



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

7

PROVA DOCUMENTAL E PROVA DOCUMENTADA: UMA DISTINÇÃO ILUSÓRIA¹

Documentary evidence and documented evidence: an illusory distinction

Clarisse Frechiani Lara Leite

Associate Professor at the University of São Paulo. Attorney in Brazil.

Resumo: o artigo investiga a possibilidade de distinção dogmática entre a prova documental e a prova documentada, a partir do exame da legislação e da análise histórica e crítica da jurisprudência e doutrina brasileiras. Após examinar o critério normalmente apontado para embasar a distinção – a forma de representação, direta ou indireta do fato probando – bem como outros possíveis critérios distintivos – relacionados à fonte de prova, à forma de sua produção e à sua valoração –, chega-se à conclusão de que não há, no sistema brasileiro, fundamento legal ou científico para distinguir a prova documental da prova documentada. Por decorrência, conclui-se não ser legítimo recusar a admissibilidade do que vem sendo denominado “prova documentada” para suprir exigências legais de “prova por escrito” ou “prova documental”, seja no que respeita à própria admissibilidade da prova seja no que concerne ao uso de instrumen-

¹ As ideias desenvolvidas neste artigo, expostas em palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Probatório, realizado em Porto Alegre entre os dias 5 e 6 de dezembro de 2022, advêm de dois estudos anteriores desta autora: *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, São Paulo, Saraiva: 2020, e *Fatos e provas novos no processo civil*, São Paulo: RT, *no prelo* (correspondente à tese de livre-docência defendida em 2022 perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com o título original *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades a partir de fatos e provas novos*).

tos de tutela diferenciada pautados em cognição sumária (como mandado de segurança, ação monitória e tutela da evidência).

Abstract: the article investigates the possibility of a dogmatic distinction between documentary evidence and documented evidence, based on an examination of legislation and a historical and critical analysis of Brazilian jurisprudence and doctrine. After examining the criterion normally used to support the distinction – the form of representation, direct or indirect, of the proband fact – as well as other possible distinctive criteria – related to the source of evidence, the form of its production and its valuation –, we arrive at to the conclusion that, in the Brazilian system, there is no legal or scientific basis for distinguishing documentary evidence from documented evidence. As a result, it is concluded that it is not legitimate to refuse the admissibility of what has been called “documented evidence” to meet legal requirements of “written evidence” or “documentary evidence”.

Palavras-chave: prova documental – prova documentada – prova escrita – admissibilidade – valoração – mandado de segurança – ação monitória – tutela da evidência

Key words: documentary evidence – documented evidence – written evidence – admissibility – valuation – writ of mandamus – preliminary injunctions based on palpability

1. Introdução. 2. O surgimento do conceito de prova documentada. 3. Prova documentada em confronto com o meio de prova originário: o papel do contraditório. 4. Prova documentada em confronto com documento e prova documental. 4.1. Distinção a partir da fonte? 4.2. Distinção quanto à natureza direta ou indireta da representação? 4.3. Distinção a partir da forma de produção em juízo? 4.4. Distinção a partir dos efeitos produzidos sobre a admissibilidade de outros meios de prova? 4.5. Distinção a partir do critério de valoração? 5. Conclusão: não há critério científico ou legal para distinguir a prova documentada da prova documental. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Há cerca de uma década, a doutrina e a jurisprudência brasileiras aludem com frequência à distinção entre “prova documental” e “prova documentada”, especialmente com a finalidade de repudiar, em certas hipóteses, o uso da documentação resultante de outros meios de prova.

A distinção deita raízes em centenária lição *carneluttiana* e foi originariamente invocada para negar a admissibilidade de mandado de segurança amparado na documentação de prova oral ou pericial, ao argumento de que a demonstração de direito líquido e certo deveria advir *diretamente* do documento.

O presente trabalho investiga a possibilidade de distinção dogmática entre os dois fenômenos, buscando compreender a forma como devem ser interpretadas, no atual cenário, as normas processuais que requerem a existência de prova documental, escrita ou literal.

2. O SURGIMENTO DO CONCEITO DE PROVA DOCUMENTADA

Todos os meios de prova, assim como todos os atos processuais, são objeto de *documentação* no processo,² dando origem a documentos que representam, de forma imediata, a própria prova produzida. É pensar no termo de audiência em que registrado o depoimento de testemunhas, no laudo pericial, no auto de inspeção judicial *etc.*

Nesses casos, o fato que fora objeto de representação pelo meio de prova original também é representado pela documentação da prova, mas de forma indireta ou mediata. Ou seja, o fato *diretamente* representado pelo documento “termo de depoimento” é o testemunho: o fato de que a testemunha deu determinada declaração na audiência realizada em certo dia. Já o próprio fato narrado pela testemunha é *indiretamente* representado pelo documento em que registrado o testemunho.³

Essa distinção, pautada em lição de FRANCESCO CARNELUTTI,⁴ foi invocada em paradigmático voto do Min. MOREIRA ALVES, no julgamento do RE 84.080,⁵ para negar à documentação da prova testemunhal colhida em justificação judicial a condição de “meio idôneo para, em mandado de segurança, servir de base exclusiva para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito”.

Disse-se no acórdão que “apesar de documentada por escrito, nem por isso a prova testemunhal que foi antecipada deixa de ser prova testemunhal para transformar-se em prova documental” e que “o documento escrito (no caso, os autos) serve apenas para provar o fato de declaração testemunhal antecipada, e não o fato que essa declaração visa a comprovar, fato esse cujo meio de prova continua a ser o depoimento das testemunhas e não o documento que são os autos da justificação. Não fora assim, e se poderia admitir, por exemplo, para provar a existência de contrato de valor superior ao aludido no art. 141 do Código Civil, prova exclusivamente testemunhal, desde que produzida antecipadamente em justificação, pois, transformada em documento”, o que, prossegue o voto, “não é admissível porque a prova documental que se exige, nesse caso – e o mesmo sucede em mandado de segurança, pela ausência de fase instrutória –, é a que constitui fonte primária da prova, e não fonte secundária”.⁶

Seriam assim, “fontes meramente secundárias de prova” os “documentos particulares informativos” e a documentação da prova (pericial, testemunhal ou o exame judicial) produzida antecipadamente, não servindo tais elementos sequer como “começo de prova escrita”, vez que esta deveria advir da parte contra quem se pretende provar.⁷

2 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, n. 972, p. 107-108.

3 Cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 6, p. 32.

4 Cf. *La prova civile* - reimpressão da Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino da ed. Ateneo, Roma, 1947 -, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, n. 41, p. 209-215.

5 STF, 2ª T., RE n. 84.080, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 06/04/1976, DJ 16/08/1976, p. 7.082.

6 *Idem.*

7 *Idem.*

Vinte anos depois, em artigo de CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, usou-se a expressão “prova testemunhal documentada” (que havia sido produzida em processo trabalhista) para, com base no julgado acima mencionado, sustentar-se sua inadmissibilidade em mandado de segurança voltado ao reconhecimento de tempo de serviço.⁸

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART retomaram a ideia, afirmando ser “imprescindível distinguir prova documentada de prova documental”, ao tratar da prova do direito líquido e certo no mandado de segurança.⁹ Disseram então que o testemunho e a perícia produzidos antecipadamente “apenas revelam o que alguém pensa sobre os fatos”, consistindo em “atos humanos que servem para demonstrar uma afirmação de fato, enquanto o documento é uma ‘coisa’ – embora também produto da atividade humana – que representa um fato”.¹⁰

Mais adiante, acrescentaram que a prova pericial ou testemunhal documentada “continua tendo sua característica própria, de prova indireta, jamais se convolvendo em prova documental, apenas pelo fato de se encontrar materializada em um documento, ou seja, por estar documentada”.¹¹ E concluíram ser tal distinção “essencial, seja para afirmar o regime (e o cabimento) de certo tipo de prova, seja para determinar a possibilidade ou não do uso de certo tipo de procedimento”, como o do mandado de segurança.¹²

Esse é também o entendimento de FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, para quem “não se confundem as noções de prova *documental* e de prova *documentada*”.¹³

Com o uso cada vez mais amplo da prova emprestada e com a crescente aceitação da produção antecipada de prova desvinculada da urgência (a ponto de tais institutos ganharem disciplina expressa nos arts. 372 e 381, incs. II-III, do CPC), essa distinção foi ganhando corpo na doutrina e jurisprudência brasileira, passando-se a identificar um verdadeiro “instituto” da “prova documentada”.

A prova documentada seria assim a *documentação de prova de outra natureza*, produzida em determinado processo (inclusive voltado à produção antecipada de provas) ou mesmo extra processualmente (como, p. ex., os testemunhos particulares escritos).

8 “Mandado de segurança - prova testemunhal documentada – descabimento”, *Revista de processo*, vol. 82/1996, p. 248-249, Abr - Jun / 1996, versão eletrônica disponível em RTOnline.

9 *Prova e convicção*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2015, p. 353-359.

10 *Op. cit.*, p. 356.

11 *Op. cit.*, p. 611.

12 *Op. cit.*, p. 611 e nota 17. Em sentido contrário, admitindo a prova documentada (reputada *prova atípica*) em mandado de segurança: cf. FABIANO CARVALHO, “A prova documentada e o mandado de segurança”, in: *A prova no direito processual civil – estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*, São Paulo: Verbatim, 2013, esp. p. 181-182.

13 *Curso de direito processual civil*, v. 2, 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2023, p. 231. Mas desde a 16ª ed., os autores passaram a observar a necessidade de repensar algumas das consequências da distinção (como certas vedações ao uso de prova documentada).

Mas será mesmo possível sustentar dogmaticamente a existência de uma categoria de “prova documentada”, diversa da fonte de prova documento e do meio de prova documental?

3. PROVA DOCUMENTADA EM CONFRONTO COM O MEIO DE PROVA ORIGINÁRIO: O PAPEL DO CONTRADITÓRIO

Antes de passar ao confronto entre prova documentada e prova documental, convém comparar a prova documentada com o meio de prova que lhe deu origem, pois nesse exame costuma despontar distinção relevante, relacionada ao *contraditório*.

Diversamente do que se passa quando a prova já chega ao processo documentada, é sem dúvida marcante a influência que o contraditório – entendido como ampla possibilidade de participação por partes e julgadores¹⁴ – exerce sobre a produção originária da prova.¹⁵

O fato de a prova testemunhal ser produzida em contraditório permite, por exemplo, que as partes e a julgadora preparem previamente as indagações à testemunha e formulem questionamentos conforme as respostas apresentadas. Perícias são também diretamente influenciadas pela participação do juiz e das partes, mediante a formulação de quesitos e atuação de assistentes técnicos – sendo inclusive essa a razão da exigência expressa de intimação quanto ao início da prova pericial (CPC, art. 474).¹⁶ Do mesmo modo, o contraditório tem grande impacto na inspeção judicial, assegurando-se *sempre* às partes “direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa” (CPC, art. 483, par.).

Todavia, apesar da inegável aptidão do contraditório a influenciar o resultado de tais atividades probatórias, são necessárias algumas observações.

14 Vale lembrar a já antiga lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO quanto à *dupla destinação* do princípio do contraditório, abrangente de um direito de participação das partes e de uma série de deveres do juiz, não apenas para fazer observar o direito das partes mas também para que participe ele mesmo do processo e da preparação do julgamento, em conjunto com elas (“O princípio do contraditório e sua dupla destinação”, palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura, publicada no v. 1 da 3ª ed. dos *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo: Malheiros, 2000).

15 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA já afirmava que “prova colhida sob contraditório, geralmente, é mais veraz” (“Provas atípicas”, in *Revista de Processo*, vol. 76/1994, p. 114 – 126, Out – Dez 1994, consulta à versão eletrônica disponível em RTOnline - paginação eletrônica). Mais recentemente, o tema foi bem examinado por SUSANA HENRIQUES DA COSTA, no que respeita à valoração da prova produzida em inquérito civil sem contraditório (“Contraditório nas investigações”, in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (coord.), *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*, Salvador, JusPODIVM, 2018, esp. p. 746-747).

16 No EREsp 617.428-SP, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014, reconheceu-se o uso de perícia emprestada que fora produzida em processo sem a participação de algumas das partes contra a qual fora oposta, porque “[n]a hipótese dos autos, os embargantes não formularam pedido de produção de prova para infirmar as conclusões da prova pericial emprestada, como também não impugnam diretamente a perícia realizada. A insurgência dos embargantes direciona-se apenas para a inadmissibilidade, em tese, da prova emprestada, nada contestando quanto ao seu conteúdo”.

Primeiro. Amparada na psicologia do testemunho e na epistemologia, a moderna doutrina de direito probatório vem criticando fortemente a *crença* de que o contato pessoal do julgador com a testemunha (faceta da oralidade da perspectiva da *imediação*) pudesse conferir, sob bases racionais, maior qualidade à prova e à sua valoração. Alerta-se, de um lado, para “os danos que uma entrevista malconduzida pode causar às memórias da testemunha, mesmo que o entrevistador não tenha sequer consciência disso”,¹⁷ devido à forma de formulação de perguntas, a partir de uma hipótese inicial, e de *feedbacks* (muitas vezes subliminares) sobre o desempenho da testemunha, que acabam incentivando-a a confirmar a hipótese do entrevistador.¹⁸ De outro, afirma-se ser “simplesmente falsa” a ideia de que o juiz pudesse ser dotado de um “sexto sentido” capaz de atestar com segurança a sinceridade ou não da testemunha a partir de seu tom de voz, nervosismo ou gestos. Até porque muitas vezes a testemunha é sincera, a despeito de sua errônea percepção da realidade.¹⁹

Segundo. O contato direto com a atividade probatória realizada em contraditório apenas é possível ao magistrado – ordinariamente de primeiro grau – que tiver conduzido a instrução. Atualmente, abandonado o princípio da identidade física do julgador,²⁰ já não se pode assegurar que a mesma juíza que conduziu a instrução irá proferir a decisão. Ademais, em qualquer caso, o tribunal tampouco terá oportunidade de formar sua convicção a partir do contato imediato com a produção da prova. Para a instância recursal e para o julgador de primeiro grau que assume o processo após a instrução, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção, realizadas no próprio processo, seriam sempre provas “documentadas”.²¹

De todo modo, tendo em mente a faceta do contraditório como possibilidade de participação e efetiva influência *pelos partes*, segue havendo distinção relevante entre a prova pré-constituída, que chega ao processo documentada, e aquela produzida em contraditório.

O fato de a parte contra quem se pretende usar a prova não ter participado em contraditório de sua pré-constituição impacta fortemente (i) a valoração que se há de atribuir a esse elemento probatório e (ii) o exame da admissibilidade de outros meios

17 VITOR DE PAULA RAMOS, *Prova testemunhal – Do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e epistemologia*, 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2021, p. 194.

18 *Op. cit.*, p. 188-194.

19 Cf. VITOR DE PAULA RAMOS, *Prova testemunhal*, p. 227-228.

20 Especialmente pela não reprodução do art. 132 do CPC-1973 no Código em vigor.

21 Sobre o tema, ANTONIO DO PASSO CABRAL reporta decisão do Bundesgerichtshof alemão (BGH, órgão equivalente STJ) de 2020 (BGH V ZR 305/2019), censurando decisão de tribunal de apelação que, sem repetir a prova testemunhal, adotou conclusão diversa da adotada pelo juízo originário, apenas a partir da documentação da prova (“Qual a margem permitida de valoração da prova pelo tribunal de apelação quando concluir contrariamente à conclusão do juízo de primeira instância”, in “*antoniodopassocabral*” – *Plataforma Instagram*, acesso em 5.6.2022). Confira-se também as reflexões de VITOR DE PAULA RAMOS sobre a decisão, a partir da visão crítica mencionada no texto sobre o papel da imediação na produção de prova oral (“Imediação e valoração da prova em 2ª instância”, in “*antoniodopassocabral*” – *Plataforma Instagram*, acesso em 5.6.2022).

de prova a serem produzidos em contraditório, que certamente são preferíveis em relação à prova documentada produzida sem participação. Não se deve recusar a “repetição” da prova, ao argumento de que já há prova documentada, se originariamente não tiver sido possível à parte contra quem se pretende usá-la influir em sua formação.

A doutrina costuma ir além e sustentar que essa possibilidade de participação na origem constitui requisito de admissibilidade da prova emprestada,²² sendo tanto “despida de valor” como “inadmissível em processo subsequente” a prova produzida sem a presença do sujeito contra quem se pretende usá-la.²³ Também se diz que a eficácia da prova emprestada – que chega pois documentada ao segundo processo – é condicionada pela observância do contraditório.²⁴ Naturalmente, quando aquele que não participou de sua produção pretende aproveitar a prova contra quem integrou o contraditório, tal ressalva não se apresenta.²⁵ Se, a própria coisa julgada pode *beneficiar* terceiros, como agora se extrai *a contrario sensu* do art. 506, do Código de Processo Civil, naturalmente a prova produzida no processo *inter alios* também poderá.

De forma mais moderada, THAÍS AMOROSO PASCHOAL afirma que a participação no processo de origem daquele contra quem se pretende usar a prova pré-constituída (documentada, pois) constitui, *em princípio*, requisito de admissibilidade desse elemento probatório. Mas ressalva que, sendo impossível a repetição de prova essencial à tutela do direito, deverá ser ponderada, em concreto, a exigência do contraditório com o direito à tutela jurisdicional.²⁶

Ao examinar tal questão, é preciso ter contudo em mente a observação de MICHELE TARUFFO²⁷ de que muitos elementos probatórios são ordinariamente formados fora do processo e do contraditório, sem que por isso se recuse a sua admissibilidade. O natural, em verdade, é que a prova pré-constituída seja formada *sem contraditório*, tal como se passa com atas notariais, *prints* de tela, vídeos, pareceres técnicos *etc.*

Por isso, não parece correta a ideia de que a *admissibilidade* da prova documentada, ao menos no processo civil,²⁸ dependa da observância do contraditório em sua

22 Cf. EDUARDO TALAMINI, in CABRAL, Antonio do Passo, e CRAMER, Ronaldo, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense: 2016, comentários aos arts. 381-383, p. 588-598, esp. coment. ao art. 381, n. 10, p. 590.

23 Cf. EDUARDO TALAMINI, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, coment. ao art. 382, n. 2, p. 593.

24 Cf. FLÁVIO LUIZ YARSELL, in ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2016, comentários aos arts. 381-383, p. 1.149-1.168, esp. coment. aos arts. 381 e 382, p. 1.153, 1.159 e 1.160.

25 Cf. FLÁVIO LUIZ YARSELL, *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*, coment. ao art. 381, n. 5 e 13, p. 1.153 e 1.160.

26 *Coletivização da prova – técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*, São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2020, p. 324.

27 *La prova dei fatti giuridici - Trattato di diritto civile e commerciale*, III, t. 2, sez. 1, Milano, Giuffrè, 1992, p. 358-359.

28 O art. 155, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela lei n. 11.690/2008, enuncia que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as

formação. A participação na formação da prova interferirá de forma relevante, sem dúvida, em seu *valor probatório* ou *força persuasiva*. É esperado que, ciente da impossibilidade de participação do sujeito contra quem se pretende usar perícia, prova testemunhal ou inspeção judicial, a julgadora atribua reduzido valor à prova documentada.²⁹ Mas isso não significa que deva inadmiti-la.

De todo modo, no momento em que a prova ingressa no processo, o contraditório deve ser necessariamente observado, podendo a parte contrária questionar, discutir e deduzir outras provas antes da decisão.³⁰

Em especial, como dito, diante de prova documentada produzida sem a possibilidade de participação, não se deve recusar a “repetição” da prova, agora em contraditório, simplesmente com base em argumentos de economia.³¹

Portanto, embora o contraditório seja elemento diferencial relevante no confronto entre a prova documentada – formada fora do processo ou em outro processo – e o meio de prova original, é preciso não superdimensionar essa diferença, sabendo-se que em virtude dela será mais ampla a abertura para a “repetição” ou complementação da prova documentada formada sem contraditório, mas que o impacto que a (im)possibilidade de participação produz sobre aquele específico elemento probatório repercutirá no plano da valoração, e não no da admissibilidade.

4. PROVA DOCUMENTADA EM CONFRONTO COM DOCUMENTO E PROVA DOCUMENTAL

Além da distinção entre a prova documentada e o meio de prova originário, alude-se, com maior frequência, à diferença entre a prova documentada e a prova documental.

Às vezes, a diferenciação é destacada afirmando-se que a *prova documentada não tem valor de mero documento*.³² Em outras, especialmente diante de disposições que conferem tratamento diferenciado à prova documental – como as que lhe atribuem eficácia probatória *ex lege*, as que restringem o uso de outros meios para a prova de certos

provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Naquele sistema, marcado pela necessidade de proteção do valor liberdade em face do poder punitivo do Estado, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO afirma que o legislador teria erigido o contraditório em elemento do próprio conceito de prova ou “condição de existência da prova” (em contraposição a meros “elementos informativos colhidos na investigação”) (“Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008”, in MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *As reformas no processo penal – as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, São Paulo: RT, 2008, p. 246-297, esp. p. 252).

29 Nessa linha, a despeito da acima referida menção à ineficácia da prova produzida sem contraditório, FLÁVIO LUIZ YARSHELL admite em outra passagem que os elementos assim coligidos poderiam ter “muito reduzido valor” (*Breves Comentários ao Código de Processo Civil*, coment. ao art. 381, n. 13, p. 1.160).

30 Cf. MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, n. 2.2, p. 358.

31 Em linha semelhante, THAÍS AMOROSO PASCHOAL observa que sempre se deve admitir eventual complementação da prova emprestada no processo atual (*Coletivização da prova – técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*, p. 324).

32 Tratando em especial da prova emprestada, cf. EDUARDO TALAMINI, “Prova emprestada no processo civil e penal”, in *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 35, n. 140, out-dez 1998, n. 4, p. 145-162, esp. p. 153.

fatos ou as que a erigem em requisito de admissibilidade de determinados instrumentos processuais (como o mandado de segurança e a ação monitória) – a distinção é feita para afirmar que a *prova documentada não chega a constituir prova documental*.³³

Acima se viu como essa distinção ganhou corpo no âmbito do mandado de segurança. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, ela também era prestigiada no campo da ação rescisória fundada em documento novo (art. 485, inc. VII). Doutrina de referência na matéria afirmava que não se poderia reputar “documento novo”, para o fim de autorizar a propositura da rescisória, outro meio de prova que viesse a ser materializado em suporte documental. Ou seja, por esse entendimento, não se admitia ação rescisória fundada em *prova documentada* nova, aí incluída aquela extraída de outro processo (prova emprestada).³⁴

Apesar da autoridade com que essas ideias foram e seguem sendo sustentadas, não parece haver critérios estanques que permitam estabelecer distinção apriorística entre prova documentada (inclusive a prova emprestada) e prova documental.

4.1. Distinção a partir da fonte?

Em primeiro lugar, pensando na *fonte da prova*, a distinção é difícil porque em nosso sistema o conceito de documento é bastante amplo. No essencial, pode-se conceituar documento como “coisa formada por atividade humana (ainda que mediata), que representa, de forma estável ou permanente, um fato que lhe é externo (uma declaração de ciência ou de vontade, um ato não declarativo, um acontecimento natural etc.)”.³⁵

Para nós, o conceito de documento não se restringe ao de *documento escrito e assinado*.³⁶ Nele estão abarcados, além das clássicas hipóteses de documento público

33 Cf. FREDIE DIDIER JR., RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 231-233.

34 Cf. FLÁVIO LUIZ YARSHHELL, *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo: Malheiros, 2005, n. 110, p. 330 (não admitindo a rescisória com fundamento em depoimento reduzido a termo); RODRIGO BARIONI, *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 2.2.9, p. 121 (inadmitindo uso de escritura contendo registro de depoimento).

35 Cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Fatos e provas novos no processo civil*, n. 57. Tal definição é comum (com alguma margem de variação) na doutrina brasileira (cf. ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, 2. ed. São Paulo: RT, 2016, n. 1.914, p. 672 – que contudo fala em documento como “bem” e não como “coisa”; HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, v. I, 56ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, n. 716, p. 946; DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES, *Manual de direito processual civil*, 8ª ed., São Paulo: Método, 2016, n. 22.2.5.1, p. 702; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.2, p. 607; EDUARDO CAMBI, *Curso de direito probatório*, Curitiba: Juruá, 2014, parte II, n. 3.2, p. 416) e na italiana (FRANCESCO CARNELUTTI, *Documento*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino: UTET, 1938, v. V, n. 1, p. 105; MICHELE TARUFFO, *A prova*, Trad. JOÃO GABRIEL COUTO, São Paulo: Marcial Pons, 2014, n. 56, p. 73, nota 79; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*, p. 419-420).

36 Em alguns sistemas, como no alemão e no norte-americano, prevalece conceito mais restrito de documento (no contexto da prova documental), que equivale ao de *documento escrito* (cf. MICHELE TARUFFO, *A prova*, n. 56, p. 73, nota 81; GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, Torino: Giappichelli, 2018, cap. I, n. 1, nota 1, p. 1-2, e cap. IV, n. 2, nota 29, p. 391). Para JUAN MONTERO AROCA, também no direito espanhol o conceito de documento se limita ao documento escrito, embora se admita o uso do meio de prova documental para introduzir no processo meios não escritos de registros de dados e informações (*La prueba en el proceso civil*, 6ª ed. Navarra: Civitas, 2011, cap. VII, n. B e C, p. 283-285).

e de documento particular assinado pelas partes, as mais diversas formas de registro de atos e fatos, tais como o documento particular advindo de terceiro (CPC, art. 409, par.³⁷), o documento não assinado (CPC, arts. 415 ss.) e o documento diretamente reprodutivo de sons e imagens (CPC, arts. 422).

Esse conceito já bastante amplo vem sendo ainda mais elástico pelo documento eletrônico (CPC, arts. 439), fazendo com que se considere documento uma “unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato” (lei n. 12.527/2011, art. 4º, inc. II).³⁸

São, pois, documentos no sistema brasileiro: a impressão de um e-mail; a fotografia de alguém; a filmagem de um acontecimento; os arquivos contendo mensagens trocadas por aplicativos; a gravação de um sujeito prestando declaração; o prontuário médico de um paciente *etc.*³⁹

Por outro lado, embora o documento seja conceituado como uma fonte do tipo coisa (fonte real), na verdade o documento constitui já o produto de atividade humana pela qual se registram muitas vezes declarações, ideias ou acontecimentos. Assim, conquanto se possa dizer que uma confissão escrita ou um atestado médico constituam um documento, sendo esse documento a fonte da prova documental, a verdade é que à base dessa fonte de prova está igualmente uma pessoa, tal qual se passa com os depoimentos pessoal ou testemunhal prestados em juízo, que pode vir a constituir prova documentada em outro processo.⁴⁰⁻⁴¹

37 O art. 409, *caput*, do CPC, disciplina a eficácia probatória da data do documento (ou seja, declaração de que o ato documentado se realizou em determinada data) em face das partes do documento. Já o parágrafo do dispositivo disciplina a eficácia probatória da data perante aquele que não figurou como parte no documento (para quem, pois, o documento constitui coisa confeccionada por terceiros).

38 Nessa linha, é bastante amplo o conceito de documento constante das IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: “Document’ means a writing, communication, picture, drawing, program or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by electronic, audio, visual or any other means”.

39 Mesmo no direito italiano, que é bastante mais restritivo, do que o nosso, LUIGI PAOLO COMOGLIO anota a *tendencial atipicidade* do conceito de documento e a necessidade de dotá-lo da capacidade imanente de abertura e adaptação diante de noções evolutivamente mais refinadas (*Le prove civile*, 3ª ed., Torino: Utet Giuridica, 2010, p. 419-420).

40 Apesar de o critério da *fonte* seguir sendo utilizado pela doutrina para classificar os meios de prova em *pessoais* e *reais*, conforme empreguem fontes ativas (pessoas, em atitude ativa) ou passivas (coisas e pessoas, a serem objeto de exame) (cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 970, p. 105), observa-se que essa classificação se ressentida de alguma clareza. Como dito no texto, o documento – principal exemplo de prova real –, consiste em *coisa advinda de atividade humana*, na qual ordinariamente se representa uma declaração humana. Trata-se, pois, de *fonte real*, derivada contudo de uma *fonte pessoal*. A confusão também é sentida na classificação da prova pericial. Pelo critério da fonte, a prova pericial é apontada por parte da doutrina como espécie de *prova real* e, pelo critério da natureza das atividades a desenvolver, como *prova material* (ao lado das *provas orais* e das *documentais*) (cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 970, p. 105). Da perspectiva epistêmica, contudo, destaca-se com acerto a natureza testemunhal da prova pericial (cf. CARMEN VÁZQUEZ, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid: Marcial Pons, 2015, cap. 1, n. 2, p. 47).

41 Daí questionar a doutrina, com acerto, a ideia de uma prova “originalmente” documental: “Alguém que faz anotações em uma reunião, por exemplo, está fazendo uma prova ‘originalmente’ documental? Um laudo, em que o médico refira ter realizado exame clínico no paciente, é um documento ‘originalmente’ documental?” (VITOR DE PAULA RAMOS, *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*, Salvador, JusPodivm, 2021, n. 3.1.1.1, p. 137).

Da perspectiva estrutural, portanto, não há motivo para negar a condição de documento ao termo de uma audiência, ao auto de uma inspeção ou ao parecer técnico-científico de um profissional especializado.

4.2. Distinção quanto à natureza direta ou indireta da representação?

Ainda da perspectiva *estrutural*, não parece correto distinguir a prova documental da prova documentada – como o faz grande parte da doutrina⁴² – com base no caráter direto ou indireto da representação do fato probando.⁴³

A esse respeito, convém prestar um esclarecimento prévio. *Representar*, no glossário *carneluttiano* do direito probatório, significa despertar a ideia do *fato representado* mediante a percepção de fato diverso, que constitui seu “equivalente sensível” (*fato representativo*).⁴⁴ O fato representativo é o documento (p. ex.: um instrumento contratual, a fotografia de uma casa); o fato representado é aquele que se extrai do exame do documento (o contrato celebrado, a existência da casa).

Parte da doutrina objeta, com acerto, que a representação não é um dado objetivo, contido no documento, mas algo próprio do sujeito que examina e interpreta o documento.⁴⁵ Nessa linha, MICHELE TARUFFO critica a permanência do recurso à noção de *representação* na teoria da prova, quando o próprio FRANCESCO CARNELUTTI teria tido dificuldade em precisar tal conceito⁴⁶ e veio paulatinamente a abandoná-lo.⁴⁷ Mas o conceito segue útil para explicar o fenômeno, não apenas por força de seu disseminado uso na doutrina, mas também porque parece existir um *espaço de consenso* quanto ao *significado mínimo* do documento enquanto demonstração de determinado fato, independentemente de aspectos subjetivos próprios de quem o examina e interpreta.⁴⁸ Trata-se de algo semelhante ao que, na teoria da interpretação, HUMBERTO ÁVILA

42 Cf.: LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHARDT, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.3, p. 610; FABIANO CARVALHO, “Ação rescisória fundada em prova nova e a prova documentada”, in JOBIM, Marcos Félix e FERREIRA, William Santos (coord.), *Grandes temas do novo Código de Processo Civil 5 – Direito probatório*, 3ª ed., Salvador JusPodivm, 2018, cap. 63, p. 1.178; FREDIE DIDIER JR., RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 233 (mas veja-se a observação feita a partir da 16ª ed., quanto à necessidade de repensar a distinção, conforme indicado na nota 13, *supra*).

43 Em sentido semelhante, cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 6, p. 32-33.

44 De acordo com FRANCESCO CARNELUTTI, “[l]a rappresentazione è un surrogato della percezione: serve a risvegliare mediante un equivalente sensibile l’idea che verrebbe, primariamente, determinata dalla percezione di un fatto” (*La prova civile*, p. 94).

45 Cf. VITTORIO DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino: Utet, 1957, n. 10, esp. p. 26-29; FRANCESCO DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, n. 5, p. 21-22.

46 MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, n. 2.4, p. 438-439.

47 MICHELE TARUFFO, “Carnelutti e la teoria della prova”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 70, n. 2, giugno 2016, p. 399-408, esp. n. 4, p. 406-408.

48 Cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 14, nota 101. Em sentido semelhante, afirma VITOR DE PAULA RAMOS que, “apesar de a fotografia, em tese, ter múltiplos sentidos,

refere como “traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”, “sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação”, “enquanto hermenêutico” ou “condição *a priori* intersubjetiva”.⁴⁹ Portanto, com a cautela advinda da consciência de que a representação é em verdade algo que o “documento diz ser”, pode-se seguir trabalhando com a ideia para indicar a demonstração que se extrai do documento nesse *espaço mínimo de consenso interpretativo (sem que com isso se esteja a admitir que a representação documental retrate sempre e efetivamente a realidade – pois ela pode estar “equivocada” ou ser incompleta).*

Pois bem. Conquanto se afirme – inclusive como no paradigmático julgado mencionado no item 2, *supra* – ser característica essencial do documento a representação direta do fato representado,⁵⁰ a verdade é que também no campo da prova documental “típica” ou “originalmente documental”, é comum a representação meramente indireta do fato a ser provado.

O documento público, por exemplo, representa diretamente a declaração do agente público, mas representa de forma meramente indireta aquilo que ele declara ter presenciado (e a lei faz presumir, com força relativa, a ocorrência desse fato indiretamente representado); o documento particular representa de forma direta ou imediata a declaração de um sujeito, e apenas de forma mediata o fato que constituiu objeto da declaração (mas esse fato se presumirá verdadeiro caso contrarie os interesses da parte declarante - confissão); a cópia representa diretamente o próprio documento original e apenas indiretamente o fato representado no original.⁵¹

Em todos esses casos, o sistema processual atribui valor probatório à representação indireta do fato probando propiciada pela prova documental.

em geral existe algum elemento mínimo no sentido, que faz com que ninguém, ao ver a foto do ex-Presidente Obama, diga que vê um carro, ou um abajur (...) A dificuldade será, sempre, em casos reais e de interesse para o direito, delimitar qual é o sentido mínimo que uma imagem, um vídeo ou um áudio podem possuir” (*Prova documental*, p. 163).

- 49 Cf. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018, n. 2.1.2, p. 52-53.
- 50 Independentemente das críticas que se lhes possam lançar, convém não confundir classificações doutrinárias distintas, que se valem dos mesmos adjetivos “direto” e “indireto”. Fala-se, de um lado, em “prova direta e prova indireta”, para distinguir a prova que (supostamente) representa diretamente o fato probando e aquela que representa outro fato, do qual se extrai a conclusão quanto à ocorrência ou inoocorrência do fato probando. FRANCESCO CARNELUTTI fala ainda em “prova direta”, em sentido diverso, para referir a percepção pelo juiz do próprio fato (como a percepção de uma situação constatada em inspeção judicial) (*La prova civile*, n. 12, p. 55). De outro, fala-se em “documento direto e indireto”, para diferenciar o documento formado por processos automatizados daquele produzido pela mente humana (cf. CLARISSA FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 71, p. 165). Quanto à última classificação, vale mencionar as pertinentes observações de CLARISSA DINIZ GUEDES (*Prova em vídeo no processo penal – aportes epistemológicos*, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023, p. 116) e VITOR DE PAULA RAMOS (*Prova documental*, p. 196-197) sobre o papel de quem se coloca atrás da câmera na formação de documentos em vídeo ou fotográficos – contrariando as ideias de “neutralidade” e “objetividade” ordinariamente associadas aos “documentos diretos”.
- 51 Sobre a sistemática da representação nas cópias ou reproduções, cf. CLARISSA FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 71-84, p. 165 ss.

Por isso, o caráter direto ou indireto da representação do fato a ser provado não serve como critério distintivo entre prova documentada e prova documental.

4.3. Distinção a partir da forma de produção em juízo?

No que respeita à *atividade probatória*, também não há critério estanque para distinguir os procedimentos de produção da prova documental e da prova documentada. Em ambos os casos se tem um elemento de prova pré-constituído, que ingressa no processo mediante simples juntada, seguindo-se subsequente submissão ao contraditório e posterior exame de admissibilidade pela julgadora.⁵²

O que pode variar é a intensidade e a forma de realização do contraditório, conforme a complexidade das informações documentadas e o fato de ter ou não havido contraditório na própria formação do documento.⁵³

Mas veja-se que, mesmo quanto à prova “tipicamente” documental, é possível que seja necessário contraditório mais denso, prevendo-se expressamente no art. 437, § 2º, do Código de Processo Civil a possibilidade de o juiz “dilatando o prazo para manifestação (...), levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação”. Do mesmo modo, é possível pensar em provas documentadas de conteúdo extremamente simples, como um termo de depoimento testemunhal contendo uma única declaração.

Daí por que também não se pode tomar a densidade do contraditório requerido na atividade probatória como critério diferenciador da prova documental e da prova documentada.

4.4. Distinção a partir dos efeitos produzidos sobre a admissibilidade de outros meios de prova?

Parte da doutrina diz ainda ser relevante a distinção entre prova documental e documentada porque, “guardando o status que possuía no processo em que foi produzida, a prova emprestada torna desnecessária, 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 da prova”.⁵⁴

52 Tratando da *prova emprestada*, EDUARDO TALAMINI já observara que “no processo para o qual a prova está sendo emprestada, terão de ser observadas as normas atinentes à prova documental, já que é sob esta forma que se dá o traslado” (“Prova emprestada no processo civil e penal”, n. 4, p. 153).

53 V. observações no item 3, *supra*.

54 FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, 10ª ed. (4ª tir.), Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 182.

Discorda-se contudo da ideia de que o uso de prova pré-constituída, formada em contraditório,⁵⁵ possa automaticamente suprimir da parte – e relegar apenas à julgadora – o direito à produção de provas da mesma natureza da prova originária.

O fato de as partes terem participado da formação da prova de origem não pré-exclui a admissibilidade de novas atividades probatórias de mesma natureza, pois é possível que (a) no processo atual, haja outros fatos relevantes a serem objeto do mesmo meio de prova ou (b) mantendo-se os fatos a serem provados, seja possível utilizar técnica diversa para a prova pericial, tenham sido localizadas testemunhas não ouvidas anteriormente *etc.* Afinal, se mesmo após o trânsito em julgado a parte pode se valer de *prova nova* para propor ação rescisória (CPC, art. 966, inc. VII),⁵⁶ não teria sentido obstar a sua utilização no próprio processo de conhecimento voltado a julgar originariamente o mérito.

Por outro lado, é possível que determinada prova se mostre desnecessária e seja legitimamente indeferida diante dos demais elementos probatórios já produzidos ou requeridos no processo, independentemente de terem eles a mesma natureza da prova negada (CPC, art. 370).

4.5. Distinção a partir do critério de valoração?

Também no que respeita à valoração probatória não se encontra critério seguro de distinção entre prova documentada e prova documental.

Isso porque apenas uma pequena parcela dos documentos “típicos” reveste-se de eficácia probatória *ex lege*. Trata-se, em síntese, de declarações constantes do documento público quanto àquilo que tiver sido presenciado ou praticado pelo agente público (CPC, arts. 405 e 411, I) e das declarações da parte constantes de documento, público ou particular, que contrariem o seu interesse (CPC, arts. 408, *caput*, 415, 416, 417).

Nesses casos, entende-se que o juiz fica vinculado a reconhecer como ocorrido o fato que estiver representado no documento com eficácia *ex lege*, salvo se houver prova em contrário de que se extraia conclusão acerca da sua não ocorrência.⁵⁷

Todavia, para todas as demais hipóteses de documentos não revestidos de eficácia *ex lege* (especialmente documentos diretamente representativos de sons e imagens e documentos advindos de terceiros que não agentes públicos) e para os casos de do-

55 Para aquelas formadas sem contraditório, v. as considerações no item 3, *supra*.

56 Sobre o conceito de prova nova na ação rescisória, especialmente no que respeita à novidade do “elemento de prova em concreto, e não às categorias gerais *meios* ou *fontes*, que poderão ser pois repetidas”, cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Fatos e provas novos no processo civil*, n. 63.

57 Em nosso sistema – diferentemente do que se passa, p.ex., no sistema italiano – os meios de prova sujeitos a valoração *ex lege* podem ser contrariados por qualquer prova, produzida no curso regular do processo (sem a necessidade de instauração de incidente de falsidade). Seu “valor legal” opera apenas diante da ausência de prova em sentido contrário, vinculando nessa hipótese o julgador. Sobre o ponto, cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 19 e 33, p. 74 e 100.

cumentos revestidos de eficácia *ex lege* mas contrariados por outros elementos de prova, a valoração probatória deve ser feita com base em *persuasão racional* (“livre convencimento motivado”).

Essa constatação torna indiferente a distinção entre a prova documentada e o que se queira compreender como prova por “documentos típicos” ou “originalmente documental”. Em todos os casos, importa observar aquilo que efetivamente constitui objeto da representação documental para dar a esse elemento probatório o tratamento excepcional de meio de prova sujeito a valoração *ex lege*, quando for o caso (CPC, arts. 405 e 408, *caput*), e, nos demais, valorá-lo racionalmente à luz das circunstâncias concretas.

É plenamente possível, por exemplo, que a prova documentada contenha declarações confessórias ou declarações de agentes públicos sobre fatos ocorridos em sua presença, às quais se deverá atribuir eficácia *ex lege* no momento da valoração.

Portanto, a depender de quem for o autor da declaração documentada, da forma com que essa declaração tiver sido prestada, da convergência ou divergência entre a declaração e o interesse do sujeito, a juíza dará ao elemento probatório em questão maior ou menor peso, de acordo com os cânones da racionalidade, a serem analiticamente expostos na motivação da decisão judicial.⁵⁸

5. CONCLUSÃO: NÃO HÁ CRITÉRIO CIENTÍFICO OU LEGAL PARA DISTINGUIR A PROVA DOCUMENTADA DA PROVA DOCUMENTAL

Da investigação realizada nos itens anteriores, constata-se não haver fundamento legal ou científico para distinguir a prova documental da prova documentada em nosso sistema.

Assim, nas excepcionais situações em se exige prova documental como requisito de admissibilidade para a demonstração de determinados fatos (*documento ad probationem*) – como no contrato de depósito voluntário (CC, art. 646) e na sociedade de fato (CC, art. 987) –, não se justifica o repúdio apriorístico à prova documentada.

Será necessário observar o contraditório adequado na produção da prova, de acordo com a sua complexidade. A valoração, a seu turno, dependerá do conteúdo das declarações documentadas e de eventual impugnação da parte contrária, inclusive no que respeita à ausência de observância do contraditório na constituição do documento – como se passa ordinariamente com a prova documental.

Do mesmo modo, quando se exige prova literal, escrita ou documental para possibilitar o uso de instrumentos de tutela diferenciada pautada em cognição sumária,

58 VITOR DE PAULA RAMOS também chama a atenção para a necessidade de considerar, na valoração da prova documental, a fonte do documento, o tipo de signo, o “funcionamento fisiológico do documento” (sua relação com o registro) e o contexto (*Prova documental*, n. 4.1.3, p. 272 ss.).

deve ser consentido o uso de prova documentada. É o que se passa com a tutela da evidência (art. 311, incs. II e IV), com a tutela monitoria (art. 700, § 1º) e com o mandado de segurança (lei n. 12.016/2009, arts. 1º e 6º, § 1º) – em cuja sede se inaugurou a distinção aqui refutada.

Como dito em outro trabalho,⁵⁹ o que importa em todos esses casos é a existência de prova pré-constituída dotada de suficiente eficácia probatória quanto aos fatos relevantes, para viabilizar a sumarização da cognição precedente à concessão da tutela jurisdicional (definitiva ou provisória), assegurando *grau de razoável verossimilhança imediata*.⁶⁰

Naturalmente, admitir o uso do instrumento a partir da documentação não significa conceder automaticamente a tutela postulada. É preciso valorar a prova, conforme as regras acima mencionadas. Se por exemplo a prova for desprovida de suficiente força probatória para lastrear a demanda monitoria, impor-se-á a conversão do procedimento monitorio em comum (CPC, art. 700, § 5º). De modo semelhante, se for necessária a produção de prova *constituenda* para que o impetrante complemente a prova documental ou para que a parte passiva se defenda adequadamente, não se deverá admitir o uso do procedimento do mandado de segurança.⁶¹

Na mesma linha, não se identifica na redação do já revogado art. 485, inc. VII, do Código de Processo Civil de 1973, fundamento para excluir, entre as espécies de “documento novo” passíveis de legitimar a ação rescisória, a prova documentada (inclusive aquela obtida por “empréstimo” de outro processo), desde que presentes os demais requisitos exigidos na hipótese rescisória. No atual sistema, em que se requer agora “prova nova”, e não apenas “documento novo”, tal possibilidade foi reafirmada (CPC, art. 966, inc. VII).⁶²

6. BIBLIOGRAFIA

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed. Navarra: Civitas, 2011.

ASSIS, ARAKEN DE. *Processo civil brasileiro*, v. III, 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

ÁVILA, Humberto. “Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória”, in *Revista de Processo*, v. 282, ago. 2018, p. 113-139 (versão *on line* p. 1-19).

59 Cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 15, p. 59.

60 Tratando da demanda monitoria, EDUARDO TALAMINI fala em “convicção de razoável verossimilhança acerca dos fatos que embasam a pretensão de crédito” (“Prova escrita e cognição sumária na monitoria”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 177-195, esp. p. 189).

61 Essas conclusões estão desenvolvidas de forma mais aprofundada em meus *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 15, p. 58 ss.

62 Para detido exame de tal hipótese rescisória, v. *Fatos e provas novo no processo civil*, n. 59 ss.

- _____. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Provas atípicas”, in *Revista de Processo*, vol. 76/1994, p. 114 – 126, Out – Dez 1994, consulta à versão eletrônica disponível em RTOonline (paginação eletrônica).
- BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CAMBI, EDUARDO. *Curso de direito probatório*, Curitiba: Juruá, 2014.
- CARNELUTTI, Francesco. Documento, in *Nuovo digesto italiano*, Torino: UTET, 1938, v. V.
- _____. *La prova civile - reimpressão da Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino da edição Ateneo, Roma, 1947 -*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- CARVALHO, Fabiano. “A prova documentada e o mandado de segurança”. In: *A prova no direito processual civil – estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013.
- _____. “Ação rescisória fundada em prova nova e a prova documentada”, in JOBIM, Marcos Félix e FERREIRA, William Santos (coord.), *Grandes temas do novo Código de Processo Civil 5 – Direito probatório*, 3ª ed., Salvador JusPodivm, 2018, cap. 63.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civile*, 3ª ed., Torino: Utet Giuridica, 2010.
- COSTA, Susana Henriques da. “Contraditório nas investigações”, in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (coord.), *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*, Salvador: JusPodivm, 2018, p. 733-752.
- DENTI, VITTORIO. *La verificazione delle prove documentali*, Torino: Utet, 1957.
- DE SANTIS, FRANCESCO. *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2023.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. “O princípio do contraditório e sua dupla destinação”, palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura, publicada no v. 1 da 3ª ed. dos *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo: Malheiros, 2000.
- FAZZIO, GIULIA DI. *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, Torino: Giappichelli, 2018.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008”, in MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *As reformas no processo penal – as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, São Paulo: RT, 2008, p. 246-297.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Prova em vídeo no processo penal – aportes epistemológicos*, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Fatos e provas novos no processo civil*, São Paulo: RT, no prelo.
_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, São Paulo, Saraiva: 2020.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. “Mandado de segurança - prova testemunhal documentada – descabimento”, *Revista de processo*, vol. 82/1996, p. 248-249, Abr - Jun / 1996, versão eletrônica disponível em RTOOnline.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. *Manual de direito processual civil*, 8ª ed., São Paulo: Método, 2016.

PASCHOAL, Thaís Amoroso. *Coletivização da prova – técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*, São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2020.

RAMOS, Vitor de Paula. “Imediação e valoração da prova em 2ª instância” (conferência), in “*antoniopassocabral*” – *Plataforma Instagram*, disponível em <https://www.instagram.com/tv/CIF7PKtjWbM/?igshid=YmMyMTA2M2Y=>, acesso em 5.6.2022.

_____. *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*, Salvador, JusPodivm, 2021.

_____. *Prova testemunhal – Do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e epistemologia*, 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2021.

VÁZQUES, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid: Marcial Pons, 2015.

TALAMINI, Eduardo. In CABRAL, Antonio do Passo, e CRAMER, Ronaldo, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense: 2016, comentários aos arts. 381-383, p. 588-598.

TALAMINI, Eduardo. “Prova emprestada no processo civil e penal”, in *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 35, n. 140, out-dez 1998, n. 4, p. 145-162.

_____. “Prova escrita e cognição sumária na monitoria”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 177-195.

TARUFFO, Michele. *A prova*, Trad. JOÃO GABRIEL COUTO, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. “Carnelutti e la teoria della prova”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 70, n. 2, giugno 2016, p. 399-408.

_____. *La prova dei fatti giuridici - Trattato di diritto civile e commerciale*, III, t. 2, sez. 1, Milano, Giuffrè, 1992.

- THEODORO JR., HUMBERTO. *Curso de direito processual civil*, v. I, 56ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova dos estados subjetivos – presunções judiciais e regras da experiência*, Coimbra: Almedina, 2016.
- YARSHELL, Flávio Luiz. In ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2016, comentários aos arts. 381-383, p. 1.149-1.168.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo: Malheiros, 2005.