

# Contornos atuais e novas questões sobre a prova documental no processo civil brasileiro - o anteprojeto de código de processo civil

**Autore:** Julio Cesar Ballerini Silva

**In:** Diritto civile e commerciale

## INTRODUÇÃO

O tema referente à prova documental e sua produção se revela como atual na medida em que, como sabido, já que público e notório, existe projeto de lei, em trâmite pelo Congresso Nacional, visando a promulgação de um novo Código de Processo Civil, no qual a questão em comento também restará revisitada, mormente com a disciplina uniformizada e não esparsa de questões como a do documento eletrônico e os princípios que nortearão o chamado processo virtual, o que parece ser matéria interdisciplinar já que envolverá conceitos como o de segurança documental.

Também não pode restar desconhecida dos operadores do direito a atualidade da discussão da admissibilidade e produção de documentos, em dadas circunstâncias, pelo Supremo Tribunal Federal, dentro do exame da licitude das provas, o que igualmente revela a atualidade da questão proposta à cognição no presente trabalho, ainda mais porque na exposição de motivos do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, a nota preponderante será a da constitucionalização do processo, o que, obviamente, se estenderá à atividade probatória.

Aliás, o direito à produção de provas resta como matéria de base de direito constitucional processual, na medida em que envolve questões como a da isonomia ou da igualdade (todos tem o mesmo direito de alegar e provar fatos dentro de um processo) entre as pessoas residentes e domiciliadas no território nacional, o devido processo legal (nas vertentes do devido processo legal formal e material), implicando

em verdadeiro fundamental right do indivíduo.

Assim, seria, num primeiro momento, de se estabelecer algumas diretrizes a respeito do que seria a prova documental, bem como a mesma estaria inserida no plano geral dos meios de prova, com suas espécies, para, então, passar-se ao exame da sua produção, com os respectivos incidentes.

E o exame de tais tópicos far-se-á nos itens seguintes do presente trabalho, com base em consultas a textos doutrinários identificados nas referências bibliográficas e, quando se fizer necessário, com consulta à jurisprudência dos Tribunais pátrios.

## **BREVES CONSIDERAÇÕES**

### **SOBRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA**

Como sabido, o Brasil se organiza como uma República Federativa consubstanciada em um Estado Democrático de Direito (tal como decorre do advento da norma contida no artigo 1º, caput, da Carta Política vigente), por força de dispositivo constitucional, tendo, como um dos sobreprincípios constitucionais, estabelecidos no caput do artigo 5º da Constituição Federal, a obediência ao princípio da igualdade (artigo 5º, caput, do mesmo texto constitucional em questão).

Sob tal perspectiva, todos são iguais perante a lei, o que implica em dizer que, em caso de lide, ou seja, conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, o magistrado não poderá se desviar de preceitos de imparcialidade, com igualdade de tratamento entre as partes (artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil), para aferir quem tem razão.

E isso implica em dizer que, se uma parte alegar um fato e a outra parte negá-lo, o juiz deverá analisar a questão sob o prisma do princípio do livre convencimento motivado, valorando provas apresentadas pelas partes, como consta do disposto no advento da norma contida no artigo 131 do mesmo diploma processual civil (sempre de modo motivado como decorre também do advento da norma contida no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal).

Aliás, a todo momento, o ordenamento jurídico, seja em nível constitucional, seja em nível infraconstitucional parece não se desvirtuar da orientação no sentido da busca do cumprimento da função política do Poder Judiciário, qual seja, a solução imparcial de conflitos (a garantia da igualdade seria uma finalidade a ser atingida que poderia ser conseguida por uma série de garantias asseguradas por outros princípios processuais, como a possibilidade de acesso a um segundo grau de jurisdição para reexame, a proibição do juiz fomentador de demandas, pela regra da inércia da jurisdição, ou de um juiz acobertador de pretensões, pela regra do impulso oficial, agora sob a perspectiva constitucional de um tempo razoável de duração de um processo - artigo 5º, inciso LXXVIII CF, com redação dada pelo advento da EC nº 45/04, com hipérbole dos princípios da economia e tempestividade da jurisdição, que podiam ser extraídos do artigo 125, inciso II do Código de Processo Civil).

Ganha, portanto, relevância a questão das provas, enquanto meio de convencimento do magistrado a respeito da ocorrência de fatos, no processo, já que o juiz deve ser imparcial também na garantia de produção de provas, o que poderia ser analisado neste contexto de fundamento político de existência do Poder Judiciário, num Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, inclusive, aponta a doutrina no sentido de que prova seria o “modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam as pretensões das partes”.<sup>1</sup>

E, ainda, pertinente a opinião no sentido de que “na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.<sup>2</sup>

Tudo isso sem prejuízo da constatação no sentido de que a prova seria um conceito plurívoco, na medida em que “em uma primeira acepção, indica o conjunto dos atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos, num segundo sentido, designa o resultado desta atividade, no terceiro, aponta para os “meios de prova”<sup>3</sup>.

Assim, tem-se o processo como instrumento pelo qual se manifesta o direito de ação constitucionalmente assegurado, sendo as provas o meio pelo qual, nesse instrumento processual, as partes podem convencer o juiz acerca da existência ou inexistência dos fatos que restam apontados nas relações jurídicas materiais discutidas no bojo da demanda.

E superando períodos históricos de provas místicas, como as ordálias e os juízos de Deus e da prova tarifária<sup>4</sup>, passa-se ao sistema atual, do artigo 131 do Código de Processo Civil, que seria o princípio da persuasão racional.

Sobre a questão, importaria destacar a seguinte opinião doutrinária:

Enquanto no livre convencimento o juiz pode julgar sem atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, no sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto da operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo. Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos.<sup>5</sup>

Sobre o período de prova tarifária, aplicável no direito pátrio na época das Ordenações do Reino de Portugal, inclusive, seria de observar a grande importância que se atribuía à prova documental<sup>6</sup> (como

ainda é hoje em dia, verbi gratia, para atos solenes como a transmissão da propriedade imobiliária).

E todo este intróito se faz adequado e necessário na medida em que, englobando a teoria geral das provas, obviamente, aplicar-se-á o respectivo arcabouço, à prova documental e sua produção.

Aliás, sobre a questão, a jurisprudência pátria, tem reafirmado a proeminência do princípio da persuasão racional, em questões versando a produção de provas documentais em processos. Nesse sentido, de se pedir licença para destacar:

**ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. REVISÃO. CABIMENTO. PROVENTOS EFETIVAMENTE REDUZIDOS. RECURSO E REMESSA NÃO PROVIDOS.**

Inocorrência de cerceamento de defesa alegado pela União Federal, pois se verifica que, instada a manifestar-se sobre a produção de novas provas, informou que "não tem provas a produzir, por entender que as provas necessárias ao julgamento da lide já encontram - Nos autos". O "artigo 131, do CPC, consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos, rejeitando diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual" (STJ, 1ª Turma, RESP - 760998 GO, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 29.03.2007). Não procede a alegação de que o autor não procurou a Administração para efetuar a revisão de sua aposentadoria, pois encontra-se acostado aos autos o protocolo, cujo assunto é "revisão de aposentadoria". De qualquer forma, a necessidade de, primeiramente, exaurir a instância administrativa carece de amparo legal, vez que a Constituição Federal não agasalha tal pretensão, estabelecendo em art. 5º, inciso XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Conforme os documentos acostados, não há qualquer mudança funcional que justifique a brusca redução do provento básico do autor, devendo, assim, ser este restabelecido, nos valores de julho de 1997, isto é, R\$ 211,22 (duzentos e onze reais e vinte e dois centavos), sendo as vantagens recalculadas como base neste valor. Dos valores apurados em liquidação de

sentença, deve ser realizada a compensação entre os devidos e os efetivamente recebidos. Recurso e remessa não providos. (Apelação Cível nº 242487/RJ (2000.02.01.046949-3), 6ª Turma Especial do TRF da 2ª Região, Rel. Benedito Gonçalves. j. 19.09.2007, unânime, DJU 02.10.2007, p. 254/255).<sup>7</sup>

## **PROVA DOCUMENTAL**

O próprio texto legal disponibiliza uma gama de meios de prova colocados à disposição do juiz (artigo 130 do Código de Processo Civil) ou mesmo das partes, para a formação do convencimento judicial acerca da forma como se deram os fatos, sendo certo que, dentre esses meios, se insere a prova documental.

Etimologicamente, documento vem do latim *docere*, na acepção de “mostrar, indicar, ensinar - a coisa que contém a virtude de fazer conhecer outras coisas”<sup>8</sup>.

Neste sentido, inclusive, já se definiu a prova documental como sendo “a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo”<sup>9</sup> e mesmo como “coisa em que se expressa por meio de sinais, o pensamento, esse o sentido restrito e técnico que supõe o conteúdo intelectual como elemento definidor de documento”<sup>10</sup>..

Curiosa, ainda, a comparação estabelecida entre prova oral e documental, no sentido de que, em relação a documentos (que igualmente não seriam um conceito unívoco, ou de único sentido):

Por estas palavras, queremos designar ao mesmo tempo todos os objetos inanimados, que por acaso dão

testemunho da realidade de um acontecimento, e todos os que forem expressamente criados para servir-lhe de prova (neste último caso a palavra - documento - é tomada em uma acepção restrita). Entre estes meios de prova distinguem-se os monumentos (monumenta), que são destinados a consagrar a memória de um fato, ou traduzir e proclamar, sob uma forma simbólica, um direito existente, e, no sentido mais restrito, os documentos propriamente ditos (documenta), que tem por fim certificar a realidade do fato. Destes últimos, uns foram logo instituídos com o fim de servirem como prova no futuro, outros, por efeito do acaso, e sem que se tenha previsto fim especial, dão certas explicações, ou atestam acontecimentos importantes.<sup>11</sup>

Por esta perspectiva, tem-se que qualquer objeto inanimado poderia ser entendido como prova documental, por exemplo, uma faca utilizada para danificar um veículo, numa ação indenizatória, um contrato escrito, uma cártula, etc...

Mas isso não seria unânime, eis que existem autores que somente considerariam prova documental aquelas vertidas em papel escrito<sup>12</sup>, portanto em acepção menos ampla.

Havendo, mesmo, quem diferencie entre prova material (qualquer objeto) e prova documental (prova vertida em papel como sub-espécie de prova material).<sup>13</sup>

Outros asseveram que a idéia de documento estaria associada a “superfícies portadoras de símbolos capazes de transmitir idéias e demonstrar a ocorrência de fatos”<sup>14</sup>.

No entanto a própria lei parece adotar um posicionamento menos exigente, eis que, como pode ser percebido, de modo expresso e literal pela redação do artigo 383 do Código de Processo Civil, reproduções mecânicas, fotográficas, cinematográficas, ou de outras espécies (e tem-se aí a autorização para todo o arcabouço tecnológico posterior ao advento do CPC/73 quando de seu início de vigência),

poderá ser utilizado como meio de prova, sendo tratado, ademais, como prova documental já que se cuida de dispositivo inserido em tal capítulo.

Modernamente, com o avanço tecnológico, a expressão documento pode ser empregada, até mesmo, no sentido de identificar “trabalho criado em um processador de texto e gravado num arquivo”.<sup>15</sup>

A Lei nº 11.419/06, inclusive, disciplinou a informatização do processo judicial, passando a prever documentos sob a forma de extratos digitais de bancos de dados (com a redação que conferiu ao inciso V do artigo 365, do Código de Processo Civil) possam ser aceitos como documentos no processo civil pátrio (orientação mantida no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, como se pode observar pelo advento da norma contida no artigo 385, incisos V, Vi e parágrafos).

E, para alguns, dentre os grandes méritos desta lei, além da disciplina expressa de questões referentes à existência dos chamados documentos eletrônicos, estaria a própria possibilidade de existência de uma própria execução eletrônica.<sup>16</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, tem, até mesmo, já há algum tempo, apreciado questões que abordam a discussão acerca de documentos eletrônicos (questão cada vez mais atual num ambiente com milhares de transações mercantis pela internet), e mesmo documentos magnéticos (como se conceitou em Julgado recente, um cartão bancário para operar caixa eletrônico. Neste sentido, de se pedir licença para destacar o Julgado elucidativo da questão:

**RECURSO ESPECIAL Nº 602.680 - BA (2003/0195817-1) CIVIL. CONTA-CORRENTE. SAQUE INDEVIDO. CARTÃO MAGNÉTICO. SENHA. INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.**

1 - O uso do cartão magnético com sua respectiva senha é exclusivo do correntista e, portanto, eventuais saques irregulares na conta somente geram responsabilidade para o Banco se provado ter agido com negligência, imperícia ou imprudência na entrega do numerário. 2 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido inicial. Brasília, 21 de outubro de 2004 (data de julgamento). MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator. O acórdão, reconhecendo o extravio do cartão magnético do recorrido, afirma o saque em sua conta de poupança, debitando à recorrente a culpa pelo evento por não haver apurado "a verdade dos fatos". Diz o julgado: "Embora a CEF critique a provável falta de cautela do cliente com seu cartão magnético, não se preocupou a referida empresa pública, como dito, em provar, nestes autos, a culpa concorrente ou exclusiva do autor no saque indevido efetuado em sua conta poupança..." (fls. 157) Em nenhum momento, nem o acórdão e nem a sentença tratam do tema relativo à senha de uso pessoal, intransferível e sigiloso e que constitui fator importante, senão imprescindível, para a efetivação de saques. Sob o ângulo do dissenso pretoriano (letra c), afastada eventual controvérsia acerca do tema probatório ou sua possível inversão, no julgamento do Resp 417.835-AL, pela Quarta Turma, na assentada do dia 11 de junho de 2002, onde argüido maltrato aos arts. 333, I, do Código de Processo Civil, e 159 do Código Civil de 1916, foi estabelecido, no essencial, o seguinte: "Na inicial é alegado pela autora que sua conta-corrente apresenta débito de R\$ 850,00, pelo qual não foi responsável. A CEF, por outro lado, alega que tal saque se deu mediante utilização de cartão da correntista em caixa eletrônico, com o emprego de senha pessoal. O acórdão regional confirma que a retirada deu-se daquela forma, mas, como não é possível identificar-se quem teria feito o uso do cartão magnético, imputou o ônus da prova ao banco réu (cf. fl. 56). A questão, realmente, não é simples. Todavia, a conclusão a que chego é no sentido oposto à do aresto regional. É que entregue o cartão ao cliente e fornecida a senha pessoal para a sua utilização, a guarda a ele cabe, exclusivamente. Não pode nem deve, em princípio, cedê-lo a quem quer que seja, ou quebrar o sigilo, fornecendo a senha a terceiros. Também incumbe-lhe manusear adequadamente o cartão, evitando solicitar auxílio de estranhos. Desse modo, achando-se na posse e guarda do cartão e da senha, a presunção lógica é a de que se houve o saque com o emprego de tal documento magnético, cabe à autora provar que a tanto não deu causa. Não basta alegar que dele não fez uso. Tem de demonstrá-lo. Ao estabelecimento bancário basta, na hipótese em comento, comprovar que o saque foi feito com o cartão do cliente, que tinha a sua guarda, e não que foi o cliente, pessoalmente, quem efetuou a retirada. Seu ônus não tem essa extensão, penso eu. Não há, pois, a prova da culpa do banco, que ele teria agido com imprudência, imperícia ou negligência, se entregou o dinheiro de acordo com as regras de depósito, mediante a apresentação do credenciamento necessário." O acórdão teve a seguinte ementa: **"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUE EM CONTA CORRENTE MEDIANTE USO DE CARTÃO MAGNÉTICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ÔNUS**

**DA PROVA. EXTENSÃO INDEVIDA.** CPC, ART. 333, I. I. Extraída da conta corrente do cliente determinada importância por intermédio de uso de cartão magnético e senha pessoal, basta ao estabelecimento bancário provar tal fato, de modo a demonstrar que não agiu com culpa, incumbindo à autora, em contrapartida, comprovar a negligência, imperícia ou imprudência do réu na entrega do numerário. II. Recurso especial conhecido e provido, para julgar improcedente a ação." A hipótese retratada nestes autos, em tudo por tudo, é idêntica, porquanto no saque não houve utilização apenas do cartão magnético, mas, também, como sustenta a Caixa Econômica, da senha pessoal criptografada, que, por força de contrato, "é um código privativo e de conhecimento exclusivo do titular da conta" (fls. 70). Neste contexto, sem adentrar ao terreno probatório quanto à sua inversão ou não, a verdade é que não houve debate nas instâncias ordinárias sobre o uso conjugado do cartão/senha, atribuindo-se responsabilidade à CEF, sem maiores detalhamentos e colidindo com o entendimento esposado pela Turma no recurso especial em apreço (417835-AL). Assim sendo, com apoio no precedente acerca do tema, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.<sup>17</sup>

Aliás, o Projeto de Novo Código de Processo Civil, elaborado por uma comissão de processualistas capitaneados por Luiz Fux, não deixa à margem a questão referente aos documentos eletrônicos, como disposto, de forma expressa, nos seus artigos 418 a 420, com a exigência, no entanto, de que tais documentos, embora admissíveis, devam ser reduzidos à forma impressa.<sup>18</sup>

Em vários trechos, aliás, se observam os impactos da evolução tecnológica sobre a própria noção de prova documental, tal como se tem pelo quanto estabelecido no artigo 88, par. único do anteprojeto, que possibilita a assinatura digital de instrumento de procuração do advogado (com a ressalva "nos termos da lei", a exigir o advento de lege ferenda em relação aos requisitos de tal assinatura digital), ou mesmo pelo contido no artigo 151, pars. 2º, 3º e 4º, com expressas referências a tais processos eletrônicos, ao disciplinar a forma dos atos processuais.

Destacam-se, em relação a tanto, os requisitos mínimos para a admissão de comunicação de atos processuais, por meios eletrônicos (mas na medida em que se cuidaria de documentos eletrônicos,

deveriam ser reduzidos à forma impressa, como aduzido linhas acima), a serem disciplinados por lei própria (mesmo juízo de lege ferenda que precisaria disciplinar a assinatura digital de procurações, diga-se en passant), mas que devem se pautar pela autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade, sendo ônus das partes obter meios tecnológicos para o acompanhamento dos atos processuais sob tal perspectiva.

Como novidades deste projeto de lei, inclusive, tem-se, em matéria de prova documental, a admissão expressa de fotos digitais, bem como as extraídas da rede mundial de computadores, além dos conhecidos msn's, como se pode observar pela redação do artigo 405, parágrafos 1º e 5º deste referido esboço legislativo (novidade, portanto, de lege ferenda).

E, ainda, apontar-se-ia que, de modo expresse, o anteprojeto passa a disciplinar o aproveitamento de prova emprestada, como se observa pelo disposto no seu artigo 260, o que seguramente passa pelo aproveitamento de cópias, portanto documentos, de trechos de outros feitos, desde que respeitado o contraditório (nota, aliás, característica deste projeto legislativo).

Como dado relevante, ainda, em relação à prova documental, seria de se referir às suas várias formas de classificação, eis que, na legislação de regência, ou seja, o Código de Processo Civil, dependendo da autoria do documento, este poderá ser considerado público ou particular.

Do mesmo modo, se a autoria do documento for conhecida, o documento será reputado autêntico, mas, caso contrário, o documento será tido por apócrifo<sup>19</sup>, sem prejuízo das classificações propostas por Mittermaier, já mencionadas linhas acima, e mesmo a alusão a documentos autógrafos ou heterógrafos dependendo, no primeiro caso, de ser o autor material, também autor intelectual do documento, ou não (segundo caso).

## **PROVA DOCUMENTAL**

### **LICITUDE E PRODUÇÃO**

Prova, como visto acima, tem um conceito não unívoco, e, na acepção de meio de prova, não pode ser vista como um conceito absoluto, eis que, se de um lado, como demonstrado acima, podem ser produzidas pela iniciativa do juiz (artigo 131 do Código de Processo Civil), igualmente podem ser produzidas pelas partes, falando-se, assim, num direito à produção da prova<sup>20</sup> (no caso, documental).

Não se pode esquecer, portanto, que o direito à produção de provas, se não é absoluto, acaba por encontrar limites devidamente estabelecidos no próprio ordenamento jurídico, isso porque “os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias”<sup>21</sup>.

No direito brasileiro, a Constituição Federal veda a proibição das provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º. inciso LVI), ou seja, produzidas em contrariedade ao direito, não se admitindo, ainda, como pode ser extraído da orientação prevista pelo artigo 332 do Código de Processo Civil, os meios de prova que não sejam considerados moralmente legítimos, o que interessa diretamente à questão da produção da prova documental (no mesmo sentido a orientação contida no artigo 32 da Lei nº 9.099/95), onde “a referência a meios de provas moralmente legítimos deve ser lida como fontes de prova obtidas ou manipuladas por meios lícitos não importam ilicitude da prova, para os fins do preceito constitucional e consequente ineficácia probatória, os defeitos das próprias fontes, como a falsidade do documento trazido ao processo; ou eventuais vícios na produção da prova, como a inobservância do princípio do contraditório; ou ainda a mentira intencional da testemunha, esses desvios são sancionados pelo sistema processual por outros modos.”<sup>22</sup>.

Neste sentido, já se manifestou a jurisprudência dos Tribunais pátrios, em relação à questão da utilização de tais documentos em processos judiciais:

**TRF1-136721) TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO RETIDO: PROVA TESTEMUNHAL - IRPJ - OMISSÃO DE RECEITA - INFORMAÇÃO SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO - INFORMAÇÕES OBTIDAS PELA FAZENDA NACIONAL EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL ANTES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 - PROVA ILÍCITA - NULIDADE DO LANÇAMENTO.** 1. A produção de prova testemunhal se mostra inócua diante da silhueta obtida com a prova pericial produzida, o que afasta a sua necessidade. 2. Não é admissível que ao Fisco sejam disponibilizados dados sobre a movimentação bancária do correntista sem a devida autorização judicial, em mero procedimento administrativo anterior à Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001. 3. As instituições financeiras devem atender à solicitação de informação encaminhada pelo Fisco, cumprindo-lhe, porém, negar-se a fornecer qualquer espécie de notícia ou documento pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços a ele prestados (art. 38 da Lei nº 4.595/64). Precedente do STJ. 4. Os autos de infração impugnados e a decisão administrativa que confirmou a omissão de receita, ao se fundarem em prova ilícita, caracterizada pela quebra do sigilo bancário da apelante sem autorização do Poder Judiciário e sem o consentimento do contribuinte, são, portanto, nulos. 5. Agravo retido não provido. Apelação provida: pedido inicial parcialmente procedente. 6. Peças liberadas pelo Relator, em 07.08.2007, para publicação do acórdão. (Apelação Cível nº 2002.38.00.022461-4/MG, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Luciano Tolentino Amaral, Rel. Convocado Rafael Paulo Soares Pinto. j. 07.08.2007, unânime, DJU 24.08.2007).<sup>23</sup>

Portanto, como premissa inicial para comentar a produção da prova documental, tem-se que esta peculiar espécie de meio probatório deve se dar com vedação das provas obtidas por meios ilícitos ou moralmente ilegítimos.

No anteprojeto de Código de Processo Civil, como se observa pelo contido no artigo 257 e seu parágrafo único, se mantém a orientação no sentido da vedação da produção de provas que não sejam legais ou

moralmente legítimas.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por precedentes recentes, tem se orientado no sentido de total vedação de admissão de documentos obtidos por meios ilícitos, nos processos em geral, neste sentido, poder-se-ia continuar a pedir vênua para destacar, dentre outros, o seguinte precedente, verificando em ação penal oriunda daquele E. Areópago:

**PROVA - CRIMINAL - DOCUMENTOS** - Papéis confidenciais pertencentes a empresa. Cópias obtidas sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado. Juntada em autos de inquérito policial. Providência deferida em Mandado de Segurança impetrado por representante do Ministério Público. Inadmissibilidade. Prova ilícita. Ofensa ao art. 5º, inciso LVI, da CF, e aos arts. 152, parágrafo único, 153 e 154 do CP. Desentranhamento determinado. Habeas Corpus concedido para esse fim. Não se admite, sob nenhum pretexto ou fundamento, a juntada, em autos de inquérito policial ou de ação penal, de cópias ou originais de documentos confidenciais de empresa, obtidos, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado, ainda que autorizada aquela por sentença em Mandado de Segurança impetrado por representante do Ministério Público. (STF - 2ª T.; HC nº 82.862-1-SP; Rel. Min. Cezar Peluso; j. 19/2/2008; v.u.). BAASP, 2584/4817-j, de 14.8.2008.

Referida tendência, aliás, já estaria sendo verificada há certo tempo, como o revela precedente anterior, da época das investigações do conhecido caso Collor e suas ramificações, como se observa, pelo presente Julgado que continuo a pedir vênua para destacar, a título meramente exemplificativo da questão a ser posta no cerne do presente estudo:

**PROVA ILÍCITA - DESENTRANHAMENTO** Julgando embargos declaratórios opostos ao acórdão que recebera denúncia ofertada contra a ex Ministra Zélia Cardoso de Mello, por crime de corrupção passiva, o Tribunal os acolheu para, suprindo a omissão apontada pelo embargante - o co-réu Paulo César Farias -, determinar o desentranhamento das provas resultantes da decodificação das informações encontradas na memória do computador apreendido nas dependências da empresa Verax, tidas por ilícitas no julgamento da Ação Penal 307, em que figurava como réu, entre outros, o ex-Presidente Fernando Collor de Mello.

Aplicação do disposto no artigo 5º, LVI, da CF. Inq. 731-DF (EDcl), Rel. Min. Néri da Silveira, 22.05.96 (Informativo STF nº 32).

Aliás, neste caso específico, continuo a destacar o quanto asseverado no julgamento do próprio recurso de embargos declaratórios:

INQ. 731 (EDcl) - Rel. Min. Néri da Silveira, Ação Penal. Denúncia recebida. Prova ilícita. Embargos de Declaração pleiteando seu desentranhamento. Constituição, art. 5º, inciso LVI. Reconhecida a ilicitude da prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual essa prova possa prejudicar, a vê-la desentranhada. Hipótese em que a prova questionada foi tida como ilícita, no julgamento da Ação Penal nº 307, fato já considerado no acórdão de recebimento da denúncia. Pedido de desentranhamento formulado na resposta oferecida pelo embargante e reiterado em outro instante processual. Embargos de Declaração recebidos, para determinar o desentranhamento dos autos, das peças concernentes à prova julgada ilícita nos termos discriminados no voto condutor do julgamento (Informativo STF nº 34).

Mas, mesmo assim, não se pode deixar de apontar que, ao menos nas situações de legítima defesa do produtor da prova ilícita, possa ocorrer o aproveitamento, como igualmente já frisado pelo mesmo E. Pretório Excelso, em hipótese que, acredita-se, a nota seja a da excepcionalidade, justamente para se conter excessos.

Neste sentido, sempre de se continuar a pedir vênia, desta feita, para destacar outro exemplo de precedente jurisprudencial a respeito do mesmo tema em comento:

**RE Nº 212.081 - REL. MIN. OCTÁVIO GALLOTTI - EMENTA** Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal

Federal HC 74.678, DJ 15.08.97 (Informativo STF nº 104).

Essa interpretação excepcional, inclusive, parece despontar quando, em antinomias, o magistrado possa analisar a questão da ilicitude da prova, avaliando a natureza dos direitos envolvidos (sob uma perspectiva de proporcionalidade ou razoabilidade<sup>24</sup>), como se extrai (obviamente de lege ferenda) da orientação contida no parágrafo único do supramencionado artigo 257 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil.

Tal produção deve se dar, ademais, quando de iniciativa das partes (o juiz pode requisitar a produção de documentos ex officio como decorre do artigo 130 do Código de Processo Civil) nos momentos processuais adequados, o que, em relação à prova documental deve ocorrer, em relação ao autor, com a distribuição ou despacho da petição inicial, em relação aos documentos indispensáveis à propositura da ação (como pode ser extraído da orientação contida nos artigos 263 e 283 do Código de Processo Civil), e, em relação ao réu, até por força dos princípios da eventualidade e da concentração dos atos de defesa (bem como pela própria redação dos artigos 300 e 302 do mesmo diploma processual civil) deve se dar com a apresentação da peça de resposta processual (seja exceção em relação ao que se pretender alegar, seja contestação ou reconvenção).

Aliás, a norma contida no artigo 396, do respectivo Código de Processo, estabelece como regra geral que a prova documental teria momentos próprios para a produção, mas, eventualmente, haveria a possibilidade de juntada de documentos novos, desde que garantido o direito de acesso ao contraditório, como pode ser extraído dos artigos 397 e 398 do mesmo diploma legal.<sup>25</sup>

Pertinente, aliás, a respeito da questão, as ponderações a respeito da flexibilização dessas regras referentes à produção de documentos novos fora dos momentos processuais adequados. Sobre o tema:

Além disso, a interpretação sistemática do art. 396 do Código de Processo Civil tem propiciado uma

flexibilização racional das exigências que contém, admitindo-se a exibição ulterior de documentos (a) sempre que o retardamento não seja fruto de um espírito de ocultação premeditada e do propósito de surpreender o juízo ou a parte contrária (STJ) e (b) desde que o estado do procedimento o permita. É excepcional a admissão de documentos novos com as razões ou contra-razões de recurso, seja porque o contraditório nesse momento já é bem mas restrito, seja porque não comete o error in procedendo ou in iudicando o juiz que julga contrariamente à realidade dos fatos em virtude de omissões probatórias das próprias partes.<sup>26</sup>

Não se esqueça, ademais, que, em regra, o direito processual pátrio, não mais visto como um fim em si mesmo, mas como um verdadeiro instrumento processual, já permitiria a admissão de documentos novos, como provas judiciais, sob a perspectiva do advento da norma contida no artigo 130 do Código de Processo Civil, sendo certo que a maior preocupação em relação a tanto, deva ser a referente à efetiva garantia do contraditório.

Isso porque, como é cediço, na fase sincretista do processo civil, com grande importância da sua constitucionalização, a pedra de toque vem sendo a busca pela efetividade da jurisdição, que, ainda, deve ser obtida de forma tempestiva (nos estritos termos preconizados, aliás, pelo advento da norma contida no artigo 5º, inciso LXXVIII, CF, com redação dada pelo advento da EC nº 45/04, conferindo status de direito fundamental, ou, como preconizado por J. J. Canotilho, em seu conhecido Curso de Direito Constitucional, um verdadeiro fundamental right, ao tempo razoável de duração de um processo).

Nessas condições, tem-se que conferir efetividade ao brocardo de direito franco de acordo com o qual pás de nulitèe sans grief, o qual, em tradução literal e livre implica na idéia de acordo com a qual não haverá que se cogitar de reconhecimento de qualquer causa de nulidade, sem efetivo prejuízo processual.

Tal idéia sofreu refinamento teórico e jurisprudencial, passando a ser entendida como um princípio instrumental, ou princípio da instrumentalidade das formas, o qual veio a ser expressamente previsto pelo processo civil pátrio, como se pode observar pelo advento das normas contidas nos artigos 244 e 249,

parágrafo único do Código de Processo Civil.

Neste mesmo sentido, de se pedir vênua para ponderar a respeito do quanto apontado por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em seu clássico "Teoria Geral do Processo", a respeito do que, de forma expressa:

"O princípio da instrumentalidade das formas, de que já se falou, quer que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo). Várias são as suas manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo "pas de nulité sans grief". Tal princípio, formulado legislativamente nesses mesmos termos no direito francês, está presente nos códigos brasileiros: a) mediante expressa referência ao prejuízo como requisito para a anulação (CPP, art. 563; CPC, art. 249, § 1º); b) estatuidando a lei que a consecução do objetivo visado pela determinação da forma processual faz com que o ato seja válido ainda se praticado contra a exigência legal (art. 244 CPC)<sup>27</sup>."

No âmbito do Juizado Especial Cível (a seara das assim chamadas causas cíveis de menor complexidade), a questão ganha contornos de flexibilização ainda mais ampla, posto que, nos estritos termos preconizados pelo advento da norma contida no artigo 2º da Lei nº 9.099/95, dentre os princípios norteadores deste Juizado, se insere um princípio de simplicidade de formas, autorizando, portanto, guardadas essas garantias de acesso ao contraditório, e com as ressalvas referentes à licitude da prova, como tecidas linhas acima, a juntada de documentos não indispensáveis à propositura da ação, em outras fases do processo, que não na fase postulatória.

Pelo óbvio que se deva esperar um *minimum*<sup>28</sup> ético das partes em litígio (artigo 14, inciso II do Código de Processo Civil), que, tem, ademais, que atuar com boa-fé no processo, de sorte tal que, sob tal perspectiva, se o magistrado perceber que a parte estivesse ocultando o documento para postergação ou outro fim ilícito, ao invés de desconsiderar o teor de um documento importante (como visto o artigo 130 do Código de Processo Civil possibilita ao magistrado mantê-lo no bojo dos autos, eis que meios de prova

se prestariam, em ultima ratio à formação da convicção judicial a respeito da ocorrência de certo fato ou da comprovação da existência de algum direito), deverá aplicar o arcabouço próprio das situações de litigância de má-fé.

A produção da prova documental poderá ocorrer, ainda, de modo compulsório, se acaso se cuidar de documento comum que estiver em poder da parte contrária ou de terceiro, o que deverá ser obtido a partir da formação do incidente de exibição de documentos, a que aludem as normas contidas nos artigos 355 e seguintes úteis do Código de Processo Civil.

Em sede cautelar autônoma, inclusive, poderá haver propositura de ação cautelar autônoma para tal finalidade de exibição, como previsto pelos artigos 844 e 845 do mesmo diploma processual civil, nada impedindo, observadas as cautelas de cumulação do artigo 292 e consectários do caderno processual em questão, que se proceda ao cúmulo de pedidos, com a própria tutela principal, como se admissível pelo advento da norma contida no artigo 273, par. 7º do Código de Processo Civil.

Por fim, como incidente relevante, acerca da produção da prova documental seria de se realçar a existência do incidente de argüição de falsidade documental, que se refere não aos casos de falsidade de conteúdo (documentos falsos), mas, ao contrário, se presta à aferição de documentos falsificados (falsidade de suportes nos quais são plasmados os documentos).

## **CONCLUSÃO**

A regra tem sido a aceitação da idéia de que a prova documental deva ser plasmada em papel, a ser produzida de forma lícita e legítima, devendo ser produzida em momentos processuais próprios, mas, havendo motivo razoável (princípio da proporcionalidade), a prova documental poderá ser produzida fora

do momento da manifestação inicial das partes, observada a boa-fé da parte que produzir o documento nessas condições, com possibilidade de requisição judicial ou exibição compulsória, nos termos da legislação processual de regência.

Acresça a tudo isso que, em havendo antinomias autorizadoras, em relação à natureza de direitos conflitantes em juízo, o juiz do processo civil, obviamente em situações excepcionais e devidamente justificadas a analisar a questão da licitude das provas sob um prisma de proporcionalidade (razoabilidade), havendo, como demonstrado acima, precedente do E. Supremo Tribunal Federal em relação a tanto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**CAPEZ**, Fernando, Manual de Processo Penal, São Paulo: Ed. Saraiva, Brasil, 2.007, p. 331.

**DINAMARCO**, Cândido Rangel; Instituições de Direito Processual Civil, vol. III. São Paulo: Malheiros, Brasil, 2.010, p.42.

**DINIZ**, Maria Helena, Dicionário Jurídico, vol. 2, São Paulo: Ed. Saraiva, Brasil, 1.998, p. 224.

**GOMES**, Orlando. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro, Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, Brasil, 1.958.

**GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel; **CINTRA**, Antônio Carlos de Araújo; Teoria

Geral do Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.990, p. 198.

**GRINOVER**, Ada Pellegrini; **FERNANDES**, Antônio Scarance; **GOMES FILHO**, Antônio Magalhães; As Nulidades no Processo Penal, São Paulo: Malheiros, Brasil, 1.992, p. 97.

**MACHADO**, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado e Anotado. Barueri: Manole, Brasil, 2.008.

**MARINONI**, Luiz Guilherme; **ARENHART**, Sérgio Cruz; Manual do Processo de Conhecimento, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Brasil, 2.006, p.363.

**MIRANDA**, J. M. Pontes de; Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV, Rio de Janeiro: Ed. Forense, Brasil, 1.996, p. 357.

**MITTERMAIER**, C.J.A., Tratado da Prova em Matéria Criminal, Campinas: Ed. Bookseller, Brasil, 1.996, p. 295-296.

**SANTOS**, Moacyr Amaral; Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 3, São Paulo: Ed. Saraiva, 1.977, p. 338.

**SILVA**, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, vol. 1, Rio de Janeiro: Ed. Forense, Brasil, 1.991, p. 118.

**THEODORO JR.**, Humberto; Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, Brasil, 2.008, p. 483.

**TUCCI**, Rogério Lauria. Documento, **FRANÇA**, Rubens Limongi (coordenador), Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 29, São Paulo: Editora Saraiva, Brasil, 1.977, p. 196.

**WAMBIER**, Luiz Rodrigues; **TALAMINI**, Eduardo; Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2.010, p. 475.

1 **WAMBIER**, Luiz Rodrigues; **TALAMINI**, Eduardo; Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2.010, p. 475.

2 **DINAMARCO**, Cândido Rangel; Instituições de Direito Processual Civil, vol. III. São Paulo: Malheiros, Brasil, 2.010, p.42.

3 **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **FERNANDES**, Antônio Scarance; **GOMES FILHO**, Antônio Magalhães; As Nulidades no Processo Penal, São Paulo: Malheiros, Brasil, 1.992, p. 97.

4 **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel; **CINTRA**, Antônio Carlos de Araújo; Teoria Geral do Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.990, p. 198.

5 **THEODORO JR.**, Humberto; Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, Brasil, 2.008, p.

483.

6 **GOMES**, Orlando. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro, Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, Brasil, 1.958, p. 67.

7 DVD Jurisplenum, Edição 101, Vol.1, julho, Porto Alegre: Editora Plenum, Brasil, 2.008.

8 **TUCCI**, Rogério Lauria. Documento, **FRANÇA**, Rubens Limongi (coordenador), Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 29, São Paulo: Editora Saraiva, Brasil, 1.977, p. 196.

9 **SANTOS**, Moacyr Amaral; Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 3, São Paulo: Ed. Saraiva, 1.977, p. 338.

10 **MIRANDA**, J. M. Pontes de; Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV, Rio de Janeiro: Ed. Forense, Brasil, 1.996, p. 357.

11 **MITTERMAIER**, C.J.A., Tratado da Prova em Matéria Criminal, Campinas: Ed. Bookseller, Brasil,

1.996, p. 295-296.

12 **SILVA**, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, vol. 1, Rio de Janeiro: Ed. Forense, Brasil, 1.991, p. 118.

13 **CAPEZ**, Fernando, Manual de Processo Penal, São Paulo: Ed. Saraiva, Brasil, 2.007, p. 331.

14 **DINAMARCO**, Cândido Rangel; op. cit., p. 591.

15 **DINIZ**, Maria Helena, Dicionário Jurídico, vol. 2, São Paulo: Ed. Saraiva, Brasil, 1.998, p. 224.

16 **MACHADO**, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado e Anotado. Barueri: Manole, Brasil, 2.008, p. 697.

17 DVD Jurisplenum, Edição 101, Vol.1, julho, Porto Alegre: Editora Plenum, Brasil, 2.008.

18 Orientação que não deixa de ser curiosa, por razões óbvias, mormente em um sistema que admite processos eletrônicos, e que, talvez se justifique como uma cautela para a segurança do sistema.

19 **DINIZ**, Maria Helena, op. cit., p. 224.

20 **DINAMARCO**, Cândido Rangel; op. cit., p. 46.

21 **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **FERNANDES**, Antônio Scarance; **GOMES FILHO**, Antônio Magalhães; op. cit., p. 104.

22 **DINAMARCO**, Cândido Rangel; op. cit., p. 46.

23 DVD Jurisplenum, Edição 101, Vol.1, julho, Porto Alegre: Editora Plenum, Brasil, 2.008.

24 O próprio artigo 6º do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, que estabelece uma parte geral com garantias processuais constitucionais, inclusive, resta expresso no sentido de que se deva aplicar a norma processual sob a perspectiva, dentre outros, dos princípios da legalidade (e a aí se reafirma,

obviamente, o caráter imperativo da exigência da produção de meios de provas legais e legítimos), mas também da razoabilidade.

25 **MARINONI**, Luiz Guilherme; **ARENHART**, Sérgio Cruz; Manual do Processo de Conhecimento, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Brasil, 2.006, p.363.

26 **DINAMARCO**, Cândido Rangel; op. cit., p. 609-610.

27 **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel; **CINTRA**, Antônio Carlos de Araújo; Teoria Geral do Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.990, p. 306.

28 Acredito que, em relação a tanto, não se cuide de uma mera ética utilitarista, mas se deva exigir uma ética de índole eudaimônica, fundada num juízo de aretè enquanto prelado de excelência moral, posto que em jogo, às mais das vezes, a seriedade e credibilidade na eficácia e efetividade do próprio Poder Judiciário, ainda mais em um sistema que adota como regra prelados de boa-fé objetiva, como se observa, por exemplo, pelo contido no artigo 422 do Código Civil, deixando clara a intenção do legislador em impedir a espoliação de quem quer que seja por artifícios formais e jurídicos.

<https://www.diritto.it/contornos-atuais-e-novas-questoes-sobre-a-prova-documental-no-processo-civil-brasil-eiro-o-anteprojeto-de-codigo-de-processo-civil/>