de uma prova, que já foi produzida e utilizada em outro processo, e ao qual já foi concluída a sentença transitada em julgado” (CARVALHO, Shurama Zamilé; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. op. cit., nota 124).

³⁰⁸ RETAMOSO, Mariana Borges. op. cit., p. 174, nota 149.

³⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 99, nota 134.

³¹⁰ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 72, nota 140.

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 99, nota 134.

³¹² Seguindo essa linha de raciocínio está Gisele Kodani (op. cit., p. 271, nota 288), que aponta como uma das características básicas da prova emprestada que ela “*que tenha sido produzida em processo de natureza jurisdicional*: logo, não são consideradas provas emprestadas aquelas colhidas em inquérito policial, inquérito civil, processo disciplinar, pois lhes falta requisito indispensável de terem sido produzidas perante órgão investido em jurisdição”. Cf. também RETAMOSO, Mariana Borges. op. cit., p. 175, nota 149.

³¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 97, nota 134.

Em contrapartida, para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³¹⁴ é possível trasladar prova produzida em qualquer espécie de processo, inclusive administrativo (o que inclui o inquérito civil público). Já Eduardo Cambi³¹⁵, admite a prova emprestada constituída em processo jurisdicional ou não, desde que observadas as garantias do devido processo legal e do contraditório, excluindo-se, assim, as provas produzidas em inquéritos e sindicâncias.

c) A prova emprestada deve possuir um duplo efeito (servir de elemento de convicção tanto no primeiro quanto no segundo processo)?

Quanto ao assunto, parte da doutrina considera prova emprestada como sendo aquela produzida em um processo, para nele gerar efeitos, sendo transportada para outro documentalmente, onde também servirá de elemento de convicção.³¹⁶

A prova trasladada, então, funcionaria duplamente quanto ao convencimento judicial: primeiro, diante do próprio juiz que a formou, e, após, diante do juiz que a pegou emprestada. Ao defini-la assim não é possível considerar que a prova produzida em processo autônomo (produção antecipada da prova) configura espécie de prova emprestada, pois a mesma não gera qualquer efeito probatório no processo em que é produzida, sendo valorada apenas no processo principal.

Este é o entendimento também de Cândido Rangel Dinamarco³¹⁷⁻³¹⁸, o qual expõe que “não se consideram emprestadas as provas constituídas em processo cautelar de antecipação de prova ou nos incidentes processuais, porque em ambos os casos já são feitas com o objetivo de provar em relação à causa principal e as partes são necessariamente as mesmas”.

³¹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 131, nota 150.

³¹⁵ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 72, nota 140. Seguindo essa corrente: RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero. A prova emprestada no NCPC de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**: Direito Probatório. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 410.

³¹⁶ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 69, nota 140. Arlete Inês Aurelli (op. cit., p. 396, nota 304) também admite empréstimo de prova de jurisdição arbitral, mas não de procedimento administrativo ou inquérito policial por conta do contraditório.

³¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 98, nota 134.

³¹⁸ De igual modo: KODANI, Gisele. op. cit., p. 271, nota 288.

Por outro lado, Daniel Amorim Assumpção Neves³¹⁹ discorda de tal posição doutrinária. Para ele não há a necessidade de a prova trasladada possuir um duplo efeito, bastaria “o empréstimo da prova formada em determinado processo para outro para que se possa qualifica-la como emprestada”. O autor ainda explica³²⁰:

Nem se fale que esse posicionamento, ao admitir que a prova emprestada somente gere efeitos no processo em que a recebe, demonstra contrariedade ao próprio nome do instituto, que, tecnicamente, mostra-se absolutamente inadequado. Ao falar em empréstimo da prova, pensa-se em prova que vai de um processo a outro e depois é devolvida a esse processo, o que, efetivamente, não ocorre. A prova é trasladada de um processo a outro, e, a partir de então, a relação entre esses dois processos extingue-se. Melhor seria chamar tal prova de trasladada.

d) A prova trasladada é espécie de prova documental ou conserva o seu valor originário? O que afinal significa dizer que a prova emprestada “conserva o seu valor originário”?

Este assunto será mais minuciosamente abordado em seções estrategicamente abertas dentro deste capítulo. Por ora basta dizer que inicialmente a prova trasladada era pensada como modalidade de prova documental, tendo em vista que o transporte da prova produzida em outro juízo se dá através de sua documentação. Tal aceção, todavia, quase não encontra adeptos nos tempos atuais.³²¹

Essa ideia foi suplantada pela criação de uma figura híbrida, na qual a prova emprestada passou a ser vista como aquela que possui a forma de prova documental, mas conserva o seu valor originário. Esta é, até hoje, a corrente majoritária, e é dela que trataremos na seção que se segue.

e) Prova documental já utilizada em outro processo pode ser emprestada?

Esta indagação está em certa medida vinculada à anterior. Ocorre que, levando em conta a figura híbrida criada pela doutrina para explicar a prova emprestada,

³¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. cit., p. 83, nota 291.

³²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. cit., p. 85-86, nota 291.

³²¹ Dentre os que ainda adotam essa ideia: MARTINS, Melchíades Rodrigues. op. cit., p. 170, nota 306; TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 119, nota 03. Há ainda algumas esparsas jurisprudências nesse sentido: RR 162500-40.2009.5.03.0082, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 19/04/2013; AIRR 2809620145180181, 3ª Turma, DEJT 16/10/2015, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; REsp 683187 RJ 2004/0118529-6, 3ª Turma, DJ 15.05.2006, Rel. Min. Nancy Andrighi; REsp 1046105 SE 2008/0066627-7, 3ª Turma, DJe 16/10/2009, Rel. Min. Nancy Andrighi; AIRR 26164420125180181, DEJT 18/08/2015, Rel. Min. Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha.

definindo esta como uma prova que entra no processo na forma documental, mas preserva o seu valor originário, muitos autores sustentam, por conclusão lógica, que a prova documental não pode ser emprestada, isso porque não haveria aí uma contraposição entre forma e valor da prova.³²²

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco³²³ alude que:

Não se incluem no conceito de provas emprestadas as meras cópias de documentos existentes em outros autos, porque cada documento vale por si próprio e pela eficácia que tiver: a circunstância de já ter prestado utilidade em um processo não altera sua natureza nem influi em seu poder de convicção. Só as provas constituídas no processo são suscetíveis de autêntico empréstimo, a saber, a oral, a pericial e a inspeção judicial.

Contra-pondo-se a essa posição, juristas³²⁴ há que aceitam o empréstimo de provas documentais (por eles identificadas como preconstituídas), embora admitam que as mesmas não trazem maiores problemas quanto ao seu valor (valerão da mesma forma, sendo emprestadas ou não). Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³²⁵ ressaltam que, não obstante qualquer meio de prova possa ser tomado de empréstimo, “não há sentido na importação da prova documental, pois bastará a juntada da cópia do documento”.

³²² “[...] somente as provas constituídas no processo (isto é, o depoimento pessoal, a prova testemunhal, a pericial e a inspeção judicial) são suscetíveis de verdadeiro empréstimo. Já os documentos não são objeto da prova emprestada, pois valem por si só. A circunstância de já ter sido utilizado em outro processo não altera a sua natureza nem influi na convicção do juiz” (CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 70-71, nota 140.) “Bem por isso, o traslado da prova documental já apresentada em outro processo não constitui ‘prova emprestada’, pois não há, nesse caso, o contraste entre forma e valor potencial” (RETAMOSO, Mariana Borges. op. cit., p. 182, nota 149). Corrente que admite apenas provas não documentais: KODANI, Gisele. op. cit., p. 271, nota 288; GAGNO, Luciano Picoli. **A prova no processo civil: uma análise sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 128; Caíque Ribeiro; ROSA, Eduardo Dalla. op. cit., nota 234; AURELLI, Arlete Inês Aurelli. op. cit., p. 395-398, nota 304.

³²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 97, nota 134.

³²⁴ Neste sentido: “Quanto à qualidade da prova emprestada vai depender da espécie a que ela pertence. Se se tratar de prova preconstituída ou de prova documental em geral, tem sempre a mesma eficácia que elas representam, quer sejam trasladadas do processo ou não, e quer sejam utilizadas uma ou mais vezes” (SILVA, Cesar Antonio da. op. cit., p. 132, nota 187). Seguindo também esse entendimento: SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 309, nota 179; ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 43, nota 276; BARROS, Marco Antonio de; GOMES, Camila Paula de Barros. Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: RT, v. 900, out. 2010, p. 12; PERES, Raphael José Gireli op. cit., p. 89, nota 288, SCHIAVI, Mauro. op. cit., nota 186; RIBEIRO, Darci Guimarães. op. cit., p. 111, nota 164.

³²⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 131, nota 150.

7.1 A DICOTOMIA ENTRE FORMA E VALOR APRESENTADA PELA DOUTRINA E A AMBIGUIDADE DA PALAVRA “VALOR”

Contrariaremos em parte a ideia sustentada pela maioria dos juristas que, não conseguindo enquadrar a prova emprestada nem como espécie de prova documental, nem como os demais meios de prova apresentados pelo ordenamento, acaba por criar uma dicotomia entre a sua forma e valor, afirmando possuir a prova emprestada a forma de prova documental e o valor da prova originalmente produzida (pericial, testemunhal, inspeção judicial, etc.).

Portanto, a quase unanimidade dos juristas aponta que a prova, ao ser trasladada, entra no segundo processo na forma documental, mas preserva o seu “valor” originário.³²⁶ Daí então que muitos doutrinadores encontram nessa diferença entre forma e valor o ponto central da definição do conceito de prova emprestada, chegando a afirmar que o que se empresta não é a prova, mas o seu valor.³²⁷ Neste sentido, Gisele Kodani³²⁸ expõe que:

[...] apesar de ser admitida sempre sob a forma de documento no segundo processo, a prova emprestada não valerá como mero documento, pois conserva seu valor intrínseco e original, consoante foi produzida no primeiro processo. É este, portanto, o aspecto essencial da prova emprestada: apresentar-se sob a forma documental, mas com a potencialidade de assumir a mesma eficácia com que foi produzida no processo de origem. Todas as vezes que não houver essa dicotomia: forma documental *versus* valor de outro meio de prova, não há falar em prova emprestada [...] Quando se fala, portanto, em prova emprestada, que se dizer não apenas o transporte físico (de uns autos para outros), mas também o transporte do valor da prova em si.

O primeiro problema encontrado nessa descrição é o próprio entendimento da palavra “valor”. O que significaria dizer que a prova trasladada terá seu valor

³²⁶ Em emblemática jurisprudência do STJ, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura expõe a ideia da dicotomia de maneira contundente: STJ - HC: 183571 RJ 2010/0159406-1, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 27/09/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2011.

³²⁷ Segundo Eduardo Talamini (Prova Emprestada no Processo Civil e Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 140, p. 145-162, out./dez. 1998, p. 147): “Eis o aspecto essencial da prova trasladada: apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário. É tal diversidade que confere à prova emprestada regime jurídico específico – o qual não se identifica com o da prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem”. Neste mesmo sentido Bruna Valentini Barbiero Rivaroli (A prova emprestada no NCPC de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**: Direito Probatório. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 406): “Assim, percebe-se que a vantagem da utilização da prova emprestada é manter o mesmo valor originalmente daquela concebida”.

³²⁸ KODANI, Gisele. op. cit., p. 271-272, nota 288.

originário preservado? Em qual acepção a expressão “valor” está sendo aqui utilizada? Deparamo-nos assim com um clássico problema linguístico: a ambiguidade. Ocorre que a palavra “valor” possui vários significados possíveis e, no entanto, na maioria das vezes, a doutrina não esclarece expressamente em que sentido essa expressão está sendo empregada.

Apoiando-se em vasta bibliografia sobre a prova emprestada, demonstraremos neste capítulo que a expressão “valor” é usada ora no sentido de valoração probatória, ora no sentido de natureza jurídica. Em verdade, alguns juristas acabam atribuindo, concomitantemente, ambos os significados mencionados (valoração probatória e natureza jurídica).³²⁹

Já adiantamos, todavia, que, ao final, nos oporemos à ideia de preservação do valor originário da prova trasladada, seja levando em conta a valoração probatória, seja na acepção de natureza jurídica.

7.1.1 “Valor” na acepção de valoração da prova emprestada: um resquício do sistema tarifado de provas

À priori explanaremos sobre a afirmação de que a prova emprestada conserva o valor originário no sentido de *peso, exame, análise e valoração probatória*. Colacionamos a seguir alguns autores adeptos desta teoria, na intenção de demonstrar seu pensamento.

Luciano Picoli Gagno³³⁰ aduz que a prova emprestada mantém seu valor original, no sentido de que “não será valorada como uma prova documental”. De forma semelhante, Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira³³¹ afirmam que a prova emprestada ingressa no outro processo sob a forma

³²⁹ Claudio Demczuk (op. cit., p. 286, nota 125) parece ora usar o termo “valor” na acepção de natureza jurídica dizendo que “Assim, por exemplo, a prova testemunhal emprestada valerá como autêntico testemunho, e não como mera declaração escrita”, ora relacionando-a com a noção de valoração, afirmando que “A doutrina destaca, no entanto, que a atribuição do valor de sua essência à prova emprestada é apenas potencial. Ou seja, diante de algum outro elemento incompatível com a manutenção desse valor, e apenas diante de circunstancia tal, poderia o juiz motivadamente conferir à prova emprestada menor eficácia probatória”.

³³⁰ GAGNO, Luciano Picoli. op. cit., p.129, nota 322.

³³¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 132, nota 150.

documental, mas, ao tratar dos critérios de valoração dessa prova, diz que ela “guarda a eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trazer consigo: se se toma de empréstimo uma perícia, a eficácia da prova emprestada será a de uma perícia etc.”. Similarmente, Arlete Inês Aurelli³³² assevera que, quanto ao valor probante da prova emprestada, este:

[...] será idêntico ao valor que a prova trasladada tiver no processo de origem. Assim, é inadequado entender que o valor probatório seria sempre o de uma prova documental. O juiz valorará a prova transportada como se ela tivesse sido produzida no próprio processo. Assim, se se tratar de prova pericial, o valor probante será de prova pericial, se for prova testemunhal, a eficácia será de prova testemunhal e assim por diante, é claro, desde que cumpridos os requisitos para tal eficácia, como, por exemplo, a observância do contraditório.

Claudio Demczuk³³³ define o conceito de prova emprestada como sendo o “elemento da prova, cujo meio de prova foi o empréstimo de outro processo, capaz de alcançar, no processo de destino, o mesmo resultado de prova que indicou no processo de origem”. O autor ainda reafirma sua posição de forma incisiva:

O traço marcante da disciplina da prova emprestada é exatamente a contraposição entre sua forma e valor probatório. Embora ingresse no processo de destino como documento, a prova emprestada terá o mesmo valor do meio de prova de origem. Assim, por exemplo, a prova testemunhal emprestada valerá como autêntico testemunho e não como mera declaração por escrito (prova documental).

Em momento posterior, todavia, Claudio Demczuk³³⁴ parece misturar os dois significados da palavra “valor” (ora se referindo à essência da prova, o que nos leva a pensar em sua natureza jurídica, ora mencionando sua eficácia probatória, correlacionando-a com a valoração).

Segundo Gisele Kodani³³⁵ a prova emprestada é “aquela produzida em um processo de natureza jurisdicional, para nele gerar efeitos, e transportada para outro na forma

³³² AURELLI, Arlete Inês Aurelli. op. cit., p. 398, nota 304.

³³³ DEMCZUK, Claudio. op. cit., p. 286, nota 125,

³³⁴ Claudio Demczuk (op. cit., p. 286, nota 125) parece, às vezes, usar o termo “valor” na acepção de natureza jurídica dizendo que “Assim, por exemplo, a prova testemunhal emprestada valerá como autêntico testemunho, e não como mera declaração escrita”, e outras vezes relacionando-a com a noção de valoração, afirmando que “A doutrina destaca, no entanto, que a atribuição do valor de sua essência à prova emprestada é apenas potencial. Ou seja, diante de algum outro elemento incompatível com a manutenção desse valor, e apenas diante de circunstância tal, poderia o juiz motivadamente conferir à prova emprestada menor eficácia probatória”.

³³⁵ KODANI, Gisele. op. cit., p. 270, nota 288.

de documento, conservando o seu valor originário”³³⁶. A autora, a partir de tal conceito, faz uma análise pontuada de cada característica definidora por ela elencada, e explicita³³⁷:

[...] apesar de ser admitida sempre sob a forma de documento no segundo processo, a prova emprestada não valerá como mero documento, pois conserva o seu valor intrínseco e original, consoante foi produzida no primeiro processo. É este, portanto, o aspecto essencial da prova emprestada: apresentar-se sob a forma documental, mas com a potencialidade de assumir a mesma eficácia com que foi produzida no processo de origem. Todas as vezes que não houver essa dicotomia: forma documental *versus* valor de outro meio de prova, não há falar em prova emprestada. Dessa forma, não deve ser entendido como prova emprestada o mero documento repógrafado de outros autos, pois não há ‘o contraste entre forma e valor potencial’. Quando se fala, portanto, em prova emprestada, quer se dizer não apenas o transporte físico (de uns autos para outros), mas também o transporte do valor da prova em si.

Não corroboramos com este entendimento, isso porque, para nós, é certo que a valoração feita pelo juiz do processo originário não vincula o juiz do processo destinatário (vide o princípio da independência funcional e da persuasão racional), até porque, se assim o fosse, estar-se-ia desprezando a facticidade e as peculiaridades da causa que pegou emprestada a prova.³³⁸

Preceitua o art. 372 do CPC/2015 que o juiz, ao admitir a prova emprestada, atribuir-lhe-á “o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Conforme Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³³⁹ a “prova emprestada

³³⁶ Mariana Borges Retamoso (op. cit., p. 181, nota 149) aduz que: “Consequência disto é que o juiz, ao exercer seu juízo de valor acerca das provas, poderá aferir à prova trasladada exatamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originalmente produzida no segundo processo. É justamente essa a peculiaridade da prova emprestada: apresentar-se sob a forma documental, podendo conservar seu valor originário”. Cf. também: ROHNELT, Ladislau Fernando. Prova emprestada. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: AJURIS, nov. 1979, p. 39.

³³⁷ KODANI, Gisele. op. cit., p. 271-272, nota 288.

³³⁸ Concordando com essa linha de pensamento: “Em todas as hipóteses de prova emprestada, releva observar, o seu valor advém, essencialmente, do seu poder de convencimento. Quer isso dizer, como já se assinalou a princípio, que, como todas as demais provas, a emprestada deve ser avaliada pelo juiz da nova causa” (SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 326, nota 179); “Nem se argumente que, ao se emprestar uma prova, estaria implicando o pré-julgamento da causa, ou a vinculação do magistrado, que recebe a prova, a decisão proferida no processo onde ela foi feita” (ALVIM, Arruda. op. cit., p. 413, nota 288); “A prova emprestada será valorada em cotejo com os demais elementos dos autos de acordo com o livre convencimento motivado do juiz” (SCHIAVI, Mauro. op. cit., p. 06-07, nota 186); “Uma vez admitida a prova emprestada não implica que o Juiz esteja a ela vinculado. Ele detém o poder diretivo e poderá avaliar a prova, seja emprestada ou não, segundo o critério da persuasão racional” (MARTINS, Melchíades Rodrigues. op. cit., p. 183, nota 306).

³³⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 50, nota 150. Similarmente, Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni (**Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 294): “De qualquer forma, é claro que a prova emprestada poderá não receber a mesma valoração da

não tem *eficácia vinculante*. O magistrado que admitir a importação da prova tem ampla liberdade para avaliá-la, podendo lhe atribuir valor diverso daquele dado pelo juiz do processo originário”, devendo, é claro, sempre motivar sua decisão, analisando a prova emprestada dentro de todo o conjunto probatório, como um dado a mais.

E nem se alegue que a prova trasladada deve ter a potencialidade de atingir o valor originário, pois esta não deve ser valorada como um **mero documento**, como se a prova documental tivesse uma eficácia diferente dos outros meios de prova. Como já estudado no capítulo que trata da valoração das provas, vimos que o ordenamento brasileiro adota o sistema do convencimento motivado, não havendo uma imposição legal e taxativa de valores a cada tipo de prova, motivo pelo qual este posicionamento não pode prosperar.

É claro, assim, que esta corrente deixa subentendida uma ideia de gradação entre os meios de prova, como se um documento, uma perícia, um depoimento, tivessem pesos diferentes, aprioristicamente definidos. Note-se que a própria afirmação de que a prova trasladada não se configura em um “**MERO**” documento, parece menosprezar a prova documental, dando-lhe um sentido de prova inferior.³⁴⁰

Vale trazer à mente mais uma vez que o Direito Processual Civil brasileiro não faz distinção entre os meios de prova no que tange à sua valoração. Certamente, pensar assim é retroceder ao modelo da prova legal (ou prova tarifada), o que não se pode permitir em um processo democrático baseado no convencimento motivada do juiz.

obtida no processo, as particularidades do empréstimo e mesmo a variação na efetivação do contraditório, podem impor valoração diferente à prova, caso comparada com a força que lhe foi atribuída no primeiro processo. Tudo isso, logicamente, deverá ser adequadamente examinado e motivado pelo juiz do segundo processo, considerando-se as necessidades de convicção judicial e de motivação das decisões”.

³⁴⁰ Eduardo Talamini (op. cit., p. 147, nota 199) chega a dizer que: “Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. Terá a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida. Ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, ‘prova inferior’ ou ‘ato extrajudicial’. O juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo”.

7.1.2 “Valor” na acepção de natureza jurídica da prova emprestada: um resquício da metafísica aristotélica

No que se refere à compreensão da palavra “valor” como “natureza jurídica” da prova, basicamente se assevera que, embora a prova entre no segundo processo por meio do traslado de seus documentos, esta permaneceria tendo a natureza do meio de prova produzido no primeiro processo (prova pericial, testemunhal...).

Entre os juristas que corroboram com esta tese está Eduardo Cambi³⁴¹, para o qual a prova pericial ou a testemunhal “não perdem a sua natureza, ainda que transportadas para outro processo. Não se tornam provas documentais, mas provas documentadas”. Esta é também a corrente adotada por Mauro Schiavi³⁴²:

No nosso sentir a segunda vertente está mais correta, pois a lei não impõe que a prova emprestada seja trasladada como documento, este é apenas o instrumento de transporte da prova. Além disso, conservando a prova emprestada a mesma natureza jurídica com que foi produzida no processo anterior, o contraditório fica mais visível e dilatado. Assim, por exemplo, se a prova emprestada é pericial, no processo atual, há a possibilidade de se ouvir o perito que elaborou o laudo original em audiência e até mesmo a parte juntar laudo do assistente técnico.

Em tópico denominado “conceito e natureza”, Ada Pellegrini Grinover³⁴³ diz que a prova emprestada tem forma documental, podendo-se afirmar, no entanto, “que seu valor é o da sua essência, e esta será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo”. Em suma, vários outros autores também corroboram com esta posição doutrinária³⁴⁴.

Embora esta concepção esteja já impregnada no ideário do jurista brasileiro, sendo adotada quase que de forma automática por este, não deve ela prevalecer. Isso porque, como já aludido nos fundamentos teórico desta dissertação, a própria ideia de “natureza jurídica” é um resquício da metafísica aristotélica que despreza os influxos filosóficos trazidos pelo giro linguístico.

³⁴¹ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 77, nota 140. Cf. também: RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero. op. cit., p. 404, nota 315; FERREIRA, William Santos. Das provas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1002.

³⁴² SCHIAVI, Mauro. op. cit., p. 08, nota 186.

³⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 64, nota 06.

³⁴⁴ BARROS, Marco Antonio de; GOMES, Camila Paula de Barros. op. cit., p. 12, nota 325; Caíque Ribeiro; ROSA, Eduardo Dalla. op. cit., nota 234; BARBOSA, Amanda. op. cit., p. 23, nota 225.

É importante ainda consignar o deslumbrante entendimento de Arruda Alvim³⁴⁵, o qual questiona também essa oposição entre forma e valor da prova trasladada frequentemente pregada pela doutrina:

Nem se argumente que ao emprestar uma prova nisso estaria implicado o prejulgamento da causa, ou a vinculação do magistrado que recebe a prova à decisão proferida no processo onde ela foi produzida. *É importante ter-se presente que o que se empresta é a prova* (no caso, o laudo pericial), e *não sua valoração*, vale dizer, o ‘uso’ que foi dado à prova no processo originário não vincula o juízo dos autos que recebe a prova emprestada, nem no que diz respeito ao seu valor probante, nem no que diz respeito à sua natureza jurídica. Não é o convencimento do juiz originário que se transporta: apenas a prova fisicamente concretizada.

Destarte, nota-se que esta dicotomia entre forma e valor pregada pela doutrina quando da definição da prova emprestada leva em conta a tentativa de enquadrá-la dentro de uma defasada concepção de meios de prova (na qual se vislumbram como meios de prova apenas as provas documental, testemunhal, pericial, inspeção judicial, depoimento pessoal e confissão). A maioria dos juristas recorrem a essa ideia para explicar a seguinte problemática: seria a prova emprestada uma prova documental, ou ela poderia ser classificada segundo a sua produção no primeiro processo, como meio de prova pericial, testemunhal, inspeção judicial, entre outros?

Refutamos essa concepção da prova emprestada, pois, como será explicado, acreditamos que a prova emprestada faz parte de outra classificação da prova diversa da classificação usada para distinguir a prova testemunhal, pericial, documental, etc., embora, vale ressaltar, todos esses tipos de prova façam parte do grande grupo denominado “meios de prova”.

Para nós, como será exposto no capítulo 8, a prova emprestada diz respeito a uma classificação que teria como critério distintivo o fato de ter sido produzida frente ao processo em que está sendo utilizada ou frente a um processo diverso. Jeremias Bentham³⁴⁶ já a classificava assim, dizendo que a prova poderia ser emprestada ou independente de outra causa caso tenha sido tirada de outro processo ou não. Retomaremos em parte essa classificação feita por Jeremias Bentham, modificando a sua nomenclatura e acrescentando a ela alguns novos elementos.

³⁴⁵ ALVIM, Arruda. op. cit., p. 403, nota 288; ALVIM, Arruda. op. cit., p. 299-300, nota 306.

³⁴⁶ BENTHAM, Jeremias. op. cit., p. 35, nota 235.

8 UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO DA PROVA: DESTRINCHANDO OS “MEIOS DE PROVA”

Neste capítulo será feita uma nova proposta de classificação da prova, levando em consideração a prova na acepção de enunciação-enunciado, ou seja, os meios de prova. Essa nova proposta classificatória agrupará os meios de prova em grupos diversos dentro da perspectiva da sua produção, sendo analisados distintos aspectos do ato de enunciação.

Como visto no capítulo 03, o signo “prova” é um vocábulo que padece do vício da ambiguidade, podendo ser empregado em várias acepções diferentes, dentre as quais destacamos as noções de enunciado-enunciado, enunciação-enunciado e suporte físico. Na seção 3.3 estabeleceu-se como pressuposto que, quando a palavra “prova” for utilizada para exprimir a ideia de enunciação-enunciado da prova, chamaremos de “meios de prova”.

Fortes nessas premissas, conclui-se logicamente que os “meios de prova” é uma palavra-classe que denota não só as provas documental, pericial, testemunhal, inspeção judicial e depoimento das partes; mas também todos os tipos de produção probatória, ou seja, “meios de prova” é um termo amplo que denota ainda a prova emprestada³⁴⁷, a ata notarial, e todas as diferentes formas que a prova pode ser enunciada conforme as regras de organização e produção probatória encontradas no direito positivo.

Ocorre, todavia, que colocar todos esses tipos de prova dentro de um mesmo saco não é o suficiente para resolver as diversas dificuldades encontradas na definição de cada um desses específicos meios de prova (dentre os quais, o que mais nos interessa, a prova emprestada). Nesta toada, buscando destrinchar as especificidades apresentadas pelos vários meios de prova encontrados no ordenamento jurídico, proporemos uma diferente classificação dos mesmos, focando-nos em algumas diferenças e semelhanças encontradas em suas enunciações, estabelecendo assim critérios de pertinência para o uso de cada expressão.

³⁴⁷ Corroborando com este entendimento, Arlete Inês Aurelli (op. cit., p. 395, nota 304) afirma que “prova emprestada é um meio de prova por se tratar de um procedimento colocado à disposição do jurisdicionado”.

Frisamos que a classificação ora apontada tem o condão de dispor dos meios de prova comumente apreendidos, organizando-os de forma mais ordenada. Assim, utilizamo-nos de compreensões já existentes sobre cada meio de prova para moldarmos uma estrutura classificatória consiste sobre eles.

Dessa forma, é sobretudo importante frisar as contribuições de Fabiana Del Padre Tomé³⁴⁸ para a classificação aqui desenvolvida, já que nos beneficiaremos em parte das seguintes ideias expostas pela autora:

A enunciação de tais fatos pode, por sua vez, dar-se de diferentes maneiras, decorrente de (i) manifestação oral ou escrita da própria parte (confissão); (ii) relato proferido por terceiro que presenciou o acontecimento (depoimento testemunhal); (iii) opinião emitida por pessoa detentora de conhecimento especializado (perícia); (iv) enunciado linguístico pré-constituído (documento); ou (v) certificação realizada pelo próprio destinatário da prova (vistoria e inspeção judicial ou ocular). O que se classifica, portanto, são os meios de prova: a enunciação relatada na forma prescrita pelo direito positivo, isto é, a enunciação-enunciada. Esta é que fornecerá os elementos necessários à identificação do sujeito produtor dos enunciados probatórios, tempo, local e modo em que ocorreu tal atividade.

Antes, porém, de melhor desfiarmos esses meios de prova, é importante ter em mente algumas regras concernentes ao ato de classificar, para que possamos desempenhar esse papel com maior organização e agilidade.

A classe é, como bem assevera Tárek Moysés Moussalem³⁴⁹, o campo de aplicabilidade (*field of applicability*), a extensão de determinado conceito. A importância das classificações é apontada por esse renomado jurista da seguinte maneira³⁵⁰:

Talvez a mais importante função exercida pela linguagem seja a outorga ao homem a capacidade de classificar. Todo homem tem necessidades que requerem a realização de classificações [...] Essa nos parece a razão pela qual classificar é ato de fala inerente ao conhecer. Todo conhecimento pressupõe classificação. Para falarmos com A. A. LUCES, tão logo se pretenda conhecer determinado objeto, a classificação se faz necessária. Aliás, a simples escolha do objeto de estudo enseja classificação: objeto estudado e objeto não-estudado.

Dada a dimensão e relevância da função classificatória, algumas regras fundamentais devem ser seguidas para que se possa ter uma sensata

³⁴⁸ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 92, nota 03.

³⁴⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Classificação dos tributos: uma visão analítica. CARVALHO, Paulo de Barros (Org.). **Tributação e Processo**. 1ª ed, v. 1. São Paulo: Noeses, 2007, p. 604.

³⁵⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. op. cit., p. 601-602, nota 349.

categorização, são elas: (a) deve haver somente um *fundamentum divisionis* em cada operação; (b) as classes coordenadas devem se excluir mutuamente; (c) as classes coordenadas devem esgotar coletivamente a superclasse; (d) as operações sucessivas da divisão devem ser efetuadas por etapas graduais; (e) as diferenças devem resultar da definição do dividido.³⁵¹

Levando em conta essas considerações, passaremos agora a classificar os meios de prova de forma que, ao final, consigamos ter em mente uma definição mais precisa do que se entende por “prova emprestada”. Relevante lembrar que o tema central da dissertação é a (des)construção do conceito da “prova emprestada” e, para que possamos chegar às suas características definitórias faremos uso da classificação aqui empreendida. Com isso queremos dizer que não nos aprofundaremos de forma exauriente em cada meio de prova admitido pelo direito posto, mas lançaremos uma classificação geral que seja suficiente para satisfazer os fins deste trabalho e demonstrar o sentido que melhor se pode atribuir ao signo “prova emprestada”.

8.1 PROVA TÍPICA E PROVA ATÍPICA

Inicialmente, vale lembrar que os meios de prova podem ser *típicos*, quando estão elencados em lei, ou *atípicos*, quando não forem disciplinados pelo ordenamento. Como afirma, dentre diversos outros juristas, Vitor Gonçalves Machado³⁵²:

Segundo a tipicidade dos meios de prova, constata-se a existência no ordenamento jurídico das provas típicas (previstas expressamente no CPC) e das provas atípicas (que, embora não estejam elencadas no ordenamento, são permitidas pelo legislador desde que moral e legalmente legítimas, estando seu uso limitado, por sua vez, na ilicitude, ilegitimidade e na inconstitucionalidade do método de obtenção da prova).

Isso ocorre porque o rol dos meios de prova não é um rol taxativo, o próprio CPC/15 em seu art. 369³⁵³ admite outros meios de prova que não regulados por seu diploma legal, desde que moralmente legítimos.

³⁵¹ MOUSSALLEM, Tárez Moysés. op. cit., p. 611-612, nota 349.

³⁵² MACHADO, Vitor Gonçalves. op. cit., nota 77.

³⁵³ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

A prova emprestada não era expressamente mencionada pelo CPC de 1973 (e por nenhum outro diploma legal), motivo pelo qual a doutrina a enquadrava como um meio de prova atípico.³⁵⁴ A par disso, o CPC de 2015 trouxe menção expressa (embora um tanto tímida) da prova trasladada.

A tipicidade é, pois, uma classificação que se pode fazer quanto aos meios de prova, mediante o critério “estar ou não expressamente prevista no ordenamento jurídico”. Ao lado dessa classificação, apontamos outra, às quais denominamos “prova extrajudicial e judicial”, que será mais detidamente explicada a seguir.

8.2 PROVA JUDICIAL E PROVA EXTRAJUDICIAL

Além de típicos e atípicos, os meios de prova podem ser agrupados de várias formas. Em síntese, a proposta de classificação pretendida neste trabalho será assim realizada: num primeiro plano a prova poderá ser identificada como (1) prova extrajudicial, quando a prova for enunciada fora do juízo; ou (2) prova judicial, quando e sua enunciação se der frente a um processo judicial.

A divisão da prova em judicial e extrajudicial não é novidade, como anotado por Moacyr Amaral Santos³⁵⁵, o qual cita alguns doutrinadores que diferenciavam a prova feita em juízo daquela realizada fora do juízo.

Nota-se que esta classificação utiliza em parte da ideia de prova pré-constituída, casual ou constituenda. Nos furtamos, entretanto, da distinção feita entre prova pré-constituída estrito senso e prova casual, a qual leva em consideração a intenção do sujeito na produção da prova (se pretendia utilizá-la posteriormente em processo judicial seria pré-constituída; se no momento de sua enunciação não pretendia usá-la como prova em juízo seria casual).

³⁵⁴ “Além dos meios de provas *típicos*, que são elencados e disciplinados em lei, outros podem ser admitidos no processo civil, posto que não elencados nem disciplinados por lei alguma, desde que moralmente legítimos. Tais são as *provas atípicas*, ou *meios atípicos de prova*. É atípica, p. ex., a *prova emprestada*, a que o Código de Processo Civil não faz a menor alusão mas, ainda que muito cautelosamente, os tribunais admitem desde que seu emprego não transgrida a garantia constitucional do contraditório” (DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 94, nota 134).

³⁵⁵ Quanto a isso Moacyr Amaral Santos (SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 63, nota 179) cita os seguintes nomes: tais como João Monteiro e Gusmão; Pereira e Souza; Lobão; Moraes Carvalho; Ramalho; Ribas; Paula Batista.

Todavia, vale notar que parte da própria doutrina, empregando o vocábulo “prova pré-constituída” ampliativamente, de forma a abranger aquela prova produzida fora do processo não importando a intenção em ser ou não por ela utilizada, *acabava por afirmar que toda prova documental era pré-constituída*.

Preferimos, contudo, utilizar-nos da expressão “prova extrajudicial” ou “prova documental”. Esta última nomenclatura, embora não traduza muito bem o critério de pertinência da classificação ora exposta (qual seja, a prova ter sido enunciada frente a um processo ou não) é comumente utilizada na práxis forense e mencionada pelo próprio ordenamento, motivo pelo qual também a empregamos aqui, como sinônimo de “prova extrajudicial”. Assim, o presente trabalho pretende definir “prova documental” de forma ampla, a abranger toda prova que não fora produzida frente a um processo para nele ser introduzido como prova-enunciado.

Já a prova *judicial*, ou seja, aquela cuja enunciação se deu frente a um processo, será subdividida em outras duas subclassificações distintas:

(1) Quanto ao sujeito: *prova testemunhal* (terceiro ao processo); *prova pericial* (expert, pessoa especializada em determinada área da ciência); *inspeção judicial* (juiz); *depoimento pessoal* (partes).

(2) Quanto ao critério “a enunciação ocorreu frente ao processo no qual a prova está sendo utilizada ou frente a processo judicial diverso?”, no primeiro caso a prova será uma *prova originária*, no segundo será denominada *prova emprestada*.

Sobre essa primeira subclassificação, afirmamos então que a prova testemunhal, pericial, depoimento pessoal e inspeção judicial serão sempre provas judiciais, ou seja, feita perante o Estado-juiz. A doutrina naturalmente encontra dificuldade ao expressar o que entende por cada meio de prova, e acaba sendo campo de grandes polêmicas acerca desse assunto: um documento produzido fora do processo, contendo narrativa sobre os fatos litigiosos, seria prova testemunhal ou documental? Se as partes, antes mesmo da ação judicial, contratarem autonomamente um especialista para analisar o estado das coisas, ao anexarem seu parecer nos autos, ter-se-ia aqui uma prova pericial? Sobre tais questionamentos nos ocuparemos na seção que se segue.

Faz-se, todavia, imperioso esclarecer, de antemão, a opção feita aqui pelas nomenclaturas “prova judicial” e “prova extrajudicial”, as quais remetem à ideia de Judiciário. Desta feita, é relevante reparar que a distinção não se faz no âmbito da jurisdição lato senso, não distinguimos as provas em “jurisdicional” e “*extrajurisdicional*”. Tendo em vista que, embora a função jurisdicional exercida fora do Judiciário seja de grande importância, a mesma nem sempre se reveste de todas as garantias e cautelas concernentes ao Poder Judiciário, motivo pelo qual preferimos restringir a classificação ora exposta, elegemos como *fundamentum divisionis* a participação (ou não) do Estado-juíz na enunciação da prova, a fim de assegurar a devida observância às regras de organização probatória.

8.2.1 A presença do juiz como *fundamentum divisionis*

Ao tratar dos momentos da prova, a doutrina explica que toda prova produzida em júízo percorre, de forma mais ou menos nítida, três estágios (proposição, admissão e produção). O mesmo não ocorre, no entanto, com a prova documental que, via de regra, é proposta e produzida simultaneamente, conforme comumente afirmado.³⁵⁶

Michele Taruffo³⁵⁷, ao explicar a prova documental, utiliza-se do verbo “apresentar”, ou seja, para ele a prova documental é aquela apresentada ou exibida perante o juiz; em contraponto com o verbo “produzir”, que o referido autor usa ao se referir aos outros meios de prova.

Na verdade, o que ocorre é que, na prova documental, a enunciação da prova-enunciado terá ocorrido fora do processo, restando apenas à parte anexar esse documento já produzido aos autos (ou requerer a sua exibição), sendo uma prova

³⁵⁶ “Estes momentos são bem nítidos, por exemplo, nos procedimentos relativos à prova testemunhal e à pericial. A parte que desejar produzi-las, deverá, num primeiro momento, propô-las ao juiz, mediante um requerimento em geral escrito; num segundo momento, o juiz pronunciar-se-á admitindo ou não a prova requerida; se a deferir, então, no terceiro momento, ela será finalmente produzida [...] Com relação à prova documental acontece, via de regra, uma simultaneidade desses momentos, ou pelo menos uma fusão entre o momento de sua proposição e o de sua produção nos autos. Em geral, a parte que pretender fazer prova documental haverá de trazer aos autos, com petição inicial ou com a resposta, o respectivo documento” (ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 106, nota 276).

³⁵⁷ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 125, nota 150.

extrajudicial cuja enunciação ocorreu fora do juízo, sem a participação do Estado-juiz.

Muitos escritos há que afirmam como característica principal da prova documental o fato de sua “fonte probatória” ser um documento, enquanto as provas orais teriam como fonte uma pessoa.³⁵⁸ Asseveram, por exemplo, que a diferença entre uma prova testemunhal e uma prova documental é que aquela se firma na volátil memória do indivíduo, ao passo que esta se encontra num objeto menos perecível, o documento. Mas o que dizer então de uma narrativa ou carta escrita extrajudicialmente por alguém que presenciou os fatos? Não estaria ela também embasada na memória daquela pessoa? Isso a desconstituiria como meio de prova documental? Haveria, afinal, diferença nas fontes de prova? Ou seriam todas elas produzidas pelo ser humano (até mesmo as documentais)? E não teriam todas elas, ao final de sua enunciação, o suporte físico de documento (até mesmo as provas orais)?

Para responder a essas perguntas recorre-se ao livro de Fabiana Del Padre Tomé³⁵⁹, ao dizer que o vocábulo *documento* é indicativo da plataforma material “em que fica gravada uma parcela de linguagem. Para que este assuma foros de meio de prova, porém, precisa ser veiculado na forma prescrita pelo ordenamento jurídico”. E ressalta ainda brilhantemente, que a diferença entre a prova documental e os demais tipos de prova não está na sua *forma documental*, pois todas as espécies de prova assumem essa forma, mas, “o que se distingue é exatamente o modo pelo qual são produzidas, ou seja, o meio de prova”.

Desta maneira, a questão, ao que nos parece, não se refere à prova ingressar nos autos em forma de documento (porque todos os atos judiciais assim o fazem), nem tampouco de a prova ter sido fruto de ato humano (porque todo documento o é).³⁶⁰ O que distingue a prova documental dos outros meios de prova é, por derradeiro, a sua forma de enunciação, que se deu extrajudicialmente.

³⁵⁸ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 270, nota 140.

³⁵⁹ TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 111, nota 03.

³⁶⁰ Conforme Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira (op. cit., p. 181, nota 150): “Nem todo documento pode ser inserido no processo por meio de prova documental”.

É por isso que certa corrente doutrinária chega a identificar a prova documental com a prova (por alguns denominada) preconstituída. E é levando, mesmo que implicitamente, essa concepção, que a maioria dos juristas entende não constituir prova testemunhal o relato escrito por terceiro fora do juízo, mas sim prova documental.³⁶¹ Segundo Eduardo Cambi³⁶² somente há prova testemunhal quando observado o procedimento legal, sendo os depoimentos escritos prova documental, já que “declarações escritas não se equiparam a prova testemunhal, pois o conteúdo do documento é obtido unilateralmente”.

Logo, pela classificação aqui construída, fica evidente que, para nós, a narração de um fato realizada fora do Poder Judiciário e trazida posteriormente aos autos (uma carta, um vídeo, uma ata notarial, etc.) será tida como uma prova documental. Quanto a isso, vale conferir anotações feitas por alguns eminentes juristas quando da caracterização de cada meio de prova.³⁶³

Sobre a prova testemunhal, como se viu, grande parte da doutrina entende que sua enunciação deve ocorrer dentro do juízo, Cândido Rangel Dinamarco³⁶⁴ define o uso do termo *testemunha* em direito processual como aquela “chamada a cooperar com

³⁶¹ Sobre a prova testemunhal, Maríci Giannico (op. cit., p. 201-202, nota 01) expõe que: “É a técnica de obtenção de informes sobre fatos relevantes da causa, mediante perguntas a serem respondidas pelas testemunhas [...] Seu depoimento, para ter validade, deve ser colhido em audiência, na presença do juiz e das partes, sob compromisso e sujeito à contradita e reperguntas”; seguindo essa linha de pensamento, Ricardo de Barros Leonel (Anotações sobre a prova no novo CPC. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, v. 35, maio 2015, P. 176), para quem “A prova testemunhal deve ser produzida mediante a coleta das declarações na presença das partes e do juiz”.

³⁶² CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 88-89, nota 140.

³⁶³ Essas considerações normalmente são realizadas de forma esparsa, sem uma sistematização da mesma. Alguns dizem que a prova testemunhal deve ser feita em juízo, enquanto a pericial pode ser extrajudicial; outros se pronunciam de forma diametralmente contrária. Há ainda quem comungue da ideia de que todos os meios de prova podem ser tanto judiciais quanto extrajudiciais. O tema, como se vê, não é nem um pouco pacífico. Na concepção de Darci Guimarães Ribeiro (op. cit., p. 29, nota 100): “Preconstituídas e contraditório: Considero oportuno destacar agora, a aplicação deste princípio quando a prova for documental (ou preconstituída) ou testemunhal (ou casual, constituenda), pois as provas *documentais* são essencialmente *preconstituídas* (*Evidence existing before the trial, Vorbereiteter Beweis*). O que equivale dizer que um documento, uma prova documental é criada, constituída fora dos autos, razão pela qual o contraditório somente se estabelece em virtude da obrigatória comunicação à parte contrária para, querendo, impugná-la mediante os mecanismos legais, vale dizer, o contraditório não se estabelece no plano da existência, no plano da criação da prova, mas sim no plano da validade desta em juízo. Jamais uma prova documental será construída dentro do processo com base contraditório, isto ocorre, por óbvio, com as provas *casuais* ou *constituenda*, vale dizer, aquelas que são feitas no curso do processo, como ocorre, v.g., com a prova testemunhal, e muitas vezes com a pericial etc. nestas o contraditório se dá exclusivamente no plano da existência, no plano da criação da prova que é feito em juízo”.

³⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 604, nota 134.

a Justiça, informando ao juiz os fatos e circunstâncias de interesse para a causa, dos quais tenha conhecimento”. E o que dizer da prova pericial? Marcelo Abelha³⁶⁵, ao tratar desse meio de prova, aduz que:

Prova pericial e perícia são conceitos simbióticos, mas não possuem o mesmo significado. Enquanto toda prova pericial advém de uma perícia, nem toda perícia será prova judiciária. Assim, só é pericial a resultante de perícia judicial, cujo perito tenha sido escolhido pelo juízo. Perícias extrajudiciais, encomendadas pelas partes, cujos resultados tenham sido anexados ao processo, não tem o mesmo relevo que as perícias judiciais, constituindo apenas *pareceres*, dando-lhes o juiz a ‘credibilidade que merecem’.

Nota-se que para Marcelo Abelha a prova pericial é aquela cuja produção ocorreu judicialmente.³⁶⁶⁻³⁶⁷ Corroboramos com esse entendimento, até porque a prova pericial é aquela realizada por perito, o qual, segundo art. 149 do CPC/2015, é um auxiliar da Justiça, recaindo sobre ele, inclusive, o dever de imparcialidade, ao que se poderão alegar causas de impedimento e suspeição relativas a esse profissional (arts. 148, II e 156, §4º do CPC/2015).³⁶⁸ O que não ocorre no caso de as partes contratarem, independentemente do processo e fora do âmbito judicial, técnico que venha a atestar-lhes algo (é claro que nada impede que assim o façam, todavia, esta prova será uma espécie de prova documental, e não uma prova pericial, pois produzida extrajudicialmente).³⁶⁹

Já o depoimento pessoal da parte e a inspeção judicial parece não suscitar maiores controvérsias, sendo sempre indicadas como meios de prova produzidos em juízo, perante o Poder Estatal.

Outro ponto interessante está relacionado ao autor do documento, sobre o qual já tivemos a oportunidade de explanar anteriormente, e esclarecemos que, ao tratar da

³⁶⁵ ABELHA, Marcelo. op. cit., p. 627, nota 168.

³⁶⁶ Conforme Beatriz da Consolação Mateus Buchili (op. cit., p. 61, nota 215), no processo, apenas se cogita de perícias judiciais dispendo a lei quanto à sua admissibilidade ao seu procedimento.

³⁶⁷ Ao revés, admitindo prova pericial extrajudicial: ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 108-109, nota 276; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 163, nota 150.

³⁶⁸ “O técnico que deve servir no processo como perito é escolhido pelo juiz. Uma vez nomeada, passa a exercer a função pública de órgão auxiliar da justiça, com o encargo de assistir o juiz na prova do fato que depender de seu conhecimento técnico ou científico” (ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 109, nota 276).

³⁶⁹ “Não se trata, no entanto, de uma verificação qualquer e sim de verificação judicial, isto é, relativa a fatos da causa e que se realiza no *processo*. Aliás os peritos são auxiliares do juízo e deverão prestar o respectivo *compromisso*, e, em seguida aos trabalhos de verificação, fornecer ao juiz, através de um *laudo* ou *parecer*, o relato de suas observações ou as conclusões que das mesmas extraírem” (SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 41, nota 166).

prova documental, normalmente se diferencia o autor do documento em dois: o autor intelectual e o autor material.

Acreditamos que, pegando emprestados alguns desses conceitos, podemos transportá-los, em certa medida, para a prova judicial, onde também se pode encontrar um autor intelectual (a testemunha, por exemplo), um autor material (o escrivão que redige a ata). Mas, e aqui reside a diferença entre esses meios de prova, ao contrário do que acontece na prova documental, a prova judicial possui ainda um autor judicial (o juiz, que deve sempre participar da enunciação dessa prova, garantindo o cumprimento das regras de produção probatória e o devido processo legal).

O juiz, como se vê, sempre será o autor judicial, sendo essa a principal distinção entre meio de prova extrajudicial e judicial: esta é enunciada no juízo frente ao Estado-juiz; aquela é enunciada fora do juízo, não havendo a participação/fiscalização do Estado-juiz em sua produção.

Tal como na prova documental, as diferentes autorias da prova judicial podem ser exercidas por uma só pessoa (na inspeção judicial, por exemplo, o juiz é o autor material, intelectual e judicial), ou por pessoas diferentes (no depoimento pessoal a parte é a autora intelectual, o escrivão o autor material, e o juiz o autor judicial).

É levando em consideração a figura do juiz na enunciação da prova judicial que, por exemplo, a testemunha tem a obrigação de comparecer em juízo e, caso não o faça, pode, inclusive, ser conduzida coercitivamente (arts. 820 e 825 da CLT; arts. 449 e 455 do CPC/2015; arts. 218 e 219 do CPP e outros). Consoante Rita Marasco Ippólito Andrade ³⁷⁰ a testemunha “depõe perante o juiz e, por isso, seu comparecimento perante a autoridade judiciária é obrigatório, devendo, em regra, ser expedido mandado de intimação, onde constarão dia, local e hora da inquirição”.

Por outro lado, é direito da testemunha recusar-se a depor quando a audiência não for presidida pelo magistrado. ³⁷¹ Até porque, embora as perguntas possam ser feitas diretamente pelas partes às testemunhas (art. 459, CPC/2015), e não mais por

³⁷⁰ ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 95, nota 276.

³⁷¹ ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 95, nota 276; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 268, nota 303.

intermédio do juiz (como era no CPC/73), ao magistrado ainda fica o encargo de exclusivamente fiscalizar o desenvolvimento da inquirição, evitando abusos e constrangimentos, e realizando o controle de admissibilidade das questões.³⁷²

Tanto é assim, que o CPC/15 consagrou ainda mais a produção antecipada de provas, dando-lhe maior âmbito de atuação ao retirar o requisito de urgência determinado pela codificação antiga. Um dos fundamentos apontados para essa escolha legislativa é a priorização do direito fundamental à prova. Daí indaga-se: se a principal distinção entre prova documental e os meios de prova judiciais não fosse a figura do juiz (o autor/sujeito judicial), pra que haveria uma ação autônoma de produção probatória? Não seria mais fácil as partes realizarem a “perícia” ou a colheita dos depoimentos extrajudicialmente? Não seria melhor se proceder assim, de forma a não movimentar a máquina judiciária quando a mesma prova pudesse ser produzida fora do processo?

A resposta para tanto, segundo nossas premissas, é clara: se feita extrajudicialmente, a prova não será tida como meio de prova pericial, testemunhal, inspeção judicial ou depoimento pessoal. Não haverá em sua elaboração o “autor judicial”, ou seja, o Estado-juiz assegurando o contraditório e todas as outras regras procedimentais desses meios de prova.

De mais a mais, acreditamos que prova documental comporte diversas espécies (instrumento público, instrumento privado, escrituras públicas, etc.)³⁷³⁻³⁷⁴, contudo,

³⁷² Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 180, nota 361. Quanto ao tema, ainda Gilberto Notário Ligerio e Adriana Aparecida Giosa Ligerio (A prova testemunhal no Novo Código de Processo Civil: primeiras reflexões. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 593-594): “[...] caberá ao juiz realizar o controle de admissibilidade das questões, as quais serão indeferidas se se verificar que as mesmas: 1) induzam respostas; b) não tenham relação com o objeto da prova e c) importam em repetição de alguma já respondida. Vale ressaltar que as perguntas indeferidas deverão constar do termo da audiência se houver requerimento para tanto”.

³⁷³ Sobre o tema: GIANNICO, Marici, op. cit., p. 201, nota 01; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 78, nota 179; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., nota 186; ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 102, nota 276; BUCHILLI, Beatriz da Consolação Mateus. op. cit., p. 59, nota 215; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 566, nota 134; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 192-193, nota 150; CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 417-418, nota 140.

³⁷⁴ A ata notarial, por exemplo, é uma prova produzida extrajudicialmente, motivo pelo qual alguns autores a elegem como espécie de prova documental, de documento público, porque lavrado por pessoa com fé pública (FERREIRA. William Santos. op. cit., p. 1046, nota 341; ABELHA, Marcelo. op. cit., p. 573, nota 168). Vale frisar que, mesmo quem não toma como premissa a prova documental ser, em sentido lato, prova extrajudicial, e refuta a ideia de a ata notarial ser então uma prova documental, ainda assim, parte da ideia de que a ata notarial é uma prova extrajudicial, vide Natalia Bastos Bechepeche Antar (**A ata notarial e o processo**. 115 f. Dissertação (Mestrado em

embora seja este um tema de sua importância no estudo do direito probatório, não se faz pertinente, na presente dissertação, uma abordagem tão minuciosa deste meio de prova, pois perderíamos o nosso verdadeiro foco que não é outro, senão a prova emprestada.

Aliás, uma investigação aprofundada de cada espécie de prova documental demandaria um estudo específico sobre o assunto, tendo em vista a amplitude desse tema. Para os fins deste trabalho, no entanto, basta a classificação geral que estamos a expor, a qual já nos conduzirá satisfatoriamente a uma definição de prova emprestada.

8.2.2 As subclassificações da prova judicial

Sobre as provas judiciais, para o fim deste trabalho, assinalamos duas subclassificações que podem ser feitas: uma referente ao sujeito da enunciação, outra quanto a sua enunciação ter se dado no processo em que a prova-enunciado será utilizada, ou em processo diverso.

8.2.2.1 Quanto ao sujeito: prova testemunhal, prova pericial, depoimento da parte, inspeção judicial

Como já oportunamente esclarecido, as provas judiciais aquelas feitas em juízo sob a supervisão e participação do juiz-Estado. Encontramos algumas espécies frequentemente indicadas nas legislações, as quais, pelo que parece, recebem da doutrina um definição ligada ao sujeito da enunciação (mais especificamente ao seu autor intelectual).

A doutrina nem sempre faz expõe essa posição de forma explícita e pontual, entretanto, não se pode negar que ela existe, e é nessa linha de pensamento que

Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2013, P. 103): “A ata notarial é prova pré-constituída, extrajudicial, qualificada pela fé pública, e sua valoração constitui uma faculdade própria dos magistrados que deverá apreciá-la de acordo com as circunstâncias do caso concreto em cotejo com as demais provas produzidas nos autos”.

elencamos o sujeito como critério de pertinência desta subclassificação dos meios de provas judiciais.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ³⁷⁵, por exemplo, ao diferenciar a prova testemunhal do depoimento pessoal afirmam que este meio de prova se dá quando a pessoa for uma das partes do processo, e aquele quando se tratar de um terceiro. Posteriormente, em capítulo próprio sobre a prova pericial, os juristas expõem que a mesma ocorre quando “a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber”³⁷⁶.

É interessante colacionar aqui que, como observador por Michele Taruffo³⁷⁷, nos sistemas de *common law* essas provas judiciais (ditas orais ou documentadas) recebem um tratamento bastante parecido, não se subdividindo, pois sempre vistas como provas testemunhais. Assim, ao contrário daqui, nesses sistemas tanto o terceiro, quanto a parte e o perito, figuram como testemunhas. É o que explica o renomado autor italiano, para quem as provas orais:

[...] tem em comum o fato de consistirem em declarações orais feitas, em geral, em resposta a perguntas no curso de um interrogatório *ad hoc* [...] Todavia, das características específicas das pessoas que fazem tais declarações, de sua conexão pessoal com as partes ou o objeto de sua declaração, derivam-se relevantes diferenças. Assim, é necessária uma distinção adicional dentro do âmbito geral das provas orais, considerando se essas são fornecidas por testemunhas, pelas partes ou por peritos. Vale a pena ressaltar, de qualquer forma, que tal distinção não possui o mesmo significado em todos os sistemas processuais. As partes sempre podem ser interrogadas como testemunhas nos sistemas de *common law*, mas geralmente isso não ocorre nos sistemas de *civil law*, nos quais essas podem ser ouvidas de diversas formas, mas não propriamente como testemunhas [...] Os peritos são, em geral, interrogados oralmente nos sistemas de *common law*, onde são chamados de *expert witnesses*, pela simples razão de serem ouvidos como testemunhas; nos sistemas de *civil law*, por sua vez, eles usualmente fornecem ao tribunal um documento escrito ou, quando ouvidos, não o são propriamente como testemunhas.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao revés do que acontece nos sistemas predominantemente de *common law*, faz distinção entre a figura da testemunha, do perito e da parte. Interessante reparar a importância que Moacyr Amaral Santos³⁷⁸

³⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 239, nota 150.

³⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 257, nota 150.

³⁷⁷ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 59-60, nota 150.

³⁷⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 58-59, nota 166; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 46-50, nota 303.

confere a isso, quando nos volumes 5 e 3 de seu livro se esforça em distinguir esses personagens. E embora, como explicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³⁷⁹, a inquirição da parte seja basicamente o mesmo modelo da oitiva da testemunha, algumas adaptações procedimentais são feitas.

Assim, levando-se em conta o sujeito intelectual da enunciação, Cândido Rangel Dinamarco³⁸⁰ classifica o depoimento pessoal como meio de prova que “tem por fonte as partes”. Nesta mesma esteira, Marcelo Abelha³⁸¹, para quem “é o meio de prova que pode ser conceituada como ato processual destinado ao interrogatório das partes em juízo [...] o depoimento pessoal é apenas das partes”.

Ressaltamos que não pretendamos alargar muito a matéria, nem tampouco nos aprofundar na classificação ora feita, estudando cada específico meio de prova e demonstrando as varias subclassificações que podem decorrer dessa organização geral exposta. Isso porque perderíamos de vista o nosso tema principal, e o foco deste trabalho, que é a prova emprestada. Ademais, um estudo mais detido sobre todos os meios de prova existentes demandaria um trabalho especificamente sobre isso.

Todavia, frisamos aqui que a confissão não é para nós uma espécie de meio de prova.³⁸² Seguimos então, de certa maneira, mas com uma nova roupagem, o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco³⁸³⁻³⁸⁴, para quem a confissão não é

³⁷⁹ “O modelo de inquirição da parte é, basicamente, o da inquirição das testemunhas, com algumas adaptações. Não tendo sentido, por exemplo, a qualificação do depoente, que, como parte, já foi qualificado nos autos. Do mesmo modo, o advogado do depoente não pode formular perguntas, cabendo apenas fiscalizar a inquirição. O litisconsorte unitário não pode formular perguntas ao seu litisconsorte-depoente” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 159, nota 150).

³⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 616, nota 134.

³⁸¹ ABELHA, Marcelo. op. cit., p. 574, nota 168. De forma similar: “Sujeito do depoimento pessoal, ou depoimento da parte, o próprio nome do instituto está indicando, não pode senão ser quem for parte no processo” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 2, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1963, p. 148).

³⁸² Em sentido contrário, aceitando a confissão como meio de prova: SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., nota 381; TOMÉ, Fabiana Del Padre, op. cit., p. 103, nota 03.

³⁸³ Segundo Cândido Rangel Dinamarco (op. cit., p. 100, nota 134): “A própria confissão e os fatos confessados vem ao conhecimento do juiz em declaração endereçada a ele (petições) ou através de algum meio de prova realizado no processo. Como declaração de conhecimento de fatos, ela pode ser prestada no depoimento pessoal ao confitente, ou constar de documento trazido por ele mesmo ou pelo adversário (cartas, correspondências postal ou eletrônica, anotações, registros explícitos em computador etc.); esse documento, quando constituído fora do processo, pode vir a ser objeto de uma perícia destinada a comprovar sua autenticidade ou a autenticidade da assinatura; se a confissão houver sido prestada extrajudicialmente, também por prova testemunhal,

“conceitualmente um meio de prova, porque não constitui técnica para extrair de uma fonte informes sobre fatos; consiste nos informes que uma das fontes de prova fornece ao juiz”, podendo ser então objeto de um meio de prova (às vezes da prova documental, às vezes do depoimento pessoal, e noutras da testemunhal).

Note-se que a doutrina, mesmo aquela que entende ser a confissão um meio de prova,³⁸⁵ vincular a sua definição ao conteúdo da prova-enunciado, e não às características de sua enunciação ou produção. Dizem, então, que a confissão é a admissão, por uma das partes, da veracidade acerca de um enunciado de fato que é contrário ao seu interesse e favorável ao do seu adversário.³⁸⁶

Feitas essas considerações, seguindo a ideia de classificação das provas ditas judiciais quanto ao seu sujeito, verifica-se que na doutrina a prova testemunhal é tratada como aquela cujo depoimento é feito por pessoa estranha ao processo, ou seja, por terceiro.³⁸⁷⁻³⁸⁸

será possível fazer o juiz saber que a parte confessara e o que confessara. Ela não é portanto um meio de prova, embora sua própria efetividade e a dos fatos confessados sejam suscetíveis de valer como elemento de convicção do juiz – desde que trazidos ao processo através de um dos meios de prova admitidos [...] Do contrário, qual seria o meio de prova no caso de confissão prestada em depoimento pessoal da parte: confissão ou depoimento pessoal? Se a confissão fosse meio de prova, ao especificar provas (art. 324) seria lícito a cada uma das partes pedir que o adversário fosse intimado a confessar. Absurdo!”

³⁸⁴ “Ocorre, entretanto, que há manifesto equívoco na legislação ao elencar a confissão como meio de prova, quando, na verdade, a confissão é a prova em si, extraída de outros meios, como, no caso, o depoimento pessoal” (GIANNICO, Marici, op. cit., p. 181, nota 01).

³⁸⁵ Dentre os que entendem a confissão como meio de prova, Fredie Didier jr (Considerações sobre a confissão. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Provas: aspectos atuais do direito probatório**. São Paulo: Método, 2009).

³⁸⁶ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 69, nota 150; GIANNICO, Marici. op. cit., p. 200, nota 01; ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 87, nota 276; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 80, nota 179; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 161, nota 150.

³⁸⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 81, nota 179; ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 92, nota 276; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 51-52, nota 303.

³⁸⁸ “Prova testemunhal é a técnica de obtenção de informes sobre fatos relevantes para o julgamento mediante perguntas a serem respondidas por pessoas estranhas ao processo, as testemunhas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 603, nota 134). Beatriz da Consolação Mateus Buchili (op. cit., p. 60, nota 215) esclarece que, dentre os elementos característicos da testemunha, deve ela ser uma pessoa estranha ao feito, *chamada a depor em juízo*. Para Marcelo Abelha (op. cit., p. 601, nota 168): “Prova testemunhal provem de terceiro, desinteressado na causa em que irá servir. Logo, a testemunha não é sujeito do processo e também não é auxiliar da justiça”.

Moacyr Amaral Santos³⁸⁹ já definia a prova testemunhal levando em consideração dois aspectos: a sua produção frente a um processo; e o sujeito que irá depor. É o que se pode extrair das seguintes afirmações feitas pelo ilustre doutrinador:

A prova testemunhal é a consistente no testemunho de terceiro, isto é, de pessoa estranha ao feito, que preencha as condições impostas pela lei. Quer dizer, a prova testemunhal é a fornecida por testemunha [...] Precisamente porque assim é, costuma-se, e não sem razão, extraírem-se o conceito e a definição de 'prova testemunhal' do conceito e definição de 'testemunha'. Se testemunha é a pessoa, capaz e estranha ao feito, chamada a juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso, e se prova testemunhal é a fornecida por testemunha, poder-se-á, caso convenha uma definição, reunirem-se as duas noções. E ter-se-á: *prova testemunhal é a fornecida por pessoa, capaz e estranha ao feito, chamada a juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso* [...] Distingue-se da prova preconstituída, porque a testemunhal se forma em juízo, no correr da demanda, e aquela é constituída fora do juízo, a aprazimento das partes, que a preparam tendo em consideração possível necessidade de utilizá-la, pois, conforme o autor a denominada 'prova testemunhal extrajudicial' não corresponderia à prova testemunhal mesmo que fosse colhida por tabelião ou oficiais públicos equivalentes, tendo em vista que 'Exige a prova testemunhal, no sentido estrito, para sua eficácia, se rodeie de várias cautelas, correspondentes a tantas garantias que a lei previdente estabelece para assegurar o direito das partes e os supremos interesses da justiça'.

Outrossim, é necessário dizer que palavra "testemunha" padece de ambiguidade, motivo pelo qual normalmente se distingue a "testemunha judicial", referente à pessoa que depõe em juízo, dando origem à prova testemunhal; e a "testemunha instrumentária", que é aquela presencia a elaboração do instrumento e, juntamente com os autores do documento, o assinam. A testemunha instrumentária é tão somente elemento de uma prova documental instrumentária.³⁹⁰

Outra espécie de prova judicial é a prova pericial, a qual se distingue da testemunhal, pois, como elucida Rita Marasco Ippólito Andrade³⁹¹⁻³⁹² é feita por um perito, o qual deve ter conhecimento técnico para emitir conclusão sobre os fatos objeto da perícia, enquanto a testemunha pode ser pessoa leiga e não deve manifestar opinião sobre os fatos, salvo quando inseparável da narrativa.

³⁸⁹ Moacyr Amaral Santos (**Prova judiciária no cível e comercial**. v. 3, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1964, p. 58-59)

³⁹⁰ SILVA, Cesar Antonio da. op. cit., p. 119, nota 187; BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. op. cit., p. 59, nota 215; ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 92, nota 276.

³⁹¹ ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 94, nota 276.

³⁹² "Nos sistemas de *civil law*, o perito não é uma testemunha, e a prova pericial não tem nada em comum com a prova testemunhal. A figura do perito é claramente distinta da figura da testemunha" (TARUFFO, Michele, op. cit., p. 90, nota 150).

Assim, prova pericial é o meio de prova judicial realizado por um profissional portador de conhecimentos técnicos e científicos específicos, designado perito.³⁹³ Sustentando ainda mais nossa classificação quanto ao sujeito da enunciação, Cândido Rangel Dinamarco³⁹⁴, ao tratar da prova pericial, chega a escrever um subtópico denominado “os autores da prova: perito e assistentes-técnicos”, e ainda ressalta: “Daí chamar-se perícia, em alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem tais exames são confiados”³⁹⁵.

Moacyr Amaral Santos³⁹⁶ corrobora com esse entendimento ao dizer que a prova pericial “abrange aqueles meios de prova que se produzem mediante a intervenção de perito”, definindo “perito” como pessoa douta, versada ou entendida, na ciência, arte ou ofício respeitantes a certos fatos da causa, a quem se atribui a função de examinando-os, quer para percebê-los e constatá-los, quer para apreciá-los, fornecer ao juiz elementos de prova relativamente aos mesmos.³⁹⁷

Por fim, sem a pretensão de alargar demais a sistemática divisão dos meios de prova aqui realizada, nos resta especificar o meio de prova no qual o autor intelectual e sujeito da enunciação é o próprio juiz (na acepção de Estado-juiz). Tal ocorre na chamada inspeção judicial, compreendida nos arts. 481 a 484 do CPC/2015, e definida por Cândido Rangel Dinamarco como “a *verificação pessoal de pessoas ou coisas, feita pelo juiz*”.^{398_399}

8.2.2.2 Quanto ao processo no qual foi enunciada: prova original e prova emprestada

Outra subclassificação dos meios de prova judiciais aqui elencada é a que diz respeito ao fato de a enunciação da prova ter sido realizada no processo em que ela

³⁹³ CARVALHO, Fabiana. Sobre a realização de nova perícia. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Provas**: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 86; BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. op. cit., p. 61, nota 215.

³⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 591, nota 134.

³⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 585, nota 134.

³⁹⁶ “Perito é o sujeito ativo da perícia” (SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 43, nota 166).

³⁹⁷ ABELHA, Marcelo. op. cit., p. 633, nota 168.

³⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 598, nota 134.

³⁹⁹ Conferir também: ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. op. cit., p. 114, nota 276; SILVA, Cesar Antonio da. op. cit., p. 39, nota 187; ABELHA, Marcelo. op. cit., p. 637, nota 168.

está sendo utilizada ou em processo diverso. Quanto a isto Jeremias Bentham⁴⁰⁰ já divide as provas em independentes e emprestadas, sendo estas tiradas de uma causa anterior, e aquelas produzidas na mesma causa.

Aproveitaremos essa ideia preliminar lançada por Jeremias Bentham, com a singular diferença de denominar a prova por ele chamada de “independente” como “prova original”, visto que a nomenclatura poderia causar confusão fazendo pensar que a prova emprestada fosse “dependente” da causa anterior ou da valoração dada no processo em que foi produzida.

A prova emprestada seria, então, por decorrência lógica da classificação apresentada, um meio de prova cuja sua enunciação se deu judicialmente (pois é espécie de prova judicial) em um processo diferente do qual está sendo utilizada. De forma semelhante, Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁰¹ considera que a principal característica da prova emprestada é a sua “formação em um processo e utilização em outro”. O art. 372 do CPC/2015 também deixou margem a uma definição ampla e uma flexibilização dos requisitos de admissibilidade e valoração da prova emprestada, ao dizer apenas que “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Munidos de tais conceitos até aqui lançados e da classificação sistematizada neste capítulo, podemos então responder às questões postas no capítulo 8 sobre a prova emprestada, quais sejam: a) A prova emprestada precisa ter sido trasladada de um processo que já tenha transitado em julgado? b) Apenas as provas produzidas dentro de um processo judicial podem ser emprestadas? c) A prova emprestada deve possuir um duplo efeito (servir de elemento de convicção tanto no primeiro quanto no segundo processo)? d) A prova trasladada é espécie de prova documental ou conserva o seu valor originário? O que afinal significa dizer que a prova emprestada “conserva o seu valor originário”? e) Prova documental já utilizada em outro processo pode ser emprestada?

⁴⁰⁰ BENTHAM, Jeremias. op. cit., p. 35, nota 235.

⁴⁰¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. cit., p. 86, nota 291

É disso que nos ocuparemos no próximo capítulo, explicitando as consequências dessa definição de prova emprestada, e como a mesma se relaciona com os outros meios de prova dentro da classificação exposta.

9 CONSEQUÊNCIAS DO CONCEITO DE PROVA EMPRESTADA ADOTADO

Para demonstrarmos as implicações trazidas por essa (re)definição do significado de prova trasladada, nos ocuparemos de melhor esclarecer as indagações suscitadas no capítulo 8 quando então elencamos algumas polêmicas doutrinárias acerca do conceito comumente dado a esse meio de prova:

a) e c) A prova emprestada precisa ter sido trasladada de um processo que já tenha transitado em julgado? A prova emprestada deve possuir um duplo efeito (servir de elemento de convicção tanto no primeiro quanto no segundo processo)?

Conforme nosso entendimento, não há que se limitar o âmbito de aplicação da prova emprestada apenas para aquelas provas produzidas em processo que já tenha transitado em julgado, nem que tenha produzido efeitos nele. Isso, para nós, não é uma característica definitiva da prova trasladada, nem tampouco um requisito de sua admissibilidade.

Vede que o art. 372 do CPC/2015 parece conferir ao traslado da prova uma maior flexibilidade, sujeitando-a apenas ao contraditório.⁴⁰² Destarte, para nós, prova emprestada é aquela, como já antes dito, prova judicial cuja enunciação se deu em um processo diferente do qual ela está sendo utilizada. Logo, o conceito por nós abarcado também é um tanto mais amplo, não condicionando esse tipo de prova ao trânsito em julgado do processo anterior.

⁴⁰² Contraditório: LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., nota 361; GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., nota 06.; TALAMINI, Eduardo. op. cit., p. 147, nota 199; KODANI, Gisele. op. cit., nota 288; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., nota 150; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 49; LIMA, Paulo Bernardo Lindoso e. Prova emprestada e a interpretação do art. 372 do novo Código de Processo Civil, ainda inédito, gentilmente cedido pelo autor; MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1ª ed., Campinas: Millenium, v. 2, 2001; Caíque Ribeiro; ROSA, Eduardo Dalla. op. cit., nota 234; DEMCZUK, Claudio. op. cit., nota 125; CARVALHO, Shurama Zamile; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. op. cit., nota 124; NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALVANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; MOTA, Letícia Costa. op. cit., nota 286; MARTINS, Melchíades Rodrigues. op. cit., nota 306; NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. A legitimidade da prova no âmbito da ação regressiva acidentária. **Juris Plenum**. Caxias do Sul, n. 55, p. 91 – 116, jan. 2014; SILVA, Sandoval Alves da. Acesso à justiça probatória: negativa de tutela jurisdicional como consequência de negativa de convicção judicial. **Revista de Processo**, ano 39, v. 232, p. 36-65, jun 2014.

b) Apenas as provas produzidas dentro de um processo judicial podem ser emprestadas?

Verificamos que, a prova emprestada, como espécie de prova judicial, deve ter sido feita em juízo, não se aceitando empréstimo de provas produzidas em inquéritos, sindicância administrativa, arbitragem, e outros procedimentos nos quais não se faz presente a figura do Estado-juiz.⁴⁰³

É oportuno destacar ainda que a prova para ser emprestada deve ter sido produzida em juízo, porém, não é requisito dela que tenha sido feita pelo mesmo juiz. Essa é a posição, por exemplo, de Ada Pellegrini Grinover⁴⁰⁴, a qual, se apoiando na ideia de oralidade e imediatidade do juiz, nega o traslado da prova entre causas em que figurem juízes diversos.

Tal entendimento já não representava a maioria da doutrina⁴⁰⁵, que assinalava as várias exceções à oralidade e imediatidade encontradas no nosso ordenamento, demonstrando não ser esse um argumento consistente para se inviabilizar o empréstimo da prova. Ademais, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, essa corrente parece ter perdido ainda mais significado, isso porque, como dantes mencionado, o art. 372, ao admitir a prova emprestada, concede-lhe um tratamento mais brando, apenas condicionando-a ao contraditório.

⁴⁰³ O Projeto de lei do CPP, PL 8045/2010, em seu texto inicial tem previsto a possibilidade de haver prova emprestada do processo administrativo. Quanto a isso Claudio Demczuk (op. cit., p. 92, nota 125) já vem se posicionando da forma, alegando que se o texto permanecer assim estará cravado de inconstitucionalidade, tendo em vista as garantias da inafastabilidade da jurisdição e do juiz natural. Assim, para ele dentre os pontos negativos dessa positivação está “a preocupante possibilidade de empréstimo para o processo penal de prova produzida em processo administrativo e, portanto, sem a indispensável presença do juiz”. Já Moacyr Amaral Santos (op. cit., p. 321, nota 179), coloca no âmbito da valoração a questão de a prova ter sido colhida em processo administrativo: “Sabido é que no processo administrativo a prova não se reveste, geralmente, das mesmas cautelas, nem se produzem com as mesmas formalidades indispensáveis à sua vitalidade no feito judiciário. Ali, não existe figura equidistante entre as partes, representada na pessoa do juiz, órgão, encarregado pelo Estado, da aplicação do direito e da distribuição da justiça”.

⁴⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 64, nota 06.

⁴⁰⁵ “Em suma, no que diz respeito ao juiz natural, deve-se compreender que para que haja o traslado admissível da prova emprestada, esta deverá ter sido produzida no processo originário perante um juiz dotado de poderes de jurisdição e atuando dentro dos seus limites (competência)”. Caíque Ribeiro; ROSA, Eduardo Dalla. op. cit., nota 234 “Diante de tal quadro, temos como preferível assentar apenas a impossibilidade do empréstimo para o processo penal da prova produzida sem a presença do juiz, atraindo à discussão do tema igualmente os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (art. 5º, XXXV e LIV, da CF)” (DEMCHUK, Claudio. op. cit., p. 289, nota 125).

Vale frisar, quando afirmamos que a prova emprestada é uma prova judicial, ou seja, feita sob a observação e participação do juiz, não estamos aqui empregando a palavra “juiz” numa acepção pessoal e individual, como a singular pessoa do juiz, mas numa noção de “Estado-juiz”, como a representação do Estado dentro do Poder Judiciário.

É com base nessas considerações que aceitamos o empréstimo de uma inspeção judicial. Alguns doutrinadores afirmavam não ser tal traslado possível, tendo em vista que a inspeção judicial seria um meio de prova em que a imediatidade do juiz se faria latente. Como visto, no entanto, classificamos a inspeção judicial como um meio de prova cujo sujeito intelectual da enunciação é o Estado-juiz. Não vinculamos assim a sua definição ao juiz-indivíduo.

Até porque, se assim não fosse, problemas haveria até mesmo no processo em que a prova foi produzida, tendo em vista que, como é cediço, nem sempre o juiz que colheu as provas é o mesmo que irá julgar, podendo ser outro, por exemplo, em casos de afastamento. Isto posto, pergunta-se: o juiz substituto poderia julgar a causa ou deveria proceder à nova inspeção judicial pelo simples fato de não ter sido ele que realizou a primeira? Parece mais acertada a primeira opção, até por conta da efetividade processual.

d) e e) A prova trasladada é espécie de prova documental ou conserva o seu valor originário? O que afinal significa dizer que a prova emprestada “conserva o seu valor originário”? Prova documental já utilizada em outro processo pode ser emprestada?

Como ficou demonstrado, a prova emprestada é espécie de prova judicial, não podendo, portanto, ser tida como prova documental, visto que a prova documental encontra-se compreendida pela categoria diametralmente oposta, ou seja, enquanto a prova emprestada é uma prova judicial, a prova documental é uma prova extrajudicial.

A despeito disso, a prova trasladada não conserva o seu valor originário. A questão aqui não se trata de preservar uma valoração/peso, nem tampouco uma suposta “natureza jurídica”.

Ressalte-se que, numa breve análise da classificação feita, a prova originária e a prova emprestada fazem parte de uma subclassificação diversa das provas testemunhal, pericial, inspeção judicial e depoimento da parte. Todavia, ambos os grupos estão enquadrados como meio de prova judicial. Dessa forma, essas duas subclassificações são independentes uma da outra, podendo comunicar-se sem nenhum empecilho.

Desta maneira, podemos analisar a prova judicial frente a duas lentes distintas: quanto ao sujeito da enunciação; e quanto a sua enunciação ter ocorrido no mesmo processo em que está sendo utilizada a prova. Nota-se, assim, que a questão, para nós, diz respeito à estrutura classificatória, e não à preservação de um valor. Exemplificando, uma prova judicial pode ser ao mesmo tempo testemunhal (se vista a partir do sujeito que a enunciou) e emprestada (se analisada segundo o processo no qual foi enunciada). Jamais, porém, uma prova poderá ser documental e emprestada ao mesmo tempo, isso porque fazem parte de classificações completamente opostas (uma é extrajudicial e a outra judicial). Em importante passagem, Eduardo Cambi⁴⁰⁶ afirma:

Importante notar, quanto ao objeto das provas emprestadas, que somente as provas *constituídas no processo* (isto é, o depoimento pessoal, a prova testemunhal, a pericial e a inspeção judicial) são suscetíveis de verdadeiro empréstimo.

Esse nos parece ser o entendimento mais acertado, frente a critérios de coesão e coerência e, ainda, como uma forma de melhor vislumbrar as benesses trazidas pelo emprego da prova emprestada efetividade, tais como a efetividade e economia processual.

Algumas consequências práticas acerca da incompatibilidade entre prova emprestada e prova documental foram bem apontados por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁰⁷ que, embora se fixem na tese da conservação do valor originário, já apontavam para a superação do entendimento de a prova trasladada ser tida como meio de prova documental:

Essa noção é relevante porque, guardando o status que possuía no processo em que foi produzida, a prova emprestada torna desnecessária,

⁴⁰⁶ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 70-71, nota 140.

⁴⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 184, nota 150.

por exemplo, nova oitiva das testemunhas ou nova diligência pericial, no segundo processo – salvo nos casos em que o magistrado, para melhor formar o seu convencimento, resolver determinar nova colheita de prova.

Dessa forma, o julgador poderá, por exemplo, indeferir pedido de nova perícia caso já haja uma prova pericial emprestada nos autos. Se, no entanto, a prova trasladada fosse vista como prova documental, a inadmissão de nova perícia pelo juiz daria azo a um cerceamento de defesa, e o empréstimo da prova não mais serviria para a efetividade, economia e celeridade processual.

Por conseguinte, não podemos olvidar, no entanto, que não é defeso ao magistrado ordenar (ou admitir) a realização de uma segunda perícia, assim como poderá também pedir esclarecimentos ao perito, alargar o rol de testemunhas, entre outras providências necessárias ao caso. Essas regras aplicam-se tanto no processo que se valha do empréstimo da prova, quanto em qualquer outro processo, desde que a decisão que de tal maneira decidir seja devidamente fundamentada.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos apoiando no giro linguístico, que proclamou a independência da linguagem em relação à realidade física, separando as palavras das coisas e si, e consagrando um sujeito cognoscente consciente de sua capacidade de pensar e de seu poder de simbolização, a presente dissertação pode então se desdobrar em um estudo mais minucioso da linguagem jurídica empregada no dia-a-dia forense, se ocupando de suas plurissignificações e imprecisões para, no final, iluminar o sentido dado ao conceito de “prova emprestada”.

Nos baseamos, em grande parte, nos preceitos do Código de Processo Civil de 2015, o qual foi criado frente ao já consagrado neoconstitucionalismo, servindo de norte para o entendimento de vários aspectos da Teoria Geral do Processo, não se limitando a sua aplicação ao processo civil, mas podendo, em casos de omissão e compatibilidade, ser subsidiariamente utilizado nos outros âmbitos processuais.

Para que se pudesse reconstruir a definição de prova emprestada, antes foi necessário a compreensão do termo “prova”, o qual porta imensa plurissignificação. Demonstramos, dentre os significados que esse termo pode assumir, três acepções relevantes para o tema: “prova” como suporte físico; “prova” como enunciado, “prova” como enunciação-enunciado. Na primeira a prova será sempre vista como documento, pois tudo que ingressa nos autos são documentos (posto aqui num sentido amplo, não se limitando aos escritos).

Enunciado, como se viu, é uma construção frásica dotada de sentido. Aqui a prova é um fato jurídico no sentido amplo, pois resgatado do mundo do ser para o mundo do dever-ser, entrando no sistema positivo por meio de seu veículo introdutor, na forma prescrita pelo Direito, revestindo-se de linguagem normativa e assumindo a qualidade de prova dentro do processo.

O enunciado, porém, pode ser dividido em enunciado-enunciado e enunciação-enunciado. É nesta segunda acepção que encontramos o que comumente se denomina “meios de prova”. Os meios de prova, assim, se referem à enunciação da prova-enunciado, enunciação essa que, tendo se esvaído no tempo e no espaço, só poderá ser apreendida através dos vestígios que deixa no seu próprio produto, o enunciado.

Assim, os meios de prova se referem ao ato de produção da prova: como, por quem, onde, de que modo essa prova foi feita? Não ligamos aqui os meios de prova à valoração, pois o valor que lhe será dado não constitui sua característica definitiva. É claro que o julgador, ao analisar a prova, deverá examinar também como ela foi produzida (sua elaboração se deu unilateralmente? Teve participação de terceiro imparcial dotado de fé pública? É um ato solene?). A forma de sua enunciação certamente interferirá no convencimento do magistrado, mas isso não faz da valoração sua característica definitiva, mas, quando muito, a valoração pode ser vista como uma característica concomitante dos meios de prova, até porque não adotamos o modelo de prova tarifada, onde cada prova já tinha um valor previamente estabelecido.

Levando em consideração essa noção de meios de prova, passamos então, após uma breve análise crítica das classificações da prova, a construir uma nova classificação. Essa construção se utilizou de definições já encontradas na doutrina quanto às principais espécies de meio de prova, organizando-as e dando-lhes uma estrutura mais coesa. A partir dessa sistematização dos meios de prova chegamos, por decorrência lógica, à definição de prova emprestada, sendo ainda possível, mediante essa classificação, notar como tal espécie de meio de prova se relaciona com as demais.

A classificação se deu da seguinte maneira: além de típicos e atípicos, os meios de prova podem se dividir em outro grande grupo: judiciais e extrajudiciais. O *fundamentum divisionis* dessa categoria é a enunciação ter sido realizada frente ao juízo, ou seja, frente a um Estado-juiz que tem o compromisso de assegurar o devido processo legal, o contraditório, as regras de produção probatória.

Num primeiro momento, vemos que a prova extrajudicial se identifica com a prova documental, a qual já era apontada pela doutrina como pré-constituída. É certo que inúmeras são as subespécies que poder-se-iam nomear dentro das provas extrajudiciais, isso, porém, extrapolaria os objetivos da presente dissertação, motivo pelo qual nos contentamos com essa classificação mais genérica e menos minuciosa.

Já as provas judiciais, estas podem ser subdivididas em outras duas subclassificações: quanto ao sujeito da enunciação (o autor intelectual); quanto a sua enunciação ter ocorrido no processo em que está sendo utilizada a prova ou em processo diverso.

Da primeira subclassificação resultam as provas testemunhais, periciais, depoimentos pessoais e inspeção judicial. Da segunda encontramos a prova emprestada e a prova originária.

A prova emprestada seria, então, por decorrência lógica da classificação apresentada, um meio de prova cuja sua enunciação se deu judicialmente (pois é espécie de prova judicial) em um processo diferente do qual está sendo utilizada.

Essa definição, como se viu, relacionando-a com os outros meios de prova a partir da sistematização dos mesmos frente à classificação ora exposta, permite a resolução de algumas polêmicas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, como a questão de a prova documental poder ser emprestada ou não.

Nos esquivamos da dicotomia criada pela doutrina, que afirma ser a prova emprestada uma prova híbrida, que tem a forma de prova documental e o valor do meio de prova originário, afirmando que a prova emprestada está em uma classificação diversa da que se encontra a prova documental (uma é prova judicial e a outra extrajudicial), não podendo por isso, se comunicar. Assim, uma prova nunca será emprestada e documental ao mesmo tempo. Ao revés, a prova emprestada poderá ser concomitantemente pericial, testemunhal, depoimento pessoal ou inspeção judicial, isso porque todos esses meios de prova fazem parte da categoria “prova judicial”, o que as diferencia é que, enquanto para determinar se uma prova é pericial, testemunhal, depoimento pessoal ou inspeção judicial, deve-se analisar o sujeito da enunciação, a prova emprestada faz parte de outra subclassificação da prova judicial, independente daquela, podendo com ela se comunicar. Uma prova, assim, pode ser pericial e emprestada concomitantemente, e assim por diante.

De mais a mais, importante frisar que estamos diante de um novo sistema processual. Assim sendo, embora o CPC/15 tenha dedicado apenas um pequeno artigo à disciplina da prova emprestada, devemos pensar a sua aplicação frente às

novas ideologias trazidas pelo Código, abandonando antigos preconceitos teóricos, de forma a compreender as boas novas trazidas pela codificação de 2015.

10 REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVIM, Arruda. Prova emprestada. **Revista de Processo** , v. 202, p. 403-415, dez. 2011.

_____. Prova pericial emprestada - Validade - Juntada nos autos dos embargos do devedor - Prova produzida no âmbito da ação monitória, que lhe é conexa, que atende aos requisitos legais - Prova que, ademais, foi, de certa maneira, e em parte, produzida nesses mesmos embargos, com a nova efetivação do contraditório válido. **Revista forense**, v. 394, p. 293-300, nov./dez. 2007.

AMENDOEIRA JR., Sidinei. Depoimento pessoal e confissão no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p.696

ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. **Direito probatório civil brasileiro**. Pelotas: EDUCAT, 2006.

ANTAR, Natalia Bastos Bechepeche. **A ata notarial e o processo**. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2013.

ARENHART. Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil. **Revista de Doutrina e Jurisprudência/ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, v. 106, n. 1, p. 14-33, 2015.

AURELLI, Arlete Inês Aurelli. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, p. 389-402, 2015.

BARBOSA, Amanda. Prova emprestada e o novo cpc: repercussões no processo trabalhista e na qualidade da prestação jurisdicional. **ANAIS III CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA**. UNIVERSIDADE DE RIBEIRAO PRETO, p. 12-25.

BARROS, Marco Antonio de; GOMES, Camila Paula de Barros. Interceptação telefônica emprestada ao processo administrativo disciplinar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 900, p. 385-406, out. 2010.

BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Paris: Bossange Frères, 1825.

BRASIL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. CC (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. CPC (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. CPP (1941). **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. CLT (1943). **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Brasília, DF: Senado, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. Projeto de Lei 8045/2010. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=06FF325F36B9C77C8F785F46E394988B.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&file name=PL+8045/2010>>. Acesso em: 24 out. 2016.

BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. Meios e fontes de prova no processo de conhecimento: provas testemunhal, documental, pericial, atípica ou inominada. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 51-68, 2007.

BUTTENBENDER, Carlos Francisco. **Direito probatório, preclusão e efetividade processual**. Curitiba: Juruá, 2007.

CALDAS, Adriano; JOBIRM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, p. 452-453, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARDOSO, Oscar Valente. Peculiaridades da prova no processo previdenciário: prova tarifada. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 143, p. 40-5, fev. 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Fabiana. Sobre a realização de nova perícia. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Provas: aspectos atuais do direito probatório**. São Paulo: Método, p. 131- 144, 2009.

CARVALHO, Shurama Zamile; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. **A prova emprestada e os princípios da celeridade e da economia processual**. Disponível em: <<<http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/41>>>. Acesso em: 05 out. 2016.

COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). **40 anos de Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiro, p. 356-380, 2013.

COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**, ano 31, p. 85-120, mar. 2006.

COSTA, Fabrício Veiga. **A finalidade das provas no processo civil democrático**. documento eletrônico.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. Disponível em: <<<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

DAL'COL, João Roberto de Sá. **Motivação das decisões judiciais: o art. 489, § 1º, do CPC/15 e a (re)descoberta do dever de fundamentação**. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2016.

DEMCZUK, Claudio. O uso da prova emprestada no processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 193, p. 285-295, jan./mar. 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

_____. Considerações sobre a confissão. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Provas: aspectos atuais do direito probatório**. São Paulo: Método, p. 161-178, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v. 2. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERREIRA, William Santos. Das provas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 993-1025, 2015.

FILHO, Luiz Antonio Castro de Miranda. Breves Apontamentos sobre a Prova Emprestada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, p. 429-448, 2015.

FRIGINI, Flávia Spinassé. **A dimensão dinâmica do contraditório no direito processual civil cooperativo**: revisitando o dever de fundamentação das decisões judiciais. 90 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2016.

GALÍCIA, Caíque Ribeiro; ROSA, Eduardo Dalla. **Análise da prova emprestada no âmbito da cooperação jurídica internacional**. Disponível em: << <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/21.pdf>>>. Acesso em: 05 out. 2016.

GAGNO, Luciano Picoli. **A prova no processo civil: uma análise sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GIANNICO, Maricé. **A prova no Código Civil: natureza jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, p. 60-67, out./dez. 1993.

GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes. **As práticas judiciais de produção de provas testemunhais: o interrogatório como ritual de interação e as distorções da memória no processo penal**. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2016.

HOSPERS, Jonh. **Introducción al análisis filosófico**. Buenos Aires: Macchi, 1964.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, v. 353, p. 13-52, jan./fev. 2001.

KODANI, Gisele. Âmbito de aplicação da prova emprestada. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 113, p.268-280, jan./fev. 2004.

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZZATI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova (?). In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**: Direito Probatório. v. 5. Salvador: Juspodivm, p.101-102, 2015. Verificar se citei

LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações sobre a prova no novo CPC. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, v. 35, p. 175-181, maio 2015.

LIGERO, Gilberto Notário; LIGERO, Adriana Aparecida Giosa. A prova testemunhal no Novo Código de Processo Civil: primeiras reflexões. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**: Direito Probatório. v. 5. Salvador: Juspodivm, p. 587-596, 2015.

LIMA, Paulo Bernardo Lindoso e. Prova emprestada e a interpretação do art. 372 do novo Código de Processo Civil, ainda inédito, gentilmente cedido pelo autor.

LOPES, João Batista. Lopes. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**: Direito Probatório. v. 5. Salvador: Juspodivm, p. 49-58, 2015.

MACHADO, Vitor Gonçalves. Análise crítica e sistemática acerca da (moderna) teoria geral da prova cível. **Revista eletrônica de Direito Processual**. v. 9, 2012. Disponível em: <<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/597/showToc>>>. Acesso em: 05 out. 2016.

MARTINS, Melchíades Rodrigues. Prova emprestada no processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 32, p. 166-184, jul./set. 2006.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1ª ed., Campinas: Millenium, v. 2, 2001.

_____. Provas atípicas e Efetividade do Processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, vol. 5, p. 389-40, jan./jun. 2010.

MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microsistemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade Autônoma de Direito**, v. 1, p. 245-278, 2011.

_____. O dever de motivar e o “livre convencimento” (conflito ou falso embate?): breve análise do tema a partir de decisões do superior tribunal de justiça e com os olhos no novo Código de Processo Civil. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 8, p. 211-224, 2015.

MEDEIROS NETO, Elias Marques. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo Código de Processo Civil – uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, n. 84, p. 09-79, jul./ago. 2013.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-a-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 194, p. 57-58, abr. 2011.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Classificação dos tributos: uma visão analítica. CARVALHO, Paulo de Barros (Org.). **Tributação e Processo**. 1ª ed, v. 1. São Paulo: Noeses, p. 601-637, 2007.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALVANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; MOTA, Letícia Costa. A prova emprestada e o processo do trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, n. 66, p. 62-75, maio/jun. 2015.

NETO. Luiz Antonio Ferrari. Da arguição de falsidade no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, p. 657-676, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Probatórias Autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Problemas atuais da livre apreciação da prova**. Porto Alegre: UFPR. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir3.htm>>. Acesso em: 20 out. 2016.

PERES, Raphael José Gireli. A prova trasladada no processo civil brasileiro: a prova emprestada entre as mesmas partes: do juízo criminal para o processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 144, p. 88-92, mar. 2015.

PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça. Novas feições da atividade probatória a partir do dever de motivação exaustiva e concreta previsto no artigo 489, §1º, do NCPC. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, p. 827-846, 2015.

POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Daniel et al. **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, v. 224, p. 41-55, out. 2013.

REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da prova emprestada. **Revista de Direito Privado**, n. 41, p. 152-222, jan./mar. 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, ano 39, v. 232, p. 14-35, jun. 2014.

RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero. A prova emprestada no NCPC de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. v. 5. Salvador: Juspodivm, p. 403-418, 2015.

RODRIGUES, LUCAS MELLO. Prova emprestada no processo penal: participação do acusado e/ou de sua defesa técnica na produção da prova como condição inexpugnável de sua admissibilidade. Disponível em: <<<http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/viewFile/1678/424>>>. Acesso em: 12 jun. 2016

ROHNELT, Ladislau Fernando. Prova emprestada. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: AJURIS, p. 37-46, nov. 1979.

ROSITO, Francisco. **Direito probatório: máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SANTOS, Marina França. Novo CPC deve ser mais um passo rumo à efetividade do processo. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2014-set-28/marina-santos-cpc-representar-efetividade-processo>>>. Acesso em: 24 jun. 2015

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 1., 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1961.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 2, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1963.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 3, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1964.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 4, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1966.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 5, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968

SCHIAVI, Mauro. **Aspectos polêmicos da prova emprestada no processo do trabalho**. Disponível em: <<<http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/Aspectos%20Polemicos%20da%20Prova%20Emprestada%20no%20Processo%20do%20Trabalho.pdf>>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SILVA, Sandoval Alves da. Acesso à justiça probatória: negativa de tutela jurisdicional como consequência de negativa de convicção judicial. **Revista de Processo**, ano 39, v. 232, p. 36-65, jun 2014.

SILVA, Cesar Antonio da. **Ônus e qualidade da prova cível**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

SILVEIRA, Patricia Azevedo da. A prova ilícita no cível. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). **PROVA CÍVEL**. Rio de Janeiro: Forense, p. 205-226, 1999.

STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TALAMINI, Eduardo. Prova Emprestada no Processo Civil e Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 140, p. 145-162, out./dez. 1998.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.

VIEIRA, Marcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. **Revista da Esmesc**, Santa Catarina, v. 17, n. 23, p. 371-398, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-philosophicus**. Disponível em: <<<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/tractatus-logico-philosophicus.pdf>>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.).

Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1026-1044, 2015.

ZANETI JR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição.** 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Provas: aspectos atuais do direito probatório.** São Paulo: Método, p. 179-228, 2009.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. A legitimidade da prova no âmbito da ação regressiva acidentária. **Juris Plenum.** Caxias do Sul, n. 55, p. 91 – 116, jan. 2014.