

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Luíza Amaral Bitencourt

**A PROVA EMPRESTADA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: UMA ANÁLISE
CONSOANTE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Porto Alegre

2019

LUÍZA AMARAL BITENCOURT

**A PROVA EMPRESTADA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: UMA ANÁLISE
CONSOANTE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo.

Porto Alegre

2019

LUÍZA AMARAL BITENCOURT

**A PROVA EMPRESTADA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: UMA ANÁLISE
CONSOANTE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharela em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 17 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Eduardo Kochenborger Scarparo
Orientador

Professor Doutor Daniel Francisco Mitidiero

Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos

AGRADECIMENTOS

Por primeiro, agradeço aos meus pais, Cláudia e Manoel, por todo o carinho, apoio e compreensão. Sou grata, também, ao meu irmão, Arthur, com quem eu sei que sempre posso contar.

Ao “Pivotal” (Ana Paula, Caroline, Catherine, Fabiane, Giovana, Luciana, Pedro e Sofia), muito obrigada por todo o apoio, todas as risadas, todos os cafés compartilhados. Tive muita sorte em tê-los como colegas durante estes cinco anos de faculdade e tenho certeza de que ainda viveremos muitas alegrias juntos.

Agradeço, ainda, ao meu orientador, Professor Eduardo Scarparo, que não apenas foi um dos melhores professores com quem tive o privilégio de ter aulas durante a graduação, como também fez despertar em mim o interesse pela pesquisa através dos encontros proporcionados pelo grupo “Processo e Argumento”, de sua organização.

RESUMO

O presente estudo visa à análise do exercício do contraditório no uso do empréstimo de provas. O artigo 372 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que, para que se possa utilizar tal instituto, faz-se necessário observar o princípio do “*audiatur et altera pars*”. Não obstante, o referido dispositivo não especifica como, exatamente, deve esse princípio ser protegido. Tendo por base essa problemática, a presente monografia busca descobrir como, de fato, deve ser garantido o princípio do contraditório no uso de um empréstimo probatório. A fim de melhor investigar o tema, são empregados na pesquisa os métodos dedutivo (através de consulta à legislação aplicável), dialético (por meio da discussão das várias posições doutrinárias sobre o tópico) e indutivo (com base em coleta jurisprudencial). A monografia é dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, faz uma sucinta análise do princípio do contraditório, da sua evolução histórica e da sua aplicação no direito brasileiro. No segundo capítulo, examina o empréstimo probatório, através de breve exposição a respeito dos conceitos de prova e de verdade, bem como por meio do exame das principais características da prova transladada. Por fim, no terceiro capítulo, estuda a relação entre o contraditório e o empréstimo probatório. Para tanto, busca investigar seis pontos específicos, quais sejam: (a) a necessidade de identidade de objeto probando entre os processos de origem e de destino do empréstimo probatório; (b) a necessidade de que a prova emprestada seja de difícil ou de impossível reprodução; (c) a relevância dos meios de prova na importação; (d) a possibilidade de se transladar uma prova produzida por meio ilícito; (e) a necessidade de que sejam as partes idênticas entre os processos envolvidos no empréstimo e (f) a necessidade de que se tenha o mesmo julgador em ambos os processos. Ao final, conclui que o traslado de provas deve ter seu uso admitido sempre que for possível garantir às partes que possam exercer suficientemente o contraditório no processo de destino do traslado, e que, uma vez admitida, deve a prova importada ser valorada em ponderação a todos os princípios, valores e direitos que se encontram em jogo.

Palavras-Chave: Prova emprestada. Princípio do Contraditório. Artigo 372. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

This study aims to analyze the employment of the adversarial principle in the use of evidence from one trial in another proceeding. The article 372 of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 establishes that, for the transcript of evidence between different lawsuits to be possible, must the “*audiatur et altera pars*” principle be observed. However, the said article does not specify how exactly that principle should be protected. With that in mind, this monograph seeks to discover how the adversarial principle should be guaranteed in the use of evidence from a previous proceeding. In order to better investigate the subject, deductive (through the consultation of applicable law), dialectical (through discussion of various doctrinal positions on the topic) and inductive (through jurisprudential analysis) methods are employed in the research. The monograph is divided into three chapters. In the first chapter, a brief analysis of the adversarial principle is made, as well as an exam of its historical evolution and its application in Brazilian law. In the second chapter, the transcript of evidence from one lawsuit to another is examined, firstly, through a brief explaining of the concepts of evidence and truth, and secondly through the investigation of the main features of the so called “borrowed evidence”. Finally, in the third chapter, the relationship between the adversarial principle and the use of evidence from a previous lawsuit is studied. In order to do so, the monograph seeks to investigate six specific points, namely: (a) the need for the object of the evidence to be identical in both the two involved proceedings; (b) the need for the “borrowed evidence” to be of difficult or impossible reproduction; (c) the relevance of the means by which the evidence is made; (d) the possibility of transferring evidence produced by illicit means; (e) the need for there to be the identical parties between the lawsuits involved in the loan of evidence; and (f) the need to have the same judge in both proceedings. In the end, the research concludes that the transcript of evidence between different lawsuits should be used whenever possible, as long as both parties are capable of defending themselves properly in the recipient proceeding. Once it has been admitted, the evidence must be valued based on the ponderation of all conflicting principles, values and rights.

Keywords: Borrowed evidence. Adversarial principle. Article 372. Civil Procedure Code of 2015.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	12
2.1. Uma breve análise da evolução do princípio do contraditório	12
2.2. A conceituação e as funções atribuídas ao contraditório segundo a doutrina jurídica moderna.....	15
2.3. O emprego do princípio do contraditório no direito brasileiro: do desinteresse legislativo à consagração como direito fundamental	18
3. DAS PROVAS EMPRESTADAS	23
3.1. Considerações iniciais sobre os conceitos de prova e de verdade no processo civil: as razões que motivaram a inclusão das provas emprestadas no CPC/15	23
3.2. O instituto da prova emprestada: conceito, natureza e fundamentos que justificam seu uso.....	26
3.3. A aplicação da prova emprestada no direito processual civil.....	30
4. DA RELAÇÃO ENTRE A PROVA EMPRESTADA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	34
4.1. Quanto ao objeto da prova.....	34
4.1.1. O uso da importação probatória quando há diferenças entre os objetos probandos do processo de destino e do processo de origem	35
4.1.2. A utilização do empréstimo de provas quando ainda é possível a reprodução probatória.....	39
4.2. Quanto ao meio da prova.....	42
4.2.1. A relevância do meio de prova no que se refere à efetivação do contraditório na importação probatória	43
4.2.2. O empréstimo de prova produzida por meio ilícito.....	49
4.3. Quanto ao sujeito da prova	54
4.3.1. A desnecessidade de identidade de partes entre os processos de origem e de destino na importação probatória	55
4.3.2. A desnecessidade de identidade física do julgador no empréstimo de provas	60
5. CONCLUSÃO.....	67

REFERÊNCIAS	71
--------------------------	-----------

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia pretende, em síntese, analisar a relação entre a garantia do contraditório e o instituto da importação probatória. Como se verá ao longo do trabalho, tanto no que se refere à produção doutrinária, quanto no que tange à consolidação de entendimentos jurisprudenciais, tem o empréstimo de provas ganhado cada vez mais destaque no Direito. Tal fato é percebido, mormente, em razão das recentes mudanças que se deram no sistema processual civil brasileiro.

Conquanto já fosse habitualmente utilizado pelo Judiciário, tem-se que o traslado probatório não era regulamentado de maneira expressa sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. Essa forma de ingresso da prova no processo era admitida apenas em razão de uma construção doutrinária e jurisprudencial, por meio da qual se enquadrava a importação probatória como um meio de prova atípico¹.

De forma inédita, o instituto da prova emprestada foi consagrado, pelo Código de Processo Civil de 2015, nas disposições gerais do Capítulo XXI, referente ao tópico das provas. Tal regulamentação encontra-se instituída no artigo 372, cujo texto dispõe, *in verbis*: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Como é possível observar na transcrição supra, tem-se que o legislador regulamentou o instituto de forma superficial, tomando o amplo conceito de observação do contraditório como o único requisito para a admissibilidade do empréstimo. Em razão dessa disposição, muito se tem discutido a respeito de como deve se dar, na prática, a relação entre o contraditório e o traslado de provas. Tendo por base a problemática acima referida, a presente monografia busca responder à seguinte pergunta: de que maneira, de fato, deve ser observado o princípio do contraditório no uso de um empréstimo probatório?

Tal como se melhor analisará durante o trabalho, constata-se que, sobre o assunto, existem diversos posicionamentos doutrinários. Por oportuno, cabe adiantar o entendimento de que, para se garantir a observância do contraditório em um empréstimo, deve ser possível que as partes, no segundo processo, exerçam a sua defesa de forma suficiente perante a prova.

¹ Tal classificação tinha como base o disposto no artigo 332 do CPC/73, que regia: “Art. 332. 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.”

A fim de investigar o tópico em questão, o trabalho é dividido em três capítulos. Esses, por sua vez, são divididos em três subcapítulos, sendo que, em razão da relevância para esta discussão, os três últimos subcapítulos do trabalho têm, cada, duas subdivisões.

O primeiro capítulo desta monografia busca examinar, de forma sucinta, as características do princípio do contraditório. De início, faz-se uma breve análise da evolução do princípio na história do Direito. Posteriormente, o trabalho intenta conceituar o contraditório segundo a doutrina moderna. Por fim, pontua-se a respeito do emprego do princípio do contraditório na história do direito processual brasileiro.

No segundo capítulo, pretende o texto introduzir o tópico das provas emprestadas. Em um primeiro momento, fazem-se considerações iniciais sobre os conceitos de prova e de verdade no processo civil, relacionando-os com as razões que levaram à positivação do empréstimo probatório no Código de Processo Civil vigente. Depois, traz-se o conceito, a natureza e os fundamentos que baseiam o uso do instituto em análise. Por último, busca-se explicitar os principais pontos referentes à aplicação do traslado de provas no direito processual civil.

O capítulo final da monografia tem por objetivo analisar a relação entre a prova emprestada e o princípio do contraditório no processo civil brasileiro. Tal capítulo, como já se mencionou, é dividido em seis tópicos específicos.

As primeiras duas problemáticas analisadas dão-se em relação ao objeto da prova. *Ab initio*, dedica-se o texto a responder se o uso da importação probatória pode ser realizado quando existem diferenças entre os objetos probandos do processo de destino e do processo de origem. Posteriormente, faz-se a análise de um dos pontos mais controvertidos da doutrina, qual seja, se é necessário ou não que seja impossível ou severamente onerosa a reprodução probatória para a admissão de uma prova emprestada.

As próximas problemáticas analisadas fazem referência ao meio de prova. A primeira subdivisão do tópico busca examinar a relevância dos diferentes meios de provas que podem ser objeto do empréstimo para a efetivação do contraditório, enquanto a segunda subdivisão intenta responder se é possível o empréstimo de uma prova produzida através de meio ilícito.

O último ponto investigado diz respeito aos sujeitos da prova. De início, o texto analisa se há ou não necessidade de identidade de partes entre os processos de origem e de destino da produção probatória. Por fim, busca-se examinar se é preciso que haja identidade física do julgador entre os processos que farão parte do empréstimo de provas.

Para o adequado estudo do tema, este trabalho utiliza três métodos de pesquisa. Um dos métodos aproveitados consiste no dedutivo, o qual toma por base a consulta à legislação

aplicável, em especial ao Código de Processo Civil de 2015. Também se emprega a metodologia dialética, pela qual é feita revisão bibliográfica, a fim de se delinear os principais posicionamentos doutrinários sobre as problemáticas do contraditório na prova emprestada. Por fim, o terceiro método empregado é o indutivo, pelo qual se faz breve coleta de decisões jurisprudenciais a respeito de pontos controvertidos do uso da importação probatória.

Insta mencionar que, em razão do curto período decorrido entre a promulgação do CPC/15 e a presente data, não existe, ainda, vasta jurisprudência a respeito da aplicação do artigo 372 do CPC/15. Contudo, tem-se que, em 2014, prolatou o Superior Tribunal de Justiça relevante decisão no tocante ao uso do empréstimo probatório. Como melhor se explana ao longo do trabalho, esse julgado permanece, até este momento, como paradigma para a maioria das questões atinentes à problemática do contraditório no traslado de provas.

2. DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

2.1. Uma breve análise da evolução do princípio do contraditório

O princípio do contraditório é elemento essencial para o direito processual. O brocardo *audiatur et altera pars* (isto é, o ato de se ouvir à outra parte) é, hoje, consagrado como elementar à obtenção de um processo justo², sendo, inclusive, previsto como direito fundamental pelas mais diversas legislações internacionais que protegem os direitos humanos³. Sabe-se, contudo, que esse princípio foi, por muito tempo, percebido de forma distinta pela teoria do processo. Em razão disso, cabe analisar, ainda que sucintamente, a sua progressão perante a história do direito.

De início, há de se referir que as modificações sofridas pelo conceito de contraditório, ao longo do tempo, deram-se não apenas no âmbito do seu significado, mas também no que tange ao seu valor para o direito processual. Isso porque, conforme sustenta Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o contraditório, como todos os princípios do direito, não é indiferente às circunstâncias, e é moldado, de forma diversa, por cada época e sociedade em que é exercido⁴.

No mais antigo sistema processual romano, qual seja, o das *legis actiones*⁵, o contraditório, conquanto já fosse visto como um direito de informar e reagir no processo⁶, era aplicado de maneira forçosa: os julgamentos poderiam se dar apenas caso pessoalmente presentes ambas as partes no juízo. Na hipótese de o demandado recusar-se a comparecer *in iure* (ou seja, em frente ao órgão jurisdicente), segundo o procedimento vigente à época,

² CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório (princípio do-). In: GALDINO, Flávio; KATAOKA, Eduardo; TORRES, Ricardo (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011. p. 193.

³ Cita-se, entre outros, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, II, alíneas “d”, “e” e “f” (2. *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; [...]*) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 6º, III, alíneas “b” e “c” ([...] III - *O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem [...]*).

⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 8.

⁵ AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz. **Lições de história do processo civil romano**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 41.

⁶ CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório (princípio do-). In: GALDINO, Flávio; KATAOKA, Eduardo; TORRES, Ricardo (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011. p. 194.

poderia o autor se valer de sua força física para coagir o réu a apresentar-se⁷. Se, ainda assim, não fosse possível que comparecesse o demandado perante o juízo, não se daria início ao processo⁸.

O sistema processual subsequente, qual seja, o do processo *per formulas*, foi instituído de maneira menos formalista e mais célere do que o sistema processual anterior⁹. O magistrado passou a gozar de ampla liberdade¹⁰, e as partes podiam dispor de representação em juízo, por meio de “mandatários”. Contudo, tal como lecionam Azevedo e Cruz e Tucci, não havia ainda se falar em contumácia do demandado, porquanto continuava imperiosa a presença física das partes junto ao pretor¹¹.

Foi apenas no período pós-clássico do direito romano, ante o sistema processual da *cognitio extra ordinem*¹², que se possibilitou o julgamento de mérito de causas ainda que na ausência do demandado. Para tanto, era necessário que o réu tivesse sido cientificado do ajuizamento da ação da forma devida, isto é, respeitando-se as formalidades previstas na legislação¹³.

Já no procedimento medieval germânico, segundo Nicola Picardi, o princípio do contraditório passou a ser enxergado como uma “*metodologia de investigação da verdade*”¹⁴. À época, entendia-se por impossível a racionalização de uma verdade objetiva e absoluta no processo, e considerava-se que o contraditório, por assegurar direitos de igualdade e reciprocidade a ambas as partes, era o melhor meio para se chegar a uma “verdade provável”¹⁵. Nesse sentido, preconizava o provérbio: “*eines Mannes Red ist Keine Red; der Richter soll die Deel verhoeren beed*”¹⁶⁻¹⁷.

Insta mencionar que, no que tange à produção probatória, o processo do medievo seguia a mesma lógica expositiva supramencionada. Nas palavras de Picardi, “*na mentalidade*

⁷ GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991. p. 81.

⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 8.

⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz. **Lições de história do processo civil romano**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 76.

¹⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹¹ *Ibidem*, p. 83.

¹² Cf. ROMÁN, Héctor González. **Derecho Romano II: Obligaciones, contratos y derecho procesal**. Nueva Leon: Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, 2003. p. 174-177.

¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, p. 9, 1998.

¹⁴ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. p. 128.

¹⁵ *Ibidem*, p. 129.

¹⁶ “*A alegação de um só homem não é alegação, o juiz deve ouvir ambas as partes.*” Tradução nossa.

¹⁷ Cf. ENGELMANN, Arthur. Prolegomena – The Formative Principles of Civil Procedure. *In: A History of Continental Civil Procedure*. Nova York: Editora Little, Brown, 1927.

*dialética não há evidência que escape ao contraditório*¹⁸”. Por tal razão, para que se pudesse utilizar processualmente uma prova no processo, mister se fazia submetê-la previamente à apreciação das partes. Fracionava-se o processo, mormente, em dois momentos distintos: de início, as partes se manifestavam sobre a delimitação do objeto da prova, e, apenas após tal estágio, prosseguia-se à realização probatória. Buscava-se, com isso, não apenas assegurar a igualdade entre as partes e o julgador, mas também possibilitar, ao demandado, que pudesse defender-se de modo pleno frente às acusações sofridas¹⁹.

Posteriormente, no Estado Moderno, a visão isonômica e dialética do processo foi abandonada e substituída por uma perspectiva assimétrica²⁰, e o conceito de contraditório, mais uma vez, sofreu intensas modificações. Em razão da influência do racionalismo, o qual conduzia o movimento iluminista, os juristas dos séculos XVII e XVIII²¹ empenharam-se em incorporar os métodos científicos da natureza ao direito, a fim de possibilitar a obtenção de decisões meticolosas e matemáticas, direcionadas ao descobrimento de uma verdade que seria, supostamente, absoluta e preexistente.²² Por consequência, a concepção a respeito da função judiciária foi radicalmente modificada: o juiz passou a ser visto como mero *Homo burocraticus*, com dever de atuar de forma previsível, controlável e publicística; incumbindo-lhe decidir tão-somente com base no *ius iurisdictionis*²³.

Tal despersionalização do judiciário veio concomitantemente a questionamentos acerca da legitimidade da controvérsia, do diálogo e da prova testemunhal. Nesse contexto, o contraditório passou a exercer papel automatizado – não havendo mais espaço para o debate, tornou-se meramente uma contraposição de teses sistematizada, mecânica²⁴. Dessa forma, entre os séculos XVII e XIX, o princípio decaiu em relevância para o estudo do processo, tendo se distanciado, à época, do significado que hoje possui para o direito processual²⁵.

O conceito de contraditório continuou à margem da teoria do processo até o término da Segunda Guerra Mundial, quando, em razão de substanciais mudanças na composição da

¹⁸ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, p. 129.

¹⁹ *Ibidem*, p. 130.

²⁰ *Ibidem*, p. 135.

²¹ Cita-se, em especial, Johannes Althusius, doutrinador calvinista.

²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, p. 9, 1998.

²³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, p. 136.

²⁴ PICARDI, *loc. cit.*

²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, p. 8, 1998.

sociedade, sobrevieram, também, alterações estruturais no pensamento jurídico²⁶. Essa revitalização sentida pela problemática jurídica a partir da metade do século XXI deu-se, mormente, pela passagem de uma visão “intuitiva” do sistema jurídico a uma fase racional do direito. O jurista passou a dar relevância ao estudo da formação do juízo, da colaboração das partes e da investigação da verdade e, com isso, passou a exigir mais da atividade jurisdicional do que uma atuação meramente formalista²⁷. Tem-se conjecturado, desde então, que, para a obtenção da melhor decisão possível, importa oportunizar, de maneira simétrica e igualitária, que as partes participem da formação do processo, construindo, dialeticamente, o entendimento do juiz sobre os fatos e o direito.

Desse modo, o direito contemporâneo tem redescoberto o contraditório, devolvendo-lhe a notoriedade que outrora possuía. O princípio é, hoje, visto não apenas como um dos núcleos centrais do desenvolvimento do processo, mas, também, como um elemento basilar à construção de um processo justo²⁸. Em sendo assim, para o fim de se construir uma justiça cada vez mais efetiva e acessível, tem o estudo do contraditório se demonstrado consideravelmente pertinente.

2.2. A conceituação e as funções atribuídas ao contraditório segundo a doutrina jurídica moderna

Na definição do dicionário Luft, o verbo “contradizer” significa “*dizer o contrário de; contestar; refutar*”²⁹. Com efeito, o princípio do contraditório tem por base a ideia de contraposição de teses: objetiva-se, mormente, dar espaço às partes para que, impugnando o que fora afirmado pela parte contrária, possam exercer o seu direito de defesa. A interpretação literal da palavra, nada obstante, não permite a total compreensão daquilo em que, hoje, consiste o conceito jurídico de contraditório.

O jurista clássico, isto é, o processualista do século XIX e do início do século XX, enxergava o contraditório como um princípio meramente formalístico, limitando-o, tão-somente, a um direito de informação e de reação no processo³⁰. Uma vez que compreendia

²⁶ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. p. 140.

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998.

²⁸ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. p. 143.

²⁹ LUFT, Celso Pedro. **Mini Dicionário de Língua Portuguesa Luft**. São Paulo: Ática, 2002. p. 194.

³⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório (princípio do-). In: GALDINO, Flávio; KATAOKA, Eduardo; TORRES, Ricardo (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011. p. 194.

como desnecessário que, no ato decisório, fossem consideradas as argumentações trazidas por ambas as partes, a visão tradicional do direito excluía a atuação do juiz do exercício do contraditório. Por esta razão, considerava que, para a efetividade do contraditório, seria imprescindível apenas que fossem dadas ciência das manifestações contrárias e oportunidade de fala às partes.

Na doutrina moderna, contudo, o contraditório é visto sob outra perspectiva. Para além do binômio “informação-reação”, considera-se que o princípio também se constitui de um poder das partes de influenciar no mérito das decisões judiciais. Consoante preconiza Daniel Mitidiero, é esse direito à influência sobre o convencimento judicial que caracteriza a dimensão ativa do contraditório³¹.

Desta maneira, o contraditório deixa de se referir apenas à esfera jurídica das partes, tornando-se importante, também, na atuação do juízo. Sob essa ótica, tem-se que ao magistrado compete considerar, na fundamentação de suas decisões, os argumentos trazidos tanto pelo demandante, quanto pelo demandado. Com essa democratização do contraditório, o rito processual ultrapassa a bilateralidade entre partes e passa a englobar a atividade do juiz, tornando-se um “ato de três pessoas”, isto é, fazendo-se consideravelmente mais cooperativo e democratizado³².

Seguindo essa mesma lógica, a doutrina de Francesco Paolo Luiso afirma que o contraditório não representa apenas mera formalidade processual. Para o autor, o princípio é, pelo contrário, um elemento necessário para o alcance da decisão mais acertada possível, razão pela qual se deve prezar pela sua efetiva concretização pelo tecido normativo comum³³.

Carlos Alberto de Oliveira posicionava-se no mesmo sentido. Entendia que o princípio do contraditório fornece às partes a oportunidade para que participem da construção da decisão que virá a interferir em sua esfera jurídica, permitindo a democratização do procedimento e, por consequência, possibilitando a obtenção de uma decisão mais justa³⁴.

Para Antônio do Passo Cabral, o contraditório impõe o dever de cooperação na condução dos atos processuais, encargo esse que é responsável pela obtenção de melhores soluções jurídicas e pelo resguardo dos direitos objetivos no processo. Diz o autor que o poder jurisdicional só se legitima se exercido dentro do procedimento legalmente previsto, que deve

³¹ MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (Art. 285-A do CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. **Revista de Processo**, v. 32, n. 144, fev. 2007, pp. 105-111.

³² MITIDIERO, *loc. cit.*

³³ LUISO, Francesco Paolo. **Principio Del Contraddittorio Ed Efficacia Della Sentenza Verso Terzi**. Milão: Editora Dott A Giuffrè, 1981. p. 1.

³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, p. 15, 1998.

incluir a participação dos envolvidos no conflito. Dessa forma, deixa clara a necessidade de que, para que se obtenha o exercício efetivo do contraditório, seja o procedimento processual participativo, e não arbitrário³⁵.

Vê-se que, com a obrigação de que o juiz considere as razões apresentadas pelas partes, surge, também, o dever de fundamentação dos atos decisórios. É preciso que o juízo motive a sua decisão de forma coerente, demonstrando ter considerado os argumentos trazidos em debate, bem como deixando claro, à parte vencida, o porquê de ela não ter sido vitoriosa. Tal obrigação dá-se não apenas para justificar o raciocínio por detrás da decisão, possibilitando a aceitação dessa pelas partes, como também para permitir que, em fase recursal, possam os vencidos defender-se das razões que levaram à decisão anterior. A respeito desse tópico, leciona Daniel Mitidiero:

Se contraditório significa direito de influir, é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida dever de debate – dever de consulta, de diálogo, inerente à estrutura cooperativa do processo. Como é de fácil intuição, não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes.³⁶

Para além do acima referido, tem-se que o contraditório, no entendimento atual da doutrina, também exerce função crucial na vedação das decisões-surpresa. Na lição de Klaus Cohen Koplin:

[...] como tem acentuado há certo tempo a doutrina estrangeira e brasileira, o direito à influência implica vedação às chamadas decisões-surpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*) ou de terceira via (*terza via*). Isso implica que o Poder Judiciário não deve surpreender as partes empregando em sua decisão argumentos (mesmo consideráveis de ofício) que estas não tiveram a possibilidade de discutir.³⁷

Na mesma linha, Alvaro de Oliveira entendia que deve o juiz sempre dar conhecimento prévio e oportunidade de fala às partes em relação ao direcionamento argumentativo que está sendo considerado para o ato decisório. Dessa forma, é possível que

³⁵ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v. 30, n. 126, ago./2005, p. 60.

³⁶ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 206, abr./2012, pp. 61-78.

³⁷ KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. *In*: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (org.). **Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pp. 15-52.

as partes façam suas alegações de forma prévia à decisão, e tenham, assim, real capacidade de influenciar no entendimento do juízo³⁸.

Percebe-se que, para que seja o contraditório concretizado, faz-se necessário que sejam observados diversos outros princípios e regras, entre os quais se pode citar a audiência bilateral, a colaboração entre as partes e o juiz, o dever de fundamentação das decisões etc. É por essa razão que, tal como define Leonardo Greco, pode-se descrever o contraditório como um “*megaprincípio*”³⁹.

Sob a visão atual do processo civil, o conceito e as funções do contraditório são muito mais amplos do que outrora se imaginava. E, tendo em vista todo o exposto, não se pode concluir senão que o princípio é verdadeiramente indispensável à garantia de um processo justo, motivo pelo qual se deve prezar pela sua efetivação, a fim de que esteja presente, a todo tempo, nas relações entre as partes e o juízo.

Nesse sentido, demonstra ser de relevante análise o instituto das provas emprestadas, o qual foi, apenas recentemente, tipificado pelo direito processual civil brasileiro, tendo sido incluído no texto do Código de Processo Civil de 2015. Embora seja capaz de trazer benefícios ao andamento processual, a utilização do traslado de provas entre processos diferentes é fortemente questionada pela doutrina, porquanto se acredita que, em algumas hipóteses, pode interferir de forma demasiadamente negativa no exercício do direito das partes ao contraditório. Há de se refletir: é verdadeiramente possível garantir a efetividade do contraditório quando o saneamento e a produção de uma prova não foram realizados dentro do processo em que essa será valorada? Buscando responder a essa questão, decorrer-se-á sobre esse instituto, com maior profundidade, nos dois próximos capítulos deste trabalho.

2.3. O emprego do princípio do contraditório no direito brasileiro: do desinteresse legislativo à consagração como direito fundamental

Tendo em vista as diferentes visões pelas quais a doutrina enxergou o princípio do contraditório no decorrer da história do direito, não é surpreendente que, ao longo dos anos, o conceito tenha sofrido diversas modificações perante a legislação brasileira. Em razão disso, faz-se mister analisar, ainda que brevemente, a evolução jurisdicional do princípio no País, dando ênfase, em especial, à sua aplicação no processo civil.

³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, p. 15, 1998.

³⁹ GRECO, Leonardo. Contraditório Efetivo (Art. 7º). **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 15, p. 301, jan./2015.

Por muito, o contraditório foi preterido pelo constituinte brasileiro. Foi apenas na Constituição Federal de 1937 que o princípio foi consagrado pela primeira vez, sendo empregado, no artigo 122, § 11⁴⁰, como uma garantia exclusiva do processo penal⁴¹.

O âmbito de aplicação do contraditório manteve-se restrito à área penal até a Constituição Federal de 1988, quando o legislador constituinte estendeu o princípio aos procedimentos civil e administrativo, conjuntamente à ampla defesa e ao direito à prova.⁴² Tal modificação deu-se em razão da tendência doutrinária de revalorização do contraditório, que também foi sentida no Código de Processo Civil Português, em seu artigo 207; no *Codice Di Procedura Civile* italiano, no artigo 183; bem como em outros códigos processuais da época⁴³.

Na CF/88, o princípio do contraditório encontra-se expressamente previsto no artigo 5º inciso LV. Tal inciso dispõe, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Vê-se que, ao ser inserido no artigo 5º do texto constitucional, o contraditório adquiriu significado amplo, passando a ser tido não apenas como um princípio a nortear o processo, mas como um direito fundamental dos cidadãos. Tal inclusão elevou o princípio a elemento essencial à manutenção do Estado Constitucional Brasileiro. Para além disso, também conferiu, nas palavras de Leonardo Greco, uma “*dimensão jamais alcançada ao princípio político da participação democrática*”⁴⁴.

Insta referir que o Código de Processo Civil de 1973 (Lei Federal nº 5.869/1973), quando promulgado, não abordava o princípio do contraditório de forma expressa, conquanto objetivasse, em teoria, garantir a ampla defesa processual. Tem-se que a legislação processual, à época, priorizava a certeza do direito e o individualismo, razão pela qual não

⁴⁰ Dizia o Art. 22. § 11, da CF/37: “[...] à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.”

⁴¹ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v. 30, n. 126, ago./2005, p. 59.

⁴² KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. In: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (org.). **Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pp. 15-52.

⁴³ CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório (princípio do-). In: GALDINO, Flávio; KATAOKA, Eduardo; TORRES, Ricardo (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011. p. 204.

⁴⁴ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, mar. 2005, p. 72.

surge como surpresa o fato de que o Código em questão não dava maiores ênfases à efetividade da jurisdição e aos direitos coletivos⁴⁵.

Insta mencionar que, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tal concepção liberal refletia fortemente na instrução probatória, visto que se atribuía, às partes, amplos poderes no andamento e desenvolvimento do processo, dando-lhes total responsabilidade no que diz respeito à condução da produção de provas⁴⁶. Não havia, dessa forma, uma cooperação entre as partes e o juízo na fase instrutória do processo civil.

Não obstante, posteriormente à democratização do país e à promulgação da Constituição Federal de 1988, o CPC/73 sofreu reformas que buscaram alinhá-lo à nova perspectiva constitucional do contraditório. Sobre isso, leciona Klaus Coplin:

Como se sabe, as reformas processuais realizadas após 1994 (as “minirreformas”) tentaram adaptar o texto do Código de 1973 à nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, especialmente aos princípios e regras instituidores de direitos fundamentais por ela previstos. Chegou-se a ver, nesse processo, o nascimento de um novo direito processual e mesmo de um novo Código, construído sobre os escombros do “Código Buzaid” original, o “Código Reformado”. A verdade é que as alterações legislativas (às vezes imbuídas de caráter mais pragmático do que científico, como a mais recente reformulação da execução civil implementada pelas Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006) acabaram por desfigurar o sistema original do Código, tornando-o difícil de compreender e de aplicar.⁴⁷

Considerando as dificuldades de aplicação do “Código Reformado” e a fim de tornar a justiça mais célere e ágil, foi sancionado, em 2015, o novo Código de Processo Civil (Lei Ordinária nº 13.105/15). Tal legislação, que passou a vigorar em março de 2016, traz o primeiro sistema processual civil brasileiro construído sob o amparo da democracia em décadas, e não é por menos que busca, com afinco, trazer efetividade aos valores do Estado Democrático de Direito.

Destarte, é o contraditório notadamente valorizado pelo Código de Processo Civil de 2015. Existem diversas menções diretas ao princípio no texto do dispositivo legal, entre as quais se pode citar os artigos 7º, 9º e 10º. Há, também, referências indiretas ao contraditório, constantes nos artigos 1º, 6º e 11º, entre outros.

⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Processo civil brasileiro e Codificação. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Doutrinas essenciais**: Processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1, p. 1257.

⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, n.90, 2003, pp. 55-84.

⁴⁷ KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. *In*: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (org.). **Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

Nesse sentido, há de se comentar o artigo 9º do CPC/15, o qual traz o contraditório como regra norteadora do processo: o texto esclarece que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, salvo em situações excepcionais. Insta ressaltar, também, o disposto no artigo 7º do mesmo dispositivo legal, o qual explicita o direito das partes à paridade de tratamento no processo, manifestando a necessidade de que o juiz zele pelo contraditório efetivo ao longo dos atos processuais. Diz o texto legal, *ipsis litteris*: “*É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.*”

No que tange à condução da fase instrutória, outra não é a lógica do Código de 2015 senão a de zelar pela aplicação efetiva do contraditório. Ainda que o juiz já tenha formado sua convicção, as partes terão direito a produzir mais provas caso considerem que essas serão relevantes para o processo. Isso porque o juiz não é mais tido como o único destinatário da prova: agora, veem-se como destinatários também os tribunais, as partes e outros interessados. À vista disso, a sua vontade não é mais soberana, e se torna ilícito ao juiz indeferir a admissibilidade da produção probatória com base somente em sua própria avaliação discricionária de relevância e de utilidade das provas⁴⁸.

É este direito de defesa através da produção probatória que se encontra previsto especificamente no Capítulo XII do CPC/15, o qual diz respeito às provas no processo civil. Menciona-se, em especial, aquilo que dispõe o artigo 369: “*As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*”

Desse texto legal, pode-se denotar que, tal como mencionado no subcapítulo anterior, a efetividade do contraditório pressupõe o direito de influência nas decisões, razão pela qual se impede que o juiz fundamente sua sentença com base em provas sobre as quais as partes não tiveram oportunidade de se manifestar⁴⁹. Nesse sentido, cabe trazer à baila outra problemática referente ao instituto da importação de provas: é possível que uma parte que não participou do contraditório durante a produção probatória influa, de forma efetiva, na decisão

⁴⁸ GRECO, Leonardo. Contraditório Efetivo (Art. 7º). **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 15, p. 301, jan./2015. p. 307.

⁴⁹ KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. *In*: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (org.). **Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pp. 15-52.

do juízo? A respeito dessa pergunta, discorrer-se-á, de maneira pormenorizada, no capítulo último desta monografia.

Do acima exposto, extrai-se que, embora tenha sido desconsiderado, por muito, pelo legislador nacional, o contraditório é, hoje, consagrado não apenas no código processual civil vigente, como também no próprio texto constitucional. Assim, é cristalino que o direito brasileiro, em consonância com o mais moderno entendimento doutrinário, tem estado atento à relevância do princípio, buscando cada vez mais possibilitar a sua efetividade.

3. DAS PROVAS EMPRESTADAS

3.1. Considerações iniciais sobre os conceitos de prova e de verdade no processo civil: as razões que motivaram a inclusão das provas emprestadas no CPC/15

Em geral, entende-se que “prova” é aquilo que evidencia algo. Normalmente, é esse o conceito que nos é ensinado na infância, bem como é assim que a vasta maioria dos dicionários de língua portuguesa se dispõe a definir a palavra. Para o direito processual, contudo, o ato de provar significa muito mais do que apenas demonstrar a autenticidade de alguma afirmação. Em razão disso, faz-se importante, antes de se adentrar no instituto da prova emprestada, tecer algumas considerações a respeito daquilo em que consistem, atualmente, os conceitos de prova e de verdade para o processo brasileiro.

Sabe-se que, nem sempre, no processo, é necessário que as partes produzam provas para demonstrar a genuinidade daquilo que arguem. É comum que se discutam apenas questões de direito, as quais, normalmente, não exigem produção probatória, porquanto se baseiam em argumentos fundados na doutrina, na legislação e na jurisprudência.

Contudo, quando se está diante da discussão de fatos, torna-se necessário que se avalie a veracidade dos argumentos que estão em contradição. Nesses casos, a produção probatória, não raro, exerce papel determinante na decisão sobre o mérito da demanda, uma vez que é por meio dela que o juiz consegue obter a maior parte dos elementos necessários para decidir sobre a credibilidade das alegações feitas no processo⁵⁰.

Importa referir que o direito à prova decorre diretamente dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, os quais se encontram dispostos no artigo 5º, LV, da CF/88, e nos artigos 9º e 10º do Código de Processo Civil de 2015. Ainda, tem base no princípio do devido processo legal, constante no inciso LIV, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, bem como no direito de ação, constante, por sua vez, no inciso XXXV do mesmo artigo supramencionado. Não menos relevante, há de se referir que o direito à prova é também mencionado no Pacto de San José de Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, “f”, e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no artigo 9º, conjuntamente às disposições sobre o direito de defesa⁵¹.

Tal como se mencionou no capítulo anterior, no Código de Processo Civil de 2015, o direito de produzir provas encontra-se especificamente previsto no Capítulo XII, o qual se

⁵⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil Volume 2: Processo de Conhecimento (2ª parte) e Procedimentos Especiais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 19.

⁵¹ ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 731.

estende do artigo 369 ao artigo 484. Denota-se, da leitura desses artigos, que o legislador trouxe algumas inovações ao direito probatório, em especial naquilo que dispôs sobre a aceitação de meios probatórios que antes eram tidos como atípicos, entre os quais se destaca, neste trabalho, a prova emprestada. Tem-se que o Código de Processo Civil de 1973 era omissivo a respeito desses meios de prova, os quais só eram utilizados em razão de construção jurisprudencial.

Para Humberto Theodoro Júnior, essa inovação legislativa deu-se, principalmente, em razão das tendências que a doutrina processual tem seguido no que tange ao direito probatório. De fato, muitos doutrinadores atuais têm buscado priorizar, acima do formalismo, a perquirição pela melhor justiça possível. Assim, para que se possa obter decisões mais justas, tem-se entendido que o processo deve tentar se aproximar o máximo possível da verdade quanto aos fatos, no caso concreto⁵².

Michele Taruffo, importante processualista italiano, entende que o processo busca atingir uma verdade objetiva e unívoca, a qual representa a correspondência entre o fato e a afirmação que sobre ele se faz⁵³. O autor justifica tal pensamento com base na ideia da existência de um mundo externo e de um interno ao direito, referindo que os fatos arguidos pelas partes no processo poderão ser compreendidos como falsos ou verdadeiros, a depender da sua real ocorrência no mundo externo⁵⁴.

O autor entende que essa verdade pode ser obtida e demonstrada, mas que o seu conhecimento poderá ser limitado em razão das dificuldades culturais, técnicas e factuais da cognição humana. Para o doutrinador, observar-se-ão diferenças entre a verdade externa e a verdade interna do processo se houver um “*déficit na apuração da verdade que se dá no processo*”⁵⁵, isto é, se existirem regras limitantes à instrução processual, que impeçam a admissão, a produção ou a valoração de provas relevantes. Nas palavras de Taruffo, “o

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil Volume I: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1294.

⁵³ Cabe mencionar que, em sentido contrário, é o posicionamento de Marinoni e Arenhart. Os autores entendem que, ao contrário do que pensa Taruffo, não há uma verdade objetivamente considerada. Defendem a noção de verdade factível como conceito operativo para o direito processual, isto é, uma verdade que pode ser alcançada, mas que não é objetiva. Isso porque entendem que, em razão das dificuldades da cognição humana, o processo não tem condições de alcançar a verdade absoluta em seu trabalho de aferição dos fatos. Cf.: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova e convicção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 2-62.

⁵⁴ TARUFFO, Michele. **Simplesmente la Verdad: El Juez y la Construcción de los Hechos**. Barcelona: Marcial Pons, 2010. p. 94.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 101. Tradução nossa.

*problema não concerne, então, à verdade, mas aos limites dentro dos quais a regulação do processo permite que essa seja apurada*⁵⁶”.

Nesse sentido, ao ter disposto sobre a aceitação de meios de prova antes não regulamentados, o Código Processual Civil de 2015 vem para atender às diretrizes atuais do direito. Não apenas consagra a prática forense, pela qual já eram esses instrumentos probatórios utilizados, mas também, tal como demonstrado acima, aplica a visão doutrinária vigente a respeito das provas, permitindo sejam obtidas mais informações no processo, a fim de que seja possível uma melhor compreensão dos fatos em análise.

Do pensamento dos autores supracitados, extrai-se que a prova, em sua conceituação atual, representa um meio para que se possa argumentar, e, a partir disso, obter-se o convencimento do juiz. Em outras palavras, a prova pode ser descrita um “*argumento retórico, regulado pela lei, cujo objetivo é o convencimento do juiz ou tribunal acerca do crédito da afirmação defendida pela parte interessada*”⁵⁷.

E, para além de objetivar trazer autenticidade a algo que fora alegado, tem-se que a produção probatória tem também por intuito racionalizar a descoberta da verdade⁵⁸. Vê-se, dessa maneira, que a prova não é apenas um fato processual, mas “[...] *uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência*”⁵⁹.

Dessa forma, como leciona Humberto Theodoro Júnior, pode-se dizer, em síntese, que existem dois sentidos em que se pode conceituar o instituto da prova no processo:

- (a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);
- (b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado⁶⁰.

⁵⁶ TARUFFO, Michele. **Simplesmente la Verdad**: El Juez y la Construcción de los Hechos. Barcelona: Marcial Pons, 2010. p. 101. Tradução nossa.

⁵⁷ CASTELO BRANCO, Dóris; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A prova emprestada entre processos com partes diferentes. In: **Revista de Processo**, v. 289, pp. 137-164, março/2019. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2019\23951, p. 6.

⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2**: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 250.

⁵⁹ MONTEIRO, João. **Programa do Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Duprat, 1912, v. I v. II, § 122, nota 2, p. 96. *Apud*. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil Volume I**: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1241.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil Volume I**: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1241.

Uma vez que está intrinsecamente ligada à busca da verdade, a prova tem vasta relevância para o direito processual civil. É por meio dela que se pode demonstrar a verdadeira forma em que se deram os acontecimentos discutidos no processo, e, a partir disso, trazer ao juízo o mais correto conhecimento dos fatos, possibilitando seja feita uma decisão mais justa. Assim, é de se concluir que a regulamentação de mais meios probatórios, entre os quais se destaca a prova emprestada, foi decisão acertada do legislador ao redigir o Código de Processo Civil de 2015.

3.2. O instituto da prova emprestada: conceito, natureza e fundamentos que justificam seu uso

O instituto da prova emprestada, que, antes não tinha previsão legal específica e derivava apenas de construção doutrinária e jurisprudencial, encontra-se, agora, expressamente consagrado no artigo 372 do Código de Processo Civil de 2015, o qual dispõe: *“O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”*.

Em razão dessa inovação legislativa, tem-se trazido a debate, cada vez mais, os possíveis efeitos da utilização das provas emprestadas no processo civil. Neste trabalho, como se comentou anteriormente, buscar-se-á enfrentar as adversidades da aplicação deste instituto considerando, em especial, a observância e o respeito ao princípio do contraditório. Nessa senda, há de se analisar, de início, a conceituação de prova emprestada na visão doutrinária vigente.

Marinoni, Mitidiero e Arenhart definem a prova emprestada como *“aquela que, produzida em outro processo, é trazida para ser utilizada em processo em que surge interesse em seu uso”*⁶¹. Talamini, por sua vez, define-a como *“o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram”*⁶².

Menciona-se, ainda, a conceituação feita por Nelson Nery Júnior. Para o autor, a prova emprestada é *“aquela que, embora produzida em outro processo, se pretende produza efeitos no processo em questão. Sua validade como documento e meio de prova, desde que*

⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 294.

⁶² TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 2.

*reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado, é admitida pelo sistema brasileiro*⁶³”.

Das definições acima, denota-se que a prova emprestada nada mais é do que uma “importação probatória”: reaproveita-se, em novo processo, uma prova produzida anteriormente em outra demanda. Essa prova oriunda da instrução de outro processo será sempre transferida como uma prova documentada, qualquer seja a sua natureza originária⁶⁴.

Não obstante, a prova emprestada não terá, necessariamente, valor de mero documento. Isso porque as provas emprestadas têm regime jurídico *sui generis*: conquanto adentrem o processo documental, através de cópias autenticadas provenientes do processo original⁶⁵, elas mantêm, em sua essência, a natureza do meio de prova originário⁶⁶.

Assim, as provas emprestadas poderão ser qualificadas, no processo receptor, da maneira como o foram no processo original⁶⁷: como provas periciais, testemunhais, depoimentos das partes etc. Segundo Talamini, é o fato de que não se iguala totalmente à prova documental ou à prova originária que torna a prova emprestada um instituto único no processo⁶⁸.

Tal como lecionam Alvim, Granado e Ferreira, aplicar-se-ão as disposições específicas referentes à natureza originária da prova, incluindo hipóteses de cabimento, prescrições e demais efeitos jurídicos que lhe são inerentes⁶⁹. Além disso, também deverão ser observadas as normas atinentes à prova documental, tendo em vista que é sob essa forma que se dá a importação probatória⁷⁰.

Insta referir que, consoante Paulo Amaral, não há restrições quanto à natureza da prova que irá se emprestar, desde que essa prova tenha sido constituída nos autos⁷¹. Por esse

⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 190.

⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In: Revista de Processo*, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 3.

⁶⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 1983 v. 1. p. 352.

⁶⁶ ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 761.

⁶⁷ CASTELO BRANCO, Dóris; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A prova emprestada entre processos com partes diferentes. *In: Revista de Processo*, v. 289, pp. 137-164, março/2019. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2019\23951.

⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In: Revista de Processo*, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 2.

⁶⁹ ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 761.

⁷⁰ TALAMINI, *loc. cit.*

⁷¹ AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 476.

motivo, Roberta Dias Tarpinian de Castro afirma que, uma vez que não são produzidas no processo, as provas documentais não serão classificáveis como provas emprestadas⁷².

Eduardo Talamini, no mesmo sentido, entende que não se pode fazer traslado probatório com cópias de documentos existentes em outros processos⁷³. Isso porque a prova documental, quando trazida a novo juízo, tem a mesma eficácia probatória que tinha no processo anterior, isto é, não sofre com “o contraste entre forma e valor potencial⁷⁴”, como ocorre com as provas emprestadas. Dinamarco, partilhando do mesmo entendimento, refere que o documento “vale por si próprio e pela eficácia que tiver⁷⁵”, não sendo possível dizer, assim, que é emprestado quando trazido a novo processo, porquanto não sofre quaisquer alterações em sua natureza ou poder de convicção apenas por já ter sido utilizado anteriormente em outra ação judicial.

Conforme leciona João Batista Lopes, a prova emprestada não se caracteriza como um gênero probatório específico⁷⁶. É, pelo contrário, uma forma de ingresso da prova no processo, tal como a produção probatória originária, na fase instrutória, o é.

No mesmo sentido, Roberta de Castro define a prova emprestada não como um meio de prova, mas, sim, como um “veículo”. Em síntese, entende a autora que o traslado probatório é uma maneira não convencional de produção probatória, isto é, representa apenas um modo diferenciado pela qual a prova adentra no processo⁷⁷.

Contudo, cabe mencionar que nem todas as provas que sofrem transferência se caracterizam como provas emprestadas. As provas transferidas entre o juízo deprecado e o juízo deprecante, por exemplo, não podem ser classificadas dessa maneira, pois o juízo deprecante atua como uma extensão do juízo deprecado, razão pela qual a produção probatória que realiza é qualificada como se tivesse sido produzida pelo juízo deprecado⁷⁸.

⁷² CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. In: **Revista de Processo**, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604, p. 2.

⁷³ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 2.

⁷⁴ TALAMINI, *loc. cit.*

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 97.

⁷⁶ LOPES, João Batista. **Pareceres**. São Paulo: Castro Lopes, 2015, p. 248.

⁷⁷ CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. In: **Revista de Processo**, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604, p. 5

⁷⁸ CAMBI, Eduardo. **A prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

Da mesma maneira, mister se faz referir que a prova antecipada não pode ser descrita como uma prova emprestada. Isso porque, consoante ensina William Ferreira⁷⁹, a prova produzida antecipadamente é realizada de forma específica, com o intuito de que seja utilizada em outro processo. Em razão disso, a prova antecipada ingressa em outra ação sem perder a sua natureza originária, não sofrendo com os mesmos problemas que sofrem as provas emprestadas em relação ao contraditório e à ampla defesa. Sobre isso, esclarece o autor supramencionado:

Em alguns casos a prova produzida em um “processo” ingressa em outro sem perder a natureza originária; é o que ocorre na produção antecipada de provas, em que o escopo é a aquisição da prova em momento anterior ao normal, especialmente visando a produção da prova para, se o caso, servir em outro processo. A oitiva de uma testemunha ou a prova pericial, no caso da cautelar de produção antecipada de provas ou a cautelar de exibição de um documento ou coisa, podem resultar na produção de uma prova que será requerida, deferida e produzida, porém a avaliação ocorrerá em outro processo, como o aproveitamento para uma ação de indenização cumulada com exclusão de sócio, após a exibição de livros. Não são casos de prova emprestada, porque a prova já é realizada para ser utilizada em outro processo. Portanto, a comunhão da prova, nestes casos, já tem fim definido: servir de prova em outro processo, por isso não decorrendo problemas em relação ao contraditório e à ampla defesa, os dois grandes óbices ao aproveitamento da prova emprestada⁸⁰.

A utilização da prova emprestada se justifica, mormente, em razão dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas. Quando se utiliza uma prova já produzida em outra demanda, obtém-se maior efetividade do direito, uma vez que se constrói a instrução do processo com menores gastos de tempo e de dinheiro. Concomitantemente, adquire-se, também, maior celeridade na atividade processual, o que vem de encontro com a garantia constitucional da razoável duração do processo, prevista no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988⁸¹.

É, também, utilizável em casos em que, seja por perecimento do objeto, seja por outras razões, há impossibilidade de produção de nova prova. Nessas circunstâncias, o instituto da prova emprestada, quando possível, surge como a mais viável opção para que se possa efetivamente instruir o processo e, assim, garantir-se a tutela jurisdicional⁸².

Sobre o tópico do uso da prova emprestada, insta mencionar que a doutrina não é propriamente pacífica. Alguns doutrinadores entendem que esse instituto só poderá ser

⁷⁹ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 143.

⁸⁰ FERREIRA, *loc. cit.*

⁸¹ Diz a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁸² CASTELO BRANCO, Dóris; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A prova emprestada entre processos com partes diferentes. In: **Revista de Processo**, v. 289, pp. 137-164, março/2019. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2019\23951, p. 2.

utilizado quando não for possível ou quando for excessivamente onerosa a reprodução das provas, tal como aduz André Almeida Garcia⁸³. A maior parte da doutrina, contudo, crê que o empréstimo de provas não deve ser utilizado apenas em casos de impossibilidade de renovação probatória ou quando a prova for de difícil renovação, mas também em outras hipóteses, quando possibilitar maior celeridade e economia processuais, como pensam Marinoni, Mitidiero e Arenhart⁸⁴.

Adianta-se que tal discrepância doutrinária existe, principalmente, em razão da garantia ao contraditório. Para os doutrinadores que entendem pela excepcionalidade do uso da importação probatória, esse instituto afetaria demasiadamente o direito de defesa no processo. Por isso, aduzem que o empréstimo de provas deve ser limitado a casos em que surge como única opção para garantir o direito à tutela jurisdicional das partes, isto é, quando, apenas por meio dele, faz-se possível sustentar uma pretensão em juízo. A respeito desse assunto, melhor irá se discorrer no capítulo último desta monografia, quando irá se abordar especificamente o tópico da prova emprestada frente ao direito ao contraditório no processo civil.

Assim como no processo originário, segundo Ada Grinover, o objetivo da prova emprestada no processo que a receberá será, em suma, gerar efeitos⁸⁵. Contudo, como se observará no próximo subcapítulo, tais efeitos não serão obrigatoriamente idênticos aos sentidos na demanda inicial.

3.3. A aplicação da prova emprestada no direito processual civil

As provas emprestadas apenas serão aceitas no processo receptor quando forem consideradas legítimas. Para que o sejam, tal como aduz Talamini, há de se analisá-las frente a requisitos específicos⁸⁶, sobre os quais irá se discorrer a seguir.

De início, cabe referir que o procedimento probatório, em geral, pode ser dividido em quatro fases, quais sejam o requerimento, a admissão, a produção e a valoração da prova⁸⁷. A

⁸³ GARCIA, André Almeida. **Prova Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 56.

⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 294.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 4, out. 1993, p. 60.

⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 3.

⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 296.

prova emprestada, por ter regime único, passa por esses procedimentos de forma diferenciada. Segundo William Ferreira, quando adentra no processo de destino, a prova transladada é submetida à etapa de produção na forma de ingresso; à admissão, por meio da aquisição; e à valoração, através da comunhão⁸⁸.

Como mencionado anteriormente, a prova emprestada adentra o processo através de documentos, isto é, por meio de cópias autenticadas do processo original. Sobre isso, refere Roberta Dias Tarpinian de Castro que não é preciso que a prova emprestada seja colacionada via certidão, porquanto essa seria uma burocracia contrária à celeridade e à economia processual. Para a autora, é necessário apenas que a parte destaque, ao juntar os documentos nos autos, que deseja que esses sejam recebidos como provas emprestadas, bem como a eles anexe uma declaração de autenticidade⁸⁹.

No tópico, há de se referir que é importante que todos os elementos referentes à prova emprestada sejam transportados ao processo receptor. Isso porque são relevantes não apenas para que o juízo possa avaliar a prova em sua totalidade, como também para que possa verificar se ela preenche os requisitos de legitimidade necessários⁹⁰.

Tal transporte integral da evidência é um dever de probidade processual da parte que pretende a admissão da prova no processo, e baseia-se, mormente, na boa-fé objetiva. Insta referir que a violação desse dever, quando possuir finalidade escusa, pode, inclusive, constituir-se em ato atentatório à dignidade da justiça⁹¹.

Importa dizer que pode o juízo determinar o uso da prova emprestada de ofício⁹². O artigo 370 do CPC/15 é claro referindo que “*Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.*” Tem-se que, como refere Wendel Teixeira, a prova emprestada não foge desse entendimento⁹³.

Sobre o ponto, pode-se arguir que, por já saber de antemão o resultado da prova, o juiz estaria violando o dever de imparcialidade ao recorrer, de ofício, a um empréstimo probatório. Tem-se, contudo, que tal alegação não procede.

⁸⁸ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 144.

⁸⁹ CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *In: Revista de Processo*, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604, p. 6.

⁹⁰ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In: Revista de Processo*, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 2.

⁹¹ BRITO, Max Akira Senda de. Apontamentos sobre a prova emprestada no processo civil. *In: Revista Jus Navigandi*, ano 12, n. 1536, set./2007.

⁹² AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 477.

⁹³ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 467.

Isso porque, tal como refere Talamini, mister se faz inverter a questão para se perceber o erro do argumento: caso deixasse de determinar o empréstimo probatório em um caso no qual esse se faria válido, o magistrado estaria atuando em benefício daquele que seria prejudicado por aquela prova⁹⁴. Como bem coloca o autor supra, “*se a reconstituição dos fatos determinada de ofício vem a beneficiar quem tem razão, não há nisso infração ao dever de imparcialidade, mas o adequado cumprimento da função jurisdicional*”⁹⁵.

Ademais, quanto à admissibilidade da prova emprestada, deve o juiz considerar, em especial, a observância do contraditório⁹⁶. Sobre isso, adianta-se que, embora esteja expressamente referido no artigo 372, do CPC/15, que o contraditório deverá ser respeitado no uso das provas emprestadas, o legislador não deixou claro, no texto legal supra, como deve esse princípio ser garantido frente ao traslado de provas. Por essa razão, adentrar-se-á no tópico, com maior profundidade, no capítulo a seguir.

Moacyr Amaral Santos refere que a admissibilidade das provas emprestadas não se confunde com a eficácia dessas. Afirma o autor que, enquanto na admissibilidade há apenas uma avaliação inicial da prova, a qual é necessária para que possa ingressar no processo, na eficácia há uma análise do poder de convencimento da prova, isto é, mede-se o quanto o juiz a estima⁹⁷.

Sobre a valoração da prova emprestada, tem-se que, ao adentrar em uma nova ação, a prova trazida de outro processo poderá receber valor maior, igual ou menor ao que lhe foi conferido originalmente. Tal como aduz Eduardo Arruda, “*o que se transporta do primeiro processo, cumpre esclarecer, é a prova, não a respectiva valoração*”⁹⁸. Isso se dá, principalmente, porque a valoração probatória é feita não apenas frente a uma prova em específico, mas, sim, diante de todo o conjunto de provas presentes no processo, que pode ser diferente no processo originário e no processo de recepção daquele empréstimo.

Conquanto seja possível atribuir o mesmo valor dado no processo original à prova emprestada, o juiz do segundo processo não está vinculado a essa valoração, e pode construir um entendimento diverso daquele concebido pelo primeiro juízo⁹⁹. Sobre isso, o próprio texto

⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In: Revista de Processo*, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 12.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁹⁶ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. 3. ed. São Paulo: Boreal Editora, p. 63.

⁹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 1983 v. 1, p. 352.

⁹⁸ ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 761.

⁹⁹ AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 477.

do artigo 372 do CPC rege, expressamente: “*atribuindo-lhe o valor que considerar adequado*”. Assim, os efeitos da prova dependerão, sobretudo, da valoração que será feita pelo juízo receptor, que deverá levar em consideração não apenas as características próprias da evidência, como também todo o contexto da demanda¹⁰⁰.

Em razão disso, tem-se que o resultado da demanda anterior, na qual a prova foi produzida, não repercutirá sobre a admissibilidade, tampouco sobre o valor e eficácia do empréstimo probatório¹⁰¹. Assim, tal como aduz Paulo Amaral, para o traslado de provas, não importa a fase em que esteja o processo originário, que pode estar em andamento ou já ter transitado em julgado¹⁰².

Dessa forma, vê-se que diversos são os critérios que influem na admissibilidade, na valoração e no uso das provas emprestadas. Essas, conquanto constituam um instituto processual complexo, têm papel inegavelmente válido e relevante para o direito. Por essa razão, buscar-se-á, no próximo capítulo, aprofundar a discussão a respeito da problemática supramencionada, qual seja, a da aplicação do princípio do contraditório no empréstimo de provas.

¹⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 294.

¹⁰¹ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In: Revista de Processo*, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 11.

¹⁰² AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 476.

4. DA RELAÇÃO ENTRE A PROVA EMPRESTADA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como bem refere William Ferreira, no que tange ao uso do traslado probatório, tem-se vultosa problemática em relação ao contraditório: se, para uma das partes, a admissão da prova emprestada pode ser considerada como uma violação ao contraditório e à ampla defesa, para a outra, a impossibilidade de se admitir a importação probatória também pode ser tida como uma violação do contraditório e da ampla defesa¹⁰³.

Tendo isso em vista, pretende-se, com a análise que se faz neste trabalho, melhor compreender como, de fato, deve-se observar o contraditório quando ocorre um transporte probatório entre processos diversos. Para tanto, neste capítulo, abordar-se-ão as perspectivas da prova emprestada e do contraditório diante (a) da importância do objeto probando, (b) das diferenças decorrentes dos inúmeros meios de prova, e, por último, (c) da diversidade de sujeitos entre os processos de origem e de destino.

4.1. Quanto ao objeto da prova

Como já se referiu em outras oportunidades neste trabalho, o dispositivo legal que prevê o uso das provas emprestadas, qual seja, o artigo 372 do CPC/15, deixa explícito que deve ser respeitado o contraditório para que uma produção probatória de outro processo possa ser utilizada em um novo processo¹⁰⁴. A respeito de tal disposição, é uníssono o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, para que se possa ter o traslado de provas entre processos, deve-se respeitar o direito de defesa das partes.

Contudo, em razão da superficialidade do texto legal supra, existem consideráveis discussões sobre como se garantir esse respeito ao contraditório, bem como no que se refere à efetividade desse princípio perante o traslado de provas. Um dos pontos que se muito discute diz respeito à problemática do contraditório frente ao objeto da prova que irá ser trasladada, razão pela qual cabe aprofundar a discussão, no tópico.

¹⁰³ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 70.

¹⁰⁴ Diz o artigo 372 do CPC/15: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”

4.1.1. O uso da importação probatória quando há diferenças entre os objetos probandos do processo de destino e do processo de origem

Ao determinar a produção probatória em um processo, seja por solicitação das partes, seja de ofício, o juiz tem um objetivo principal: quer, acima de tudo, elucidar aquilo que está sendo alegado no processo, a fim de que possa melhorar o seu entendimento do caso e, a partir disso, tomar a melhor decisão que puder. Conquanto seja essa a principal razão de se determinar a produção de provas, o ato processual que determina a realização probatória pode ter base nas mais diversas fundamentações.

Pode-se estabelecer a produção probatória, por exemplo, em razão da necessidade de explicações técnicas, sobre as quais o juízo não tem conhecimento suficiente para discorrer, como ocorre no caso das provas periciais. É possível, ainda, que a produção de provas se dê para que, através das declarações de uma pessoa que presenciou o fato, obtenham-se informações a respeito de um acidente de trânsito, objeto esse que é comum às provas testemunhais.

Qualquer seja o fundamento que baseia a decisão do juízo, é a busca por obter a melhor compreensão possível das particularidades do caso em análise que motiva a determinação da produção de provas. Sabendo-se disso, é inegável aferir que, quando se produz provas em um processo, tem-se em mente um contexto processual específico.

A produção probatória é, assim, sempre baseada no caso concreto, fundando-se no arguido por cada uma das partes e nas peculiaridades das controvérsias apresentadas ao juiz. Verifica-se, na prática jurídica, que a prova se direciona para pontos específicos do caso, tendo por objeto exatamente aquilo que busca aclarar no processo.

Da mesma maneira, o contraditório exercido frente à prova acaba por se construir de maneira vinculada àquele caso. Isso porque, a fim de desempenharem efetivamente o seu direito de defesa, as partes centralizam suas arguições no objeto da produção probatória, rebatendo alegações e dados que lhes são desfavoráveis.

Tendo em vista que a defesa exercida pelas partes sempre se vincula ao objeto da prova, discute-se: é possível utilizar o traslado de provas, garantindo o efetivo exercício do direito ao contraditório, no caso de existirem diferenças significativas entre os objetivos da produção probatória do processo de origem e os objetivos do uso daquela prova no processo receptor?

Para se adentrar na discussão, de início, há de se buscar compreender no que, de fato, constitui-se o objeto da prova. Insta mencionar que, sobre isso, dispõe claramente o artigo 369

do CPC/15: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Assim, tal como aduzem Alvim, Granado e Ferreira, o objeto da prova consiste, em síntese, nos fatos controvertidos em que se fundamenta a ação e a defesa¹⁰⁵.

Sobre o tópico, lecionam Mitidiero, Arenhart e Marinoni que “a prova não se destina a provar fatos, mas sim afirmações de fato¹⁰⁶”. Isso porque, segundo os autores, é a alegação que pode ou não corresponder à realidade dos fatos ocorridos anteriormente ao processo. O fato, *per se*, não pode ser verdadeiro ou falso; mas, sim, pode ter existido ou não ter existido.

Os doutrinadores referem que, na produção probatória, devem ser, necessariamente, alegados os fatos principais, que também devem ser trazidos nas mais importantes oportunidades de manifestação processual, quais sejam, a petição inicial e a contestação. A prova deve sustentar-se nessas afirmações de fato, isto é, no arguido pelo autor e pelo réu, dentro do espaço criado pelas contradições visualizadas no processo¹⁰⁷.

Para além disso, podem também ser trazidos fatos secundários, os quais, embora não sejam capazes de demonstrar a verdade das afirmações de fato, podem, indiretamente, influenciar no convencimento do juiz. Esses fatos, ainda que não sejam alegados, podem ser objeto de prova, porquanto têm por objetivo dar suporte às afirmações dos fatos principais¹⁰⁸.

Contudo, insta mencionar que, segundo os autores supra, “somente alegações a respeito de fatos pertinentes e relevantes para o processo constituem objeto de prova¹⁰⁹”. Para Alvim, Granado e Ferreira, pertinentes são os fatos que dizem respeito à causa, enquanto relevantes são aqueles que têm capacidade de verdadeiramente influir na decisão do juízo¹¹⁰.

Mister se faz referir que não dependem de prova os fatos previstos no artigo 374 do CPC/15¹¹¹. Segundo tal dispositivo legal, não necessitam serem comprovados (a) fatos notórios, isto é, que são de conhecimento geral; (b) fatos confessados, ou seja, que foram afirmados por uma parte e devidamente reconhecidos por outra; (c) fatos incontroversos,

¹⁰⁵ ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 737.

¹⁰⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 259.

¹⁰⁷ ARENHART, *loc. cit.*

¹⁰⁸ ARENHART, *loc. cit.*

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 260.

¹¹⁰ ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 738.

¹¹¹ Diz o Art. 374 do CPC/15: “Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

quais sejam aqueles que não foram impugnados pela outra parte; e (d) fatos que têm presunção legal de existência ou veracidade, os quais podem ser explicados como os fatos aos quais a lei já confere a presunção de existência e veracidade, tal como ocorre com o disposto no artigo 1.597, I, do Código Civil de 2002, o qual define que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos que nascerem após cento e oitenta dias do estabelecimento da convivência conjugal¹¹².

Contudo, a respeito dos incisos do artigo supramencionado, afirmam Alvim, Granado e Ferreira que a dispensa da prova, nesses casos, é relativa¹¹³. Isso porque é possível que as partes tenham que comprovar os fatos em questão, o que dependerá das circunstâncias do caso concreto. A prova de fato notório, por exemplo, apenas será dispensável nos casos em que sua notoriedade não tenha sido questionada em juízo, enquanto as presunções legais *juris tantum* somente não dependerão de prova quando não houver elementos capazes de infirmar tal presunção nos autos¹¹⁴.

Do acima exposto, depreende-se que a prova é sempre influenciada pelo contexto processual e por suas particularidades. Para além disso, também a própria necessidade de produção probatória sofre influência das especificidades do caso concreto.

Sabe-se, do que já se analisou neste trabalho, que o contraditório, além de se referir à bilateralidade de audiência¹¹⁵, também se relaciona diretamente à influência na decisão judicial¹¹⁶. Nesse sentido, a fim de persuadir o juiz, é intrínseco à defesa das partes que exerçam o direito ao contraditório de maneira direcionada às contradições e aos pontos objetivos de análise da prova.

É exatamente em razão dessa ligação entre o contraditório e o objeto da prova, que, de maneira geral, apenas se admite o uso da prova emprestada quando forem idênticos os fatos provados e probandos, tal como alegam Couture¹¹⁷, João Batista Lopes¹¹⁸ e Gildo dos

¹¹² THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 367.

¹¹³ ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 738.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 739.

¹¹⁵ MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (Art. 285-A do CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. **Revista de Processo**, v. 32, n. 144, fev. 2007, p. 108.

¹¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 108.

¹¹⁷ Sobre isso, leciona o autor: “*Las pruebas de outro juicio civil pueden ser válidas, si en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley le otorga en el juicio en que se produjeron. Esas pruebas producidas con todas las garantías son eficaces para acreditar los hechos que fueron motivo de debate en el juicio anterior y que vulven a repetirse en el nuevo proceso. No son eficaces, en cambio, si no han odidos ser debidamente fiscalizadas en todas las etapas de su diligenciamiento, o si se refieren a hechos que no fueron objeto de prueba (...) en el juicio anterior.*” Em COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1993. p. 255-

Santos¹¹⁹. Sobre o assunto, Talamini é claro e preciso: a identidade ou expressiva semelhança entre os fatos probandos no processo de origem e no de destino não é apenas um requisito específico da prova emprestada, mas é um pressuposto de pertinência e relevância para que se possa admitir qualquer prova¹²⁰.

Mister se faz explicar que, de fato, cada processo possui particularidades específicas, não sendo plausível que o objeto probatório seja sempre perfeitamente idêntico. Por essa razão, quando se fala em identidade de fatos probandos, procura-se obter uma similitude factível, isto é, busca-se que o núcleo essencial do que ali se quer provar seja o mesmo em ambos os processos. O que se quer evitar é que o contraditório seja demasiadamente prejudicado na importação probatória, tal como ocorre quando uma alegação que é pouco significativa em um processo exerce, em outro, papel de suma importância para o convencimento do juízo. Como se demonstrou acima, os objetos litigiosos, bem como as circunstâncias específicas de cada ação judicial, exercem peso considerável na construção da prova e da defesa feita em cima dela, circunstância essa que não deve ser ignorada quando se cogita a realização de empréstimos probatórios.

Excepcionalmente, segundo Marinoni, Mitidiero e Arenhart, será possível utilizar o traslado probatório ainda que exista a necessidade de se cogitar sobre novos fatos, ou, ainda, de se modificar o enfoque dado aos fatos analisados¹²¹. Na visão dos autores, para que seja possível importar provas nas referidas hipóteses, é necessário que seja viável possibilitar às partes que exerçam suficientemente o seu direito de defesa no processo de destino da prova ou que, ao menos, consiga-se “*separar a prova anterior dos novos aspectos, permitindo seja produzida nova prova sobre as questões não tratadas anteriormente*”¹²².

Tem-se que, em razão do fato de que cada processo é único, não é possível que o contraditório se dê integralmente em todos os casos de importação de provas. Contudo, o direito à defesa pode ser exercido de forma suficiente e eficaz no empréstimo probatório.

256.

¹¹⁸ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 65.

¹¹⁹ SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

¹²⁰ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In: Revista de Processo*, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 8.

¹²¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 296.

¹²² ARENHART, *loc. cit.*

Para tanto, mister se faz abrir prazos razoáveis para que o litigante a quem a prova é contrária possa se manifestar, sob pena de que seja a importação inválida¹²³. A respeito disso, leciona Darci Guimarães Ribeiro:

[...] para que não possa haver nenhuma violação ou restrição da garantia constitucional do contraditório, toda prova emprestada trazida por uma das partes está sujeita às contra-argumentações e às contraprovas da parte adversária, que pode impugnar a utilização da prova emprestada, em razão da ausência dos requisitos de admissibilidade, bem como negar a existência do fato ou a eficácia a qual se pretende extrair a partir do meio de prova utilizado¹²⁴.

Segundo Roberta de Castro¹²⁵, deve haver dois momentos para manifestação a respeito da prova emprestada. O primeiro momento, segundo a autora, deve se dar quando da juntada do traslado probatório, a fim de que as partes adversárias possam se manifestar a respeito da legalidade, da validade e da relevância daquela prova no caso concreto. A segunda oportunidade deve se dar logo após a decisão que recepciona a prova como emprestada, para que exerçam a sua defesa no que se refere ao conteúdo probatório.

Vê-se, dessa maneira, que o objeto da prova exerce considerável influência sobre o exercício do contraditório. Em razão disso, tem-se que, em linhas gerais, não se pode utilizar o empréstimo de provas quando houver intensas diferenças entre os objetos probatórios de origem e de destino, salvo nas exceções acima mencionadas.

Há de se referir, por fim, que sempre será necessário que o juízo leve em consideração as particularidades do contexto processual na valoração probatória¹²⁶. Especificamente quanto à identidade de objeto probando, sugere Darci Guimarães Ribeiro que, quanto mais idênticos forem os fatos, maior deve ser o valor dado à prova emprestada¹²⁷.

4.1.2. A utilização do empréstimo de provas quando ainda é possível a reprodução probatória

Outro ponto de relevante análise para este trabalho diz respeito à discussão mencionada no segundo capítulo, qual seja, se a prova emprestada deve ser utilizada apenas

¹²³ AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Direito Probatório**. Coleção Grandes Temas no Novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 493.

¹²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 57.

¹²⁵ CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *In*: **Revista de Processo**, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604, p. 7.

¹²⁶ CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 81.

¹²⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 114.

quando o objeto da prova é de difícil reprodução ou não mais pode ser analisado, ou se, também, é possível admitir o seu uso em outras hipóteses. A respeito disso, pelas razões que a seguir irá se explanar, tem-se como cristalino que o empréstimo de provas não deve se limitar a eventual impossibilidade ou dificuldade de renovação probatória.

Como já se referiu, para a parte dos processualistas¹²⁸ que entende que a prova emprestada somente pode ser usada quando for impossível ou muito difícil a renovação probatória, a efetividade do contraditório seria exacerbadamente prejudicada pelo traslado de provas, razão pela qual o uso desse instituto deveria ser limitado a casos de necessidade, tal como ocorre quando uma prova produzida em um processo anterior se apresenta como a única opção para garantir a tutela jurisdicional das partes. Para esses doutrinadores, apenas nesse contexto seria admissível a importação de provas produzidas em outro processo, dada a inevitabilidade de se relativizar o exercício de defesa em prol do direito à prova.

De fato, em casos como o acima descrito, nos quais é impossível ou excessivamente oneroso realizar a renovação probatória, é uníssono o entendimento de que se pode admitir o empréstimo probatório. Isso porque, nessa hipótese, há um embate entre os direitos à tutela jurisdicional e à defesa, e, conquanto seja importante salvaguardar a máxima efetivação do contraditório, deve-se também considerar as outras garantias processuais fundamentais que estão em jogo¹²⁹. Assim, nesse contexto, é principalmente a prevalência dos direitos à prova, à ampla defesa e ao acesso à justiça que justifica o uso do instituto da importação probatória¹³⁰.

Contudo, a utilização da prova transladada não se baseia apenas nos fundamentos supra. Tem-se que a admissão das provas emprestadas pode se dar, também, pela simples razão de se evitar repetições inúteis de provas que já foram produzidas anteriormente¹³¹. Pretende-se, com isso, otimizar as produções probatórias já realizadas¹³², bem como atuar em

¹²⁸ Nesse sentido, destaca-se: LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 64 e GARCIA, André Almeida. **Prova Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 56.

¹²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 296.

¹³⁰ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In: Revista de Processo*, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 4.

¹³¹ AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Direito Probatório*. Coleção Grandes Temas no Novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 493.

¹³² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 294.

favor dos princípios da economia e da celeridade processual, evitando gastos desnecessários de tempo e de dinheiro¹³³.

Para além disso, a prova emprestada também poderá não ser substitutiva, mas apenas exercer função crítica, isto é, adentrar o processo com o intuito de entrar em confronto com outra prova que tenha sido diretamente produzida naquela ação judicial. Insta comentar que, tal como refere William Ferreira, impedir a entrada da prova emprestada, nessa hipótese, seria afrontar os direitos à prova e ao contraditório da parte que deseja apresentá-la no processo¹³⁴.

Mister se faz explanar que, embora não seja possível garantir a perfeita e total integralidade do contraditório em uma importação probatória, o direito de defesa frente às provas emprestadas pode, sim, ser suficientemente efetivo. Para tanto, importa possibilitar, da maneira adequada, que as partes exerçam a sua defesa no processo de destino da importação probatória, bem como se faz relevante levar em consideração as particularidades da prova e a eficácia do contraditório quando da valoração probatória¹³⁵, como se mencionou no subcapítulo acima.

Nesse sentido, importa trazer o julgado do Superior Tribunal de Justiça referente aos Embargos de Divergência em Recurso Especial de nº 617.428/SP, com relatoria de Nancy Adrigui. Cabe adiantar que a referida decisão serve de paradigma para diversas questões atinentes ao uso da prova emprestada. Seguindo o mesmo posicionamento que aqui se defende, entendeu a Corte Especial como válido o empréstimo probatório realizado com o intuito de se obter economia processual, como se pode observar no seguinte trecho do acórdão:

[...] A grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo. Igualmente, a economia processual decorrente da utilização da prova emprestada importa em **incremento de eficiência**, na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, **em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo**, inserida na CF pela EC 45/2004. **Assim, é recomendável que a prova emprestada seja utilizada sempre que possível**, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. [...]. Assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, o empréstimo será válido.¹³⁶

¹³³ COSTA NETO, José Wellington Bezerra. A Prova Emprestada no Direito Processual Brasileiro. *In: Revista de Processo*, vol. 277/2018, pp. 197-233, mar/2018. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2018\8986, p. 4.

¹³⁴ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 146.

¹³⁵ CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 81.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 617.428/SP. Embargantes: Ponte Branca Agropecuária S/A e outros. Embargado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relatora: Nancy Andriighi. Brasília, 04 jun. 2014. DJe: 17 jun. 2018. Grifos nossos.

Tal como brilhantemente referiu a Ministra, diminuir a aplicação das provas emprestadas apenas aos casos de impossibilidade, inviabilidade ou dificuldade de reprodução probatória seria ir contra o modelo constitucional do processo civil, que prima pela razoável duração do processo e pela ampla possibilidade de defesa¹³⁷. Como preconiza Talamini, o aproveitamento dos atos não decisórios é integralmente aplicável ao processo civil, e não implica em violação aos preceitos constitucionais, desde que, frente ao órgão competente, possam esses atos ser devidamente reexaminados¹³⁸.

Tendo em vista que, como prevê expressamente o artigo 372 do CPC, a valoração da prova emprestada é sujeita ao juízo racional do magistrado¹³⁹, não há concluir senão que o instituto da prova emprestada é perfeitamente admissível em casos nos quais não é impossível a renovação probatória, a fim de que se possa obter a máxima efetividade da jurisdição com o mínimo emprego de atividades processuais¹⁴⁰.

Como já se referiu, no que tange à valoração do empréstimo de provas, em geral, mostra-se necessário um juízo de ponderação. Nas palavras de William Ferreira: “*A pedra de toque não está na admissibilidade, mas na eficácia, no peso a ser atribuído pelo julgador*”¹⁴¹.

Nesse sentido, deve o juízo sempre prezar pela proporcionalidade em seu ato decisório. Sobre o valor da possibilidade de renovação da prova emprestada no convencimento do juiz, sugere Moacyr Amaral Santos que a aproveitabilidade e a eficácia de uma prova sejam medidas “*na razão inversa da possibilidade de sua reprodução*”, isto é: quanto menos possível for reproduzir aquela prova, mais ela deverá ser aproveitada no processo receptor¹⁴².

4.2. Quanto ao meio da prova

Conquanto seja inegável que o direito de defesa deve ser preconizado na utilização das provas emprestadas, tem-se que, frente a casos concretos, a efetividade do contraditório não

¹³⁷ No mesmo sentido: AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Direito Probatório**. Coleção Grandes Temas no Novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 489.

¹³⁸ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In*: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 6.

¹³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 294.

¹⁴⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53.

¹⁴¹ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 147.

¹⁴² SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 1983 v. 1. p. 296.

vai sempre se dar na mesma intensidade. Tal eficácia dependerá de diversos fatores, entre os quais se destaca, neste subcapítulo, o meio de prova utilizado. Em síntese, buscar-se-á analisar como o meio de prova pode interferir no contraditório quando ocorre uma importação probatória, bem como se é possível que se admita uma prova emprestada que fora produzida através de meio ilícito, ou, ainda, por um meio que é apenas ilícito para o processo de destino.

4.2.1. A relevância do meio de prova no que se refere à efetivação do contraditório na importação probatória

Como se viu, as provas podem dispor sobre os mais diversos objetos. Por essa razão, tem-se que podem, também, ser produzidas por diferentes meios. Esses vão variar, em síntese, conforme a natureza do fato probando, sendo possível, inclusive, que uma mesma alegação de fato possa ser provada por diversos meios probatórios¹⁴³. Sabe-se, contudo, que, no que tange ao empréstimo probatório, nem todos os meios de prova serão admissíveis da mesma maneira, tampouco poderão ser aproveitados, no processo de destino, com a mesma intensidade valorativa.

Isso porque, em uma importação probatória, o meio pelo qual foi a prova originalmente produzida influi, de forma direta, na eficácia do contraditório que será exercido no processo de destino. A fim de se melhor analisar essa relevância dos meios probatórios no empréstimo de provas, mister se faz compreender, de início, no que consiste o conceito de meio de prova.

Conforme leciona Taruffo, meio de prova é “*qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos da causa*”¹⁴⁴. No mesmo sentido, Gomes Filho define-o como o procedimento pelo qual se incorpora os elementos de prova ao processo¹⁴⁵. Dessa forma, o meio de prova pode ser descrito, em síntese, como um instrumento de prova¹⁴⁶, isto é, como a maneira pela qual o que foi captado na fonte probatória é levado ao magistrado.

¹⁴³ AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Direito Probatório**. Coleção Grandes Temas no Novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 484.

¹⁴⁴ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Tradução de João Gabriel Couto. p. 15.

¹⁴⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 307.

¹⁴⁶ CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. In: **Revista de Processo**, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604, p. 3.

Tal como se fez no subcapítulo anterior, novamente cabe analisar o constante no artigo 369 do CPC/15: “*as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*” Do dispositivo, extrai-se que são admissíveis, no processo, não apenas os meios de provas legalmente previstos, mas também aqueles lícitos e que se demonstram moralmente legítimos.

Esta desnecessidade de que sejam os meios probatórios legalmente previstos para serem utilizados é denominada de atipicidade dos meios de prova. Tal conceito decorre diretamente do texto constitucional, que, em razão do direito ao devido processo legal (previsto no inciso LIV do artigo 5º, da CF/88), do direito de ação (constante no artigo 5º, XXXV, CF/88), do direito ao contraditório e do direito à ampla defesa (esses, por sua vez, previstos no artigo 5º, LV da CF/88), entende como fundamental o direito à prova¹⁴⁷.

Sobre o tópico da atipicidade das provas, insta lembrar que o instituto do traslado probatório, anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015, era aceito jurisprudencial e doutrinariamente como um meio de prova atípico. No atual Código de Processo Civil, contudo, é o empréstimo de provas expressamente previsto no texto do artigo 372, razão pela qual não é mais tido como uma prova atípica. À vista das suas particularidades, a importação probatória é entendida, pela doutrina atual, não como um meio de prova, mas como um “veículo” probatório, isto é, uma maneira não convencional de se inserir uma prova no processo¹⁴⁸.

Feitas essas considerações, há de se adentrar especificamente no tópico dos meios de prova frente ao empréstimo probatório. Cabe referir, *ab initio*, que apenas alguns meios de provas podem ser importados. Segundo o entendimento jurisprudencial majoritário, o empréstimo probatório só poderá se dar nas provas que foram constituídas no processo¹⁴⁹.

Nesse sentido, como já se analisou no segundo capítulo desta monografia, a prova documental não é meio que pode ser transplantado. Isso porque os documentos “*valem por si só*”¹⁵⁰: o fato de terem sido utilizados em outro processo não altera a sua natureza, razão pela qual não sofrem com “*o contraste entre forma e valor potencial*”¹⁵¹, tal como ocorre com as

¹⁴⁷ ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 736.

¹⁴⁸ CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *In: Revista de Processo*, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604, p. 3.

¹⁴⁹ AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 476.

¹⁵⁰ CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71.

¹⁵¹ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In: Revista de Processo*, v. 91, pp. 92-

provas emprestadas. Tem-se que este meio de prova sempre admitirá o contraditório integral posteriormente à sua produção¹⁵². Por isso, para ser reutilizado, apenas necessita sejam copiados e juntados os seus elementos aos novos autos.

Do acima exposto, é possível deduzir que só se pode realizar a importação probatória de testemunhos, depoimentos pessoais, confissões, perícias, inspeções judiciais e, eventualmente, de meios atípicos. Sabe-se que, durante a produção de cada um dos tipos de prova supramencionados, há momentos específicos em que podem as partes se defender. Em razão disso, tem-se que, quando se realiza o empréstimo desses meios probatórios, o exercício do contraditório sofre perdas, em menor ou maior grau, no que diz respeito à sua eficácia.

A prova testemunhal funda-se na representação de um fato através de declarações feitas por uma testemunha, em resposta a questionamentos. Em razão disso, tem-se que é inerente, à sua formação, a exigência da dialética¹⁵³.

Conforme o disposto no caput artigo 459 do CPC/15¹⁵⁴, na oitiva, para além das inquirições feitas pelo juiz, também podem as partes formular perguntas diretamente à testemunha. Dessa forma, tanto o demandante quanto o demandado dispõem, no evento da audiência, da oportunidade de formular os questionamentos que desejam ver respondidos, bem como de trazer confrontações a fim de esclarecer pontos dúbios do testemunho.

Ao fazerem perguntas às testemunhas, as partes estão exercendo o seu direito de defesa, podendo influir no resultado da prova. Quando prova é transladada, não há como reabrir esse momento para o contraditório. Se acaso se renovasse os testemunhos, estar-se-ia produzindo nova prova, e não utilizando a importação probatória.

Não há negar, dessa forma, que, quando se realiza o empréstimo de uma prova testemunhal, a eficácia do contraditório é consideravelmente afetada. À vista disso, para muitos doutrinadores, esse meio probatório só pode ser transplantado em casos específicos, nos quais as mesmas partes e o mesmo magistrado tenham participado do processo originário em que se sucedeu a produção probatória¹⁵⁵. Insta mencionar que, sobre o ponto da

114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615. p. 3.

¹⁵² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 295.

¹⁵³ BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. In: **Revista de Ciências Penais**, v. 14/2011, p. 315-342, jan-jun/2011. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2011\1827, p. 10.

¹⁵⁴ Diz o Art. 459 do CPC/15: “Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.”

¹⁵⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. In: **Revista de Ciências**

necessidade de identidade de sujeitos no processo de origem e no processo de destino do empréstimo, analisar-se-á com afinco em subcapítulo próximo.

Segundo Talamini, enquanto espécie probatória, também o depoimento pessoal é passível de ser emprestado para outro processo¹⁵⁶. Tem-se que esse meio probatório pode ser determinado de ofício ou a requerimento da parte. Conforme o texto do artigo 385 do CPC/15¹⁵⁷, o depoimento pessoal serve, em síntese, para que uma parte seja interrogada na audiência de instrução e julgamento.

Quanto ao contraditório, o depoimento pessoal assemelha-se à prova testemunhal quando importado. Isso porque esse meio de prova também é dialético, admitindo que o advogado da parte contrária, bem como o procurador do próprio depoente¹⁵⁸, formulem perguntas para serem respondidas no depoimento, tal como acontece com os testemunhos. Assim, tendo em vista que há influência das partes antes e durante a sua produção, deve esse meio probatório, quando importado, ser valorado com cautela pelo magistrado.

Quanto à confissão, essa ocorre “quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”, consoante refere o artigo 389 do CPC/15¹⁵⁹. Consoante Talamini, a confissão tem, no direito brasileiro, natureza de prova¹⁶⁰. Em razão disso, entende o autor que “pode ser trasladado para um segundo processo, servindo como confissão, o termo de depoimento pessoal em que a parte admitiu como verdadeiros fatos que, para o primeiro processo, eram irrelevantes¹⁶¹.”

Tem-se que a confissão pode ter diversas origens, não sendo produzida apenas por depoimento pessoal. Conforme afirma Fredie Didier, esse meio probatório pode, inclusive, ter sido obtido de forma extrajudicial, podendo ser comprovado por testemunho¹⁶². Em razão

Penais, v. 14/2011, p. 315-342, jan-jun/2011. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2011\1827, p. 8. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 4, out. 1993. p. 6.

¹⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 13.

¹⁵⁷ Diz o Art. 385 do CPC/15: “Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.”

¹⁵⁸ Cabe mencionar que há discussão doutrinária no ponto. Compactua-se, neste trabalho, com o posicionamento de Wambier e Talamini em TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz. **Curso Avançado de Processo Civil Vol. 2**. 16. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, ponto 14.1.8.1.

¹⁵⁹ Diz o Art. 389 do CPC/15: “Art. 389. Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.”

¹⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 14.

¹⁶¹ TALAMINI, *loc. cit.*

¹⁶² BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador: Jus Podivm, 2015. Capítulo III.

disso, para valorar o empréstimo de uma confissão, terá o juiz de se ater às particularidades da produção da prova, a fim de analisar não apenas o quanto foi garantido o contraditório no processo de origem, como também quão eficaz será o exercício de defesa realizado pelas partes no processo de destino.

Ressalta-se, contudo, que não é possível se emprestar uma confissão ficta ou presumida, a qual consiste em se considerarem confessados os fatos quando a parte ou não compareça ou se recuse a responder um questionamento, tal como prevê o artigo 385, § 1º, do CPC/15¹⁶³. Isso porque essa forma de confissão, por ser apenas uma consequência do não cumprimento de um ônus, deve ter seus efeitos limitados necessariamente ao processo em que ocorreu¹⁶⁴.

No que tange à prova pericial, tem-se que o contraditório pode se construir antes, durante e depois da produção probatória¹⁶⁵. É sabido que, previamente à produção do laudo, as partes têm o direito de apresentar quesitos e indicar assistentes técnicos, tal como disposto no artigo 465, §1º, do CPC/15¹⁶⁶. Além disso, extrai-se dos parágrafos 1º e 3º do artigo 477 do CPC/15¹⁶⁷ que, após a realização da perícia, podem as partes novamente se manifestar, defendendo-se das conclusões do laudo que lhe são desfavoráveis, bem como, acaso necessário, solicitando novos esclarecimentos ao *expert*.

Quando a defesa se limita aos momentos anterior e posterior da perícia, tem-se que não há expressiva interferência das partes na produção probatória. Isso porque, ainda que os litigantes formulem quesitos ao *expert*, a perícia faz uma análise técnica do objeto probando, com base em metodologias específicas, sendo, assim, produzida de forma essencialmente

¹⁶³ Diz o Art. 385, § 1º, do CPC/15: “Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício. § 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena.”

¹⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615. p. 13.

¹⁶⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. In: **Revista de Ciências Penais**, v. 14/2011, p. 315-342, jan-jun/2011. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2011\1827, p. 13.

¹⁶⁶ Diz o Art. 465 do CPC/15: “Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo. § 1º Incumbe às partes, dentro de 15 (quinze) dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito: I - arguir o impedimento ou a suspeição do perito, se for o caso; II - indicar assistente técnico; III - apresentar quesitos.”

¹⁶⁷ Rege o Art. 477, §§ 1º e 3º, do CPC/15: “Art. 477. O perito protocolará o laudo em juízo, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento. § 1º As partes serão intimadas para, querendo, manifestar-se sobre o laudo do perito do juízo no prazo comum de 15 (quinze) dias, podendo o assistente técnico de cada uma das partes, em igual prazo, apresentar seu respectivo parecer. [...] § 3º Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos.”

neutra. Nesses casos, em geral, é viável que, no processo de destino, seja o contraditório exercido de forma consideravelmente íntegra frente à prova emprestada.

O contraditório pode também ser exercido no decorrer da realização da perícia, por meio de assistentes técnicos ou por atuação direta dos advogados, que eventualmente podem observar e relatar elementos que considerem relevantes ao perito. Nesses casos, considerando que as partes puderam se manifestar durante a produção e que tal momento não poderá ser perfeitamente reproduzido no segundo processo, a eficácia do contraditório pode ser consideravelmente afetada no transporte probatório. Tendo isso em vista, afirma Bechara que, para se maximizar o direito de defesa das partes, faz-se necessário possibilitar, no processo de destino da prova emprestada, que as partes possam oferecer quesitos complementares ou, ainda, que possam arrolar o perito para que seja ouvido em audiência¹⁶⁸.

A inspeção judicial, por sua vez, encontra-se prevista no artigo 481 do CPC/15, o qual dispõe, *verbis*: “o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa”. Consoante se extrai do artigo 483, parágrafo único, do CPC/15¹⁶⁹, as partes têm direito de acompanhar a inspeção, podendo manifestar-se prestando esclarecimentos, bem como fazendo observações que considerem relevantes ao processo.

Tem-se que o auto circunstanciado, lavrado quando ultimada a inspeção judicial, registrará apenas os pontos tidos pelo magistrado como relevantes à causa¹⁷⁰. Assim, para além de ser intenso o exercício do contraditório durante a produção da inspeção judicial, também é esse meio de prova fortemente vinculado à atuação e aos objetivos específicos do juízo originário frente àquela inspeção, sendo possível afirmar que o magistrado é agente inserido na inspeção judicial. Por esse motivo, quando forem diferentes os julgadores do processo originário e do processo de destino da prova, o potencial valorativo do empréstimo desse meio probatório é restrito, não se devendo conceder o mesmo valor que foi dado à inspeção na origem¹⁷¹.

¹⁶⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. In: **Revista de Ciências Penais**, v. 14/2011, p. 315-342, jan-jun/2011. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2011\1827, p. 13.

¹⁶⁹ Diz o Art. 483 do CPC/15: “Art. 483. O juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou a coisa quando: [...] Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.”

¹⁷⁰ EÇA, Vitor Salino de Moura. **Inspeção judicial e o princípio do contraditório**. São Paulo: Suplemento Trabalhista, 2005. V. 69/05, p. 303-305.

¹⁷¹ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 5.

Do acima evidenciado, não há concluir senão que os meios exercem considerável influência na garantia do contraditório quando há uma importação de provas. Pode-se afirmar que os meios de prova cuja produção pressupõe considerável intervenção das partes, tal como o depoimento pessoal e o testemunho, em que os litigantes formulam perguntas àquele que é ouvido, são os que mais sofrem com a diminuição da eficácia do contraditório na importação probatória. Destarte, tem-se que quanto mais o meio probatório permitir seja eficazmente exercida a defesa após a produção probatória, mais será possível garantir o contraditório no empréstimo.

Contudo, conquanto o empréstimo possa, por vezes, limitar a eficácia do contraditório exercido no processo de destino, tem-se que esse fato, por si só, não deve impedir o uso da importação probatória. Como muito tem se defendido ao longo deste trabalho, a prova emprestada exerce função relevante no processo, podendo servir à economia e à celeridade processual, bem como para garantir a tutela jurisdicional das partes. Assim, tal como bem refere Fábio Bechara, deve-se buscar compatibilizar o contraditório com as outras garantias igualmente fundamentais com as quais venha eventualmente a se opor¹⁷².

Nesse sentido, faz-se necessário flexibilizar a conformação do contraditório perante o empréstimo probatório, sem, contudo, esvaziar o princípio do seu valor. Tal relativização não quer dizer negar a importância do direito à defesa das partes, mas, sim, buscar preservar o seu núcleo essencial, e, concomitantemente, permitir seja possível obter a mais justa decisão.

Para tanto, é preciso que, na valoração das provas, pondere o juízo a respeito da efetividade do princípio do contraditório frente às especificidades do caso concreto. Assim, sugere-se que o juiz, no processo de destino, dê maior valor às provas cujo meio permite seja melhor exercido o direito de defesa das partes posteriormente à produção probatória, e menor valor àquelas cujo meio prejudica demasiadamente o contraditório no processo de destino.

4.2.2. O empréstimo de prova produzida por meio ilícito

Pode-se inferir, da análise acima feita, que é possível a realização da importação probatória de diversos meios de prova. Tendo esse fato em vista, a doutrina comumente se questiona: pode o empréstimo probatório se dar sobre provas que foram produzidas por meios

¹⁷² BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *In: Revista de Ciências Penais*, v. 14/2011, p. 315-342, jan-jun/2011. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2011\1827, p. 13.

considerados ilícitos? E, em caso afirmativo, como isso pode vir a afetar o direito das partes ao contraditório?

A fim de se analisar a possibilidade desse tipo de importação probatória, deve-se, primeiro, analisar a definição de provas ilícitas. Tem-se que não há, ainda, uniformidade doutrinária no que tange ao conceito e à admissibilidade dessas provas. Alguns doutrinadores, inclusive, diferenciam as provas ilícitas daquelas que são produzidas por meio ilícito (às quais, não raro, dão o nome de provas ilegítimas).

Alexandre de Moraes, por exemplo, afirma que as provas ilegais são o gênero do qual derivam as provas ilícitas e ilegítimas. O autor conceitua as provas ilícitas como aquelas que são obtidas com infringência ao direito material, e as provas ilegítimas como aquelas que são obtidas com desrespeito ao direito processual¹⁷³.

Cássio Scarpinella Bueno, no mesmo sentido, ensina que a prova ilícita consiste naquela que, *per se*, fere o ordenamento jurídico¹⁷⁴. A respeito das provas produzidas por meios ilícitos, Bueno refere que essas são admissíveis ou toleradas pelo sistema, mas foram obtidas, constituídas ou formadas de maneira a ferir o direito. Cita, como exemplo, o desrespeito ao sigilo de correspondência, bem como a oitiva de conversas telefônicas em situação que não tenha sido autorizada pela lei¹⁷⁵.

Conquanto seja admirável a diferenciação entre termos acima referida, adota-se, neste trabalho, outro posicionamento. De maneira mais abrangente, tal como preconiza Dinamarco, entende-se que as provas ilícitas “*são as demonstrações de fatos obtidas por meios contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios*”¹⁷⁶.

Consoante Talamini, a disposição constitucional de que não são admissíveis, no processo, as provas que forem obtidas através de meios ilícitos¹⁷⁷ aplica-se a todas as provas que ofendem valores constitucionais fundamentais, incluindo os princípios que regem o processo¹⁷⁸. No mesmo sentido é o posicionamento de Nelson Nery Júnior, que conceitua a

¹⁷³ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 157.

¹⁷⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241.

¹⁷⁵ BUENO, *loc. cit.*

¹⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 50.

¹⁷⁷ Diz o Art; 5º da CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

¹⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615. p. 9.

prova ilícita como aquele que viola o ordenamento como um todo, independentemente de ser uma violação material ou processual¹⁷⁹.

Segundo Felipe da Silva, no que tange ao uso da prova ilícita, existem três principais correntes doutrinárias¹⁸⁰. A primeira, mais peremptória, entende por inadmissível o uso de uma prova produzida por meio ilícito, qualquer seja o fundamento que se proponha. Nesse sentido, cabe mencionar, foi o entendimento do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 251.445/GO, em 21 de junho de 2000. De forma direta, afirmou o Relator, Ministro Celso de Mello, em sua fundamentação: “*A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável*¹⁸¹.”

A segunda corrente, por sua vez, compreende que a prova, ainda que tenha sido produzida de forma a ofender o direito, pode ser totalmente utilizada, ficando a sua ilicitude restrita apenas ao meio pelo qual foi obtida. Há, também, uma terceira corrente, a qual, com base na ideia de ponderação de interesses e no postulado normativo da proporcionalidade, admite o uso cauteloso das provas ilícitas.

Afirma José Wellington Bezerra da Costa Neto que as correntes mais radicais, quais sejam, as que defendem ou a plena admissibilidade ou a total inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos, estão sendo rechaçadas pela doutrina¹⁸². Tal como opina Jardel Luís da Silva, aceitar o emprego das provas ilícitas, sob certas condições, condiz com a diretriz doutrinária atual, que tem buscado privilegiar a eficácia do processo¹⁸³.

É inegável que, em casos nos quais estejam em risco direitos fundamentais mais caros do que a ilicitude da prova, existe a necessidade de se relativizar a legalidade da produção probatória para garantir a tutela jurisdicional das partes¹⁸⁴. Assim, não há concluir senão que podem ser utilizadas as provas ilícitas, desde que esse uso demonstre ser verdadeiramente necessário no caso concreto. Sendo possível o uso da prova ilícita em casos específicos, tem-

¹⁷⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 199.

¹⁸⁰ SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. Prova emprestada: pontos de convergência e divergência entre a doutrina e a jurisprudência. In: **Revista de Processo**, v. 275/2018, p. 163-190, jan/2018. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2018\7922, p. 6.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 251.445/GO. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Waldemar Lopes de Araújo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 21 jun. 2000. DJe: 03 ago. 2000.

¹⁸² COSTA NETO, José Wellington Bezerra. A Prova Emprestada no Direito Processual Brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 277/2018, pp. 197- 233, mar/2018. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2018\8986, p. 9.

¹⁸³ SILVA, Jardel Luís da. Considerações acerca das proibições de prova no processo penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José, AZAMBUJA, Mariana (org.). **Processo penal contemporâneo em perspectiva**. Curitiba: iEA, 2015. pp. 199-203.

¹⁸⁴ COSTA NETO, José Wellington Bezerra. A Prova Emprestada no Direito Processual Brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 277/2018, pp. 197- 233, mar/2018. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2018\8986, p. 10.

se, também, que é perfeitamente aceitável o empréstimo de provas ilícitas em casos excepcionais.

Conforme ensinam Marinoni e Mitidiero, para que o juízo possa deferir o uso de provas produzidas por meios ilícitos, devem ser observados certos critérios¹⁸⁵. Aduzem os autores que, por primeiro, é preciso considerar se, no caso concreto, não seria possível que o direito à prova fosse garantido de outra forma que não por meio do uso de uma prova ilícita. Sendo, de fato, um caso excepcional, em que se faça necessário admitir uma prova produzida com ilicitude, entendem Marinoni e Mitidiero que deve o magistrado analisar profundamente na fundamentação decisória os valores e as garantias que precisou ponderar para tomar aquela decisão.

Da mesma forma acima referida, entende-se que a importação de uma prova que originariamente foi tida como ilícita somente poderá ser feita mediante a ponderação dos direitos fundamentais em jogo. Tem-se que esse tipo de empréstimo probatório, como uma excepcionalidade, deve se limitar às hipóteses em que se mostra inevitável a relativização da ilicitude da prova, não podendo ser utilizado apenas em razão da economia processual.

Dito isso, importa mencionar que, no que diz respeito ao processo civil, há uma problemática singular que gera debate em relação ao empréstimo da prova ilícita. O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de fatos e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*” A Lei nº 9.296/96, no mesmo sentido, refere, em seu artigo 1º, que, em hipóteses específicas, é permitida a quebra do sigilo em relação às comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal¹⁸⁶.

Destarte, conquanto proibida pelo processo civil, a prova produzida por interceptação telefônica é excepcionalmente permitida na esfera penal. Por essa razão, muito se indaga se é, ou não, possível o empréstimo desse tipo de prova para processo que tramita sob a égide do Código de Processo Civil.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98.

¹⁸⁶ Diz o Art 1º da Lei nº 9.296/96: “*Art. 1º: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem de juiz competente de ação principal, sob sigredo de justiça.”*”

Tal como pensam Nelson Nery Júnior¹⁸⁷ e Roberta Dias Tarpinian de Castro¹⁸⁸, constata-se que a incompatibilidade da prova por interceptação telefônica com a esfera civil não é óbice ao aproveitamento probatório. Esse meio de prova, por interferir no direito à intimidade do investigado, apenas é permitido em hipóteses legais pré-determinadas, nas quais, frente a indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, é imprescindível a adoção da medida. Assim, uma vez que, ponderando-se os direitos fundamentais conflitantes, houve a autorização da escuta telefônica em âmbito penal, não há motivos para não se permitir que o resultado dessa produção de prova seja emprestado à esfera civil.

Em sentido análogo, o STF tem entendido pela admissibilidade, em processo administrativo disciplinar, do empréstimo de prova oriunda de interceptação telefônica que tenha sido autorizada judicialmente no âmbito penal. Colaciona-se, por oportuno, recente julgado com o referido posicionamento:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. **UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS JUDICIALMENTE.** [...] **3. Dados obtidos em interceptações telefônicas realizadas com chancela judicial, no curso de investigação criminal ou de instrução processual penal, podem ser utilizados como prova emprestada em processo administrativo disciplinar. Precedentes.** 4. Inaplicável o Art. 85, § 11, do CPC/2015, por se tratar de recurso interposto em mandado de segurança (Art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula nº 512/STF). 5. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação, no caso de votação unânime, da penalidade prevista no Art. 1.021, § 4º, do CPC, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.¹⁸⁹

Não se nega, contudo, que o empréstimo de uma prova produzida ilicitamente pode trazer prejuízos ao processo no que tange à garantia do contraditório, em especial no que se refere à parte a quem a prova se faz contrária. Isso porque, como já se referiu, para que a prova seja considerada ilícita, deve existir uma lesão a direito fundamental, e essa deve ter relação de causalidade com a referida atividade probatória¹⁹⁰. Tendo em vista que pressupõe a

¹⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 167.

¹⁸⁸ CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *In: Revista de Processo*, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604. p. 11.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 30.295/DF. Agravante: Robson Sarlo Dutra. Agravado: União. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 04 fev. 2019. DJe: 13 fev. 2019. Grifos nossos.

¹⁹⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *In: Revista de Ciências Penais*, v. 14/2011, p. 315-342, jan-jun/2011. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2011\1827, p. 13.

violação de direitos, é inegável que a existência de uma ilicitude irá refletir, em menor ou maior medida, na defesa exercida pelas partes durante a produção da prova.

Há de se referir que a ilicitude da produção probatória pode, inclusive, ter origem direta no desrespeito ao contraditório, hipótese na qual a importação de prova ilícita gera especial preocupação quanto à defesa das partes. Não por isso, contudo, deve-se impedir a admissão desse empréstimo.

Com lecionam Marinoni, Mitidiero e Arenhart¹⁹¹, sendo viável que as partes exerçam eficazmente contraditório no segundo processo, essa importação poderá ser aceita e válida. No mesmo sentido, Luiz de Miranda Filho refere que, sendo possível observar o contraditório, com a devida eficácia, na demanda em que se pretende utilizar a prova, não há qualquer óbice em se admitir o empréstimo¹⁹². Para além disso, como muito se tem referido neste trabalho, frente a um empréstimo probatório, cabe ao magistrado analisar a efetividade do contraditório exercido pelas partes, e, a partir disso, valorar a importação probatória em ponderação com os outros direitos e garantias em jogo.

Do acima exposto, denota-se que o empréstimo de uma prova produzida com ilicitude pode trazer vantagens e desvantagens ao processo. Por essa razão, nos casos em que se demonstrar necessário, poderá ser admitido. Nada obstante, há a necessidade de que o magistrado, ao realizar essa espécie de importação probatória, atue com cautela, utilizando-se do princípio da proporcionalidade para decidir sobre o valor da prova translada e, assim, obter um equilíbrio entre os direitos fundamentais conflitantes.

4.3. Quanto ao sujeito da prova

Uma das grandes polêmicas que permeia o instituto do empréstimo probatório diz respeito à necessidade, ou não, da identidade de sujeitos entre os processos de origem e de destino da prova translada. Esse ponto é debatido sob dois aspectos em especial, tal como se verá. Far-se-á, primeiramente, algumas considerações iniciais, passando-se, nos próximos subtópicos, à análise mais aprofundada de ambos os pontos supramencionados.

A primeira e mais intensa discussão diz respeito aos casos em que as partes que participam do processo receptor não estiveram presentes no processo em que se produziu a

¹⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 295.

¹⁹² MIRANDA FILHO, Luiz Antônio Castro de. Breves Apontamentos sobre a Prova Empréstada *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Direito Probatório**. Coleção Grandes Temas no Novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 525.

prova. Sobre o ponto, a doutrina divide-se, principalmente, entre aqueles que defendem o uso das provas importadas nessas hipóteses e aqueles que entendem que o contraditório, quando exercido por terceiros durante a produção probatória, torna inadmissível o empréstimo.

A segunda questão que levanta controvérsias a respeito dos sujeitos da prova transladada refere-se especificadamente à figura do magistrado. Para alguns doutrinadores, em razão do princípio da imediação, existiria a necessidade de que o juiz do processo de destino da prova emprestada fosse sempre o mesmo que conduziu a produção probatória no processo originário. Para outros, contudo, tal identidade não seria necessária, porquanto limitaria demasiadamente a aplicação do instituto.

4.3.1. A desnecessidade de identidade de partes entre os processos de origem e de destino na importação probatória

Desde anteriormente à sua regulamentação no CPC/15, a prova emprestada já era alvo de discussões a respeito da necessidade ou desnecessidade da identidade de partes entre o processo originário, em que fora produzida a prova, e o processo que receberá a sua importação. Como se melhor explanará a seguir, tal debate deriva, principalmente, da problemática da eficácia do contraditório no empréstimo probatório.

Antes de se adentrar na discussão propriamente dita, cabe esclarecer o que significa o conceito de sujeito de prova. Sobre o tópico, sintaticamente leciona Manoel Antônio Filho Teixeira: *“O sujeito da prova é a pessoa ou coisa de onde dimana a prova; as pessoas, no caso, são o juiz e as partes¹⁹³.”* No mesmo sentido, ensina Aranha que o sujeito da prova é o indivíduo, ou a coisa, de quem ou de onde promana a prova. Segundo o autor, o sujeito da prova terá capacidade, por lei, de participar da produção probatória, influenciando diretamente na persuasão do juiz¹⁹⁴.

Uma vez trazida esta sucinta definição, há de se partir para a análise das principais posições doutrinárias a respeito da problemática da identidade de partes no empréstimo probatório. Cabe adiantar que existem, em síntese, três posicionamentos que dominam a doutrina atual.

Primeiramente, há de se mencionar os doutrinadores que defendem a necessidade de que sejam as mesmas partes em ambos os processos. Para eles, a não identidade de litigantes

¹⁹³ TEIXEIRA, Manoel Antônio Filho. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 2017. pp. 75-79.

¹⁹⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 24.

seria excessivamente danosa à garantia do contraditório, visto que o direito de defesa teria sido exercido por terceiros, e não pelos litigantes, durante a produção probatória. Para que possa ser admitida a prova emprestada, defendem que deve existir um duplo contraditório, isto é, que ambas as partes tenham tido oportunidade de se manifestar tanto no processo de origem, quanto no processo de destino da prova¹⁹⁵. Entre alguns processualistas que entendem o instituto do empréstimo probatório dessa forma, pode-se citar Arruda Alvim¹⁹⁶ e João Batista Lopes¹⁹⁷.

Por segundo, existem aqueles que creem que não é preciso que as partes sejam idênticas no processo de origem e no processo de destino da prova. Isso porque entendem que tal requisito limita demasiadamente a aplicabilidade do traslado probatório, e que o contraditório, mesmo que não exercido por ambas as partes durante a produção probatória, pode ser suficientemente eficaz no processo receptor. Partilham desse entendimento, entre outros, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni¹⁹⁸.

Existe, ainda, vertente doutrinária intermediária, que entende que não precisam ser idênticas as partes em ambos os processos de origem e de destino do empréstimo probatório, mas que seria necessário, para a admissibilidade do empréstimo, que a parte contra a qual a prova será utilizada tenha participado de sua produção no processo originário. Citam-se, como exemplos desse pensamento, Eduardo Talamini¹⁹⁹ e Eduardo Cambi²⁰⁰.

Como já se mencionou em subtópico anterior, o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial de nº 617.428/SP assentou o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça frente a diversas questões referentes à prova emprestada. Na oportunidade, decidiu a Corte Especial pela possibilidade de que se admita o empréstimo probatório em situações nas quais não exista identidade entre as partes que figuraram no processo de origem e no processo de destino da prova, como se pode observar na ementa do referido julgado:

¹⁹⁵ MIRANDA FILHO, Luiz Antônio Castro de. Breves Apontamentos sobre a Prova Emprestada *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Direito Probatório**. Coleção Grandes Temas no Novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 525.

¹⁹⁶ ALVIM, Arruda. Prova Emprestada. *In*: **Revista de Processo**, v. 202/2011, p. 405-415, dez/2011. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2011\5073, p. 4.

¹⁹⁷ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 35-36.

¹⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 295.

¹⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In*: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615, p. 3.

²⁰⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 54.

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.** [...] 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. [...] 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.** [...] ²⁰¹

Em concordância com o posicionamento do STJ, entende-se que, ainda que não haja identidade de partes entre o processo em que fora produzida a prova e o processo para o qual essa será importada, não deve o juiz impedir, de plano, o empréstimo. Isso porque, como defende Roberta de Castro, limitar a utilização do empréstimo probatório apenas aos processos em que figurem litigantes idênticos reduz, em larga proporção, a aplicabilidade do instituto²⁰². Ainda que assim não fosse, também é perfeitamente possível garantir que as partes possam se defender eficazmente no processo receptor da prova transladada, mesmo quando não tenham participado da produção probatória na ação originária.

A fim de se melhor explicar o porquê de tal posicionamento, cabe analisar, frente à garantia do contraditório, algumas das diferentes situações em que é possível o empréstimo probatório. Tem-se, em síntese, que, no que se refere à identidade de litigantes, há quatro principais contextos em que pode se dar uma importação de prova: (a) quando as partes do processo que recebe a importação são as mesmas do processo originário, (b) quando a importação da prova tiver origem em processo que envolva apenas terceiros, (c) quando apenas a parte à qual a prova se faz contrária estivera presente no processo em que se deu a produção probatória e, por fim, (d) quando apenas a parte para a qual a prova é favorável tenha participado do contraditório na origem.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 617.428/SP. Embargantes: Ponte Branca Agropecuária S/A e outros. Embargado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 04 jun. 2014. DJe: 17 jun. 2018. Grifos nossos.

²⁰² CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *In: Revista de Processo*, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604, p. 2.

No que se refere à primeira hipótese de empréstimo de prova mencionada, em que ambas as partes estiveram presentes no processo originário, é uníssono o entendimento da doutrina de que o contraditório pode ser integralmente eficaz. Isso porque ambos os litigantes do processo que receberá a prova puderam exercer a sua defesa, em pé de igualdade, durante a produção probatória. Assim, nesse caso, como refere William Santos Ferreira, essa prova manterá a mesma eficácia inicial, desde que o fato probando seja o mesmo e que se tenha respeitado as formalidades legais e o contraditório na origem²⁰³.

Tem-se que também é possível salvaguardar a eficácia do contraditório no que diz respeito ao empréstimo probatório cujo processo de origem não envolva nenhuma das partes do processo de destino. Tal como referem Fredie Didier Júnior, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga, nesse contexto processual, encontram-se os litigantes na mesma situação em relação ao contraditório, havendo, assim, uma paridade de armas no que tange ao direito de defesa²⁰⁴. No mesmo sentido, dispõe, sintaticamente, William Santos Ferreira: “*caso a utilização da prova seja de processo envolvendo terceiros, não existe qualquer impedimento em utilização da prova, haja vista a situação de igualdade entre as partes com relação ao contraditório.*”²⁰⁵

Observa-se que, nas últimas duas possibilidades de empréstimo mencionadas, há maior dificuldade de se garantir a eficácia do exercício do contraditório. Ambas as hipóteses se referem a empréstimos nos quais apenas uma das partes do processo de destino figurou como parte no processo originário da produção probatória. Nesses casos, a adversidade maior se dá, principalmente, no que se refere à paridade de armas no contraditório dos litigantes²⁰⁶.

É sabido que, a fim de garantir a eficácia do contraditório, o magistrado deve buscar conceder a ambas as partes as mesmas possibilidades de manifestação perante a prova, a fim de que tenham o mesmo direito de convencê-lo sobre as alegações de fato existentes no processo. Quando apenas um dos litigantes teve a chance de participar da produção da prova que será emprestada, tem-se uma situação em que inexiste igualdade concreta de oportunidades. Tal circunstância, contudo, não deve, por si só, ser impeditiva à importação probatória.

²⁰³ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 148.

²⁰⁴ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 66.

²⁰⁵ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 148.

²⁰⁶ CASTELO BRANCO, Dóris; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A prova emprestada entre processos com partes diferentes. *In: Revista de Processo*, v. 289, pp. 137-164, março/2019. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2019\23951, p. 11.

Isso porque o fato de que apenas um dos litigantes pôde influir na produção da prova trasladada não impossibilita que o contraditório exercido pela outra parte seja efetivo no processo de destino. Como já se mencionou, é preciso que o juiz verifique, antes da admissão do empréstimo, se ambas as partes poderão exercer suficientemente o contraditório frente àquela prova. Tem-se que, apenas quando tal requisito é preenchido, poder-se-á admitir o empréstimo probatório²⁰⁷.

Ademais, como referem Dóris Castelo Branco e Lúcio de Gouveia, a paridade de armas no contraditório não pressupõe uma identidade absoluta entre os poderes concedidos às partes, tampouco uma perfeita simetria entre direitos e obrigações. Tal como ensinam os autores, faz-se necessário que eventuais diferenças de tratamento sejam racionalmente justificáveis, bem como sejam consideradas na fundamentação decisória, a fim de evitar que existam prejuízos a uma das partes²⁰⁸.

Assim, quando se constata que apenas um litigante teve poder de influir na produção probatória, deve o juízo levar tal disparidade em consideração na valoração desse traslado, exercendo uma ponderação sobre os valores e os direitos que estão em jogo²⁰⁹. Nessa hipótese, contanto que o magistrado atribua um valor adequado à prova dentro daquele contexto processual, é possível que se obtenha uma decisão que respeite a garantia de defesa de ambos os litigantes.

De todo o exposto, é possível concluir que, para além de o contraditório poder ser suficientemente garantido quando exercido apenas no processo de destino da prova, também pode o juiz solucionar os problemas referentes à desigualdade de defesa através da valoração do conjunto probatório, analisando o quanto foi efetivo o contraditório exercido por cada uma das partes. Dessa maneira, entende-se que é possível que o empréstimo probatório se dê nas quatro hipóteses acima mencionadas, não sendo requisito para sua admissão que exista igualdade entre as partes do processo de origem e do processo de destino, tampouco que a parte a quem a prova se faz contrária tenha participado da produção probatória.

²⁰⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 295.

²⁰⁸ CASTELO BRANCO, Dóris; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A prova emprestada entre processos com partes diferentes. *In: Revista de Processo*, v. 289, pp. 137-164, março/2019. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2019\23951, p. 16.

²⁰⁹ CASTELO BRANCO, *loc. cit.*

4.3.2. A desnecessidade de identidade física do julgador no empréstimo de provas

A necessidade ou não de identidade física do magistrado entre os processos de origem e de destino é outro ponto amplamente debatido pela doutrina em relação à importação probatória. Sobre isso, como se verá a seguir, há três principais posicionamentos doutrinários.

A primeira corrente doutrinária que aqui cabe mencionar defende que a prova emprestada deve ter sido produzida, o primeiro processo, frente ao mesmo juiz que irá valorá-la no segundo. Os processualistas que partilham desse entendimento creem que tal requisito é especialmente importante para a admissibilidade do empréstimo de prova oral, em que é fortemente percebido o direto contato do magistrado com o meio probatório. Como exemplo desse posicionamento, pode-se mencionar a criminalista Ada Pellegrini Grinover, a qual sustenta que, se o contraditório não foi instruído, na origem, frente ao mesmo juiz do processo de destino, tem-se uma violação do princípio da oralidade e da garantia do juiz natural, prevista no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal de 1988²¹⁰.

Há, ainda, posicionamento no sentido contraditório, segundo o qual não se faz necessário que o juiz do processo receptor seja o mesmo do processo originário da prova transladada. Para a parcela da doutrina que assim enxerga o empréstimo, esse requisito inviabilizaria a admissibilidade do instituto, que está assentado, primeiramente, em uma razão de economia processual. Entre os autores que partilham desse entendimento, destaca-se o processualista Eduardo Cambi²¹¹.

Por fim, existe posicionamento intermediário, sobre o qual também importa discorrer. Segundo essa corrente doutrinária, não é requisito para admissibilidade do empréstimo que a prova tenha sido produzida perante o mesmo órgão judiciário, mas, sim, apenas se faz necessário que tenha sido produzida perante uma autoridade investida de poder jurisdicional. Em outras palavras, consoante tal entendimento, não será possível o empréstimo de prova que foi produzida perante autoridade não jurisdicional. Nesse sentido, cita-se a obra de Gustavo Badaró²¹².

Tendo em vista os posicionamentos acima mencionados, faz-se necessário analisar como a diversidade de juízes em um empréstimo probatório pode influir no contraditório exercido pelas partes. Já se adianta, por oportuno, o entendimento de que não deve ser

²¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 4, out. 1993, p. 66.

²¹¹ CAMBI, Eduardo. **A prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 55.

²¹² BADARÓ, Gustavo. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 106/2014, p. 164.

requisito, para a admissibilidade do traslado, que a importação seja feita perante o mesmo magistrado do processo originário, tampouco que, necessariamente, tenha sido a prova produzida por órgão jurisdicional.

De início, mister se faz referir que, segundo Talamini, a oralidade é um complexo de subprincípios que engloba, entre outros, a identidade física do juiz e a imediação, e estabelece, em síntese, a necessidade de que o julgador tenha contato pessoal, direto e recente com os elementos formadores de sua convicção²¹³. A oralidade sustenta-se, principalmente, nas garantias da adequada tutela jurisdicional (prevista no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88²¹⁴) e do devido processo legal (disposta, por sua vez, no artigo 5º, LIV, da CF/88²¹⁵).

Conforme aduz Mariana Retamoso, o princípio da imediação é aquele segundo o qual deve o magistrado colher, direta e pessoalmente, as provas em audiência²¹⁶. Segundo Fábio Bechara, tal princípio possui duas vertentes: uma subjetiva, pela qual há a necessidade de se assegurar que o magistrado que irá sentenciar se relacione da maneira mais direta possível com as fontes de prova; e uma objetiva, na qual se procura assegurar que o juiz forme a sua convicção acerca das alegações de fato do processo por meio dos elementos probatórios produzidos²¹⁷.

O princípio da identidade física do juiz, por sua vez, baseia-se no pressuposto de que o julgador que conduziu a produção probatória, por ter estado presente no encadeamento dos atos processuais, teria melhor conhecimento do caso, dispondo, assim, de melhores condições para julgar a demanda²¹⁸. Em razão disso, o princípio em questão intenta que o magistrado que presida e conclua a audiência de instrução fique vinculado à causa, devendo ser ele a julgá-la²¹⁹.

Há de se mencionar que o CPC/73 consagrava os princípios da imediação e da identidade física do juiz de forma expressa em seu artigo 132, fazendo poucas ressalvas à sua

²¹³ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615. p. 5.

²¹⁴ Diz o inciso XXXV do Art. 5º da CF/88: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

²¹⁵ Diz o inciso LIV do Art. 5º da CF/88: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

²¹⁶ RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da Prova Emprestanda. In: **Revista de Direito Privado**, v. 41/2010, pp. 152-222, jan.-mar./2010. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2010\58, p. 6.

²¹⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. In: **Revista de Ciências Penais**, v. 14/2011, p. 315-342, jan-jun/2011. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2011\1827. pp. 4 e 5.

²¹⁸ RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da Prova Emprestanda. In: **Revista de Direito Privado**, v. 41/2010, pp. 152-222, jan.-mar./2010. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2010\58, p. 6.

²¹⁹ RETAMOSO, *loc. cit.*

aplicação²²⁰. O CPC/15, por sua vez, não traz quaisquer dispositivos correlatos ao supramencionado, razão pela qual tem se afirmado que o ordenamento processual civil atual mitiga a observância dos princípios²²¹.

De fato, é possível observar que tanto a doutrina, quanto o ordenamento jurídico, tem distanciado os conceitos de juiz prolator da sentença e de juiz da produção da prova²²². São claros exemplos desse afastamento a expressa inexistência de prevenção no caso da produção antecipada de provas²²³, bem como a permissão de que se colham depoimentos através de videoconferência²²⁴. Tem-se que a própria positivação do tema do empréstimo probatório, no texto do CPC/15, pode ser tida como uma demonstração de que o princípio da oralidade não é absoluto, e que o direito tem priorizado outras garantias fundamentais, tal como a efetividade jurisdicional, em detrimento do princípio da oralidade²²⁵.

Tem-se que, como bem refere William Santos Ferreira, a prova se destina, imediatamente, tanto às partes, quanto ao juiz: para as partes, a prova serve como embasamento de suas alegações; enquanto, para o magistrado, é o que lhe dá condições para decidir de forma fundamentada e razoável. De forma mediata, porém, a produção probatória pode ter alcance mais amplo. Nas palavras de Roberta de Castro, “*o mundo é o destinatário mediato*”²²⁶. Assim, as provas não devem ficar relegadas, exclusivamente, ao juízo perante o qual foram produzidas.

Como bem coloca Dinamarco, “*nem a oralidade é um valor tão elevado em si mesmo, que pudesse ser usado como escada contra legítimos expedientes destinados a assegurar o acesso à justiça; nem a própria lei a consagra tão intensamente como desejaria seus defensores*”²²⁷. Dessa maneira, tal como coloca Eduardo Cambi, não é procedente o

²²⁰ Rege o Art. 132 do CPC/15: “*Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará à lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.*”

²²¹ CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. In: **Revista de Processo**, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604, p. 1.

²²² CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. In: **Revista de Processo**, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604, p. 14.

²²³ Isso consoante o § 3º do Art. 381 do CPC/15, o qual rege: “*§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.*”

²²⁴ Tal permissão, por sua vez, se dá segundo o disposto nos incisos 3º, do Art. 385, e 1º, do Art. 453, todos do CPC/15.

²²⁵ CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. In: **Revista de Processo**, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604, p. 1.

²²⁶ CASTRO, *loc. cit.*

²²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 97.

argumento de que a não identidade de juízes, por mitigar o princípio da oralidade, impossibilita a admissibilidade do empréstimo probatório²²⁸.

Tendo em vista que não há requisito de identidade de julgador nos processos de origem e de destino da prova, é possível aferir que importação probatória poderá ser plenamente realizada entre diferentes esferas judiciais. Wendel Teixeira, em sua obra, dá ênfase, em especial, à possibilidade de que uma importação probatória envolva, ao mesmo tempo, processos de diferentes naturezas²²⁹, sejam elas criminais, civis, trabalhistas etc.

O autor refere, também, ser possível que se empreste ou se importe provas de processos administrativos a processos de âmbito penal e civil. Sobre o ponto, há, como já se mencionou, discussão doutrinária. Para muitos doutrinadores, tal como Paulo Amaral²³⁰ e Eduardo Talamini²³¹, seria essencial que a prova a ser emprestada tenha sido produzida perante um órgão jurisdicional, razão pela qual não seria possível se admitir o traslado probatório oriundo de processo administrativo.

De fato, como leciona Moacyr Amaral Santos, a produção probatória no processo administrativo não se reveste, normalmente, das mesmas formalidades existentes no feito judiciário²³². Nada obstante, entende-se que, desde que se verifique que foram respeitados os requisitos para a validade e a eficácia da prova emprestada, será possível que essa tenha origem em procedimento não judicial, tal como preconiza Nelson Nery Júnior²³³.

Wendel Teixeira menciona, ainda, duas hipóteses de empréstimo em particular, quais sejam: o empréstimo, para o processo civil, de prova oriunda de arbitragem; e o empréstimo de prova produzida em processo internacional para processo que tramita no Brasil²³⁴. A respeito dessas possibilidades de importação probatória, também cabe tecer algumas considerações.

Conforme lecionam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, não existem fundamentos para a não admissão do empréstimo referente à prova

²²⁸ CAMBI, Eduardo. **A prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 73.

²²⁹ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 10.

²³⁰ AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 481.

²³¹ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Processo**, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615.p. 7.

²³² SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 1983 v. 1. p. 368.

²³³ NERY JÚNIOR, Nelson. Embargos de Declaração Interlocutória – Processo Administrativo. Soluções Práticas. In: **Soluções Práticas – Nery**, vol. 1, p. 577-584, set./2010. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2012\628, p. 5.

²³⁴ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 10.

produzida na arbitragem²³⁵. Isso porque, como refere Paulo Amaral, é requisito de validade do processo arbitral que se observem as garantias processuais do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e da independência do árbitro²³⁶.

Ademais, o árbitro é juiz de fato e de direito, possuindo amplos poderes instrutórios, e sua decisão se equipara à judicial, não sendo sujeita à homologação pelo Poder Judiciário. Tendo em vista que a arbitragem desempenha função jurisdicional e que atua com respeito às garantias processuais, é viável o empréstimo para um processo judicial de uma prova produzida em esfera arbitral²³⁷.

Já no que se refere à prova oriunda de processo internacional, tem-se que essa também poderá ser admitida. Tal como leciona Paulo Amaral, é permitida a colheita de prova no exterior por meio de carta rogatória, razão pela qual também há de se admitir o empréstimo probatório oriundo de processo internacional, desde que esse se faça da forma adequada, através de cópias que permitam aferir a regularidade da colheita da prova²³⁸. Nesse sentido, a recente decisão da Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DO CARGO DE AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **VALIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA DE PROCESSO PENAL, OBTIDA POR MEIO DE ACORDO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO, COM SUPORTE NOS ARTS. 932, VIII, DO CPC E 21, § 1º, DO RISTF. [...] 4. Entender pela impossibilidade de compartilhamento de provas obtidas por meio de acordos de cooperação jurídica internacional significaria inviabilizar a persecução penal de diversos ilícitos, como evasão de divisas, lavagem de capitais, além dos delitos transnacionais. **Atento ao fenômeno da criminalidade globalizada e transnacional, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado a validade de provas produzidas no exterior e compartilhadas por meio de cooperação jurídica internacional [...]****

Com base no acima exposto, também se pode afirmar que a incompetência do juiz do processo originário não será obstáculo ao empréstimo probatório. Segundo o disposto no artigo 64, § 4º, do CPC/15, a incompetência somente poderá atingir os atos decisórios²⁴⁰.

²³⁵ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 52.

²³⁶ AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 485.

²³⁷ AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 485.

²³⁸ *Ibidem*, p. 481.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 35.379/DF. Recorrente: Tania Mara Seidl. Recorrido: União. Relatora: Rosa Weber. Brasília, 10 dez. 2018. DJe: 18 dez. 2018. Grifos nossos.

²⁴⁰ AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.).

Dessa forma, não são necessariamente inválidas as provas produzidas pelo juízo incompetente. Além disso, tal como refere Talamini, a economia processual, *per se*, é relevante o suficiente para mitigar a exigência de que a causa tenha se dado integralmente perante um juiz competente²⁴¹. É possível afirmar, nessa senda, que a eficácia e a validade da prova produzida perante juízo incompetente poderão ser aproveitadas no juízo competente, recebendo o valor que o julgador considerar adequado²⁴².

No que se refere ao contraditório, é inegável que, quando o traslado probatório envolve diferentes juízes, a defesa construída pelas partes em relação à prova não é tão efetiva quanto seria se tivesse sido exercida frente a único juiz. Isso porque, com o intuito de influenciar a decisão judicial, as partes buscam trazer argumentos que venham a persuadir aquele magistrado, levando em consideração as decisões que esse já proferiu, o entendimento daquele órgão jurisdicional, entre outras particularidades daquele contexto processual específico. Não obstante, não é necessário, para que o contraditório seja suficientemente eficaz, que tenha sido instituído perante o mesmo juiz no processo de origem e no processo de destino do empréstimo probatório.

Tal como ensina Eduardo Cambi, exigir que o contraditório, no processo originário, tenha sido exercido frente ao mesmo magistrado da segunda causa seria esvaziar a fórmula da prova emprestada, a qual, servindo principalmente à economia processual, é utilizada com frequência para transladar provas produzidas em processos de diferentes naturezas²⁴³. Assim, da mesma forma que já se referiu, em outras oportunidades neste trabalho, desde que seja possível garantir o contraditório, de forma hígida, perante o segundo juízo, será possível ter uma importação de prova válida.

Em suma, tem-se que o princípio da oralidade não é absoluto e pode sofrer limitações, a depender do contexto do processo. Exatamente em razão disso, tem a sua relativização sido permitida pelo sistema processual, em prol de outras garantias, entre as quais se destaca a efetividade jurisdicional.

Nada obstante, ao se admitir o empréstimo probatório nos casos em não há identidade de juízes entre os processos, não se quer negar, por completo, a importância dos princípios da imediação e da identidade física do juiz. Tal como leciona Marinoni, a oralidade tem suma relevância, uma vez que propicia o contato direto entre o magistrado, as partes e a prova;

Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 479.

²⁴¹ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz. **Curso Avançado de Processo Civil Vol. 2.** 16. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 6.

²⁴² AMARAL, *loc. cit.*

²⁴³ CAMBI, Eduardo. **A prova Civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 55.

fornecendo ao juiz não apenas a oportunidade de presidir a coleta probatória, mas também de poder ouvir e indagar as partes e testemunhas²⁴⁴.

Nesse sentido, tal como ensina Talamini, deve a oralidade ser levada em consideração na avaliação da prova emprestada. Quando o juiz do segundo processo não teve participação direta e imediata na produção probatória transladada, pode conferir valor menor àquela prova. Como refere o autor, isso não é particularidade do instituto do empréstimo probatório, uma vez que, em qualquer caso em que não se dê a imediação do juiz com as provas, tal como ocorre com a colheita por carta ou quando há substituição de magistrado no curso do processo, pode-se minorar a valoração probatória²⁴⁵.

Conclui-se, frente aos pontos supramencionados, que, de fato, a técnica do empréstimo de provas mitiga o princípio da oralidade, circunstância que, por sua vez, acaba influenciando também na eficácia da defesa exercida pelas partes. Não por isso, contudo, deve a importação probatória ser inutilizada nesses casos. Como se mencionou, a adversidade da reduzida imediação pode ser solucionada, pelo juiz, através da concessão de menor valor à prova, em ponderação das especificidades do caso e dos princípios e garantias conflitantes.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição. *In*: PAULA, Jônatas Luiz Moreira de (org.). **Estudos de direito contemporâneo e cidadania**. São Paulo: LED Editora de Direito, 2000. p. 14.

²⁴⁵ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz. **Curso Avançado de Processo Civil Vol. 2**. 16. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 5.

5. CONCLUSÃO

Conforme se analisou, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o empréstimo de provas foi, pela primeira vez, consagrado de forma expressa pelo ordenamento jurídico. Não obstante, o instituto continua sendo amplamente questionado. Tal fato se dá, mormente, em razão do texto do artigo 372 do diploma supramencionado, que prevê a garantia do contraditório como requisito para a admissão do traslado probatório, sem especificar, contudo, como esse princípio deve ser observado.

Tendo essa problemática em vista, o presente trabalho procurou investigar como devem se relacionar, de fato, a prova emprestada e o princípio do contraditório. Para tanto, buscou analisar, com base nos métodos dedutivo, indutivo e dialético, a doutrina e a jurisprudência existentes a respeito do assunto. A partir do analisado ao longo do texto, pôde-se chegar a algumas conclusões, sobre as quais cabe discorrer.

Por primeiro, deve haver identidade de fatos probandos entre o processo de origem e o processo de destino da prova trasladada, isto é, os núcleos centrais do que se quer provar, em ambos os processos, devem ser iguais. Isso porque, como se examinou, o contraditório se vincula de forma considerável àquilo que é analisado na produção probatória.

Cabe referir que, havendo necessidade de se cogitar sobre novos fatos, ou, ainda, de se modificar o enfoque dado ao objeto probando, é viável a utilização de apenas parte da importação probatória, desde que seja possível garantir às partes que se defendam de forma eficaz no processo que receberá aquela prova. De fato, como muito se exaltou durante o trabalho, o empréstimo apenas será admissível se, considerando-se as especificidades do caso concreto, consigam as partes, de forma hígida, defenderem-se frente àquela prova no processo que a recepcionará.

Para tanto, viu-se que é necessário possibilitar, às partes a quem a prova se faz contrária, que se manifestem ao menos em dois momentos no processo receptor. Em primeiro lugar, importa que possam se manifestar quando da juntada do traslado, para que tenham a oportunidade de arguir sobre a legalidade, a validade e a relevância daquela prova no caso concreto. Posteriormente, também se faz importante que possam se manifestar sobre o mérito, a fim de que consigam exercer a sua defesa no que se refere ao conteúdo probatório.

Da mesma maneira, faz-se importante que o juízo sempre leve as particularidades da prova importada em consideração na valoração probatória, atentando a quão eficaz efetivamente foi o contraditório exercido pelas partes no processo receptor. Sugeriu-se, no

que se refere ao objeto, que, quanto mais idênticos forem os fatos probandos dos processos de origem e de destino da prova, mais intensamente deve o magistrado valorar o empréstimo.

O trabalho também demonstrou não haver necessidade de que, para que se possa realizar um empréstimo, seja o objeto da prova de difícil ou de impossível reprodução. Ainda que se admita sua utilização com alicerce no entendimento de que a prova possui elevado custo de reprodução, ou, ainda, de que seria inviável reproduzi-la novamente, tem-se que a importação probatória não pode ser limitada a tal contexto.

Como se viu, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o traslado de provas pode ser feito em razão de economia processual, isto é, para que, otimizando-se as produções probatórias já realizadas, sejam evitados desnecessários gastos de tempo e de dinheiro. Tem-se, também, que poderá ser realizado não com função substitutiva, mas crítica, a fim de confrontar outras provas presentes nos autos do processo. No que tange à valoração probatória, o trabalho sugeriu que, quanto menos possível for a reprodução daquela prova, mais ela deverá ser aproveitada no processo receptor.

Examinando os meios de provas, constatou-se ser impossível a importação de provas documentais, porquanto essas não sofrem contraste entre forma e valor potencial, admitindo sempre o contraditório integral posteriormente à sua produção. Quanto aos meios verdadeiramente passíveis de empréstimo, realizaram-se algumas observações sobre o contraditório nas perícias, nas inspeções judiciais, nos testemunhos, nos depoimentos pessoais e nas confissões.

Demonstrou-se que a eficácia do contraditório, no empréstimo, depende do quanto o meio probatório permite seja eficaz a defesa exercida posteriormente à produção da prova. Os meios cuja produção pressupõe a interferência das partes, tal como o depoimento pessoal e o testemunho, em que os litigantes formulam perguntas àquele que é ouvido, são os que mais sofrem com a diminuição da eficácia do contraditório na importação probatória. Isso porque, nesses casos, o contraditório é fortemente exercido antes e durante a produção da prova, sendo que não há como se reproduzir, na plenitude, tais momentos de defesa no processo de destino do traslado. Por essa razão, sugeriu-se que, quanto mais efetiva puder ser a defesa exercida posteriormente à produção probatória, maior deve ser o valor dado ao empréstimo.

A monografia discorreu, ainda, sobre o empréstimo de prova produzida por meio ilícito no processo civil. Sobre o ponto, concluiu-se que, nos casos em se demonstrar necessária, a importação de uma prova que originariamente foi tida como ilícita pode ser feita, desde que, na valoração do conjunto probatório, haja a ponderação dos direitos fundamentais em jogo.

Quanto ao sujeito da prova, o trabalho intentou analisar o tópico de duas maneiras: a primeira no que tange à necessidade de identidade de partes entre os processos, e a segunda no que se refere à necessidade de identidade de julgador entre a origem e o destino da prova emprestada.

Quanto ao primeiro questionamento, entendeu-se que não há necessidade de que as partes sejam idênticas em ambos os processos envolvidos no traslado, tampouco que a parte a quem a prova se faz contrária tenha participado do contraditório na origem. Isso não apenas porque, para que seja feito o empréstimo, deve o contraditório ser suficientemente garantido no processo que recebe a prova, como também porquanto pode o juiz solucionar os problemas referentes à desigualdade de defesa através da valoração do conjunto probatório, analisando o quanto foi efetivo o contraditório exercido por cada uma das partes.

Já no que tange ao segundo ponto, também se concluiu pela desnecessidade de que seja o mesmo julgador nos processos de origem e de destino da prova. Em que pese se reconheça que a técnica do empréstimo probatório mitiga o princípio da oralidade, constatou-se que a adversidade da reduzida imediação pode ser solucionada, pelo juiz, através da concessão de menor valor à prova que foi produzida diante de outro magistrado, em ponderação das especificidades do caso e dos princípios e garantias conflitantes.

Por fim, em termos gerais, pode-se dizer que o presente trabalho concluiu que a prova emprestada é instituto extremamente útil ao processo, podendo servir à economia e celeridade processual, bem como para garantir a tutela jurisdicional das partes. Por essas razões, conquanto o traslado de provas possa, por vezes, limitar a eficácia do contraditório, tem-se que esse fato, por si só, não deve impedir o seu uso.

Como se viu, inexistem princípios de aplicação absoluta, que não possam ser relativizados conforme o caso concreto, para garantir eficácia a outros valores jurídicos. Nesse sentido, faz-se necessário flexibilizar a conformação do contraditório perante o empréstimo probatório, a fim de compatibilizá-lo com as outras garantias, direitos e valores com os quais venha eventualmente a se opor.

Não se sugere, com isso, que se negue a relevância da defesa das partes. Tal como se demonstrou ao longo do trabalho, o contraditório tem suma importância para o Direito, visto que, para além de ser núcleo central do desenvolvimento do processo, também é basilar à construção de um procedimento justo. Por essa razão, buscando preservar o núcleo essencial desse princípio, e, concomitantemente, permitir seja possível obter a mais justa decisão, entende-se que deve ser admitido o empréstimo de provas, considerando-se como observado o

contraditório, sempre que for possível que as partes exerçam de forma suficiente a sua defesa no processo de destino do traslado.

Para além disso, constata-se que a valoração probatória exerce papel essencial no que se refere à preservação do contraditório no empréstimo de provas. Viu-se, ao longo da monografia, que, por meio de tal ato, não apenas pode o juiz contrapesar eventuais prejuízos que o contraditório tenha sofrido na importação probatória, como também pode, de maneira geral, encontrar harmonia entre todos os princípios, os direitos e as garantias que possivelmente venham a estar em conflito no processo. Nessa senda, sugere-se que o magistrado tome por base critérios como os neste trabalho expostos, referentes ao objeto, ao meio e aos sujeitos da prova, para ponderar a respeito de qual valor deve dar ao empréstimo probatório.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Prova Emprestada. *In: Revista de Processo*, v. 202/2011, p. 405-415, dez/2011. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2011\5073.

ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Direito Probatório*. Coleção Grandes Temas no Novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz. **Lições de história do processo civil romano**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BADARÓ, Gustavo. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 106/2014.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *In: Revista de Ciências Penais*, v. 14/2011, p. 315-342, jan-jun/2011. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2011\1827.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Lei n.º 5.869/1973, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei n.º 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 16 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 617.428/SP. Embargantes: Ponte Branca Agropecuária S/A e outros. Embargado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 04 jun. 2014. DJe: 17 jun. 2018. Grifos nossos.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 30.295/DF. Agravante: Robson Sarlo Dutra. Agravado: União. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 04 fev. 2019. DJe: 13 fev. 2019. Grifos nossos.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 251.445/GO. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Waldemar Lopes de Araújo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 21 jun. 2000. DJe: 03 ago. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 35.379/DF. Recorrente: Tania Mara Seidl. Recorrido: União. Relatora: Rosa Weber. Brasília, 10 dez. 2018. DJe: 18 dez. 2018. Grifos nossos.

BRITO, Max Akira Senda de. Apontamentos sobre a prova emprestada no processo civil. *In: Revista Jus Navigandi*, ano 12, n. 1536, set./2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva. 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório (princípio do-). *In: GALDINO, Flávio; KATAOKA, Eduardo; TORRES, Ricardo (org.). Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, v. 30, n. 126, ago./2005.

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

CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.

CASTELO BRANCO, Dóris; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A prova emprestada entre processos com partes diferentes. *In: Revista de Processo*, v. 289, pp. 137-164, março/2019. Disponível em: [Revista dos Tribunais Online, DTR\2019\23951](http://www.revistaonline.com.br/revistaonline/ver/2019/23951).

CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *In: Revista de Processo*, v. 266, p. 175-205, abr./2017. Disponível em: [Revista dos Tribunais Online, DTR\2017\604](http://www.revistaonline.com.br/revistaonline/ver/2017/604).

COSTA NETO, José Wellington Bezerra. A Prova Emprestada no Direito Processual Brasileiro. *In: Revista de Processo*, vol. 277/2018, pp. 197- 233, mar/2018. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2018\8986.

COSTA RICA. **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2004.

EÇA, Vitor Salino de Moura. **Inspecção judicial e o princípio do contraditório**. São Paulo: Suplemento Trabalhista, 2005. V. 69/05.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. 3. ed. São Paulo: Boreal Editora.

GARCIA, André Almeida. **Prova Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. *In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil Volume 2: Processo de Conhecimento (2ª parte) e Procedimentos Especiais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Leonardo. Contraditório Efetivo (art. 7º). **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 15, jan./2015.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, mar. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 4, out. 1993.

KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. *In: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (org.). Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pp. 15-52.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, João Batista. **Pareceres**. São Paulo: Castro Lopes, 2015.

LUFT, Celso Pedro. **Mini Dicionário de Língua Portuguesa Luft**. São Paulo: Ática, 2002.

LUISO, Francesco Paolo. **Principio Del Contraddittorio Ed Efficacia Della Sentenza Verso Terzi**. Milão: Editora Dott A Giuffre, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição. *In*: PAULA, Jônatas Luiz Moreira de (org.). **Estudos de direito contemporâneo e cidadania**. São Paulo: LED Editora de Direito, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA FILHO, Luiz Antônio Castro de. Breves Apontamentos sobre a Prova Emprestada *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Direito Probatório**. Coleção Grandes Temas no Novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 525.

MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A do CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. **Revista de Processo**, v. 32, n. 144, fev. 2007, pp. 105-111.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 206, abr./2012. pp. 61-78.

MONTEIRO, João. **Programa do Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Duprat, 1912, v. I v. II, § 122, nota 2.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. Embargos de Declaração Interlocutória – Processo Administrativo. Soluções Práticas. *In*: **Soluções Práticas – Nery**, vol. 1, p. 577-584, set./2010. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2012\628.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998. pp. 7-20.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, n. 90, 2003, pp. 55-84.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Processo civil brasileiro e Codificação. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Doutrinas essenciais: Processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da Prova Emprestada. *In*: **Revista de Direito Privado**, v. 41/2010, pp. 152-222, jan-mar./2010. Disponível em: Revista dos Tribunais

Online, DTR\2010\58.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

ROMA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.** Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial.** São Paulo: Editora Saraiva, 1983 v. 1.

SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. Prova emprestada: pontos de convergência e divergência entre a doutrina e a jurisprudência. *In: Revista de Processo*, v. 275/2018, p. 163-190, jan/2018. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\2018\7922.

SILVA, Jardel Luís da. Considerações acerca das proibições de prova no processo penal. *In: GIACOMOLLI, Nereu José, AZAMBUJA, Mariana (org.). Processo penal contemporâneo em perspectiva.* Curitiba: iEA, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In: Revista de Processo*, v. 91, pp. 92-114, jul-set/1998. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, DTR\1998\615.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz. **Curso Avançado de Processo Civil Vol. 2.** 16. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

TARUFFO, Michele. **A prova.** São Paulo: Marcial Pons, 2014. Tradução de João Gabriel Couto. p. 15.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la Verdad: El Juez y la Construcción de los Hechos.** Barcelona: Marcial Pons, 2010.

TEIXEIRA, Manoel Antônio Filho. **A prova no processo do trabalho.** São Paulo: LTr Editora, 2017.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada, V. 3: Provas.* Salvador: Jus Podivm, 2016.

THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil Volume I: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum.** 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.