

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
CURSO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL
9ª Ed.

RODRIGO SILVEIRA FARINA

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE
A PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL

Orientador: Daniel Mitidiero

Porto Alegre
2015

RODRIGO SILVEIRA FARINA

**BREVES COMENTÁRIOS SOBRE
A PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada com o requisito para obtenção de Título de Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2015

CIP - Catalogação na Publicação

Farina, Rodrigo
Breves Considerações Sobre a Prova Empréstada no
Processo Civil / Rodrigo Farina. -- 2015.
35 f.

Orientador: Daniel Mitidiero.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2015.

1. Processo Civil. 2. Prova Empréstada. I.
Mitidiero, Daniel, orient. II. Título.

RESUMO

Este trabalho foi objeto de exame da prova emprestada no processo civil. Em um primeiro momento, abordou-se a prova sob um enfoque geral, fazendo algumas considerações sobre o objeto da prova, a verdade buscada no processo civil, os meios de prova, finalizando esta primeira parte com alguns apontamentos em relação à avaliação da prova. Em seguida passamos a abordar a questão de fundo propriamente dita, isto é, a prova emprestada no processo civil. Em um segundo momento, foi conceituada, bem como indicado o enquadramento legal da prova emprestada, além de situar os fundamentos deste meio probatório atípico no nosso sistema jurídico. Foi justificado que a forma pela qual a prova emprestada ingressa de um processo para outro é sempre documental e que existem requisitos à sua admissão, sendo estes de índole constitucional e infraconstitucional, e que servem como proteção às partes e ao próprio Estado Democrático de Direito, estando inseridos basicamente dentro da noção do princípio do devido processo legal. Foi destacado que a atuação, de ofício, do magistrado e a prova emprestada não se contrapõem, no sentido de ser possível ao julgador requisitar o traslado de uma prova, sem que tal empréstimo represente qualquer afronta à garantia das partes.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Prova. Prova Emprestanda.

ABSTRACT

This work was the subject of examination of the borrowed proof in civil proceedings. At first, if approached proof under a general approach, making some considerations on the test object, the truth sought in the civil case, the evidence, ending this first part with some notes regarding the evaluation of evidence. Then we began to address the underlying question itself, that is, the borrowed proof in civil proceedings. In a second step, was conceptualized and indicated the legal framework of the borrowed proof, and place the foundations of this unusual evidentiary means in our legal system. It was explained that the way the evidence borrowed enters a process to another is always document and there are requirements for admission, which are constitutional and infra-natured, and they serve as protection to the parties and to own democratic state, basically it is inserted into the notion of the principle of due process. It was noted that the performance of office of the magistrate and the proof borrowed are not opposed, in order to be possible for the judge to order the transfer of evidence, without this loan represents any affront to guarantee the parties.

KEYWORDS: Civil Procedure. Proof. Proof borrowing.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| <u>INTRODUÇÃO</u> | 5 |
| <u>1 A PROVA</u> | 7 |
| <u>1.1 CONCEITO DE PROVA</u> | 7 |
| <u>1.2 OBJETO DA PROVA</u> | 7 |
| <u>1.3 A VERDADE BUSCADA NO PROCESSO CIVIL</u> | 8 |
| <u>1.4 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS</u> | 9 |
| <u>1.5 MEIOS DE PROVA</u> | 9 |
| <u>1.6 PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA</u> | 10 |
| <u>1.6.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA</u> | 10 |
| <u>1.6.2 PRINCÍPIO DA ORALIDADE</u> | 11 |
| <u>1.6.3 PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE</u> | 11 |
| <u>1.6.4 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ</u> | 11 |
| <u>1.6.5 PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO DA PROVA</u> | 12 |
| <u>1.7 DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA</u> | 12 |
| <u>1.8 DO MOMENTO ADEQUADO À ORGANIZAÇÃO DA PROVA</u> | 13 |
| <u>1.9 DA AVALIAÇÃO DA PROVA</u> | 14 |
| <u>2 DA PROVA EMPRESTADA</u> | 15 |
| <u>2.1 ENQUADRAMENTO LEGAL</u> | 17 |
| <u>2.2 FUNDAMENTOS DA PROVA EMPRESTADA</u> | 18 |
| <u>2.3 FORMA</u> | 20 |
| <u>2.4 REQUISITOS À ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA</u> | 21 |
| <u>2.4.1 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS</u> | 22 |
| <u>2.4.2 PRESSUPOSTOS LEGAIS</u> | 26 |
| <u>2.5 PROVA EMPRESTADA E A INSPEÇÃO JUDICIAL</u> | 27 |
| <u>2.6 PROVA EMPRESTADA E AS PROVAS ILÍCITAS</u> | 28 |
| <u>2.6.1 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</u> | 30 |
| <u>2.7 VALORAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA</u> | 32 |
| <u>CONCLUSÃO</u> | 34 |
| <u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u> | 35 |

INTRODUÇÃO

Em regra, os conflitos de interesse se resolvem pelo cumprimento do ordenamento legal pelos sujeitos. Não é raro, todavia, que tais confrontos não encontrem, de forma espontânea, solução de acordo com o previsto na legislação, fato que possibilita a um dos sujeitos exigir a subordinação do interesse do outro ao seu, atitude que se denomina de pretensão.

Isso posto, há para aquele de interesse contrário duas possibilidades de conduta, quais sejam, se subordinar ao interesse contrário do seu, ou resistir ao mesmo, dando origem, nesse caso, à lide; calha, a esse respeito, os ensinamentos de Francesco Carnelutti:

Ao conflito de interesses, quando se efetiva com a pretensão ou com a resistência, poderia dar-se o nome de contenda, ou mesmo controvérsia. Pareceu-me mais conveniente e adequado aos usos da linguagem o de lide.¹

Em uma conceituação, poderia, cita-se o magistério de Moacyr Amaral Santos, para quem lide pode ser definida como “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. Ou, mais sinteticamente, lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.”²

Assim sendo, cabe à ordem jurídica terminar com o conflito, o que se dá com o exercício da atividade jurisdicional, expressão da vontade do Estado, onde o processo se apresenta como meio através do qual os conflitos de interesses são resolvidos, de maneira a compor a lide.

Sendo a prova instrumento voltado à busca da verdade sobre determinados acontecimentos, a lei processual nacional consignou em seu art. 332 que os meios de prova não ficam limitados aos previstos no CPC, agora de maneira mais eficaz no art. 369 a 371 do NCPC que passará a vigorar em 16 de março de 2016 e no art. 212 do Código Civil de vigente, como já acontecia ainda sob a égide da lei civil de 1916.

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. 1 ed. São Paulo: Lejus, 2000. p. 108.

² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol. I. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 9.

Admite-se, portanto, em nosso ordenamento jurídico, as provas denominadas típicas, estas representadas por aqueles meios probatórios previstos na legislação, como também as provas ditas atípicas, não elencadas expressamente em nosso ordenamento.

Entre os meios de prova atípicos, merece destaque a prova emprestada, que é aquela que, trasladada de um processo para outro, neste produz seus efeitos, surgindo, destarte, como importante elemento a influenciar na convicção do julgador no momento de decidir a demanda que lhe foi apresentada.

A prova emprestada ganha mais destaque e importância se tivermos em mente a atenção ao princípio do devido processo legal, reforçado ainda mais pela atual tendência da economia e celeridade processuais, contexto no qual está inserido este meio de prova atípico, na medida em que evita a repetição daquilo que já foi produzido.

Com efeito, a entrega do bem da vida de forma célere, encontra, hoje, arrimo constitucional, como direito fundamental, inscrito no art. 5º, LXXVII, que prevê a duração razoável do processo, tornando, pois, mais evidente a relevância da utilização da prova emprestada.

1. A PROVA

No momento em que um determinado autor, faz afirmações acerca de determinados fatos que vêm a dar sustentação a que lhe seja declarado um direito que lhe é favorável; o réu, por sua vez, por ocasião de sua resposta, salvo situação em que se reconheça a procedência do pedido, apresenta argumentação contrária, negando aquilo que foi arguido pela parte adversa, ou então sustentando causa impeditiva, extintiva ou modificativa do fato constitutivo, pedido pelo demandante em sua inicial.

1.1 CONCEITO DE PROVA

Conforme leciona Ovídio A. Batista da Silva, é neste segundo sentido que o art. 332 do CPC usa a expressão, ou seja, “para significar os meios de prova, tais como testemunhas, documentos, exames periciais, ou quaisquer outros meios possíveis de prova, mesmo não especificados em lei.”³

Assim, tomando-se o vocábulo a partir da concepção da prova como instrumento, é possível conceituá-la, segundo os ensinamentos do professor Vicente Greco Filho, como “todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra prova é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com significado de examinar, persuadir, demonstrar.”⁴

1.2 OBJETO DA PROVA

O objeto da prova é o fato controvertido, isto é, aquele afirmado por uma parte e contestado pela outra.

Há entendimento doutrinário, todavia, no sentido de que o que se prova em realidade são as alegações acerca dos fatos e não os fatos propriamente ditos.⁵ Não obstante, pondera Antonio Carlos de Araújo Cintra “que, se as provas giram em torno de afirmações de fato, elas recaem diretamente sobre os próprios fatos afirmados.”⁶

³ DA SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987. p. 277.

⁴ FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. II. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 176.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 350.

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5.

Mesmo que pertinentes à elucidação da demanda, não são todos os fatos passíveis de serem objeto de prova. Nesse sentido, o art. 334 do CPC elenca os fatos cuja instrução probatória é dispensada sem prejuízo de serem tidos como verdadeiros pelo juiz.

Aliás, digna de registro é a orientação jurisprudencial do Superior tribunal de Justiça, segundo a qual a regra constante do art. 337 do CPC não tem aplicação em relação ao Estado ou Município em que tramita a ação,⁷ na medida em que se impõe ao juiz o dever de conhecer o direito local onde exerce jurisdição.

1.3 A VERDADE BUSCADA NO PROCESSO CIVIL

Houve um tempo, no campo do direito probatório, a distinção existente entre o processo civil e o processo penal acerca da verdade a ser buscada em cada esfera processual, no sentido de que, no campo penal se almejava a verdade material, enquanto que a seara civil se contentaria com a verdade formal.⁸

Nesse sentido, fazendo diferenciação entre o processo civil e penal no campo probatório, notadamente em relação à verdade buscada em um e outro ramo do direito, a título ilustrativo, citam-se as considerações de Julio Fabbrini Mirabete:

Com o *princípio da verdade real* se procura estabelecer que o **jus puniendi** somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se exclui os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil.⁹

Mais consentâneo com o atual modelo constitucional do processo civil brasileiro leciona Cassio Scarpinella Bueno no sentido de que, na realidade, a verdade é uma só, não havendo mais espaço à clássica dicotomia entre verdade material e verdade formal:

A *qualidade* da prestação da tutela jurisdicional, em atenção ao “modelo constitucional do direito processual civil”, não pode tolerar qualquer outro comprometimento do magistrado que não a busca da “verdade real”, isto é, a “verdade”, que no seu íntimo corresponda àquilo que realmente aconteceu no plano exterior ao processo e, por ter acontecido, acabou por motivar a *necessidade* da atuação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional.¹⁰

⁷ STJ, 1ª Turma: REsp 98.377/DF – rel. Min. Garcia Vieira – DJ 03/08/1998.

⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 303.

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 4 ed.. São Paulo: Atlas, 1995. p. 45.

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 236.

Olhando as considerações acima, tendo em vista que a verdade real se apresenta como um objetivo inatingível, tem-se que a verdade buscada no processo, como bem destacam Fredie Didier Jr. Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, “é, assim, a verdade mais próxima possível da real.”¹¹

1.4 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

Postas essas considerações sobre o objeto da prova, interessa, ainda que sem grande profundidade, classificá-la, o que, não obstante as várias classificações existentes, o fazemos com base no clássico critério de Malatesta, adotado por Moacyr Amaral Santos¹², organizado segundo o objeto, sujeito e forma de prova.

Com relação ao objeto, a prova pode ser direta, quando essa se refere ao próprio fato que se busca provar, ou indireta, que é aquela que se refere a fato que não é o que se quer provar, mas que, através do raciocínio, é possível se chegar ao fato probando, como, por exemplos, as presunções e os indícios.

Quanto ao sujeito, é possível classificar a prova em pessoal, quando essa resulta de uma declaração acerca de determinado fato, depoimento de uma testemunha, ou real, quando a prova for o próprio fato probando, como é o caso, por exemplo, a posição dos automóveis após um sinistro.

No tocante à forma, isto é, a maneira pela qual a prova é produzida, esta pode ser oral (testemunhas, depoimentos das partes, confissão), escrita (documentos) ou material (perícia).

1.5 MEIOS DE PROVA

Não há que confundir os meios de prova com as fontes da mesma, conforme destacado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

Distinguem-se os *meios* das *fontes* de prova: os meios são as técnicas desenvolvidas para extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte). São fontes de prova as coisas, as pessoas e os fenômenos. Os meios de prova são “pontes através das quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz.”¹³

¹¹ DIDIER, Fredie Jr., BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. II. 4 ed. Bahia: Podivm, 2009. p. 72.

¹² SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. cit.* pp. 329-330.

¹³ DIDIER, Fredie Jr., BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Ob. cit.* p. 72.

O Código de Processo Civil nacional disciplina expressamente como meios de prova o depoimento pessoal, a confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, pericial e a inspeção judicial. Não se trata, todavia, de enumeração taxativa, na medida em que o art. 332 da lei processual faz referência a todo e qualquer meio de prova, ainda que não referido pelo código, desde que legal e moralmente legítimo. Enfim, os meios de prova podem ser típicos, estabelecidos em lei, ou atípicos, que não encontram previsão legal.

O art. 343 do CPC consigna, ainda, que o depoimento pessoal deve ocorrer na audiência de instrução; contudo, não se trata de um comando imperativo, pois a colheita do depoimento pode se dar através de carta precatória, bem como em sede de produção antecipada de prova.

A confissão, que se dá em relação aos fatos e não ao direito, expressa ou ficta, pode se dar por ocasião em que a parte presta o seu depoimento pessoal, como também no caso de, devidamente citada, deixar de comparecer à audiência, conforme estabelecem os §§ 1º e 2º do art. 343 do CPC.

O art. 347 do CPC estabelece as hipótese em que a parte é dispensada de prestar depoimento pessoal, sem que isso lhe traga qualquer prejuízo, como é o caso depor acerca de fatos criminosos que lhe são imputados ou cujo sigilo é imposto em função do estado ou profissão.

1.6 PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA

Os princípios são regras, fundamentos básicos de uma ciência, que, no caso do Direito, orientam todo o sistema jurídico; ao se abordar os princípios fundamentais dentro deste ramo científico, conforme leciona Ovídio A. Batista da Silva, “faz-se alusão a princípios norteadores da compreensão do fenômeno jurídico, como simples instrumentos de referência para solução de um problema jurídico qualquer.”¹⁴

1.6.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Trata-se de garantia constitucional prevista no art. 5º, LV, segundo o qual é assegurado aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Possuindo tal princípio, aliás, estreita ligação com a noção de

¹⁴ DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Ob. cit.* p. 47.

igualdade entre partes e de direito de ação, sendo estes, na verdade, manifestação daquele, detém notável caráter democrático na elaboração do provimento jurisdicional, haja vista a participação dos interessados, que ficarão submetidos à sua incidência.

1.6.2 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Segundo reza o art. 336 do Código de Processo Civil, as provas devem ser produzidas em audiência, salvo disposição em contrário; a previsão da legislação processual abraça como regra o princípio da oralidade, preceito através do qual a palavra predomina, como é o caso dos depoimentos e inquirição das testemunhas, não possuindo o mesmo valor declaração reduzida a termo que tenha por objeto substituí-la.

1.6.3 PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE

Pelo princípio da imediatidade, cabe ao juiz a colheita da prova, devendo, por isso, ter o contato imediato e pessoal com os meios probatórios; a observância de tal princípio em nosso sistema jurídico processual é de fácil constatação, notadamente se atentarmos para fato de que as perguntas que são feitas às pessoas que estão depondo na audiência se dão por intermédio do juiz.

Acerca da pertinência do princípio da imediatidade, assim se manifesta Cassio Scarpinella Bueno:

A prática é digna de destaque porque o magistrado ao ouvir previamente a pergunta a ser respondida pela parte, pela testemunha ou pelo perito tem condições de decidir sobre sua relevância e sobre sua pertinência, evitando, com isso, desperdício de atividade jurisdicional.¹⁵

1.6.4 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ

Sabidamente, no direito pátrio, o juiz não forma sua convicção de maneira arbitrária, devendo se valer dos fatos e circunstâncias constantes do processo, bem como lhe é imposta a obrigação de indicar na peça decisória os motivos de seu convencimento; trata-se do princípio do livre convencimento motivado do juiz e que é previsto no artigo 131 do CPC.

Nesse sentido, leciona Nelson Nery Junior:

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Ob. cit.* p. 244.

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.¹⁶

A motivação das decisões judiciais foi elevada à expressa garantia constitucional, prevista no art. 93, IX da Carta Política nacional. A constitucionalização do princípio da motivação das decisões foi comemorado pela doutrina, na medida em que pôs fim a situações onde o princípio não era observado.¹⁷

1.6.5 PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO DA PROVA

De acordo com o princípio da aquisição da prova, ou comunhão da prova, o destinatário da mesma é o juízo, e não àquele que a trouxe para o processo ou contra quem foi produzida. A esse propósito, pertinentes as considerações de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

A prova, uma vez produzida, desgarra-se daquele que a produziu e é incorporada ao processo – não podendo ser dele extraída ou desentranhada, salvo exceções (§§ 1º e 2º do art. 1.215 do CPC). A *prova adere ao processo*, sendo irrelevante saber quem a trouxe. O que importa é sua existência e, não, sua proveniência (origem).¹⁸

1.7 DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

Segundo destaca Antonio Carlos de Araujo Cintra, a instrução probatória pode ser dividida em três fases que se sucedem e, ao mesmo tempo, se vinculam logicamente, quais sejam: a proposição, admissão e produção da prova.¹⁹

A proposição da prova se apresenta como ato das partes, normalmente levado a efeito pelo autor na inicial e pelo réu por ocasião da sua resposta; nada obstante, excepcionalmente, e com a devida fundamentação, é possível que a proposição seja requerida em momento outro, o que pode ser feito por meio de petição ou oralmente, quando em audiência.

¹⁶ JUNIOR, Nelson Nery. *Ob. cit.* p. 183.

¹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.* p. 69.

¹⁸ DIDIER, Fredie Jr., BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Ob. cit.* p. 26.

¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Ob. cit.* p. 17.

Não obstante a admissão da prova ser ato juiz, o indeferimento de determinada prova não surge como um poder absoluto do julgador, como bem destacam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Observe-se, todavia, que não pode o órgão jurisdicional indeferir determinada prova por já se encontrar convencido a respeito da alegação de fato a provar. Vale dizer: por já ter valorado de maneira antecipada a prova. Admissibilidade e valoração da prova não se confundem. A prova é inadmissível tão-somente se impertinente, irrelevante ou incontroversa a alegação de fato a provar. Havendo pertinência, relevância e controvérsia da alegação, há direito fundamental à produção da prova.²⁰

A terceira etapa, a produção da prova se consubstancia da apresentação da própria fonte da prova ao juiz, podendo a mesma ocorrer em diferentes momentos no processo.

1.8 DO MOMENTO ADEQUADO À ORGANIZAÇÃO DA PROVA

O art. 331 do Código de Processo Civil prevê a realização da audiência preliminar, oportunidade em que se busca a conciliação das partes, bem como organizar e sanear o processo, tendo em conta o que até então foi feito, decidindo-se acerca de questões incidentes, além daquilo que se irá executar em seguida, como é o caso da produção probatória.

É na audiência preliminar que o juiz, a partir dos fatos e das provas que os litigantes pretendem produzir, fixa os pontos controvertidos e determina as provas que deverão ser produzidas, evitando-se, conforme leciona Eduardo Cambi, “a perda de tempo com discussões estéreis que em nada podem contribuir para a elucidação das questões envolvidas no julgamento da causa.”²¹

No entanto, havendo a realização da audiência preliminar, ultrapassadas as questões referentes à fixação dos pontos controvertidos e ao ônus da prova, deve o juiz ouvir os litigantes sobre as provas que pretendem produzir, oportunidade em que poderá deferi-las ou não, além de, se entender necessário, requerer de ofício a produção de determinada prova. Por fim, conforme estabelece o § 2º do art. 331 do CPC, a sendo indispensável a realização de audiência de instrução e julgamento, sua designação deve ser feita na audiência preliminar.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 177.

²¹ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53.

1.9 DA AVALIAÇÃO DA PROVA

Produzida a prova, isto é, tendo essa ingressado no processo para formar o convencimento do julgador, o ciclo probatório não está encerrado, sendo necessário, como passo subsequente, que o acervo probatório seja avaliado pelo juiz. Nesse passo, os ensinamentos de Ovídio A. Batista da Silva:

No entanto, considerando-se o conceito de prova no outro sentido por nós indicado, segundo o qual considera a prova, não como atividade, ou procedimento visando a produzi-la, mas sob o ângulo do resultado de toda essa atividade probatória, na medida em que sua realização haja produzido no julgador a convicção da veracidade do fato probando, então teremos de admitir que o ciclo probatório carece de um momento subsequente ao de sua produção, que é justamente o momento da avaliação da prova pelo juiz.²²

O primeiro sistema atribui a cada prova um valor determinado, não permitindo qualquer margem de liberdade para o juiz. Malgrado ser considerado superado pela doutrina, esse critério resiste em algumas poucas disposições legais, como é o caso dos artigos 366, 400 e 401, todos do CPC.

O segundo sistema, por sua vez, concede liberdade total e irrestrita para o magistrado na avaliação do material probatório, sem a necessidade de dar as razões de seu pronunciamento, lhe sendo lícito, aliás, julgar tanto de acordo com o acervo probatório constante dos autos, quanto até mesmo contra os elementos existentes no processo, como também com base em provas existentes fora dos autos.

O terceiro sistema, adotado pela legislação processual civil nacional, defende que o julgador, ao avaliar as provas, deve levar em consideração o seu conjunto, as regras jurídicas e de experiência; por este sistema, o juiz, ao apreciar as provas, o faz de forma livre, porém, ao mesmo tempo, deve ser racional o seu convencimento, com a demonstração motivada das suas razões de decidir.

²² DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Ob. cit.* p. 284.

2. DA PROVA EMPRESTADA

Dentre as provas atípicas, ou seja, não prevista no rol do Código de Processo Civil, temos a prova emprestada, que "consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram"²³, excepcionando-se, assim, a regra geral de que a prova é criada para formar convencimento dentro de determinado processo.²⁴

A admissão da prova emprestada decorre da aplicação dos princípios da economia processual e da unidade da jurisdição, almejando máxima efetividade do direito material com mínimo emprego de atividades processuais, aproveitando-se as provas colhidas perante outro juízo²⁵. Pode-se dizer, ainda, que a admissibilidade da prova emprestada hodiernamente também encontra amparo na garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), inserida como direito fundamental pela emenda constitucional n.º 45 (Reforma do Judiciário), porquanto se trata de medida que visa, como veremos, entre outros fins, dar maior celeridade à prestação jurisdicional.

Todos os meios legais de prova, bem como os moralmente legítimos (art. 332 do CPC) produzidos em um processo podem ser trasladados para outro, porém, a prova emprestada tomará sempre a forma documental, não importando qual tenha sido sua natureza no processo de origem. Isso porque as provas são trazidas documentalmente de outro processo, mediante certidão ou cópias autenticadas das folhas em que foram produzidas na demanda original.²⁶

De acordo com Ada Pellegrini Grinover²⁷, entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo

²³ Talamini, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*, Revista de Informação Legislativa, p. 146.

²⁴ Ribeiro, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*, p. 110.

²⁵ Cambi, Eduardo. *op. cit.*, p. 53. Na jurisprudência: "(...) DISPENSA DE PROVA PERICIAL. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. (...) 5. A jurisprudência dos tribunais pátrios vem admitindo a utilização de prova emprestada, especialmente a judicializada, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas. Hipótese em que o autor foi interditado judicialmente por patologia mental entendendo o Juízo monocrático pela dispensa de produção de prova pericial, com base no art. 130 do CPC. (...)" (TRF4, AC 2004.04.01.001610-1, Quinta Turma, Relator Celso Kipper, DJ 19/10/2005).

²⁶ Santos, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, p. 352.

²⁷ *Prova emprestada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 4, out. 1993, p. 60.

depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto.

Pode-se afirmar, no entanto, que seu valor é o da sua essência, e esta será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo.

A prova emprestada, assim como as demais, só se configura legítima se a ela for conferido o direito ao contraditório. A prova emprestada somente pode ser utilizada se passar pelo crivo do contraditório.

Fredie Didier Junior, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga, por seu turno, defendem que não haveria nenhum problema na importação da prova de processo envolvendo terceiros, porque ambas as partes do segundo processo estariam na mesma situação e o contraditório seria implementado no processo em que a prova emprestada fosse utilizada²⁸. Essa posição, entretanto, não encontra eco na jurisprudência majoritária, que reiteradamente tem entendido pela inadmissibilidade da utilização da prova emprestada de processo entre terceiros. A propósito, diz o seguinte julgado:

Ementa

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA.

1. Ação discriminatória distribuída em 3.02.1958, do qual foram extraídos os presentes embargos de divergência em recurso especial, conclusos ao Gabinete em 29.11.2011.

2. Cuida-se de ação discriminatória de terras devolutas relativas a parcelas da antiga Fazenda Pirapó-Santo Anastácio, na região do Pontal do Paranapanema.

3. Cinge-se a controvérsia em definir: i) a Seção do STJ competente para julgar ações discriminatórias de terras devolutas; ii) a quem compete o ônus da prova quanto ao caráter devoluto das terras; iii) se a ausência de registro imobiliário acarreta presunção de que a terra é devoluta; iv) se a prova emprestada pode ser obtida de processo no qual não figuraram as mesmas partes; e v) em que caráter deve ser recebida a prova pericial emprestada.

4. Compete à 1ª Seção o julgamento de ações discriminatórias de terras devolutas, porquanto se trata de matéria eminentemente de direito público, concernente à delimitação do patrimônio estatal.

5. Nos termos do conceito de terras devolutas constante da Lei 601/1850, a natureza devoluta das terras é definida pelo critério De exclusão, de modo que ausente justo título de domínio, posse legítima ou utilização pública, fica caracterizada a área como devoluta, pertencente ao Estado-membro em que se localize, salvo as hipóteses excepcionais de domínio da União previstas na

²⁸ Didier Jr, Fredie; Oliveira, Rafael; Braga, Paula Sarno, p. 66.

Constituição Federal.

6. Pode-se inferir que a sistemática da discriminação de terras no Brasil, seja no âmbito administrativo, seja em sede judicial, deve obedecer ao previsto no art. 4º da Lei 6.383/76, de maneira que os ocupantes interessados devem trazer ao processo a prova de sua posse.

7. Diante da origem do instituto das terras devolutas e da sistemática estabelecida para a discriminação das terras, conclui-se que cabe ao Estado o ônus de comprovar a ausência de domínio particular, de modo que a prova da posse, seja por se tratar de prova negativa, de difícil ou impossível produção pelo Poder Público, seja por obediência aos preceitos da Lei 6.383/76.

8. De acordo com as conclusões do acórdão embargado e das Instâncias ordinárias, o registro paroquial das terras foi feito em nome de José Antonio de Gouveia, em 14 de maio de 1856, sob a assinatura do Frei Pacifico de Monte Falco, cuja falsidade foi atestada em perícia, comprovando-se tratar-se de "grilagem" de terras. Assim, considerou-se suficientemente provada, desde a petição inicial, pelo Estado de São Paulo, a falsidade do "registro da posse", pelo que todos os títulos de domínio atuais dos particulares são nulos em face do vício na origem da cadeia, demonstrando-se a natureza devoluta das terras.

9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto.

10. Independentemente de haver identidade de partes, o Contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.

11. Embargos de divergência interpostos por WILSON RONDÓ JÚNIOR E OUTROS E PONTE BRANCA AGROPECUÁRIA S/A E OUTRO não providos. Julgados prejudicados os embargos de divergência interpostos por DESTILARIA ALCÍDIA S/A. **PROCESSO ELETRÔNICO EREsp 617.428 / SP, JULGADO: 04/06/2014. STJ. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI.**

2.1 DO ENQUADRAMENTO LEGAL

Ainda que não elencada no Código de Processo Civil brasileiro, a prova emprestada é pela lei processual admitida como meio probatório de utilização moralmente legítima; com efeito, segundo estabelece o art. 332 do CPC²⁹, o convencimento do juiz pode ser construído a partir de prova produzida e transportada de outra demanda.

A previsão contida no dispositivo acima não sofreu qualquer influência em razão do atual Código Civil nacional trazer, em seu art. 212, os meios de prova admissíveis pelo ordenamento jurídico pátrio; com efeito, a enumeração lá contida,

²⁹ Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

da mesma forma que acontecia com a legislação civil revogada, é tida como apenas exemplificativa e não taxativa.

A razão de ser do art. 332 do CPC é de garantir a utilização de todo instrumento probatório, ainda que não encontre previsão na legislação processual, mas que, segundo a lição de Antonio Carlos de Araujo Cintra, “seja idôneo para demonstrar ou para apurar a veracidade de alegações de fatos relevantes para a justa decisão da causa.”³⁰

No entanto, não é toda e qualquer transferência de elementos probatórios produzidos em um processo e transferidos para outro que se enquadra dentro daquilo que se costuma conceituar de prova emprestada; é o caso, por exemplo, da prova obtida no juízo deprecado, conforme bem destaca Eduardo Cambi:

Assim, não integra a noção de prova emprestada a prova produzida no juízo deprecado, porque este juízo é um prolongamento de primeiro (v.g., a testemunha, não residente no juízo em que se processa a demanda, por não estar obrigada a sair da sua residência, presta depoimento no foro onde mora e seu depoimento é considerado como se fosse prestado perante o juiz da causa).³¹

2.2 FUNDAMENTOS DA PROVA EMPRESTADA

A noção de economia processual está diretamente vinculada à busca da efetividade do direito material, lançando-se mão apenas e tão somente dos meios processuais imprescindíveis para tanto, de tal sorte que, as alegações acerca de determinados fatos já comprovadas em outro processo, não necessitam ser novamente demonstradas; basicamente é neste sentido que se orienta a doutrina, conforme se depreende do magistério de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Trata-se de evitar, com isso, a repetição inútil de atos processuais, otimizando-se, ao máximo, as provas já produzidas perante a jurisdição, permitindo-se, por consequência, seu aproveitamento em demanda pendente.³²

Desta orientação não divergem Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em especial tendo em vista que para os eminentes professores, é característica da jurisdição a sua unidade, razão

³⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Ob. cit.* p. 17.

³¹ CAMBI, Eduardo. *Ob. cit.* p. 53.

³² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. vol. II. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 292.

pela qual não seria razoável a negativa de empréstimo de uma ramo do direito para o outro.

A jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido; jurisdição é, em si mesma, tão uma e indivisível quanto o próprio poder soberano.³³

Com efeito, enquanto manifestação do poder estatal, a jurisdição se apresenta como uma unidade; porém, conforme destaca Humberto Theodoro Junior, “A diferença de matéria a ser manipulada pelos juízes, na composição dos litígios, conduz à necessidade prática da especialização não só dos julgadores, como das próprias leis que regulam a atividade jurisdicional.”³⁴

Por fim, quanto ao aspecto referente à celeridade na prestação jurisdicional, a partir da Emenda Constitucional n° 45, a prova emprestada passou a encontrar mais um arrimo constitucional, este representado pelo disposto no art. 5º, LXXVIII³⁵, que estabelece a garantia da duração razoável do processo.

A doutrina, porém, não é pacífica, havendo quem sustente ser necessário à admissão da prova emprestada a impossibilidade de sua renovação; é o que é defendido por João Batista Lopes, para quem se apresenta imprescindível “que não seja possível a reprodução ou renovação da prova (ex.: impossibilidade de inquirir testemunha já ouvida em processo anterior, em razão de seu falecimento).”³⁶

Ora, de acordo com o que já foi alvo de considerações linhas acima, entre os vetores que norteiam o instituto da prova emprestada estão justamente a economia e celeridade processuais, cuja observância acaba por evitar a repetição desnecessária de atos já produzidos, e, por consequência, a perda de tempo e desembolso de despesas.

Desta forma, posição mais consentânea acerca do tema é a defendida por Darci Guimarães Ribeiro:

Convém salientar, outrossim, que não só a impossibilidade de reprodução da prova permite que ela seja emprestada, também a *difícil* reprodução permite o seu empréstimo, em atenção ao princípio da economia processual, pois o processo civil deve inspirar-se no ideal de propiciar às partes uma justiça barata e rápida, isto é, deve-se obter o máximo de

³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.* p. 351.

³⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Ob. cit.* p. 43.

³⁵ a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³⁶ LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense. p. 64.

resultado na atuação do direito com o mínimo emprego de atividade processuais.³⁷

A par de tais considerações, calha trazer à colação a sempre lúcida lição de Moacyr Amaral Santos:

A aproveitabilidade e a eficácia de uma prova em outro processo se assentam, principalmente, na razão inversa da possibilidade de sua reprodução: quanto mais possível esta, tanto menores a sua aproveitabilidade e eficácia; quanto menos possível tanto maiores a sua aproveitabilidade e eficácia.³⁸

Assim, não é apenas prova de impossível renovação que pode ser emprestada para um segundo processo, mas também aquela de se apresenta de difícil renovação, assim considerada a prova que imponha dispêndio maior na sua produção, do que se fosse trasladada.

2.3 FORMA

A entrada da prova emprestada no processo para qual é trasladada se dá através da transferência total das peças que lhe dizem respeito, ou então de certidão que ateste o seu conteúdo; a prova emprestada, portanto, será sempre apresentada na forma documental, ainda que de outra natureza tenha sido a prova em sua origem.

Impõe-se, ainda, até em decorrência lógica do que até aqui foi dito, que a prova a que se quer emprestada seja oriunda de atividade de natureza jurisdicional, como bem destacado pelo magistério de João Carlos Pestana de Aguiar Silva, que sustenta que o documento produzido fora da esfera judicial não pode ser tido como prova emprestada e, por consequência gerar os efeitos próprios de tal meio probatório.

Outro tanto, provindo a peça de informação de um procedimento administrativo ou mesmo oficioso, não guarda os requisitos probatórios indispensáveis à sua eficácia, desmerecendo receber a característica de prova emprestada, só possuindo questionáveis indícios probatórios.³⁹

Não diverge desta orientação a lição de Eduardo Talamini:

A prova tem de haver sido originariamente colhida em processo frente a órgão jurisdicional. Trata-se de decorrência direta da inafastabilidade da

³⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Ob. cit.* p. 114.

³⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. cit.* pp.296-297.

³⁹ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As Provas no Cível*, Rio de Janeiro, Forense. p. 364.

jurisdição e do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV e LIV). Não há apenas o direito de ser ouvido e receber uma resposta do órgão jurisdicional.⁴⁰

Estabelecido, pois, que a forma pela qual a prova emprestada é trasladada da demanda originária para o segundo processo, e que a sua produção deve se dar dentro da atividade jurisdicional, importa referir, ainda, que tal documento, quanto ao momento de sua constituição, pode ser classificado como pré-constituído ou casual.

O primeiro, em verdade, não se revela propriamente como prova emprestada, já que seu conteúdo foi formado antes mesmo do processo originário, valendo por si só, como é o caso do contrato, “que tem seu valor determinado pelas cláusulas que apresenta, e não pela avaliação feita no juízo em que foi apresentado.”⁴¹

O segundo, causal, produzido no curso de um processo, este sim detém as características de verdadeira prova emprestada, como bem leciona Ovídio A. Baptista da Silva:

Consideram-se emprestadas apenas as provas casuais e não as pré-constituídas porventura já utilizadas em processo anterior. Quanto a estas últimas, seu valor probatório será sempre o mesmo, qualquer que seja a natureza do processo em que ela se produza, independentemente do número de vezes em que isto aconteça. Uma escritura pública, ou mesmo um documento particular, ainda que já empregado como prova em processo anterior, não serão considerados prova emprestada quando novamente forem produzidas em processo subsequente; apenas aquelas formadas no curso do processo anterior serão consideradas tais, quando utilizadas novamente num segundo processo.⁴²

2.4 REQUISITOS À ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA

A exemplo do que acontece com os demais meios de provas admitidos pela legislação processual brasileira, a utilização da prova emprestada – esta considerada enquanto documento causal, isto é, produzida no curso de um processo anterior – também está condicionada ao atendimento de certos requisitos, que vêm em proteção tanto às partes, quanto ao próprio Estado Democrático de Direito, e que basicamente estão englobados dentro do princípio do devido processo legal, sem os quais lhe faltará legitimidade.

Tais pressupostos, tendo em vista sua natureza, podem ser classificados em constitucionais e infraconstitucionais.

⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. *Ob. Cit.*, p.152.

⁴¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Ob. cit.* p. 111.

⁴² DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Ob. cit.* p. 296.

2.4.1 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

À produção de efeitos da prova emprestada é imprescindível a observância de garantias de índole constitucional, e que são voltadas à figura do juiz e das partes, notadamente no que diz respeito às suas presenças, tendo em vista tanto o processo originário, quanto o processo para onde se quer trasladar a prova. Trata-se das garantias estatuídas nos incisos XXXV⁴³, XXXVII⁴⁴, LIII⁴⁵ e LV⁴⁶ do art. 5º da Carta Política nacional.

Na primeira hipótese, isto é, entre as mesmas partes, a doutrina não diverge quanto à aceitação dos efeitos da prova emprestada; aliás, há quem defenda justamente a necessidade de que esta tenha sido produzida perante os mesmos litigantes, como é o caso do professor João Batista Lopes, que sustenta ser “necessário que a prova emprestada tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes.”⁴⁷

No caso de não haver identidade das partes envolvidas nos processos – originário e para o qual será transferida a prova –, a doutrina majoritária defende que pelo menos a parte contra qual será utilizada a prova emprestada tenha também sido parte no processo de onde será trasladada a prova, como destaca Eduardo Talamini:

As partes do segundo processo têm de haver participado em contraditório do processo em que se produziu a prova que se visa aproveitar. Mais precisamente, é imprescindível que a parte contra qual vai ser usada essa prova tenha sido parte no primeiro processo.

(...).

Haverá de se verificar se aquele a quem desfavorece a prova emprestada participou de ambos.⁴⁸

Destarte, problema algum haverá se terceiro em relação ao processo onde a prova foi produzida, traga aos autos de segunda demanda, agora na qualidade de parte, o referido instrumento probatório, desde que aquele em face de quem vá ser utilizado tenha participado do processo primitivo.

⁴³ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁴ não haverá juízo ou tribunal de exceção.

⁴⁵ ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

⁴⁶ aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁴⁷ LOPES, João Batista. *Ob cit.* p. 64.

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Ob. Cit.*, p. 148.

Essa é a lição de Eduardo Cambi, “a prova emprestada não vale quando foi colhida sem a participação da parte contra quem deve operar, sob pena de gerar a nulidade da decisão por inobservância do contraditório, na formação da prova.”⁴⁹ Também esta posição é defendida por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, aduzindo os autores que a prova emprestada não poderá produzir efeitos contra aquele que não participou da produção da prova no processo originário.⁵⁰

Destarte, para aqueles que defendem esta corrente, impõe-se à admissão da prova emprestada o respeito ao contraditório, quando da colheita da prova no processo de origem, ao que complementa Darci Guimarães Ribeiro: “quanto maior for o respeito ao contraditório, maior será o grau de convencimento que a prova trasladada produzirá.”⁵¹

Mais do que participar do processo anterior, Eduardo Talamini defende que a admissão da prova emprestada depende da ocorrência de contraditório efetivo e não meramente potencial:

Não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo.⁵²

Por fim, em se tratando de prova emprestada produzida por terceiros, a corrente majoritária se posiciona no sentido da impossibilidade de lhe conceder quaisquer efeitos, tendo em vista a não observância do contraditório; a título exemplificativo, a lição de Nelson Nery Junior:

A condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é a sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a da obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é *res inter alios* e não produz nenhum efeito senão para aquelas partes.⁵³

A orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acompanha o entendimento acima referido, como se depreende da recente decisão assim ementada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPERGS. LAUDO PERICIAL. PROVA EMPRESTADA. IMPOSSIBILIDADE.

⁴⁹ CAMBI, Eduardo. *Ob. Cit.*, p. 54.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As Nulidades no Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 123.

⁵¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Ob. cit.* pp. 113-114.

⁵² TALAMINI, Eduardo – *Ob. cit.* – pág. 149.

⁵³ JUNIOR, Nelson Nery. *Ob. cit.* p. 156.

Não se pode utilizar prova emprestada produzida entre terceiros, mesmo que em processo similar, diante da necessidade de se oportunizar o contraditório e a ampla defesa.
AGRAVO PROVIDO DE PLANO.⁵⁴

Não obstante o posicionamento majoritário, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, não admitir que se extraia efeitos da prova emprestada oriunda do processo envolvendo terceiros, isto é, sem a participação das partes que figuram no segundo processo, s.m.j., inexistente impedimento para o acolhimento da prova emprestada nesta situação.

Calha registrar a esse propósito as considerações de Moacyr Amaral Santos, para quem a negativa de se dar eficácia à prova emprestada deveria ser vista com reservas, notadamente tendo em vista que a prova pertence ao juízo:

Se o fato é o mesmo, ali e aqui, e foi judicialmente reconhecido como provado no primeiro processo, por que motivo não se atribuir à prova emprestada ao segundo certa eficácia? A verdade é que todo o elemento probatório, trazido a um processo, deverá ser estimado e avaliado. Cumpre ao juiz pesá-lo não só isoladamente, nas suas condições objetivas e subjetivas, como no conjunto, com as demais provas, atendendo ao fato probando, às alegações das partes, ao direito violado, à norma jurídica invocada, enfim às circunstâncias que influem na formação do convencimento.⁵⁵

Nesse sentido, aliás, se posicionam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, sustentando inexistir qualquer problema na importação da prova produzida em processo envolvendo terceiros, “porque ambas as partes estariam em na mesma situação e o contraditório seria implementado no processo em que a prova emprestada fosse utilizada.”⁵⁶

Não se desconhece a importância de, sempre que possível, observar-se o princípio da oralidade, haja vista que tanto melhor quando é possibilitado ao juiz o contato pessoal, direto e contemporâneo com os elementos que servirão à formação a sua convicção sobre a questão controvertida, repercutindo, de tal sorte, no resultado da demanda.

A fundamentar tais assertivas, exemplifica-se com a situação envolvendo o caso de oitivas de testemunhas por meio de cartas precatórias; em tal procedimento jurisdicional inexistente imediatidade entre o julgador tomador do depoimento e aquele que é interrogado, sem que isso represente agressão a garantias constitucionais.

⁵⁴ TJRGS, 3ª Câmara Cível: AI nº 70018868083 – rel. Des. Túlio de Oliveira Martins – DJ 09/04/2007.

⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. cit.* p. 298.

⁵⁶ DIDIER, Fredie Jr., BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Ob.cit.* p. 51.

Da mesma maneira, os julgadores de 2º grau, salvo matérias de competência originária, não participam da instrução do processo que examinam em sede recursal, o que não se consubstancia também em afronta violação ao princípio da imediatidade. Oportuno, neste passo, trazermos novamente à colação a lição de Darci Guimarães Ribeiro:

Não merece acolhida essa posição que nega qualquer valor à prova emprestada pelo simples fato de não se ter respeitado determinados valores da oralidade. A própria lei se encarregou de retirar o caráter absoluto desses princípios, uma vez que admitiu a possibilidade de ser colhida a prova oral, tanto por meio de precatória, a chamada *prova fora da terra*, quanto por antecipação, a chamada prova *ad perpetuam rei memoriam*. Aliás, também em segundo grau temos a possibilidade de os julgadores aprofundarem na avaliação da prova sem que a tenham colhido.⁵⁷

Segundo determina o art. 113, § 2º do CPC, declarada a incompetência absoluta, tão somente os atos decisórios serão nulos, de tal sorte que a instrução probatória mantém o seu valor, podendo ser esta emprestada para outra demanda, sem que isso represente afronta à Constituição Federal.

Tratando da questão relativa à prova emprestada produzida por juiz incompetente, Darci Guimarães Ribeiro faz distinção entre as incompetências relativa e absoluta, sem, todavia, se contrapor à admissão da prova em empréstimo à demanda diversa.

No primeiro caso, a prova pode, sem nenhum problema, ser emprestada a a outro processo, pois se o réu não opuser, no prazo legal, exceção de incompetência, a mesma estará prorrogada, como bem dispõe a lei no art. 114 do CPC, isto é, o juiz, que originariamente, era incompetente, passa a ser competente pela inércia da parte em não excepcionar; e se for oposta a exceção, dentro do prazo legal, serão os autos remetidos ao juiz competente. No segundo caso, o problema também não se apresenta grave, em virtude de haver norma expressa a respeito. E é bom que se diga que essa norma já havia no CPC de 39, art. 279, como bem descreve o legislador no § 2º do art. 113 do CPC: “Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”.⁵⁸

Nesse sentido é a orientação do TJRGs:

PROCESSO CIVIL – PROVA EMPRESTADA COLHIDA EM JUÍZO INCOMPETENTE– EFICÁCIA - DIREITO CIVIL – PAGAMENTO – VALIDADE

Desde as Ordenações até hoje, vinga o entendimento de que declarada a incompetência do juízo, somente os atos decisórios serão nulos, não assim os demais atos judiciais, entre estes os probatórios (art. 113, parágrafo 2º do CPC).

⁵⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Ob. cit.* p. 112.

⁵⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Ob. cit.* pp. 117-118.

É válida e eficaz a prova emprestada colhida em juízo incompetente quando cuida do mesmo fato probando, sua produção obedeceu às formalidades legais, especialmente ao contraditório, e em processo onde figuravam as mesmas partes.

Só vale o pagamento, liberando o devedor, quando efetuado ao credor ou seu representante (art. 934 do C.Civil).

Apelação desacolhida.⁵⁹

É evidente, contudo, que se impõe que o lastro probatório oriundo do juízo incompetente tenha observado na sua produção os princípios atinentes à prova, para só então dele se extrair as consequências e efeitos no convencimento do julgador da demanda para qual foi transportada a prova. Assim, a prova emprestada, ainda que produzida perante juiz incompetente, mantém seu potencial valor probatório, e como bem refere João Carlos Pestana de Aguiar Silva, citando Moacyr Amaral Santos: “reitere-se que o valor da prova emprestada advirá de seu próprio poder de convencimento, atribuindo o juiz a eficácia que mereça receber.”⁶⁰

Por fim, ainda inserido no âmbito constitucional, há um último requisito que deve ser respeitado para que a prova seja admitida em um processo a título de empréstimo, qual seja, de ter sido colhida perante órgão jurisdicional, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e do próprio devido processo legal. Assim, em regra, conforme destaca Eduardo Talamini, não são permitidos os empréstimos de documentos tidos como prova, cuja produção tenha se dado na via administrativa, aí incluído o inquérito policial, bem como aqueles oriundos de procedimento arbitral, por lhes faltarem a natureza jurisdicional.⁶¹

2.4.2 PRESSUPOSTOS LEGAIS

Entre os requisitos ditos infraconstitucionais da prova emprestada destaca-se o referente à identidade que deve haver entre o fato provado, e trazido do processo do qual originou a prova, e o fato que se quer provar; trata-se de pressuposto imprescindível, como destaca João Batista Lopes: “é curial que a admissibilidade da prova emprestada fica condicionada a serem idênticos os fatos provados e probandos.”⁶²

⁵⁹ TJRGS, 1ª Câmara Especial Cível: AC nº 599464807 – rel. Des. Genaro José Baroni Borges – DJ 21/06/2000.

⁶⁰ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *Ob. Cit.*, p. 364.

⁶¹ TALAMINI, Eduardo. *Ob. cit.* p.152

⁶² LOPES, João Batista. *Ob. cit.*, p. 65.

Ainda em relação à identidade dos fatos do processo anterior com aqueles que se quer provar, refere Darci Guimarães Ribeiro que tal análise cabe ao magistrado, caso a caso, mas que “quanto mais idênticos forem os fatos, maior valor que a prova emprestada recebe; e também é verdade que quanto menor a identidade entre os fatos, menor será a valoração da prova emprestada.”⁶³

Aliás, tal orientação doutrinária é também verificada na seara jurisprudencial, conforme se infere do aresto cuja ementa é abaixo colacionada:

RECURSO ESPECIAL.
INADMISSIBILIDADE PARA REAVALIAÇÃO DE PROVAS.
PROVA EMPRESTADA.
POSSIBILIDADE DE QUE SEJAM CONSIDERADAS AS PRODUZIDAS NO
PROCESSO CRIMINAL, RELATIVO AO MESMO FATO, POIS
PERFEITAMENTE RESGUARDADO O CONTRADITÓRIO.
ALEIJÃO OU DEFORMIDADE. INDENIZAÇÃO.
A REGRA CONTIDA NO PAR. 1. DO ART. 1.538 DO CODIGO CIVIL NÃO
ABRANGE TODAS AS PARCELAS PREVISTAS NO "CAPUT", MAS
APENAS A MULTA CRIMINAL ACASO DEVIDA.⁶⁴

Impõe-se, ainda, quanto a admissibilidade da prova emprestada, que o elemento probatório do processo originário tenha sido produzido regularmente, e que, por sua vez, a entrada no segundo respeite as regras pertinentes à juntada de documento, na medida em que, como já referido, será desta forma que ingressará na segunda demanda.

2.5 PROVA EMPRESTADA E A INSPEÇÃO JUDICIAL

Questão que merece algumas considerações diz respeito à admissibilidade e valoração da inspeção judicial enquanto prova emprestada.

Na esteira do que já foi referido anteriormente, a formação da convicção do juiz para o julgamento da causa está direta e intimamente ligada à oralidade, caracterizada, entre outros elementos, pela imediação e identidade física do julgador na colheita da prova.

Assim sendo, a exemplo de outros meios de prova, não há como negar a possibilidade de se utilizar como prova emprestada a inspeção judicial; todavia, ao contrário daqueles, é o único exemplo de prova que, na esteira do magistério de

⁶³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Ob. cit.* p. 114.

⁶⁴ STJ, 03Turma: REsp n 135.777/GO – rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJ 16/02/1998.

Eduardo Talamini, “se emprestada, não tem absolutamente como manter o valor originário (o que a afasta do aspecto comum aos demais empréstimos de prova, consistente na *potencialidade* de ser mantida a força probante original...)”⁶⁵

2.6 PROVA EMPRESTADA E AS PROVAS ILÍCITAS

A partir do enfoque público e social que se passou a dar ao processo, esse não mais se contentando com a verdade meramente formal, mas almejando a verdade histórica, questão relevante que vem à tona, e que merece reflexão, é a que se refere à vedação constitucional da prova ilícita – até então inexistente nesse nível legislativo, pelo menos não de forma expressa – e seus reflexos no que diz respeito ao instituto da prova emprestada.

O posicionamento majoritário, tanto no campo doutrinário, quanto jurisprudencial, se inclinava no sentido de não aceitar a utilização de provas obtidas ilicitamente, contrapondo-se à corrente favorável à sua admissão. Havia, também, uma terceira posição que relativizava a inadmissibilidade desse tipo de instrumento probatório, com base na adoção da teoria da proporcionalidade.

A atual Constituição, entretanto, vedou de forma taxativa, as provas obtidas por meio ilícito, abrindo uma exceção tão somente para os casos de interceptação telefônica, quando autorizada judicialmente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim sendo, ao processo penal foi concedido um “privilégio” que não foi alcançado ao âmbito processual civil.

É inegável que, numa interpretação literal da Magna Carta, salta aos olhos não ser possível utilização como prova da interceptação telefônica, tendo em vista que esta só é permitida em sede de instrução criminal, e, na medida que se está diante de norma que restringe direito fundamental, restrita deve ser sua exegese; todavia, o tema comporta grande controvérsia.

Em nível doutrinário, defendendo o traslado da prova do processo penal para o cível, nos casos envolvendo a interceptação telefônica, colhe-se o magistério de Nelson Nery Junior:

Entretanto, entendemos ser admissível a produção da prova obtida licitamente (porque autorizada pela CF) para a investigação criminal ou

⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 150.

instrução processual penal, como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante pra a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil.⁶⁶

Para aqueles que sustentam a posição acima, o direito à intimidade, como qualquer outro, seria limitado, de sorte que não poderia se sobrepor de maneira absoluta a todos os restantes, também dignos de tutela jurídica, por mais relevante que se apresente o primeiro; nesse ponto, teria cabimento a aplicação do princípio da proporcionalidade, em que são sopesados os interesses e direitos envolvidos, de forma a dar a solução concreta mais justa.

Em nível jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal recentemente teve oportunidade de se manifestar acerca do tema, concluindo pela admissibilidade do empréstimo da prova oriunda de interceptação autorizada judicialmente, para aparelhar procedimento administrativo disciplinar:

PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.⁶⁷

Entre aqueles que propugnam posição contrária, merece destaque Eduardo Talamini:

É, portanto, absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao juiz quando se requer a interceptação – ainda que se preste à comprovação de outros fatos. Essa diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão utilizáveis – não se permitindo seu empréstimo para outras finalidades, mediante empréstimo de prova.⁶⁸

Neste mesmo diapasão segue também o magistério de Nívia Aparecida de Souza Azenha:

⁶⁶ JUNIOR, Nelson Nery. *Ob. cit.* p. 167.

⁶⁷ STF, Tribunal Pleno: INQ n.º 2.424/RJ – rel. Min. Cezar Peluso – DJ 24/08/2007.

⁶⁷ TALAMINI, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 156.

⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. *Ob. cit.* p. 158.

Portanto, também não se vê respaldo para emprestar do processo penal, para o processo civil, prova oriunda de interceptação telefônica, porque a exceção à quebra do sigilo das comunicações, disposta no art. 5º, XII, da Lei Suprema, é clara. Há somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, e na forma que a lei estabelecer.⁶⁹

Fazendo uma síntese dos argumentos favoráveis e contrários à admissão, como prova emprestada, aquela obtida no processo penal, com esteio no art. 5º, XII da CF, e trasladada para o processo civil, refere José Carlos Barbosa Moreira:

(...) pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas, por outro lado, talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela...⁷⁰

A par das posições acima, não obstante as louváveis considerações daqueles que defendem a possibilidade da utilização, no processo civil, como prova emprestada, a interceptação telefônica, desde que judicialmente autorizada, para fins de instrução criminal, não há como reconhecer a constitucionalidade da incondicional utilização de tal procedimento.

Com efeito, a interpretação que deve ser dada ao art. 5º, XII da CF e às disposições da Lei nº 9.296/96, como regra geral, há de ser restritiva, não cabendo a ampliação de seu alcance, na medida em que se trata de sacrifício a direito que foi elevado ao *status* de garantia fundamental pelo constituinte.

Não obstante, há situações em que direitos fundamentais de mesma hierarquia se contrapõem, de tal sorte que é possível que, em face do caso concreto, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, a vedação constitucional da utilização da prova ilícita acabe sendo mitigada, e, por consequência, a prova emprestada, em tais ocorrências excepcionalíssimas, possa ser utilizada no processo civil.

2.6.1 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Tendo em vista o tema aqui tratado, notadamente no que diz respeito à utilização no processo civil de prova ilícita, mas obtida na esfera criminal de forma

⁶⁹ AZENHA, Nívea Aparecida de Souza. *Prova Ilícita no Processo Civil*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 171.

⁷⁰ TALMINI, Eduardo *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ob. cit.* p. 157.

lícita, oportunas se apresentam algumas considerações acerca do princípio da proporcionalidade.

A teoria da proporcionalidade, em síntese, oportuniza ao julgador que, apreciando o caso concreto e levando em conta os interesses em litígio, bem como os direitos envolvidos, notadamente quando estes são de mesma envergadura, escolha a via que entenda mais justa.

Ademais, não se pode olvidar que a subjetividade é inerente à própria atuação jurisdicional do magistrado, na medida em que decide as controvérsias de acordo com seu convencimento, ainda que necessariamente deva o mesmo ser motivado.

Defendendo a aplicabilidade da teoria da proporcionalidade com temperamentos, se posiciona Nivia Aparecida de Souza Azenha:

É certo que não se poderia pensar em sua aplicação imoderada e irrestrita, a ponto de colocar em risco a lisura das provas ou acabar se permitindo de um modo indireto a admissão das provas ilícitas, entre os meios de prova. Mas sob outro ponto de vista, em ocasiões especiais, o princípio da proporcionalidade seria um modo de se obter e salvaguardar o equilíbrio entre os direitos fundamentais conflitantes.⁷¹

A Constituição Federal de 1988 não traz nenhuma referência quanto à adoção do princípio da proporcionalidade, limitando-se, conforme já mencionado, a vedar expressamente a adoção das provas ilícitas no processo, salvo nos casos de investigação criminal e instrução processual penal.

Todavia, comentando a norma constitucional impeditiva do uso de provas ilícitas no processo,⁷² manifesta-se Celso Ribeiro Bastos pelo abrandamento da vedação, numa clara alusão à noção da proporcionalidade:

O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita. O que nos reconforta é que uma análise mais detida do assunto nos induz a crer que o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa da sua redação.⁷³

⁷¹ AZENHA, Nívea Aparecida de Souza. *Ob. cit.* p. 97.

⁷² Art. 5º, LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º vol.. 1 ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. pp. 273-274.

Com efeito, a doutrina moderna vem se inclinando no sentido de aceitar, em casos excepcionais, o uso de prova obtida de forma ilícita, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade; a esse respeito, citamos o professor José Carlos Barbosa Moreira:

A possibilidade de provar alegações em juízo é ínsita na de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, XXXV). Não parece razoável que se lhe tenha de sobrepor sempre, abstraindo-se de tudo mais, a preservação da intimidade de quem haja motivos para supor que possa ter incidido, ou estar incidindo, ou em vias de incidir, em algum comportamento antijurídico. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo. Só a atenta ponderação comparativa de interesses em jogo, no caso concreto, afigura-se capaz de permitir que se chegue à solução conforme a Justiça. É exatamente a isso que visou o recurso, ao princípio da proporcionalidade.⁷⁴

2.7 VALORAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA

Inicialmente, cabe referir que, como bem destaca João Batista Lopes, a admissibilidade da prova emprestada não está relacionada com a valoração da mesma, sendo a primeira, por óbvio, antecedente da segunda; nesse sentido, aduz o professor que “conquanto admissível a utilização de prova emprestada, caberá ao juiz avaliá-la segundo o critério da persuasão racional, como, de resto, deve proceder em relação às demais provas.”⁷⁵

Conforme referido anteriormente, a prova emprestada ingressa em outro processo na forma documental, sendo sua apreciação atividade livre do magistrado, podendo sua força probante não ser a mesma que foi atribuída pelo juiz que a produziu no processo originário, conforme destacado pelo magistério de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

De qualquer forma, é claro que a prova emprestada poderá não receber a mesma valoração da obtida no processo em que foi originariamente produzida. As circunstâncias do segundo processo, as particularidades do empréstimo e mesmo a variação na efetivação do contraditório podem impor valoração diferente à prova, caso comparada com a força que lhe foi atribuída no primeiro processo. Tudo isso, logicamente, deverá ser adequadamente examinado e motivado pelo juiz do segundo processo, considerando-se as necessidades de convicção judicial e de motivação das decisões.⁷⁶

⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as Provas Illicitamente Adquiridas*. Revista da Ajuris, nº 68. Porto Alegre, 1996, p. 19.

⁷⁵ LOPES, João Batista. *Ob. cit.*, p. 65.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Ob. cit.* p. 292.

Nesse mesmo sentido leciona Darci Guimarães Ribeiro, aduzindo que o valor da prova emprestada “depende exclusivamente da avaliação feita pelo juiz da causa, não ficando este vinculado à valorização feita pelo juiz do processo originário.”⁷⁷

Essa orientação é reconhecida também por Eduardo Talamini, entendendo que caberá ao julgador apreciar a prova emprestada e a ela dar a significação probatória que entender devida, podendo extrair dela a mesma eficácia do processo original ou não, desde que com a devida motivação.

Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. Terá a *potencialidade* de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida. Ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, “prova inferior” ou “ato extrajudicial”. O juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo. Eis o aspecto essencial da prova trasladada: apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário. É tal diversidade que confere à prova emprestada regime jurídico específico – o qual não se identifica com a prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem.⁷⁸

Essa dicotomia entre verdade material e formal, inclusive, não mais resiste a modernos estudos de epistemologia, do qual bebem teóricos do direito como Michele Taruffo, em seu belo livro “Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos”. Não existe algo como verdade parcial ou verdade formal. Entender que o Sol era que girava em torno da Terra, como se já entendeu, não implicava que a realidade era essa. Sempre foi um erro, ainda que a humanidade tenha demorado a descobrir.⁷⁹

⁷⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Ob. cit.* p. 119.

⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 147.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, São Paulo, Marcial Pons.

CONCLUSÃO

Destarte, pelo que se expôs, pode-se concluir que a admissibilidade da prova emprestada no processo civil depende, ao fim e ao cabo, da observância ao princípio do contraditório, admitindo-a sempre que inexistir prejuízo ao direito de defesa da parte contra quem a prova será utilizada ou, então, quando o direito à prova da parte adversa, no caso concreto, havendo colisão com o direito ao contraditório daquele contra quem a prova será utilizada, preponderar⁸⁰. Será valorada de acordo com as situações concretas, caso a caso, pelo juiz da causa. Segundo a doutrina dominante e jurisprudência acerca do tema, deve ser observado o contraditório tanto no processo originário, quanto no processo para qual será trasladada a prova. Nesse ponto, ressaltamos nosso entendimento contrário, no sentido de considerar imprescindível apenas em relação ao processo para o qual será trasladada a prova, sendo dispensável em relação ao primitivo.

A prova emprestada ingressa no segundo processo sempre na forma documental, sendo sua apreciação, valoração, atividade livre do magistrado, de tal sorte que sua força probante não é vinculada àquela da demanda originária, podendo não ser a mesma daquela que foi atribuída pelo juiz do qual foi trasladada a prova. De qualquer forma, dando a mesma eficácia ou não à prova emprestada, o magistrado obrigatoriamente deverá fundamentar sua decisão.

Tanto essa importância que o novo código de processo civil coloca em seu ordenamento o artigo 372 onde “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observando o contraditório”.

Enfim, é inegável a importância da prova emprestada, notadamente tendo em vista a atual tendência da economia e celeridade processuais, na medida em que evita a renovação de atos já produzidos, bem como possibilita a entrega do bem da vida de forma célere, preocupação está elevada ao patamar de garantia constitucional fundamental, inscrita no art. 5º, LXXVII, que prevê a duração razoável do processo.

⁸⁰ Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 265. No mesmo sentido: Didier Jr, Fredie; Oliveira, Rafael; Braga, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 293.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AZENHA, Nívea Aparecida de Souza. **Prova Ilícita no Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, **GRINOVER**, Ada Pellegrini, **DINAMARCO**, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER, Fredie Jr., **BRAGA**, Paula Sarno, **OLIVEIRA**, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Bahia: Podivm, 2009.

GRECO FILHO, Vicente; **Direito Processual Civil Brasileiro - Vol. II - 8ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **FERNANDES**, Antonio Scarance e **FILHO**, Antonio Magalhães Gomes. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, João Batista. **A Prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme e **ARENHART**, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e **MITIDIERO**, Daniel. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as Provas Ilícitamente Adquiridas*. **Revista da Ajuris**. nº 68. Porto Alegre. 1996.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **As Provas no Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1987, v.1.

TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil e penal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.35, n.140, pg. 145/162, out./dez. 2008.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.