

Natureza das normas sobre prova - suas repercussões na eficácia da lei no tempo e no espaço¹.

The nature of evidence rules - repercussions in effectiveness of the rule in time and space

PAULA SARNO BRAGA

Advogada e consultora jurídica. Doutora e Mestre (UFBA). Professora Adjunta da Universidade Federal da Bahia. Professora da Faculdade Baiana de Direito. Secretária Adjunta do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Vice-Presidente da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Norma material e norma processual - 3. Institutos considerados bifrontes e natureza das normas de regência - 4. Divergência doutrinária sobre a natureza das normas sobre prova: 4.1. Corrente materialista. Posicionamento adotado; 4.2. Corrente processualista. Uma análise crítica; 4.3. Algumas teorias mistas. Uma análise ainda crítica; 4.4. Conclusão inicial – 5. Repercussões na eficácia da lei processual no espaço - 6. Repercussões na eficácia da lei processual no tempo – 7. Conclusão - Referências.

RESUMO

Trata-se de ensaio que visa analisar a natureza das normas sobre prova, e, especificamente, se tais normas são materiais, por representar critério de decisão, ou processuais, por conter critério de procedimento. A definição da natureza de tais normas permitirá identificar como deverá ser tratada a eficácia das leis de regência no tempo e no espaço, bem como a melhor interpretação do regramento existente sobre a matéria.

Palavras-chave: norma material; norma processual; norma sobre prova; eficácia da lei no tempo; eficácia da lei no espaço.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the nature of the evidence rules, specifically if such rules are material, because they represent a decision criteria, or processual, as they contain a procedural criteria. The definition of the nature of such rules will make it possible to identify how the efficacy of the rules of regency in time and space should be treated, as well as the best interpretation of the existing rule on the matter.

Keywords: material rule; procedural rule; evidence rule; effectiveness of the law in time; effectiveness of the law in space.

¹ Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

1. Introdução.

A controvérsia sobre a natureza das normas sobre prova, se material ou processual, é antiga. As correntes materialista (que as enquadra como normas materiais), processualista (que as vislumbra como normas processuais) e mista (com posições intermédias) ainda dividem estudiosos do Direito processual.

Mas o interesse no tema se renovou com o advento do CPC-2015, que, ao incorporar muitas inovações em termos de Direito probatório, optou por estabelecer uma regra de Direito intertemporal diferenciada para a matéria, no bojo do seu art. 1.047, CPC, dispondo: “As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência”.

Trata-se de regra cuja interpretação tem dado muito trabalho, ao menos para aqueles que buscam dar algum proveito para ela, quando lida à luz do ordenamento como um todo. Uma das grandes questões é se todas as normas advindas do CPC-2015 são processuais e se submetem a essa regra; outra, é se faz sentido negar aplicação às novas regras probatórias de natureza processual às provas requeridas ou determinadas de ofício na vigência do CPC-1973, quando isso não causar prejuízo e contribuir para o acesso à justiça, contraditório, e efetividade da tutela oferecida.

Demais disso, a falta de leituras satisfatórias do texto do art. 13, da LINDB, faz com que ainda persista o interesse em compreender essa regra que trata da aplicação de lei estrangeira na regência dos meios e ônus de prova do fato ocorrido no estrangeiro. Cuida-se de lei processual ou material? Seria ou não uma exceção ao princípio da territorialidade da lei processual?

São esses os desafios que a definição da natureza da norma sobre prova revelam no campo do estudo da eficácia da lei processual no tempo e no espaço. São eles que se pretende daqui por diante enfrentar, apresentando-se algumas reflexões nesse contexto.

2. Norma material e norma processual.

A distinção entre norma processual e norma material deve ser feita, a princípio, a partir da acepção mais ampla possível de processo estatal.

A norma processual é aquela que disciplina a forma de produção de outras normas jurídicas (ou decisões)². Define o procedimento a ser seguido na tomada de decisões estatais das mais diversas naturezas (legislativa, administrativa e jurisdicional). Estabelece, assim, o modo de proceder³.

Já a norma material é aquela que determina o conteúdo da norma jurídica produzida, a substância da decisão. Fornece, pois, um critério de decisão ou de julgamento⁴⁻⁵.

Ocorre que essa é uma visão estática e estritamente objetiva da distinção – presa rigidamente ao objeto da norma. Necessário proceder a uma revisão teórica que permita enxergá-la dinamicamente e na perspectiva funcional então propugnada. Para tanto, é inevitável que se enxergue que a norma que define critério de proceder pode funcionar como critério de julgar e vice-versa.

Por isso, uma norma só pode ser definida como processual ou material com precisão a partir da função desempenhada em dado processo.

Assim, por um lado, cabe dizer que uma norma processual, que define critério de proceder para um processo legislativo (ex.: quórum de deliberação para aprovação de lei complementar), quando desrespeitada, pode atuar como critério de julgar em processo jurisdicional de controle de constitucionalidade formal desta lei.

É o que ocorre também nos casos em que a exigência de defesa técnica em processo administrativo disciplinar é ali colocada como critério de proceder (norma processual). Mas será posteriormente tomada como critério de julgar se instaurado um processo jurisdicional no intuito de invalidar a decisão administrativa por desrespeito a esta regra (norma material).

² José de Albuquerque Rocha defende ser a norma processual aquela que regula os atos de vontade tendentes à criação de novas normas. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34).

³ Rosemiro Pereira Leal admite que norma processual (jurisdicional) estabelece critério de proceder. Sua afirmação é para o âmbito unicamente jurisdicional, tanto que defende que a norma processual disciplina a jurisdição e o procedimento como estrutura e instrumento de debate de direitos materiais. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119).

⁴ Rosemiro Pereira Leal assevera ser a norma material comando de criação de direitos, conformando critério de julgamento a ser empregado na atividade de decidir, mas ainda restrito à esfera jurisdicional. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119). Trata-se de proposta conceitual criticável quando se observa que normas processuais também criam direitos.

⁵ Apesar de menos abrangente, é nessa linha a colocação de Kelsen, ao sustentar que o Direito formal disciplina a organização e o processo jurisdicional e administrativo e o Direito material determina o conteúdo dos atos daí resultantes. “O Direito material e o Direito formal estão inseparavelmente ligados. Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 256 e 257).

Por outro lado, isso pode ser observado quando a norma “material” que estabelece critério de decidir em processo legislativo de elaboração do CPC-2015 opera e incide como norma processual e define critério de proceder em processo jurisdicional.

Por exemplo, a segurança jurídica atua como critério de decidir na definição do legislador (no processo legislativo) da regra básica de Direito intertemporal processual no CPC-2015 (arts. 14 e 1046)⁶ de aplicação imediata da norma processual nova aos processos em curso (atos a praticar e seus efeitos). Mas pode ser tomada como critério de proceder por partes ou juiz que figurem em um processo jurisdicional, para que ajam de acordo com a lei antiga negando a aplicação imediata da lei nova, se isso for necessário para fazer valer essa mesma segurança jurídica⁷⁻⁸.

Estreitando a análise, para concentrá-la exclusivamente no *processo jurisdicional*, a conclusão é essencialmente a mesma.

⁶ “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. “Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

⁷ Por exemplo, encontram-se precedentes do STJ, no sentido de que, em nome da segurança jurídica e da razoabilidade, pode-se aplicar lei antiga e revogada, negando aplicação imediata à lei nova. No caso, em respeito à segurança e à razoabilidade, entendeu-se que a lei nova (Lei nº 11.232/2005) que institui a impugnação de executado e prevê o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão de seu indeferimento não afasta o cabimento de apelação contra decisões de indeferimento dos antigos embargos à execução, ajuizados sob a égide da lei antiga, ainda que tais decisões tenham sido *publicadas* na vigência da lei nova. A despeito disso, tem-se admitido o recurso interposto, com base no princípio da fungibilidade. Assim, STJ, 4.ª T., AgRg no REsp n. 1109004/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 19.05.2009, publicado no DJe de 08.06.2009; REsp n. 963977/RS, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.08.2008, publicado no DJe de 05.09.2008; EREsp n. 1043016/SP, 2.ª S., rel. Min. Massami Uyeda, j. em 10.03.2010, publicado no DJe de 27.05.2010; REsp n. 1.062.773, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 7.6.2011, publicado no DJe de 13.06.2011.

⁸ Kelsen demonstra reservas com relação a essa visão: “A Constituição (no sentido material da palavra) em regra apenas determina os órgãos e o procedimento da atividade legislativa e deixa a determinação do conteúdo das leis ao órgão legislativo. Só excepcionalmente – e, de modo eficaz, apenas por via negativa – determina a conteúdo das leis a editar, excluindo certos conteúdos (...) Por outras palavras: a Constituição representa predominantemente Direito formal, enquanto que o escalão da criação jurídica que lhe está imediatamente subordinado tanto representa Direito material como formal”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258). Há que se observar, contudo (e por exemplo), a operabilidade da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* (inclusive processuais) que os reveste da condição de *valores fundamentais de toda a sociedade*, que devem espalhar-se e difundir-se pelo ordenamento jurídico, contaminando suas regras e preceitos normativos. São, assim, a base axiológica da ordem jurídica que se diga democrática, que deve nortear as atividades estatais legislativas, judiciárias e administrativas, atuando como regra de julgamento em todos esses contextos (Conferir, MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114 ss.; NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 80 ss.; DUQUE, Marcelo Schenk. *Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos*. In Cláudia Lima Marques (coord.). **A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113 ss.; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 79 ss.). Nessa perspectiva, os direitos fundamentais servem de diretrizes para a instituição, interpretação e aplicação das normas pelo Estado. Cabe ao Estado-Legislator, Estado-Juiz e Estado-Administrador pautar toda sua atuação nesses padrões valorativos da coletividade, observando-os, sobretudo, na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas (Vide, dentre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 343; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 4 t, p. 314 ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 438 ss.).

Estaticamente, a norma processual é aquela que estabelece critério de proceder, disciplinando a forma de produção das decisões judiciais⁹. A norma material é aquela que determina o conteúdo da decisão produzida, fornecendo um critério de decisão ou de julgamento¹⁰.

Dinamicamente, a norma que define critério de proceder pode funcionar como critério de julgar (ex.: norma sobre situação processual de incompetência do juízo pode atuar como critério de julgar em ação rescisória proposta contra decisão transitada em julgado prolatada por juízo absolutamente incompetente, cf. art. 966, II, CPC).

Há quem contraponha a visão, sustentando que existem normas que determinam o conteúdo da decisão, mas não podem ser objeto de processo autônomo, como aquelas relativas às preclusões, aos efeitos da revelia, à desistência da ação e ao reconhecimento do pedido¹¹⁻¹²⁻¹³.

Olvida-se, contudo, que a desistência da ação e o reconhecimento da procedência do pedido (atos processuais), que se realizem defeituosamente, podem, sim, vir a compor o mérito de processo autônomo, com uma ação anulatória (art. 966, §4.º, CPC).

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119.

¹⁰ Semelhante é a visão de Allorio, que coloca a norma material como algo próximo a um critério de julgar, que definirá o conteúdo da decisão. Isso se observa mais especificamente quando afirma que se deve reconhecer índole material às normas que regem situações jurídicas que podem ser objeto de declaração judicial autônoma, determinando o conteúdo do julgado. E as normas processuais são aquelas que gerem outras situações relevantes no curso do processo. (ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale. In **Problemi di diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v, p. 121 e 122). Incidentalmente, ao longo de estudo sobre a jurisdição voluntária, Allorio coloca o direito subjetivo substancial como a situação jurídica que é objeto do processo de declaração judicial. Acredita que a norma jurídica tem vida e eficácia primeiro e fora do processo, e tem firme convicção de que a exigência de subjetivação da norma e sua tradução na categoria do direito subjetivo nasce do processo de accertamento. A norma é invariável, prevendo fato e efeito jurídico perfeitamente definidos. A estrutura do direito subjetivo substancial depende ao invés da organização do processo de accertamento (certificação) do qual ele é objeto. O processo recorta, variadamente, no conteúdo dado pela norma, a estrutura, de certa forma arbitrária, do direito subjetivo. (ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In **Problemi di diritto**. Milano: 1957, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 2 v, p. 53-55).

¹¹ Allorio insere algumas delas na categoria que chama de normas decisórias não substanciais. (ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale. In **Problemi di diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v., p. 136 e 137).

¹² REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 102.

¹³ Vittorio Denti coloca problema afim, que seria o fato de existirem situações substanciais que não poderiam ser objeto autônomo de declaração judicial, como a prescrição, a compensação etc. (DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civili. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, v. 24, 1969, p. 9). Ou seja, o autor se refere, basicamente, às exceções substanciais, contraditórios, que o réu poderia trazer a juízo em sua defesa. Mas há de se observar que, de um lado, alguns desses direitos podem, sim, ser objeto de declaração judicial autônoma, como, por exemplo, o direito de crédito subjacente à compensação e, de outro, que, na visão aqui adotada, são substanciais todas as normas que servem de critério de julgamento, que não precisa se dar por um processo autônomo ou por uma declaração judicial autônoma. Assim, a prescrição é tema a ser objeto de decisão de mérito. Fredie Didier Jr., escrevendo sobre contraditórios, afirma que “quando exerce um contraditório, em defesa, o réu amplia o mérito (o objeto litigioso do processo). A afirmação do contraditório comporá o mérito da causa, ao lado da afirmação do direito feita pelo autor”. (Vale conferir como um todo, DIDIER Jr., Fredie. Contraditórios, objeto litigioso do processo e improcedência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 223, 2013, p. 87-100).

Além disso, a norma material, de fato, é aquela que determina o conteúdo de decisão, mas não precisa ser decisão sobre objeto de processo autônomo. Pode ser decisão de um incidente processual, de um recurso. Norma material é a que serve para resolver o objeto da decisão; quando uma questão processual se torna objeto da decisão, a norma processual que a define servirá como norma material.

Nesse contexto, as preclusões e a confissão ficta são situações jurídicas processuais que podem compor o mérito de um incidente ou de um recurso e, assim, ser objeto de uma decisão. E as normas que as regem atuarão como critério de julgar.

Poderão ser resolvidas incidentalmente por decisão que reconheça uma revelia ou o decurso de um prazo recursal (preclusão temporal), como inúmeras outras questões exclusivamente afetas ao processo. Mas também podem vir a compor o mérito de um procedimento incidental ou recursal, por exemplo. Basta pensar num recurso cujo mérito seja o *error iudicando* decorrente da decretação do efeito material da revelia de um réu irregularmente citado.

Questiona-se, ainda, em doutrina, a visão ora adotada sob o argumento de que existem questões seguramente processuais que podem ser objeto de processo e nem por isso seriam materiais¹⁴ – o que revela apego a uma definição da norma pelo seu objeto e ignorando sua função. Há quem rejeite, também, a tese aqui acolhida, sob o argumento de que acabaria por exigir a busca do escopo de cada norma singular – se estipula um proceder ou um decidir -, o que revelaria seu caráter ilusório¹⁵.

Entretanto, o que não observam esses opositores é que isso só se exige diante de visão funcional e dinâmica da norma processual, i.e., naqueles casos em que ela funciona como critério de decidir¹⁶. Se a norma processual for estaticamente considerada (só em vista do seu objeto), essa tarefa de aferição da finalidade e função de norma por norma, caso a caso, não se impõe¹⁷.

Superadas essas críticas, deve-se reconhecer que é perfeitamente possível e até corrente na prática forense que a norma processual, que estabeleceu um critério de procedimento para um processo, funcione como norma material: i) em outro processo, quando invocada para a solução do seu mérito (ex.: ação rescisória contra decisão

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969, p. 356.

¹⁵ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 10 e 11; LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969, p. 356.

¹⁶ Essa visão é necessária para definir, por exemplo, que faz coisa julgada a decisão que se dá sobre mérito processual, aplicando norma originariamente processual.

¹⁷ Essa visão é suficiente, por exemplo, para fins de definição de competência legislativa sobre a matéria processual.

transitada em julgado prolatada por juiz impedido, art. 966, II, CPC); e *ii*) em incidente (ex.: arguição de suspeição de magistrado, art. 146, CPC) ou recurso do mesmo processo, se aplicável também na resolução do seu mérito¹⁸.

Necessário esclarecer, antes que se siga adiante, que o foco deste trabalho é a norma processual jurisdicional estaticamente considerada. É toda aquela que define o critério de proceder no exercício da jurisdição, regulando, pois, esse procedimento de produção da decisão judicial, em seus atos e efeitos jurídicos (as chamadas situações jurídicas processuais). Isso, independentemente de vir a atuar como critério de julgar – ou seja, de funcionar como norma material.

Ainda que partindo dessa premissa, não há como enfrentar especificamente a natureza das normas sobre prova sem antes compreender qual a essência de certos institutos de natureza controvertida e que ficam, para muitos, em uma zona cinzenta entre o contexto processual e material.

3. Institutos considerados bifrontes e natureza das normas de regência.

Há alguns institutos que se diz serem simultaneamente regulados pelo Direito material e pelo Direito processual e, por isso, haveriam de ser denominados como “bifrontes”. Comporiam um “Direito material processual”¹⁹.

É o que se fala, na obra de Cândido Rangel Dinamarco, da prova (art. 212 ss., Código Civil), da hipoteca (art. 1419 ss., Código Civil), da legitimidade para propor dadas demandas (ex.: art. 899, §1.º, Código Civil), da fraude contra credores (arts. 158 ss., Código Civil) e da responsabilidade patrimonial (art. 391, Código Civil)²⁰.

¹⁸ Allorio diz que para distinguir norma processual e material o ângulo de visão do magistrado é decisivo. De fato, é ele que verifica o que será objeto de decisão ou não. E que há casos em que, para o juiz que conduz a causa, colocam-se normas que para ele se constituem vínculo decisório, mas que não são qualificáveis como substanciais. Daí falar na categoria da norma decisória não substancial. Seria o caso das normas sobre o ônus de prova, que vinculam o juiz ao fundamentar a decisão, mas não se confundem com a situação substancial deduzida. (ALLORIO, Enrico. *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale. In Problemi di diritto*. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v, p. 125, 126, 136 e 137). Pelo exemplo dado, percebe-se que a visão, nesse particular, é distinta da ora colocada, pois não se constata que existem situações jurídicas originariamente processuais que se colocam como objeto de decisão em um processo. E não se visualiza, como se sustenta em item sobre normas de prova colocado mais adiante, que norma sobre ônus de prova é substancial. Mas ao menos se reconhece que norma por ele tomada como processual pode ser critério de decisão. Vittorio Denti considera a visão de Allorio contraditória em si mesma e ilusória. (DENTI, Vittorio. *La natura giuridica delle norme sulle prove civili. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 24, 1969, p. 10 e 11).

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 222.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 1 v., p. 79. Fala-se na existência desses institutos e dispositivos aparentemente materiais, mas que seriam, rigorosamente, processuais. Diz-se que sua proximidade com o substancial e a influência que dele sofre, é significativa a ponto de fazer com que se confundam os planos. São casos em que o Direito material e sua normatização simplesmente influenciam e conformam mais intensamente o Direito processual, justificando-se que: “É natural que todo o direito processual seja

Mas há os que negam a existência deste “Direito material processual”, por entender que tais institutos são estritamente processuais e as normas que o regem, quando constantes em diploma material, são simplesmente heterotópicas²¹.

A concepção mais adequada difere de todas essas.

Prova, hipoteca, responsabilidade patrimonial... Enfim, todos estes são institutos materiais em essência e muito do que se estabelece em torno deles funciona como critério de julgar²².

A questão é que, considerando que podem operar em juízo ou simplesmente ser deduzidos/empregados no bojo de processo jurisdicional, cabe à norma processual estabelecer seu regime jurídico processual e, por conseguinte, como proceder diante de sua presença e atuação em um processo.

Por exemplo, é necessário que o Direito processual defina como proceder: i) na produção da prova em juízo; ii) na imputação de responsabilidade patrimonial ao sócio da empresa executada (seja direta ou por desconsideração da personalidade jurídica); iii) no reconhecimento da ilegitimidade *ad causam*, definindo se pode ser reconhecida de ofício, se necessário contraditório, a quem cabe prová-la, se conduz à extinção ou sucessão processual etc. Essa é a tarefa da norma processual.

Assim, um estudo mais atento desses institutos e dispositivos legais permite concluir que eles são institutos de Direito material, e que, quando objeto de discussão em processo jurisdicional, ou quando simplesmente manipulados em juízo, exigem uma disciplina processual própria, que seja adequada às vicissitudes que os envolve, em nome da instrumentalidade do processo; nesse caso, haverá as normas processuais que os regulam.

A importância de justificar sua natureza material e a necessidade de regramento do seu regime jurídico processual - i. e., o que deve ser objeto de norma material e de

permeado dessa influência, posto que instrumento do direito material, mas o que se dá, nos casos indicados, é a exacerbação da influência e intensa contaminação do processo pelo substancial. E seria exatamente o que ocorreria com os institutos como condições da ação, prova, prescrição, responsabilidade patrimonial, hipoteca e fraude contra credores. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 222).

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 1 v., p. 79. Alcides Mendonça Lima enumera diversos dispositivos no Código Civil de 1916 que seriam estritamente processuais. (LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 06 e 07).

²² Sobre a natureza das normas sobre responsabilidade patrimonial e hipoteca, com mais profundidade, conferir: BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2015. Na mesma obra também consta o enfrentamento da natureza das normas sobre prova.

norma processual -, é especialmente destacada no campo da competência legislativa²³, já abordada em outra obra, além de conduzir a outras repercussões²⁴.

No que se refere à competência para legislar sobre tais matérias, em sendo elas de Direito material (ao menos na esfera civil e comercial e outras referidas no art. 22, I, CF), não há dúvida de que só a União pode sobre elas legislar; sendo, porém, afeta ao Direito processual, há que se cogitar, no mínimo, a competência suplementar e supletiva dos Estados e Distrito Federal para estabelecer normas locais em sede de Juizados ou até mesmo fora deles se a questão for considerada procedimental ou do procedimento indissociável (art. 24, X e XI, CF).

Mas é a repercussão da natureza das normas sobre prova sobre a eficácia da lei de regência no tempo e no espaço que, de fato, interessa ao presente trabalho.

A grande variedade de teorias sobre a natureza da prova é muito bem exposta por Hermenegildo de Souza Rego.

Das teorias mais correntes (materialistas, processualistas e mistas) àquelas mais isoladas (que incluem a prova na teoria geral do direito ou a tomam como *tertium genus*, por exemplo)²⁵.

Cabe, aqui, breve abordagem daquelas mais difundidas, de forma a justificar o posicionamento adotado.

4. Divergência doutrinária sobre a natureza das normas sobre prova.

4.1. Corrente materialista. Posicionamento adotado.

Nos termos da teoria *materialista*, as normas sobre prova são substanciais, tendo em vista disciplinarem a relação jurídica substancial subjacente sob o perfil da certeza. Exatamente por se dirigirem à formação do convencimento do juiz (ou do próprio jurisdicionado) em torno dessa certeza, são por ele aplicadas, como critério de

²³ Tema enfrentado em BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

²⁴ Hermenegildo de Souza Rego, ao enfrentar a natureza das normas sobre a prova, traz inúmeras outras repercussões práticas para essa distinção, que se sugere conferir. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 03 ss.).

²⁵ REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 11. Aprofundam na questão, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 345-352; MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. In **Estudios del Derecho Procesal**. Buenos Aires: EJE, 1967, 1 t., p. 588 ss.

julgamento, assim como as normas que regem a relação substancial deduzida em juízo²⁶.

As normas sobre a admissibilidade da prova, objeto da prova, valor da prova, todas elas são tomadas como normas materiais. E com toda razão. Funcionam como critério de decisão para magistrado que se debruçará sobre elas, aplicando-as como primeiro passo ou etapa para que, desvendando os fatos, julgue a própria relação material deduzida.

Nesse particular, há quem fale, até mesmo, em uma indissociabilidade da prova e do direito material, afinal, direito que decorra de fato que não pode ser provado equivaleria a um direito “inexistente” – na verdade, judicialmente rejeitável –, pois possivelmente será negado em juízo. Por isso, um instituto tão decisivo para o reconhecimento do direito material não pode ser considerado estritamente processual. Daí se asseverar que “o tratamento que a lei dá ao meio de prova acaba por ser determinante do direito e inalterável sem alteração deste²⁸”.

Essa conclusão decorre, ainda, da constatação de que a prova atua também fora do processo²⁹.

A verdade é que a prova nem sempre se refere a um processo. A prova pode ser providenciada antes de ir a juízo, independentemente de se pretender levá-la ou não a juízo (ex.: vistoria prévia de imóvel a ser locado ou email exigido do cliente pelo advogado declarando que renuncia ao direito de recorrer).

²⁶ Expõe o argumento, REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 18 e 19.

²⁷ O rol de adeptos da teoria é amplo e merece ser conferido em obra do também materialista, que destaca a grande adesão de franceses, GABBA, C. F. **Teoria della Retroattività delle leggi**. 2 ed. Torino: Unione Tipografica Editrice, 1889, 4 v., p. 474 ss. A lista é complementada por REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 15 e 16, nota 32. Alguns dos seguidores dessa corrente serão citados ao longo do texto, valendo a menção imediata a Salvatore Satta, Francesco Carnelutti, Amaral Santos, João Monteiro, João Mendes Junior e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Segue essa linha, só excluindo do contexto material o ônus de prova e a forma de produção da prova, LOPES, João Batista. **A Prova do Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29. Colocações isoladas e sintéticas de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda permitem inseri-lo na corrente materialista (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, 2 t., p. 152 e 153; cf. também, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, 4 v., p. 213 e 225). Na interpretação de Hermenegildo Rego da afirmação de Pontes de Miranda é possível extrair-se que: “(...) se a prova do bem que se reclama no processo é ligada à norma que assegura tal bem, parece evidente que a norma sobre prova é da mesma natureza que a norma que assegura os bens”. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 26).

²⁸ Mesmo sendo adepto da visão processualista, Hermenegildo Rego expõe a questão. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 26 e 27).

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones Del Proceso Civil**. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1973, 1 v., p. 257 e 258. Observa-se que, inicialmente, Carnelutti filiou-se à corrente processualista, mas, mesmo sob críticas, na década de 1940, muda de posição, especialmente por perceber que a prova serve extraprocessualmente. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 20 e 21). Cf. sobre o argumento, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 346.

Assim, há prova: *i*) extraprocessual, que independe de qualquer processo (ex.: vistoria do imóvel locado); *ii*) pré-constituída, produzida para ser levada a um processo (ex.: os instrumentos); ou *iii*) processual, produzida no processo e, muitas vezes, também para o processo (ex.: produção antecipada de prova testemunhal ou a perícia judicial).

Nem sempre a prova é feita visando interferir no convencimento de um juiz. Admite-se que a prova se faça com o simples objetivo de formar o convencimento do jurisdicionado sobre o fato probando e a certeza do direito material que se imagina dele decorrer, de modo que possa avaliar se é válido travar batalha judicial em torno dele ou não.

Imagine-se que o síndico de um condomínio edilício, ao conduzir obras na área comum, tenha dúvidas sobre a efetiva prestação de serviços de esgoto por empresa pública estatal, que vem sendo remunerada com o pagamento da taxa respectiva nos últimos dez anos. Seria perfeitamente possível o ajuizamento de ação probatória autônoma no intuito de realizar-se uma perícia antecipada, verificando se os ditos serviços de esgoto são ou não prestados. Se não, ao menos, uma perícia extrajudicial consensual. Assim, o condomínio teria os dados e informações suficientes para resolver conscientemente se exerce ou não a pretensão respectiva, judicial ou extrajudicialmente³⁰.

Isso porque a parte, devidamente informada sobre fatos que circundam a situação jurídica por ela vivida, terá as condições necessárias para avaliar suas chances de êxito em eventual processo de certificação de direito material. Poderá, conscientemente, adotar a postura que lhe pareça apropriada, que pode ser: *i*) a instauração (ou prosseguimento) do processo de cognitivo, visando discutir o direito material; *ii*) investir em negociações para chegar a uma autocomposição³¹; *iii*) ou simplesmente recuar, optando por não litigar em torno desse direito.

Fala-se, assim, em um direito autônomo à prova, de buscar e acessar a prova para obter as informações fáticas necessárias para decidir-se se é o caso de discutir o direito material afirmado em juízo³².

Esse direito à prova pode funcionar como o próprio objeto litigioso de um processo, mais especificamente como o mérito da chamada ação probatória autônoma, que é aquela

³⁰ Exemplo dado em, DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 218, 2013, p. 13-45.

³¹ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210-212.

³² Já houve devido enfrentamento do tema, com várias referências, em DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 218, 2013, p. 13-45.

que permite que se antecipe a produção da prova, mesmo sem a afirmação ou demonstração de urgência ou do risco de perdê-la³³.

As normas sobre prova são materiais, atuando como critério de julgar incidental ou principal.

Será critério de julgar *incidental* quando a análise da admissibilidade, do objeto ou do valor da prova, na fundamentação da sentença ou por decisão interlocutória, for dirigido à formação do convencimento do juiz sobre o *thema decidendum* (a questão principal que será resolvida)³⁴.

Será critério de julgar *principal* quando o próprio direito autônomo à prova compuser o mérito de uma demanda probatória (autônoma ou incidental).

Rigorosamente, o autêntico materialista só não nega, nem haveria como negar, que as normas em torno do modo ou forma como a prova será produzida em juízo são processuais³⁵. São, assim, processuais, as normas que disciplinem o procedimento de produção da prova, tal como aquelas que tratam do número de testemunhas que podem ser arroladas, do prazo para apresentação do respectivo rol, da possibilidade de prorrogação do prazo para depósito do laudo pericial etc.

Acrescente-se, ainda, no contexto da discussão, as normas sobre *ônus de prova*³⁶.

Considerando que o ônus objetivo de prova é regra subsidiária de *juízo* que determina que aquele que não produziu a prova que lhe cabia suportará decisão desfavorável, só pode ser vista como norma material, afeta ao Direito substancial.

Não cabe negar sua natureza material sob o argumento de que só incide se aplicada no processo³⁷. Não por isso. Existem inúmeros direitos que só podem ser realizados por juiz. A nenhum deles se nega o adjetivo “material”. São regidos por normas cuja

³³ O tema é abordado do CPC-2015, arts. 378 ss.

³⁴ Convencimento este que também se forma sobre a admissibilidade da demanda.

³⁵ Assim, AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Civil e Comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/a, 1 v., p. 46 e 47; ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 210; MONTEIRO, João. **Programma do Curso de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Thypographia Academica, 1936, 2 v., p. 340; CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1973, 1 v., p. 258; DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 2 v., p. 103.

³⁶ Cf. sobre a discussão, MELEND, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. In **Estudios del Derecho Procesal**. Buenos Aires: EJE, 1967, 1 t., p. 592 ss.

³⁷ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, comentando a questão, já disse: “O ônus de prova começa antes de qualquer demanda: preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante”. Isso é premissa para o autor concluir que a regra sobre ônus de prova não é nem material nem processual, mas, sim, comum aos dois ramos do direito, pois se refere à tutela jurídica (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, 4 v., p. 218 e 219). Diferente é a opinião de João Lopes, visualizando como problema processual, LOPES, João Batista. **A Prova do Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Comentários ao art. 1.047. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.404.

realização pressupõe obrigatoriamente intervenção judicial. É o que se observa, por exemplo, com o direito potestativo de anular um casamento ou de interdição³⁸. Todos esses são direitos que, assim como o direito à prova, nascem de fatos anteriores ao processo.

Mesmo o ônus de prova já tem relevância antes do processo, tal como se pode imaginar quando um devedor que não tenha prova de pagamento, sabendo que o encargo de tê-la é seu, deixe de resistir à pretensão do credor a ela se submetendo independentemente da existência de um processo³⁹.

Há, ainda, aquelas regras em torno da possibilidade de o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, inverter o ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC) ou distribuí-lo dinamicamente (art. 373, §1.º, CPC-2015)⁴⁰. Confere-se ao julgador o poder de alterar, no curso do processo, a regra subsidiária de julgamento.

São normas processuais. Diante de fato processual, como a verossimilhança do que foi alegado pela parte onerada ou a sua dificuldade probatória, confere-se ao juiz poder (consequente jurídico processual) de redefinir processualmente a regra subsidiária de julgamento, a ser aplicada quando não houver provas o bastante nos autos. Estabelece a forma como deve o juiz proceder em juízo⁴¹.

Fora isso, e já a título de arremate, não pode passar despercebido o fato de que o CPC-1973 inovou ao falar de ônus de prova, e o Código Civil ao não abordá-lo, considerando que este é tema tradicionalmente regrado por legislação material⁴². O CPC-2015 manteve-se nessa linha processualista, também incorporando a disciplina do ônus probatório.

4.2. Corrente processualista. Uma análise crítica.

³⁸ No mesmo sentido, Leo Rosenberg, que rebate o argumento lembrando de regras como aquela que determina a redução da pena convencional excessivamente alta. (ROSENBERG, Leo. **La Carga de La Prueba**. 2 ed. Buenos Aires-Montevidéo: Editorial IBdef, 2002, p. 98-101).

³⁹ Ao contrário do que supõe REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 120.

⁴⁰ “§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

⁴¹ Processual é também a norma que estabelece o modo de proceder do juiz ao estabelecer essa nova regra subsidiária de julgamento em concreto (distribuindo-a dinamicamente), mais especificamente aquela que define o momento em que a distribuição deve ocorrer dentro do processo, a possibilidade de fazê-lo de ofício, a necessidade de ouvir previamente a outra parte, o cabimento de recurso contra a decisão etc.

⁴² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, 2004, p. 12.

Em que pese a correção da visão materialista, a corrente *processualista* é aquela que conta com maior número de adeptos⁴³.

Enxerga as normas sobre prova como normas processuais basicamente por se destinarem à formação da convicção do juiz, não visando sua disciplina atender interesses dos jurisdicionados.

A prova é considerada instrumento de busca da verdade e da realização da justiça pelo Estado, sendo tema de Direito público que não pode ser confundido com o direito subjetivo material da parte.

Embora aceitem que possa ser usada fora do processo para fins particulares e para documentar e dar certeza aos direitos e seu gozo, a prova só assumiria real relevância no processo, quando será vista lado a lado com outros meios de prova.

Chega-se a dizer que “a utilidade das provas fora do processo é dada apenas por um cálculo antecipado (uma *dedução*) do emprego delas num futuro possível e assim da presumida eficácia que se possa esperar delas; é portanto uma utilidade de fato, não jurídica⁴⁴”.

Mas essa é uma visão parcial e limitada do fenômeno probatório, tendo em vista que o primeiro e grande destinatário da prova é o sujeito nela interessado, que tem o direito de obtê-la para formação da sua própria convicção e tomar suas próprias decisões de ir ou não a juízo e até mesmo partir para conciliação.

A prova pode sequer ser levada a processo e, pois, à apreciação do juiz; se o for, não determinará um critério de proceder em juízo, mas, sim, um critério de decidir, pois o juiz deliberará se: i) admite ou não a prova; ii) o valor a ser a ela conferido; iii) a quem pertence o ônus e se foi ou não atendido etc.

Rigorosamente, só se pode dizer processual a norma que discipline o procedimento de sua produção.

⁴³ Confira-se lista de seguidores nas obras de GABBA, C. F. **Teoria della Retroattività delle leggi**. 2 ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1889, 4 v., p. 475; CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v., p. 252; REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 34 e 35. Alguns deles e outros serão citados neste texto. Mas são colocados como alguns dos principais adeptos, CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v., p. 242 e 243; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale**. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, 2 v., p.71-74; LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969, p. 355; LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme Processuali nel Codice Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, 1948, p. 154, 3 v., parte 1, p. 163 e 164; ROCCO, Ugo. **Teoria General del Proceso Civil**. Tradução de Felipe de J. Terra. México: Porrúa, 1959, p. 418.

⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme Processuali nel Codice Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, 1948, 3 v., parte 1, p. 164 e 165.

Hermenegildo de Souza Rego, adepto da corrente processualista, sustenta que normas sobre prova são somente aquelas que produzem efeitos em processos jurisdicionais. Provas extrajudiciais que visem, por exemplo, facilitar o adimplemento voluntário da outra parte (como instrumento de pressão), ou simplesmente confirmar a existência da prova (como a constatação de quem assistiu ao acidente de veículo) consistem em simples fato que não tem relevância jurídica enquanto não instaurado um processo⁴⁵.

Entretanto, já se tem mais que reconhecida a relevância extraprocessual de provas de fatos nunca levados a processos, para estimular acordos ou evitar batalhas judiciais, por exemplo.

Cândido Rangel Dinamarco⁴⁶ adere à corrente processualista, sobretudo por visualizar que “a prova é invariavelmente preordenada a alguma decisão, ato de poder que sempre terá lugar no processo”. Embora critique a ampla regulação da prova do Código Civil, reconhece a existência das disposições esparsas (sobre prova de filiação e pagamento, por exemplo) que tem seu valor em termos de instrumentalidade, pois: “corresponde, até, à linha instrumentalista que vai ganhando corpo no direito processual, porque permite que o trato substancial e o processual de certos institutos vivam em harmonia, de modo que se tenham normas de processo compatíveis com as exigências peculiares à situação jurídico-substancial considerada”.

Aqueles que adotam essa visão processualista só consideram material, na melhor das hipóteses, norma que trate da forma de dado ato jurídico, da formalidade necessária para que exista ou seja válido – único dado que seria importante fora do processo⁴⁷. São casos em que a prova do ato deve ocorrer de determinada forma (ex.: escritura pública), sob pena de não ser considerado provado.

Há quem questione o caráter probatório da regra, pois a forma integra o próprio ato jurídico, sendo indispensável seu aperfeiçoamento⁴⁸. Deve-se considerar, contudo, que, ao lado disso, a autêntica finalidade da forma é documentar o ato e conferir certeza à vontade que ele representa, visando, precipuamente, à sua prova. Assim, toda forma

⁴⁵ REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 110 e 126.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225-228.

⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale**. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, 2 v., p. 71 e 72; ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial**. 5 ed. Buenos Aires: Zavalia Ed. 1981, 1 t., p. 52 e 53. Assim, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, 2004, p. 11; REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 106.

⁴⁸ REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 38 e 106.

especial visa inegavelmente à prova do ato. É bem por isso que os arts. 212 a 232 do Código Civil disciplinam, lado a lado, a forma e a prova do ato jurídico⁴⁹.

Essa linha processualista acabou sendo adotada no CPC-1973 por Alfredo Buzaid, muito por influência dos italianos Chiovenda e Liebman, que incorporou toda a disciplina da matéria de prova. O CPC-1973 manteve a regência do direito probatório⁵⁰, assim como o fez o CPC-2015, até porque era e ainda é a visão processualista a predominante. Mas isso não impediu que o Código Civil fosse elaborado e aprovado com inúmeros artigos sobre o Direito probatório⁵¹.

4.3. Algumas teorias mistas. Uma análise ainda crítica

Subsistem, ainda, as teorias *mistas*, que são aquelas que dividem entre o Direito material e o Direito processual as normas sobre o objeto, a admissibilidade e o valor da prova⁵².

Trata-se de visão atribuída a autores como Giuseppe Chiovenda, Santiago Sentis Melendo e Vittorio Denti.

Giuseppe Chiovenda é inserido nesse contexto porque, mesmo depois de afirmar que a matéria das provas é inteiramente relativa ao Direito processual⁵³, tenta distinguir normas probatórias gerais das normas probatórias particulares.

As normas probatórias gerais seriam aquelas estabelecidas no intuito de compor a formação do convencimento do juiz sobre as relações jurídicas em geral, por motivos processuais (como a simplicidade ou rapidez do processo). Seriam normas processuais.

As normas probatórias particulares seriam aquelas estabelecidas sem visar diretamente à formação do convencimento judicial, mas, sim, a uma determinada relação jurídica material, incorporando-se à regulamentação dessa disciplina. Seriam normas materiais⁵⁴. Por exemplo, seria o caso da norma que condicione a admissibilidade da

⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

⁵⁰ Com mais detalhes, inclusive históricos, ARAGÃO, Egos Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, 2004, n. 116, p. 14 e 15.

⁵¹ Na Itália e em Portugal, a prova é disciplinada no Código Civil. O Código Civil Português disciplina a prova nos arts. 341 ss., passando por temas como o ônus de prova, as convenções sobre prova, a confissão, a prova documental etc. No Código Civil Italiano, são encontrados diversos dispositivos sobre o tema a partir do art. 2697 – cuidando do ônus de prova, da confissão, da prova documental, da prova testemunhal etc.

⁵² REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 52; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 349 e 350.

⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, 3 v., p. 96.

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v., p. 243, 255 e 256; REGO,

prova testemunhal ao início da prova por escrito em torno de uma relação ou estado específico, como a de filiação.

Mas o critério distintivo chiovendiano é pouco consistente, pois não traz proposta clara de distinção de norma geral e particular, por buscar diferenciá-las considerando “razões legislativas na instituição da norma, processuais ou materiais, para definir sua natureza⁵⁵”.

Já se viu que a natureza da norma é definida considerando o papel que desempenha: se cuida do procedimento de criação de norma/decisão, é processual; se cuida do conteúdo da decisão, é material.

As normas sobre o objeto, o valor, a admissibilidade da prova (e o ônus probatório também) são objeto de decisão, determinam seu conteúdo, seja em torno do reconhecimento e realização de um direito substancial e autônomo à prova, seja como pressuposto para reconhecimento de fato que conduz ao nascimento do direito afirmado.

Nessa linha mista, tem-se, ainda, a visão de Santiago Sentis Melendo, que sustenta que cabe às normas materiais regulamentar as fontes de prova e às normas processuais tratar dos meios de prova admitidos. É o que se pode extrair da sua afirmação de que o Código Civil deve tratar das fontes e o Código de Processo dos meios⁵⁶.

A concepção de Santiago Sentis Melendo diz-se partir de visão equivocada da distinção feita por Francesco Carnelutti de fontes e meios. Isso porque Francesco Carnelutti afirma serem as fontes de prova os elementos sobre os quais se produz a prova, de modo a permitir a cognição judicial do fato probando (testemunha, documento e indício)⁵⁷. Já Santiago Sentis Melendo vê a fonte como a percepção do fato, fora do processo, pela eventual testemunha ou parte que venha nele a depor⁵⁸⁻⁵⁹.

Premissas errôneas levam a conclusões insustentáveis.

Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 53, 54, 255 e 256.

⁵⁵ Cf. REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 57 e 58. Hermenegildo de Souza Rego questiona o critério de Giuseppe Chiovenda não só por destoar dos usuais, como também pela sua precariedade, visto que baseado na busca da intenção do legislador (questionável por si só). (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 58 e 59).

⁵⁶ MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. *In Estudios del Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1967, 1 t., p. 597 e 598.

⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 231.

⁵⁸ Para mais críticas e análise mais profunda, REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 62-64.

⁵⁹ Diz o autor que, em sua visão, todas as provas são pré-constituídas como fontes e se constituem dentro do processo com o emprego dos meios autorizados por lei. (MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. *In Estudios del Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1967, 1 t., p. 597).

Demais disso, a disciplina da fonte de prova (como o documento, a testemunha ou o fenômeno natural) está intimamente correlacionada com o valor ou a admissibilidade do meio de prova. Difícil dissociá-las.

Por exemplo, estabelecendo-se quem pode ser testemunha, excluindo aqueles considerados incapazes, suspeitos ou impedidos, o legislador está a limitar a admissibilidade da prova testemunhal (art. 447, CPC, e art. 228, Código Civil).

Ainda como exemplo, ao se equiparar o documento público produzido por oficial incompetente e assinado pelas partes ao documento particular (art. 407, CPC), o legislador está tratando da sua força *probandi* (valor da prova).

Todas essas são, portanto, normas materiais.

Vitorio Denti⁶⁰, seguido pelo também italiano Mauro Cappelletti⁶¹ e pelos brasileiros Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶², abandona os imprecisos e relativos conceitos e parâmetros abstratos de enquadramento da norma sobre prova no contexto material ou processual⁶³ – que não acomodariam, nem um (material), nem outro (processual), adequadamente o instituto⁶⁴.

Isso porque não levariam em conta as peculiaridades e necessidades de cada caso concreto. As exigências de cada caso concreto podem impor que o juiz siga em alguns casos critérios materiais e, em outros, processuais. Não haveria nenhum óbice a que o juiz considerasse a mesma norma probatória ora como material, ora como processual, a depender do problema concreto que esteja a solucionar: de retroatividade da lei ou de conflito temporal ou de conflito interno ou internacional de leis. O que importa é não ficar preso à rigidez das fórmulas abstratas⁶⁵.

⁶⁰ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 34 e 35.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. La “natura” delle norme sulle prove. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 24, 1969, p. 97 e 98.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 351 e 352.

⁶³ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 34 e 35. Vittorio Denti dá exemplo. Diz que uma norma, quanto à sua estrutura, pode ser, ao mesmo tempo, de valoração jurídica (material ou estática) e de produção jurídica (processual ou dinâmica). Seria o caso da norma de ônus de prova que é norma atributiva de poder processual (e portanto instrumental) e regra de decisão para fato incerto (e, pois, substancial). (DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 30 e 31). Percebe-se que o autor dá tratamento diverso ao ônus subjetivo (regra de conduta para parte) e objetivo (regra de julgamento para juiz) de prova. E que os define como processual ou material em abstrato.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. La “natura” delle norme sulle prove. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 24, 1969, p. 97 e 98.

⁶⁵ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 34 e 35.

Não parece ser a melhor opção dogmática. Teoricamente, em um plano lógico jurídico, e sem considerar qualquer ordenamento positivo, é possível definir-se a natureza das normas sobre prova. E isso se faz em abstrato.

Agora, se a natureza processual ou material da norma de regência implica dificuldades concretas, como, por exemplo, o comprometimento de princípios constitucionais na aplicação das regras de Direito intertemporal relativas à questão, isso pode ser resolvido mediante interpretação constitucional e sistemática, ponderando os princípios em jogo (como razoabilidade, efetividade e segurança jurídica). Assim se fará justiça no caso concreto.

4.4. Conclusão inicial.

Em desfecho à análise da natureza das normas sobre prova, o que se pode concluir é que a prova é um instituto material.

É regida pelo Direito *material*. Seja por oferecer informações sobre a base fática que justifica a certeza de um direito que compõe o objeto de decisão, seja por ser o próprio direito material que integra o mérito da demanda de antecipação da prova (como um direito autônomo à prova).

Sempre atua como critério de julgar. O juiz julga o *valor* e *admissibilidade* da prova para certificar um direito, assim como o juiz pode julgar, certificar e realizar o próprio *direito material* à prova (mérito).

Assim, direta ou indiretamente, a prova é tema que se coloca como objeto de decisão em juízo.

Isso fica ainda mais patente quando se trata do *ônus de prova* que, por definição, é uma regra de julgamento, que porta um critério de decidir o direito material em jogo para as causas em que não haja suficiência probatória.

As únicas normas que se podem dizer *processuais*, por definirem critério de proceder, são aquelas que se referem ao *procedimento* de produção da prova em juízo e ao poder judicial de *distribuição dinâmica* e casuística do ônus de prova no curso do procedimento.

Dessa forma, só há que se cogitar competência legislativa suplementar e supletiva dos Estados e Distrito Federal em matéria de prova (art. 24, XI, CF), naquilo que se refira ao procedimento de sua produção e à distribuição dinâmica de seu ônus, e dentro dos

limites do que a Constituição permitir - o que foi analisado com mais vagar em outro trabalho⁶⁶.

5. Repercussões na eficácia da lei processual no espaço.

De acordo com o princípio da territorialidade, com previsão expressa no art. 16 do CPC, a lei processual, ao disciplinar função estatal (jurisdicional), é aplicável exclusivamente no território do estado que a editou (aplicação da *lex fori*). É máxima inerente à soberania dos estados, cuja função jurisdicional será regida por lei nacional e, jamais, por lei estrangeira⁶⁷.

Assim, prevalece a lei processual brasileira para a realização de atos processuais no Brasil, ainda que estrangeiras as partes, que estejam *sub judice* fatos ocorridos no exterior, ou que sejam aplicáveis normas estrangeiras de direito material (art. 376, CPC).

O princípio absoluto da territorialidade exclui a possibilidade de edição de normas de direito processual internacional e impede que normas estrangeiras de cunho processual sejam aplicadas pelo juiz nacional. Mas, em dados casos, o juiz não deve ignorar as regras estrangeiras de processo, tendo até o dever de referi-las, quando isso for pressuposto para a aplicação da lei nacional (ex.: art. 256, §1.º, CPC).

Merece certa atenção o art. 13, LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que poderia ser apontado, excepcionalmente, como fonte de um ilegítimo “direito processual internacional”, no contexto probatório. Prevê que a prova do fato ocorrido no estrangeiro rege-se pela lei naquele estado vigente, quanto ao ônus de prova e ao meio de prova.

Uma primeira leitura pode conduzir muitos à conclusão de que o citado dispositivo importaria ao juiz brasileiro a observância de normas processuais estrangeiras. Mas não é bem isso que dali se pode extrair, porquanto as normas que regem os meios e o ônus de prova sejam normas materiais, como explicitado no item anterior.

⁶⁶ BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

⁶⁷ O CPC não se restringe a prever o exercício da jurisdição em território nacional com base no quanto previsto na própria lei processual codificada (tal como também fazia o CPC-1973, em seu art. 1.º). Prevê, ainda, no seu art. 13, que: “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.” Ou seja, fica estabelecida a regência da jurisdição brasileira por “normas processuais brasileiras”, expressão que abrange toda e qualquer modalidade normativa nacional, juntamente com tratados e convenções internacionais então incorporados.

Na verdade, ainda que se considerassem os meios de prova como objeto de norma processual, não haveria óbice ao emprego daqueles previstos em lei estrangeira, por predominar em nosso ordenamento o princípio da atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC). Admite-se o emprego de meios atípicos de prova, desde que lícitos e moralmente legítimos, ainda que não previstos em lei processual brasileira. Mas como a premissa desse trabalho é de que se trata de objeto de norma material, isso por si só já explica a possibilidade de sua regência advir de fonte normativa estrangeira.

Nessa linha de entendimento, Eduardo Spínola explica que os meios de prova utilizados na demonstração da existência do fato ou ato devem ser aqueles decorrentes da mesma legislação que regulou a sua forma extrínseca, i.e., “os elementos probatórios concernentes à solução da controvérsia são regulados pela mesma lei, que presidiu à sua constituição e lhe delimitou os efeitos”⁶⁸. Logo, ocorrido e constituído o ato ou fato em território estrangeiro e sob égide de lei estrangeira, os seus meios de prova deverão submeter-se ao mesmo regime⁶⁹. Daí dizer-se que a “a prova não se pode separar do direito, cuja existência ela se destina a estabelecer”⁷⁰; a prova nasce com o direito, afirma Tenório⁷¹.

Visualiza-se, assim, uma correlação íntima entre a lei que trata da forma do ato e da sua prova. Admitindo-se que se dê ao ato a forma prevista na lei do lugar em que ocorrido, essa mesma lei definirá se essa forma foi legítima e corretamente empregada e quais outros meios de prova podem ser utilizados diante de sua insuficiência⁷².

Mas, para isso, o próprio legislador estabeleceu um limite no art. 13 ora comentado: não serão admitidas as provas desconhecidas pela lei brasileira. Nesse particular, importa a leitura conjunta com o art. 369, CPC, acima apontado, na medida em que até poderão ser admitidos meios de prova atípicos e aqui não regulados, bastando, para tanto, que sejam lícitos e moralmente legítimos. Assim, a rigor, são possíveis meios

⁶⁸ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 254 e 255.

⁶⁹ Trata-se de regra também constante no art. 399, do Código de Bustamante.

⁷⁰ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 255.

⁷¹ TENÓRIO, Oscar Accioly. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 406.

⁷² É a lição de Clóvis Beviláqua, com base na regra da *locus regit formam actus*, dela excluindo, entretanto, os fatos jurídicos que não consistem em manifestação de vontade (BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 267, 268, 269 e 271). Cf., ainda, TENÓRIO, Oscar Accioly. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 405.

de prova aqui desconhecidos, o que não são possíveis são os meios de prova aqui não admitidos em razão de sua ilicitude⁷³.

A questão é diferente no âmbito do ônus de prova. Pode parecer um atentado à soberania brasileira (ou uma violência institucional) exigir que o juiz brasileiro julgue com base em regras processuais estrangeiras de ônus de prova. Porém, partindo do pressuposto de que o instituto (prova) é bifronte⁷⁴, ou que simplesmente se trata de instituto material (premissa aqui fincada), há que se reconhecer que a regência do ônus de prova se dá por norma material.

Isso se justifica por tratar-se o ônus de prova de regra subsidiária de julgamento (e, não, de procedimento) – que impõe julgamento desfavorável àquele que não atendeu o encargo probatório que lhe fora atribuído; além disso, o dito ônus “já se define e pode ser conhecido antes mesmo da realização do processo”⁷⁵.

Diz-se que o ônus de prova não é matéria processual de modo a legitimar a aplicação da *lex fori*. Trata-se de encargo que decorre do fato que se constituiu (à época de sua constituição), relacionando-se com o direito que disciplinou aquele fato em sua formação e seus efeitos. Por isso, deve ser regida pela lei do local do fato⁷⁶.

Assim, submetida ao juiz brasileiro causa relativa a fato (ato ou negócio) ocorrido no estrangeiro, deverá ser apreciada, em sua inteireza, considerando norma material sobre *onus probandi* da lei estrangeira⁷⁷.

Por outro lado, o procedimento de realização da prova, o modo como será coletada em juízo, é regido exclusivamente por lei processual brasileira, considerada em sua estrita territorialidade. Trata-se de matéria atinente ao Direito processual, que se submete à ordem do processo, e, pois, à competência exclusiva da *lex fori*⁷⁸.

⁷³ Já percebia a questão, TENÓRIO, Oscar Accioly. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 407. Também assim, RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 261.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. Com o autor, LIMA, Lucas Rister de Sousa. **Direito Intertemporal no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 146.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 96.

⁷⁶ TENÓRIO, Oscar Accioly. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 406.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 96. Trata-se de regra também adotada no art. 398, do Código de Bustamante, e que já era apoiada por doutrinadores da época. Sua inserção na então denominada Lei de Introdução ao Código Civil foi aplaudida (ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 260). Contra, GONÇALVES, Carlos Roberto. Análise da Lei de Introdução ao Código Civil: sua função no ordenamento jurídico e, em especial, no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 37, 1985, p. 29; CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene 1965, p. 129.

⁷⁸ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 255 e 256; comentando-a no contexto da prova testemunhal, BEVILÁQUA, Clóvis.

6. Repercussões na eficácia da lei processual no tempo.

Os princípios básicos que regulam a aplicação da lei processual no tempo são o da aplicação imediata da lei nova (arts. 14 e 1.046, CPC, art. 1.º, Lei de Introdução ao CPP, art. 2.º, CPP) e da sua não retroatividade (art. 14, CPC, art. 6.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e art. 5.º, XXXVI, CF). Vigente, a lei nova produzirá efeitos imediatamente, mas devem ser respeitadas as situações consumadas sob o império da lei anterior – o direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito –, que não poderão ser por ela atingidas.

O Direito intertemporal, no âmbito das normas processuais, tem recebido especial atenção da doutrina e jurisprudência, que se pergunta: havendo sucessão de leis processuais no tempo, qual delas (lei nova ou lei antiga) deverá reger os processos findos, pendentes e iminentes?

Simple é a resposta de que a lei nova não regerá os processos findos sob a vigência da lei antiga (princípio da irretroatividade), mas regerá os processos iminentes, a começar sob sua vigência (princípio da aplicação imediata).

O que é considerado peculiar no Direito intertemporal processual é a possibilidade de incidência da lei nova nos processos pendentes, que estão em curso quando passa a vigor. Nesse particular, foi adotado, no ordenamento brasileiro, o sistema do isolamento dos atos processuais, que contou com adesão da maioria da doutrina⁷⁹, e com consagração legislativa no art. 2.º do CPP e nos arts. 14 e 1.046, CPC. É considerado princípio de Direito processual intertemporal.

De acordo com esse sistema, a lei nova não atinge atos já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar e seus efeitos. Em outras palavras, não se aplica lei nova aos atos já realizados nem às situações já consumadas a cada passo do procedimento (regra do *tempus regit actum*), ainda sob a égide da lei antiga.

Princípios elementares de direito internacional privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 269. Trata-se de regra também constante no art. 400, do Código de Bustamante: “a forma por que se há de produzir qualquer prova regula-se pela lei vigente no lugar em que foi feita”.

⁷⁹ COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v., p. 258 e 259; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v., p. 32; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Malheiros, 2003, 1v., p. 100; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p.135.

A lei nova não pode prejudicar ato jurídico perfeito (já finalizado) e não deve atingir o direito adquirido a praticar um novo ato processual. O ato processual produz efeitos imediatamente (art. 200, CPC), nascendo e adquirindo-se, pois, de plano, o direito à prática de um novo ato processual⁸⁰.

Como se pode perceber, trata-se de manifestação da imposição constitucional da irretroatividade da lei (art. 5.º, XXXVI, CF) para atingir atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos, não havendo, a rigor, um regime especial para o direito processual⁸¹.

Há exceções ou variações dessa regra (do sistema de isolamento dos atos processuais).

No CPC-2015, existem dispositivos prevendo regras especiais de Direito intertemporal, algumas delas adotando, pontualmente, o sistema de fases e de unidade processual.

O sistema da unidade processual é aquele pelo qual se enxerga que o processo, apesar de se desenrolar através de uma sucessão de atos processuais, é uno. Deve ser considerado em sua unidade, só podendo, por isso, ser regido por uma única lei: a lei antiga, que deve se impor para impedir que a lei nova retroaja⁸². O processo deve ser, assim, integralmente regido pela lei que vigia no momento em que a ação foi proposta e ele se iniciou, não podendo ser atingido por lei nova e superveniente⁸³.

O art. 1054, do CPC, por exemplo, opta pelo sistema de unidade processual para disciplinar a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais em causas ajuizadas depois da vigência desse código: “O disposto no art. 503, §1.º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973”. Nesse particular, o enunciado n.º 367, FPPC, esclarece que: “Para fins de interpretação do art. 1.054, entende-se como início do processo a data do protocolo da petição inicial”.

O sistema das fases processuais é aquele segundo o qual se distinguem, dentro do processo, fases processuais autônomas (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal), e cada uma delas é susceptível de ser disciplinada por uma lei distinta⁸⁴.

⁸⁰ Sobre o assunto, cf. LACERDA, Galeno. **O novo direito processual e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 12 e 13; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de Direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17-20.

⁸¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 57.

⁸² COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v., p. 256.

⁸³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 26.

⁸⁴ COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v., p. 257.

O art. 1046, §1º, do CPC, aplica o sistema de fase (recursal) processual para os extintos procedimentos sumário e especiais: “As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código”. O enunciado n.º 568, FPPC, estende esse mesmo sistema para as cautelares iniciadas no regime do CPC-1973 e ainda pendentes de julgamento: “As disposições do CPC-1973 relativas aos procedimentos cautelares que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do CPC/2015”.

Resta analisar o que prevê o CPC-2015 em matéria probatória, chamando a atenção o disposto no art. 1047, CPC.

O texto do art. 1047, do CPC, é de difícil interpretação. A princípio, parece ter sido adotado, nesse dispositivo, o sistema de fases processuais em matéria de prova. Confira-se seu teor: “As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência”.

Ronaldo Cramer explica a regra, partindo do pressuposto de que a fase probatória é marcada pelos momentos da propositura (requerimento da prova), da admissão (deferimento ou determinação de ofício da prova) e da produção da prova. Se o procedimento começa (com requerimento ou determinação de ofício da prova) na vigência da lei antiga, deve ser conduzido até o fim sob a égide dessa mesma lei, impedindo que uma mesma prova seja regida por leis distintas, gerando algum tipo de contradição ou confusão. Preservar-se-ia, ainda, a expectativa da parte ou do juiz de que a prova seja realizada de acordo com a legislação do momento em que foi considerada útil⁸⁵.

O momento para requerimento das provas é o da apresentação da petição inicial e, para o réu, é o do oferecimento da contestação. Mas só um requerimento específico de determinado meio de prova, em sede de petição inicial ou contestação apresentados na vigência do CPC-1973, pode ser considerado, segundo o autor, para fins de incidência do art. 1.047, diz-se; “o protesto genérico por provas, realizado na petição inicial ou na

⁸⁵ CRAMER, Ronaldo. Comentários aos art. 1.047, CPC. In: CRAMER, Ronaldo. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo; DIDIER JR, Fredie; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2015, p. 2364.

contestação ofertada antes da vigência do CPC, não implica requerimento de prova para fins do art. 1047” (enunciado n.º 366, FPPC)⁸⁶.

Por outro lado, o fato de a prova ter sido requerida ou determinada na vigência do CPC-1973, não impede que seja selada convenção processual em matéria probatória, na forma do art. 190, CPC-2015, não se aplicando o art. 1.047, CPC, neste particular (enunciado n.º 569, FPPC).

Em que pese se reconheça que o objetivo da regra é garantir a segurança jurídica e o contraditório na condução do rito probatório, na medida em que se preservam as expectativas daqueles que requereram a prova na vigência da lei anterior (ou a viram ser, lá, determinada de ofício) e, pois, de que seria produzida de acordo com as regras então em vigor⁸⁷, ainda assim, as críticas são duras.

O que o legislador pretende, diz-se, é somente impedir a retroatividade da lei nova (CPC-2015) para que implique interferências restritivas ou prejudiciais para as partes sobre as provas já requeridas ou determinadas de ofício na vigência da lei antiga (CPC-1973)⁸⁸. Não haveria óbice para a retroação de regra inovadora quando ela contribuir para a realização do contraditório e do devido processo legal, sem gerar insegurança ou qualquer quebra de confiança das partes na incidência do regime anterior, situação esta que se identifica na maior parte das alterações no novo CPC. Daí concluir, Leonardo Cunha, que: “O art. 1.047 do CPC-2015 é, portanto, de difícil compreensão, não sendo possível imaginar uma hipótese em que tenha de fato incidência”, declarando-o “inútil e inoperante”⁸⁹.

Denuncia-se, ainda, o potencial do art. 1.047, CPC, de provocar situações de flagrante desigualdade. Bastaria observar um requerimento de produção de prova testemunhal do autor realizado na vigência do CPC-1973 e outro realizado pelo réu já na vigência do CPC-2015 (ex.: prova de um fato superveniente, arguido em fase mais adiantada do rito, cf. art. 493, CPC). Nesse caso, em uma mesma audiência de instrução, a oitiva de testemunhas para cada um se daria de modo diferente (ex.: a partir do CPC-2015 passa a ser possível a formulação de perguntas diretas para a parte)⁹⁰.

⁸⁶ Nesse sentido, FARIA, Juliana de Cordeiro. Direito intertemporal. In: THEODORO JR, Humberto (coord.). **Processo Civil Brasileiro. Novos Rumos a partir do CPC/2015**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 338 e 339.

⁸⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 88

⁸⁸ Regras proibitivas, restritivas ou que impliquem a inadmissibilidade da prova, diz CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 88

⁸⁹ Regras proibitivas, restritivas ou que impliquem a inadmissibilidade da prova, diz CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 88

⁹⁰ ROQUE, André Vasconcelos. **Direito intertemporal: nem foi tempo perdido – parte I. A difícil transição do CPC de 1973 para o de 2015**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc->

Assim, na visão de André Roque, a melhor interpretação do dispositivo é restritiva, de modo que o art. 1.047, CPC, e sua regra de transição, só se aplica à admissibilidade da prova (preservando-se o direito adquirido da parte a uma certa prova que se admitia na lei anterior), já o procedimento da prova, por sua vez, rege-se pela tradicional regra do sistema de isolamento dos atos⁹¹.

Em sentido semelhante, Fredie Didier opta por visão restritiva e ainda crítica da regra, sustentando que não se aplicaria às inovações relativas ao procedimento de produção da prova (ex.: requerida a perícia no regime do CPC-1973, o laudo pericial produzido no regime do CPC-2015 deve respeitar os novos requisitos do art. 473, que só enfatizam o contraditório). Sua aplicação ficaria restrita ao contexto do requerimento e admissão da prova e, mesmo assim, com diversas ressalvas, a ponto de, também, questionar-se sua utilidade⁹².

O autor exemplifica seus questionamentos com o art. 401, CPC-1973, que vedava prova exclusivamente testemunhal de contratos cujo valor excedesse dez vezes o salário mínimo (sendo necessário um mínimo de prova escrita), e foi revogado, não subsistindo no CPC-2015. Explica o autor que, requerida a prova na vigência do CPC-2015, o juiz não poderia simplesmente admitir a prova exclusivamente testemunhal de um contrato desse viés, aplicando o regime do novo Código, pois se trata de contrato anterior a ele. Na verdade, a melhor análise dessa situação pressupõe que se observe que a admissibilidade desse meio de prova é um problema de Direito material, e, por isso, deve ser regido pela lei (material, ainda que heterotópica) vigente na época do selamento do negócio.

e-direito-intertemporal-nem-foi-tempo-perdido-parte-12102015>. Acesso em 01 set 2018; GOMES, Adriano Camargo. O novo Código de Processo Civil e o Direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito Intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.36; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 87. Constata possíveis incoerências de uma fase instrutória regida por códigos diferentes, PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Comentários ao art. 1.047. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.404.

⁹¹ ROQUE, André Vasconcelos. **Direito intertemporal: nem foi tempo perdido – parte I. A difícil transição do CPC de 1973 para o de 2015**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-direito-intertemporal-nem-foi-tempo-perdido-parte-12102015>>. Acesso em 01 set 2018. Na obra de Galeno Lacerda, ao tratar-se do Direito intertemporal no contexto da perícia e da inspeção judicial, o autor registra, como regra, a incidência imediata da lei nova sobre o procedimento de produção da prova em curso, sem receios de quebra de expectativas nesse contexto. Só ressalva que a situação em que os peritos já tinham prestado seu compromisso, que seria ato perfeito e acabado, e não comportaria incidência de lei nova, que implica alterações posteriores nessa situação já consumada, como, por exemplo, a nomeação de um perito oficial (LACERDA, Galeno. **O novo direito processual e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 29 e 51).

⁹² A esse respeito, DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 1.047, CPC. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, 4v., p. 638 e 639.

Melhor o exemplo desse mesmo autor do requerimento de produção antecipada de prova sem urgência formulado na vigência do CPC-1973. Não havia lei expressa admitindo-o independentemente da urgência, já no regime do CPC-2015 passa a ser explicitamente possível. Diante disso, questiona-se: seria razoável o magistrado, partindo do pressuposto de que o requerimento foi feito na vigência do regime anterior, simplesmente indeferi-lo? Caso se admita essa possibilidade, bastaria a parte, então, dele desistir, reformulando-o já na vigência do CPC-2015. Não faz sentido, ao menos não à luz das premissas fixadas pelo autor⁹³.

Foram essas as principais conclusões encontradas em doutrina até então.

Parece, contudo, que, em sendo a prova instituto de Direito material, será regida pela norma vigente no momento da ocorrência do fato⁹⁴. Afinal, é nesse momento que surge a preocupação com a prova daquele fato em todos os seus aspectos e sua eventual importância para futura certificação de um direito material que dali decorra.

A lei nova, material que é, não atingirá a admissibilidade de meio de prova⁹⁵, a titularidade do ônus da prova⁹⁶, ou o valor da prova, por ex., quando fato ou ato a provar foi ocorrido ou praticado na vigência da lei antiga. A lei material é aquela que vige no momento em que o ato ou fato se realizou⁹⁷.

⁹³ A esse respeito, DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 1.047, CPC. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, 4v., p. 641.

⁹⁴ Assim, em que pese considerando irrelevante a natureza da norma sobre prova, mas só sua proximidade com o direito material, GOMES, Adriano Camargo. O novo Código de Processo Civil e o Direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito Intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 31 e 32; YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 242.

⁹⁵ Assim, MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 191; Em sentido contrário, tratando-a como lei processual e considerando que incide sim, pois que raciocinando à luz do CPC-1973 e da simples aplicação do sistema de isolamento dos atos, AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de Direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 71.

⁹⁶ É o que pensa, à luz do regime de CPC-1973, e, pois, sem estar em vigor o art. 1.047, CPC-2015, inclusive destacando também se inserirem nesse contexto as presunções, BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 562; MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 191; LIMA, Lucas Rister de Sousa. **Direito intertemporal no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 146. Contra, Clito Fornaciari parece partir do pressuposto de que o ônus de prova é objeto de norma processual, para defender que será regido pela lei do tempo em que a prova fora deferida, por gerar um direito adquirido processual de realização da prova naqueles termos (ALVIM, Arruda; MICHELI, Gian Antônio; JÚNIOR, Clito Fornaciari; PELUSO, Antônio César. O ônus da prova e o direito intertemporal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 4, 1976, p. 227). Já Antônio Peluso afirma ser aplicável a lei do momento da propositura da ação, pois é quando a parte tem que requerer provas que pretende; e Arruda Alvim, acompanhando Gian Antonio Micheli, entende que a lei que incide é aquela do tempo em que prolatada a sentença, pois o ônus de prova é regra de julgamento (ALVIM, Arruda; MICHELI, Gian Antônio; JÚNIOR, Clito Fornaciari; PELUSO, Antônio César. O ônus da prova e o direito intertemporal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 4, 1976, p. 228-230).

⁹⁷ COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v., p. 260 e 261. Visualiza a prova nesse contexto material, PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. **Elementos para uma teoria do direito intertemporal no processo civil**. Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2004, p. 171.

Entretanto, tratando-se de regra relativa ao procedimento de produção da prova em juízo, por se tratar de norma processual, a solução deverá ser encontrada em uma das interpretações propostas ao art. 1.047, CPC⁹⁸.

A princípio, antes de firmar um posicionamento sobre a matéria, cabe uma ressalva. Já que o legislador optou pelo teor do texto do art. 1.047, CPC, melhor seria ter previsto que as inovações em matéria probatória do CPC-2015 são aplicáveis às provas “deferidas” (a requerimento) ou determinadas de ofício na vigência do CPC-2015, pois é a partir de então, do seu deferimento, que se poderia falar em um direito adquirido processual⁹⁹ àquela prova¹⁰⁰ a ser produzida de acordo com o novo regime jurídico processual probatório¹⁰¹. É assim que deve ser interpretado o dispositivo.

No mais, de fato, afastar novas regras processuais, sobre procedimento de produção da prova em juízo, daquelas requeridas (na verdade, deferidas, como aqui se sustenta) e determinadas na vigência do código anterior pode significar um óbice irrazoável ao acesso das partes a uma tutela justa e à efetividade do seu direito material, bem como ao exercício do contraditório, ainda mais se não lhes trouxer prejuízo.

Não é sensato ou consoante a principiologia processual cogitar-se a inaplicabilidade de uma lei processual nova no processo em curso que seja mais aprimorada (ex.: antecipação da prova sem urgência) e benéfica à produção da prova em

⁹⁸ Moacyr Amaral Santos afirma que o modo de constituição e a produção das provas em juízo regem-se pela lei processual vigente e não pela lei do tempo em que o fato ocorreu (aplicando sistema de isolamento dos atos, à luz de Código anterior), mas o valor da prova e as condições de sua admissibilidade são regidos por lei substancial do tempo do fato a provar. (AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/a, 1 v., p. 51.). Já José Albuquerque da Rocha assevera que: “quanto à admissibilidade e ao ônus da prova, prevalece a lei do dia em que o ato a provar se realizou e, quanto à produção da prova em juízo, prevalece a lei do dia da prática do ato em juízo”. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71).

⁹⁹ Admitem a existência de “direitos adquiridos processuais”, oriundos de atos ou fatos jurídicos processuais, que podem ser extraídos do art. 200, CPC (antigo art. 158, CPC-1973), LACERDA, Galeno. **O novo direito processual e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 13; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de Direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17. Galeno Lacerda refere-se, inclusive, ao direito adquirido à prova. Admitindo ao menos no contexto do ônus de prova, que seria regido pela lei do tempo em que a prova foi “deferida”, Cito Fornaciari (ALVIM, Arruda; MICHELI, Gian Antônio; JÚNIOR, Clito Fornaciari; PELUSO, Antônio César. O ônus da prova e o direito intertemporal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 4, 1976, p. 227).

¹⁰⁰ Em sentido semelhante, NERY JR, Nelson; NERY JR., Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.241.

¹⁰¹ Ana Beatriz Presgrave percebe o problema ao afirmar que embora o dispositivo refira-se ao momento do requerimento da prova como marco de Direito intertemporal, deve ser considerado o seu deferimento, pois a efetiva coleta da prova pressupõe uma determinação judicial quanto a isso. Aduz, ainda, que: “não teria lógica, analisando-se o tema pela ótica do direito intertemporal, em se assegurar a ultra-atividade de uma norma processual através de ato unilateral da parte, que poderia, assim, escolher qual norma que gostaria que fosse aplicada ao seu processo” (PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **O Novo CPC e os processos em curso: Direito Intertemporal Processual**. São Paulo: Lualri, 2016, p. 94). Na verdade, o Substitutivo aprovado na Câmara de Deputados falava em provas “deferidas”; o texto foi alterado no Relatório da Comissão Especial no âmbito do Senado Federal (cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Comentários ao art. 1.047. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.405).

contraditório e em pé de igualdade (ex.: produção de prova pelo revel ou laudo pericial com observância dos novos requisitos de lei), e que seja importante para que o processo alcance sua finalidade, só porque fora ela requerida (na verdade, “deferida”) ou determinada oficiosamente na vigência da lei anterior¹⁰².

Dessa forma, é possível imaginar-se que o magistrado, em exercício de razoabilidade e proporcionalidade, afaste essa regra de Direito intertemporal, fazendo prevalecer o acesso à justiça¹⁰³, a igualdade, o contraditório e a efetividade, em detrimento do primado da literalidade da lei e da suposta segurança jurídica então assegurada. Isso, tanto para retroagir a lei nova, como para negar eficácia imediata para ela¹⁰⁴.

Essa relativização da aplicabilidade de normas de Direito intertemporal não é nova e é observada em casos pontuais em nossos tribunais.

Há decisão do STJ na MC n.º 13951, Rel. Min, Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 11.03.2008, DJe 01.04.2008, admitindo o afastamento da lei nova quando o ato a praticar possui nexos imediatos e inafastáveis com o ato praticado sob a égide da lei antiga e seus efeitos – no caso, a citação do executado (realizada na vigência da lei antiga) e o início do prazo para embargar (já na égide da lei nova, no caso, a Lei n.º 11.382/2006 que alterou o CPC-1973).

Encontram-se precedentes do STJ, no sentido de que, em nome da segurança jurídica e da razoabilidade, a lei nova (no caso, a Lei n.º 11.232/2005, que alterou o CPC-1973) que institui a impugnação de executado e prevê o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão de seu indeferimento não afasta o cabimento de apelação contra decisões de indeferimento dos antigos embargos à execução, ajuizados sob a égide da lei antiga, ainda que tais decisões tenham sido publicadas na vigência da lei nova. Apesar disso, tem-se admitido o recurso interposto, com base no princípio da

¹⁰² É o que Adriano Gomes considera serem “consequências indesejáveis” do art. 1.047, CPC. O autor defende o afastamento da regra do art. 1.047 quando se constata que: implica violação à isonomia (de modo que um regramento probatório mais benéfico se aplique para a parte que requereu a prova na vigência do código novo, em detrimento daquela que a requereu na vigência do código anterior); representa prejuízos para atividades já realizadas; restringe o direito adquirido à prova; gere incoerências dentro do processo ou empecilho para alcance de suas finalidades. Finaliza sustentando que o CPC-2015 e seu novo regramento só poderia ser aplicado quando não conflitasse com o anterior dentro do mesmo processo (GOMES, Adriano Camargo. O novo Código de Processo Civil e o Direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito Intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 38-40).

¹⁰³ Colocado como fundamento para a parte pedir um regime probatório “mais adequado” por GOMES, Adriano Camargo. O novo Código de Processo Civil e o Direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito Intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 43.

¹⁰⁴ Comenta a possibilidade de relativização das regras de aplicação da lei processual no tempo, RODRIGUES, Horácio Wanderlei. A lei processual do tempo. In: ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (coord.). **Direito Civil e Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1518 e 1519.

fungibilidade. Assim, AgRg no REsp n.º 1109004-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 19.05.2009, DJe 08.06.2009 e REsp n.º 963977-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 26.08.2008, DJe 05.09.2008, EREsp 1043016 / SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 2.ª Seção, j. 10.03.2010, DJe 27.05.2010, REsp n.º 1.062.773, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 7.6.2011, DJe 13.06.2011.

Além disso, predominou na jurisprudência a eficácia retroativa da Lei n.º 8.009/90, inclusive para desconstituir penhoras já realizadas quando a lei entrou em vigor. É o teor do enunciado n.º 205 da súmula da jurisprudência predominante do STJ (“A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes da sua vigência”).

Por fim, em que pese seja possível essa relativização, não se quer, com isso, defender que ela passe a ser a regra e a observância do art. 1.047, CPC, a exceção, tampouco fadá-lo (o art. 1.047, CPC) à absoluta inutilidade.

Por exemplo, imagine-se que a parte requereu e viu ser deferida a produção de prova testemunhal na vigência do CPC-1973, solicitando que fosse a testemunha intimada para tanto. A intimação da testemunha fora realizada pelo advogado, já na vigência do CPC-2015, com base na regra que o admite no bojo deste novo código. Mas sua testemunha não comparece em juízo na data designada (na vigência do CPC-2015), confiando que sua intimação não foi judicial (como exige o CPC-1973), mas, sim, por simples carta enviada pelo advogado (como admite o CPC-2015). Pode a parte insistir na observância do art. 1.047, CPC, em nome da confiança, da segurança jurídica e do contraditório, exigindo a remarcação da audiência e nova intimação da audiência a ser realizada pelo juízo?

Por outro lado, que mal há em admitir-se uma escolha consensual de perito quando a perícia fora requerida e deferida na vigência do CPC-1973, lei que não admitia essa possibilidade? Não há potencial de prejuízo, há consenso das partes, e nenhuma expectativa legítima na incidência do regime anterior poderá ser coerentemente levantada.

7. Conclusão.

Foi possível chegar a algumas conclusões com o presente trabalho.

Em primeiro lugar, concluiu-se que a prova é um instituto material, regido pelo Direito *material*. Isso porque produz informações sobre os fatos que justificam a certeza de um direito que pode ser colocado como objeto de decisão. Além disso, pode consistir,

também, no próprio direito material que integra o mérito da demanda de antecipação da prova (como um direito autônomo à prova).

De um ou de outro modo, atua como critério de julgar. O juiz julga o *valor* e a *admissibilidade* da prova para certificar um direito, assim como o juiz pode julgar, certificar e realizar o próprio *direito material* à prova (mérito).

Essa conclusão é ainda mais clara quando se trata do *ônus de prova* que, por definição, é uma regra de julgamento, contendo critério de decidir o direito material *sub judice* nas causas em que não haja suficiência probatória.

São, pois, *processuais*, aquelas normas que portam um critério de proceder, i.e., aquelas que se referem ao *procedimento* de produção da prova em juízo e ao poder do juiz de promoção de *distribuição dinâmica* e casuística do ônus de prova no curso do procedimento.

Dito isso, concluiu-se, em segundo lugar, que as leis processuais de prova são regidas pela máxima da territorialidade absoluta, só podendo ser aplicada lei brasileira para reger o procedimento probatório que ocorre na Justiça brasileira. O art. 13, LINBD, não excepciona essa regra, pois se refere à lei tipicamente material que trata dos meios e ônus de prova. Assim, não é exceção à regra da territorialidade absoluta da lei processual estabelecer que os meios e ônus de prova de fato ocorrido no estrangeiro serão regidos por lei material estrangeira.

Por fim, em termos de Direito intertemporal, uma terceira conclusão: a lei material de prova (sobre ônus, meios, valoração etc.) não pode retroagir para atingir prova de fato ocorrido antes de sua vigência, ainda que tenha sido inserida em codificação processual (como norma heterotópica); e a lei processual de prova (sobre procedimento probatório) submete-se à regra de transição do art. 1.047, CPC-2015, então analisado, que não adota um sistema de isolamento dos atos processuais, mas, sim, um sistema de fases processuais (afinal o CPC-2015 só se aplica às provas requeridas/deferidas e determinadas de ofício em sua vigência), e que pode ser afastado, em concreto, para admitir-se exceções à irretroatividade ou à eficácia imediata da lei nova, em nome do acesso à justiça, à igualdade, à efetividade do direito material, ao contraditório e à ampla defesa.

Referências.

ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma del'accertamento giudiziale. *In Problemi di diritto*. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ALVIM, Arruda; MICHELI, Gian Antônio; JÚNIOR, Clito Fornaciari; PELUSO, Antônio César. O ônus da prova e o direito intertemporal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 4, 1976.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de Direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Civil e Comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/a, 1 v.

_____. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, 2004.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

CAPPELLETTI, Mauro. La “natura” delle norme sulle prove. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 24, 1969.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones Del Proceso Civil**. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1973, 1 v.

_____. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, 3 v.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene 1965.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v.

CRAMER, Ronaldo. Comentários aos art. 1.047, CPC. In: CRAMER, Ronaldo.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo; DIDIER JR, Fredie; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2015.

DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, v. 24, 1969.

DIDIER Jr., Fredie. Contraditórios, objeto litigioso do processo e improcedência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 223, 2013.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. Salvador, Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 1.047, CPC. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, 4v..

_____; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 218, 2013.

_____. _____. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 2 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 1 v.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, 1v.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In Cláudia Lima Marques (coord.). **A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**. 5 ed. Buenos Aires: Zavalia Ed. 1981, 1 t.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

FARIA, Juliana de Cordeiro. Direito intertemporal. In: THEODORO JR, Humberto (coord.). **Processo Civil Brasileiro. Novos Rumos a partir do CPC/2015**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GABBA, C. F. **Teoria della Retroattività delle leggi**. 2 ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1889, 4 v.

GOMES, Adriano Camargo. O novo Código de Processo Civil e o Direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito Intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Análise da Lei de Introdução ao Código Civil: sua função no ordenamento jurídico e, em especial, no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 37, 1985.

LACERDA, Galeno. **O novo direito processual e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969.

_____. **Manuale di Diritto Processuale**. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, 2 v.

_____. Norme Processuali nel Codice Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, 1948, p. 154, 3 v., parte 1.

LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981.

LIMA, Lucas Rister de Sousa. **Direito Intertemporal no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LOPES, João Batista. **A Prova do Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. In **Estudios del Derecho Procesal**. Buenos Aires: EJEa, 1967, 1 t.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 4 t.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1947, 2 t..

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, 4 v.

MONTEIRO, João. **Programma do Curso de Processo Civil.** 5 ed. São Paulo: Thypographia Academica, 1936, 2 v.

NERY JR, Nelson; NERY JR., Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. **Elementos para uma teoria do direito intertemporal no processo civil.** Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2004.

PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Comentários ao art. 1.047. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Elementos para uma teoria do direito intertemporal no processo civil.** Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2004.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **O Novo CPC e os processos em curso: Direito Intertemporal Processual.** São Paulo: Lualri, 2016.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB.** São Paulo: Saraiva, 2016.

REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROCCO, Ugo. **Teoria General del Proceso Civil.** Tradução de Felipe de J. Terra. México: Porrúa, 1959.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. A lei processual do tempo. In: ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (coord.). **Direito Civil e Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v.

ROQUE, André Vasconcelos. **Direito intertemporal: nem foi tempo perdido – parte I. A difícil transição do CPC de 1973 para o de 2015**. Disponível em:

<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-direito-intertemporal-nem-foi-tempo-perdido-parte-12102015>>. Acesso em 01 set 2018.

ROSENBERG, Leo. **La Carga de La Prueba**. 2 ed. Buenos Aires-Montevideo: Editorial IBdef, 2002.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TENÓRIO, Oscar Accioly. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.