

LUCAS FERREIRA CORDEIRO

A PROVA EMPRESTADA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Antonio Carlos Marcato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2023

LUCAS FERREIRA CORDEIRO

A PROVA EMPRESTADA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Versão Original

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Associado Dr. Antonio Carlos Marcato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2023

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cordeiro, Lucas Ferreira

A prova emprestada no Direito Processual Civil ;
Lucas Ferreira Cordeiro ; orientador Antonio Carlos
Marcato -- São Paulo, 2023.

140 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito processual civil. 2. Teoria geral da
prova. 3. Prova emprestada. 4. Princípio do
contraditório. I. Marcato, Antonio Carlos, orient.
II. Título.

Nome: CORDEIRO, Lucas Ferreira.

Título: *A prova emprestada no Direito Processual Civil.*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito. Área
de concentração: Direito Processual.

Aprovada em: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Registro um agradecimento especial ao meu orientador, Professor ANTONIO CARLOS MARCATO, pela oportunidade que me foi dada de retornar à Faculdade e prosseguir com os estudos na área do direito processual civil. Obrigado pela paciente orientação e apoio ao longo do desenvolvimento da pesquisa.

Também agradeço aos Professores HEITOR VITOR MENDONÇA SICA e MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI, por aceitarem o convite para participar da banca de qualificação e pelas valiosas críticas em relação à versão inicial do trabalho, as quais proporcionaram um novo olhar sobre o tema da prova emprestada no processo civil.

RESUMO

CORDEIRO, Lucas Ferreira. *A prova emprestada no Direito Processual Civil*. 2023. 140 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

A prova emprestada é uma técnica processual de reaproveitamento de provas entre processos distintos. Suas principais finalidades são, de um lado, evitar a repetição de atividade probatória já validamente realizada e, de outro, permitir que fontes de prova inexistentes possam ser utilizadas pelas partes de um processo em curso, resguardando o direito constitucional à prova e contribuindo para a formação do convencimento do julgador do processo de destino. Já admitida como espécie de prova atípica sob a égide de codificações processuais anteriores, a prova emprestada recebeu tratamento legal expresso no Código de Processo Civil vigente (lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015), cujo art. 372 prevê que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Partindo da inovação legislativa, a presente dissertação se propõe a apresentar um estudo sistematizado da técnica da prova emprestada – analisando seu conceito, natureza jurídica, fundamentos constitucionais, forma de ingresso e de produção no processo de destino, requisitos de admissibilidade e valoração pelo juízo destinatário – para, ao final, examinar questões atuais envolvendo o empréstimo de provas no direito processual civil pátrio.

Palavras-chave: Direito processual civil; Teoria geral da prova; Prova emprestada; Princípio do contraditório.

ABSTRACT

CORDEIRO, Lucas Ferreira. *Borrowed evidence in Civil Procedural Law*. 2023. 140 p. Dissertation (Master`s Degree) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Borrowed evidence is a procedural technique for reusing evidence between distinct proceedings. Its main purposes are, on the one hand, to avoid the repetition of evidential activity already validly performed and, on the other hand, to allow non-existent sources of evidence to be used by the parties of a proceeding in progress, safeguarding the constitutional right to evidence and contributing to the formation of the conviction of the judge of the target proceeding. Already admitted as a type of atypical evidence under the aegis of previous procedural codifications, borrowed evidence received express legal treatment in the current Code of Civil Procedure (Federal Law No. 13.105 of March 16, 2015), whose article 372 provides that “the judge may admit the use of evidence produced in another proceeding, giving it the value he deems appropriate, with due regard for the adversarial principle”. Based on the legislative innovation, this dissertation proposes to present a systematic study of the borrowed evidence technique – analyzing its concept, legal nature, constitutional foundations, form of entry and production in the target proceeding, admissibility requirements and valuation by the recipient court – to finally examine current issues involving the borrowing of evidence in Brazilian civil procedural law.

Keywords: Civil procedural law; General theory of evidence; Borrowed evidence; Adversarial principle.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Apel.	Apelação
AgR ou AgRg	Agravo Regimental
AgInt	Agravo Interno
art.	Artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Corte Especial
CF-88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil de 2015
CPC-39	Código de Processo Civil de 1939
CPC-73	Código de Processo Civil de 1973
CPP	Código de Processo Penal
Câm. Dir. Púb.	Câmara de Direito Público
Câm. Dir. Priv.	Câmara de Direito Privado
Câm. Res. Dir. Emp.	Câmara Reservada de Direito Empresarial
coord.	Coordenação
c/c	Combinado com
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ed.	Edição
e.g.	<i>Exempli gratia</i>
et. seq.	<i>Sequentia</i>
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Civis
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inq	Inquérito

<i>i.e.</i>	<i>Id est</i>
inc.	Inciso
incs.	Incisos
j.	Julgado em
LA	Lei de Arbitragem
LCA	Lei dos Crimes Ambientais
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MP	Ministério Público
m.v.	Maioria de votos
n.	Número
org.	Organização
p.	Página
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
rel. Des.	Relator(a) Desembargador(a)
rel. Min.	Relator(a) Ministro(a)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ss.	Seguintes
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
T.	Turma
t.	Tomo
v.	Volume
v.g.	<i>Verbi gratia</i>
v.u.	Votação unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
PARTE I - PROCESSO E TUTELA DE DIREITOS	21
1. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	23
2. PROCESSO E EFETIVIDADE	26
3. ADEQUAÇÃO TELEOLÓGICA DA PROVA EMPRESTADA	29
4. PROCESSO E VERDADE “REAL”	31
5. A PROVA EMPRESTADA NA TEORIA GERAL DA PROVA	35
PARTE II - A PROVA EMPRESTADA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	47
6. A EFICÁCIA INICIAL DA PROVA CIVIL E A EXTENSÃO DOS SEUS LIMITES PROBANTES	49
7. CONCEITO E ABRANGÊNCIA	52
8. NOMENCLATURA	57
9. NATUREZA JURÍDICA	57
10. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS	59
11. FORMA DE INGRESSO	61
12. PRODUÇÃO NO PROCESSO DE DESTINO	63
13. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE	67
13.1. Requisitos gerais	68
13.2. Requisitos específicos	73
13.2.1. Observância do contraditório	74
13.2.1.1. <i>Contraditório no processo de origem</i>	76
13.2.1.2. <i>Processo de origem envolvendo terceiros</i>	81
13.2.1.3. <i>Provas irrepetíveis ou de difícil renovação</i>	85
13.2.2. Identidade subjetiva total e/ou parcial entre processos	86
13.2.3. Prova produzida em outro processo	88
14. VALORAÇÃO	92
15. APLICABILIDADE	98
15.1. Tutela provisória de evidência	98
15.2. Inventário judicial	100
15.3. Ação monitória	101
15.4. Processo de execução	102
15.5. Ação rescisória	103

PARTE III - QUESTÕES ATUAIS SOBRE PROVA EMPRESTADA	105
16. PROVA PRODUZIDA EM PROCESSO ESTRANGEIRO	107
17. PROVA PRODUZIDA EM PROCESSO ARBITRAL	110
18. PROVA PRODUZIDA EM PROCESSO PENAL	113
18.1. Elementos informativos colhidos em inquérito policial.....	115
18.2. Prova obtida por meio de interceptação telefônica.....	117
19. PROVA EMPRESTADA <i>EX OFFICIO</i>.....	120
CONCLUSÕES	125
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil vigente (lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015) promoveu relevantes alterações no sistema processual civil brasileiro, primando pela simplificação dos procedimentos e pela celeridade na tramitação das demandas judiciais.

Dentre as inovações, têm destaque o fortalecimento dos meios de solução consensual de conflitos – com incentivo à autocomposição antes da apresentação de resposta pelo réu –, a valorização dos precedentes judiciais, a ampliação de técnicas de julgamento de demandas e de recursos repetitivos e a criação de um regime único para as tutelas provisórias (de urgência – antecipada e cautelar – e de evidência). No campo das provas, foram incorporados mecanismos voltados a acelerar a prestação da tutela jurisdicional e conferir maior efetividade ao processo,¹ em sintonia com um dos objetivos declarados na Exposição de Motivos do CPC, qual seja, o de “[...] criar condições para que o juiz possa proferir decisões de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”.²

Dentro desse contexto, e diferentemente do CPC-73, optou-se por dar disciplina específica à técnica da prova emprestada, prevendo o art. 372, do CPC, que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

O tratamento legal expresso decorre das notórias vantagens da utilização da prova emprestada no processo civil. O empréstimo evita a repetição de atos probatórios já validamente realizados, concretizando o princípio da razoável duração do processo (CF-88, art. 5º, inc. LXXVIII). Em situações específicas, resguarda o direito constitucional à prova ao permitir o aproveitamento de prova *irrepetível* (e.g., perecimento da fonte de prova etc.) ou de *difícil renovação* na causa atual (e.g., alto custo ou tempo relacionado à nova produção etc.), erigindo-se como meio à disposição do jurisdicionado para demonstrar a ocorrência dos fatos alegados e influenciar na formação do convencimento do julgador.

¹ A título ilustrativo, faz-se referência à previsão da ata notarial como meio de prova em espécie (CPC, art. 384); à incorporação da teoria das cargas probatórias dinâmicas (CPC, art. 373, § 1º); e à colheita de depoimento pessoal, oitiva de testemunhas e acareação por meio de videoconferência (CPC, arts. 385, § 3º, 453, § 1º e 461, § 2º).

² BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 14 ago. 21.

Embora elogiável, foi tímida a iniciativa do legislador. Perdeu-se a oportunidade de solucionar relevantes questões já aventadas antes da promulgação do atual CPC, especialmente no tocante aos requisitos de admissibilidade da prova emprestada.

À época do Código Buzaid, a prova emprestada encontrava fundamento no princípio da *atipicidade* dos meios de prova, segundo o qual se admitia, ainda que não especificados em lei, todos os meios moralmente legítimos como hábeis para a demonstração da verdade dos fatos (CPC-73, art. 332).³ A prova emprestada era considerada, portanto, uma espécie de prova *atípica*, tendo como marca distintiva a potencialidade de produzir efeitos em processo distinto do qual originariamente colhida, escapando à regra geral de que as provas devem ser produzidas perante o juiz *da causa* (CF-88, art. 5º, inc. LIII).

Por conta dessa peculiaridade, a admissão da prova emprestada era excepcional e condicionada a uma série de requisitos, acerca dos quais divergiam doutrina e jurisprudência. Exigia-se, de um modo geral, (a) ter a prova sido formada em processo de natureza jurisdicional; (b) estrita observância do contraditório, pela identidade subjetiva entre processos de origem e de destino ou, ao menos, que a parte potencialmente prejudicada pela prova emprestada tivesse participado da sua produção;⁴ e (c) que a prova fosse irrepetível ou de difícil renovação no processo em curso.⁵

Em paralelo, não havia consenso acerca do momento de verificação do contraditório para fins de admissibilidade do empréstimo (se no processo de origem, no de destino ou em ambos); se seria admissível o aproveitamento de prova colhida em processo envolvendo terceiros; se a prova deveria ser, necessariamente, produzida perante órgão jurisdicional ou se seria viável o empréstimo de provas formadas em processos administrativos e em procedimentos administrativos, especialmente, os de natureza inquisitorial (*e.g.*, inquéritos civil e policial; procedimentos investigatórios presididos pelo MP etc.).

³ CPC-73, 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”. Referido dispositivo legal, ao consagrar o princípio da atipicidade dos meios de prova no ordenamento processual brasileiro, inovou em relação ao art. 208, do CPC-39, que adotava viés mais restritivo (“são admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas *nas leis civis e comerciais*”).

⁴ Para ADA PELLEGRINI GRINOVER, o direito à prova é resultante do princípio do contraditório (o direito de *contradizer provando*), o qual “ficaria esvaziado de qualquer sentido, se as partes não fossem colocadas em condições de participar da formação da prova” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez. 1993, p. 60-61).

⁵ Sobre os requisitos de admissibilidade da prova emprestada sob a égide do CPC-73: LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações sobre a prova no novo CPC. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 35, n. 126, maio 2015, p. 176-177; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 953.

Tal qual redigido, o art. 372, do CPC, não soluciona tais questões e o tratamento genérico dispensado à técnica da prova emprestada tem suscitado controvérsia na doutrina e divergência no âmbito jurisprudencial. O dispositivo limitou-se a admitir o empréstimo “de prova produzida em outro processo” e desde que seja “observado o contraditório” sem, todavia, detalhar a forma pela qual devem ser interpretadas essas exigências.

A falta de detalhamento em lei tende a manter as polêmicas que gravitam a prova emprestada, criando um campo fértil para o estudo do tema. O atual CPC colocou a prova emprestada no centro dos debates doutrinários, justificando um trabalho acadêmico que, à luz dos princípios constitucionais que informam o processo civil brasileiro, busque precisar os contornos e conferir ampla aplicabilidade à técnica do empréstimo.

É nesse contexto que se insere a presente dissertação de mestrado, que tem como objeto singular de estudo a prova emprestada no direito processual civil brasileiro. Dada a amplitude da técnica em exame – que pode servir a processos das mais diversas naturezas –, optou-se pelo seguinte corte metodológico: será analisado, exclusivamente, o empréstimo de provas para processos estatais de natureza jurisdicional e nos quais se discuta matéria cível.

Em um primeiro momento, será objeto de exame a compatibilidade da técnica da prova emprestada aos princípios constitucionais do processo civil brasileiro, sua adequação teleológica às premissas do atual CPC e a relação do instituto com a teoria geral da prova. Em seguida, passa-se à análise pormenorizada da prova emprestada, com a análise do seu conceito, natureza jurídica, fundamentos constitucionais, forma de ingresso e de produção no processo de destino, seus requisitos de admissibilidade (gerais e específicos) e, por fim, sua valoração e potencial eficácia objetiva no processo que a recebe. Ao final, o trabalho se debruçará sobre questões atuais envolvendo a prova emprestada, dentre elas, a viabilidade de utilização no processo civil de prova produzida em processo estrangeiro, em processo arbitral, em processo penal – inclusive no inquérito policial e de prova obtida por meio de interceptação telefônica –, e, ainda, sobre o empréstimo de prova decretado de ofício pelo juiz, propondo soluções a problemas práticos enfrentados na praxe forense.

PARTE I

PROCESSO E TUTELA DE DIREITOS

1. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A compreensão do processo como instrumento de prestação adequada, tempestiva e efetiva da tutela jurisdicional, hoje amplamente consagrada, é fruto de longa evolução histórica, remontando a um período em que não se via o processo como instituto desvinculado do direito material a que visa tutelar e, tampouco, o direito processual enquanto disciplina jurídica com autonomia científica.

Até meados do século XIX, o processo era tido como mero apêndice do direito material, um direito adjetivo ao direito privado. Na primeira fase metodológica da ciência processual, denominada de *sincrética* ou *praxista*, imperava uma noção eminentemente privatista do fenômeno processo: visto como “coisa das partes”, processo era apenas um modo de exercício dos direitos subjetivos, deles indissociável, que se caracterizava no plano físico pela simples sucessão de atos (ideia de mero procedimento).⁶

A feição privatística do processo era um reflexo do que se entendia à época como *ação*: o exercício da ação pelo titular equivalia ao exercício do próprio direito subjetivo lesado, sendo dele um atributo inseparável. A ação seria, portanto, o próprio direito material violado que adquiria forças para, por meio do processo, obter a reparação judicial contra o causador do dano.⁷

Foi na segunda metade do século XIX, com o desenvolvimento dos estudos de direito processual na Europa – especialmente na Alemanha⁸ –, que se iniciou uma nova fase

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 18. Como esclarece CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “[...] no sincretismo inicial, os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como *sucessão de atos*, sem nada dizerem sobre a *relação jurídica* que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual) nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (*contraditório*)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1, p. 387). Para um panorama das fases metodológicas da ciência processual civil: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 21 et seq.; AUÍLO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de Processo Civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 25 et seq.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 66.

⁸ Faz-se menção à obra “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”, do jurista alemão OSKAR VON BÜLOW. Foi tamanha a sua contribuição para a evolução científica do direito processual que ANTONIO DO PASSO CABRAL refere-se ao autor alemão como o fundador da escola publicista do processo e, ao

metodológica, denominada de *autonomista* ou *conceitual*. Desligando-se da lógica sincretista, os processualistas da época centraram sua análise em um objeto singular: a relação jurídica processual, com pressupostos de existência e validade específicos. Distinta da relação material subjacente (a *res in iudicium deducta*), nela figuravam como sujeitos, para além de autor e réu, o próprio Estado – na figura do juiz –, o que conferia à relação jurídica processual natureza eminentemente pública.⁹

É na fase autonomista que o direito processual amadurece e conquista autonomia científica, com forte construção dogmática de conceitos e princípios próprios, tais como os elementos identificadores da demanda; os institutos da preclusão, da coisa julgada e da litispendência; e as teorias dos pressupostos processuais e das condições da ação. Naturalmente, pelo intuito maior dos estudiosos de conferir requintes de ciência autônoma ao direito processual, a atividade dos juristas voltou-se à edificação de um sistema jurídico que também lhe fosse peculiar.

Foi superado o conceito civilista de ação, para nela se vislumbrar um instituto autônomo, eminentemente de direito processual, não dirigida ao adversário com vistas à reparação da lesão, mas sim ao Estado-juiz, para dele exigir a prestação da tutela jurisdicional.¹⁰ A ação passa a ser compreendida como um direito público subjetivo autônomo de obter uma resposta judicial a um dado conflito de interesses.

No entanto, a despeito do inquestionável avanço científico da fase autonomista, cujas bases teóricas são até hoje de grande valia, o estudo do processo se perdeu em investigações puramente conceituais, em uma visão introspectiva e estritamente jurídica do fenômeno processual.¹¹ As abstrações teóricas e dogmáticas – plenamente justificáveis, dado o

lançamento de seu livro, como o marco inaugural do processualismo científico (CABRAL, Antonio do Passo, *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 99).

⁹ O reconhecimento da natureza pública da relação jurídica processual consolidou a concepção publicista do processo, cujas características são bem sintetizadas por ANTONIO DO PASSO CABRAL: (a) *prevalência dos interesses públicos sobre os interesses das partes*, uma vez que, por meio do processo, o Estado visa à realização dos escopos da jurisdição (sociais, políticos e jurídico), beneficiando as partes de forma indireta, por meio da aplicação do direito objetivo; (b) *reconhecimento da cogência e imperatividade das normas processuais*, únicas fontes do direito processual, não havendo espaço para a vontade das partes normatizar o processo e estabelecer os efeitos decorrentes de um ato processual (todos já previstos em lei); e (c) *onipresença do juiz e inflação dos seus poderes oficiosos*, rejeitando-se a ideia de processo como “*coisa das partes*” (*litiscontestatio* do direito romano), figurando o magistrado como responsável pela direção formal do processo e como principal sujeito da relação jurídica processual (CABRAL, Antonio do Passo, *Convenções processuais*, p. 106).

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 18-19.

¹¹ Como observa JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “O trabalho empreendido por espíritos agudíssimos levou a requintes de refinamento a técnica do direito processual e executou sobre fundações sólidas projetos

objetivo de estruturação de uma nova ciência jurídica –, acabaram por distanciar o direito processual da realidade que se propõe tutelar, relativizando a natural tendência do processo à “realização” de direitos no plano empírico.¹² A perspectiva do processo civil como um fenômeno eminentemente técnico, embora legítima (e necessária), desconsiderou a finalidade maior do processo enquanto um método para se atingir objetivos práticos.

Nesse contexto, surge a concepção de que a ferramenta processual, para além de um fim em si mesmo, deve ser aplicável à realidade, permitindo ao processo cumprir com o papel que lhe é atribuído pelo ordenamento jurídico na proteção do direito material violado ou ameaçado de lesão.

A nova percepção teleológica, bem sintetizada na ideia de *processo civil de resultados*,¹³ ensejou uma releitura do arcabouço teórico-dogmático construído na fase conceitual, já suficiente para o reconhecimento da maturidade científica do direito processual. Passa-se a compreender o processo como um instrumento técnico (mas com conotação ética) que permite ao Estado perseguir os escopos social, político e jurídico próprios da sua função (ou atividade) jurisdicional, com o objetivo precípua de, ao *dizer o direito* no caso concreto, solucionar conflitos e promover a pacificação social.¹⁴

arquitetônicos de impressionante majestade. Nem sempre conjurou, todavia, o risco inerente a todo labor do gênero, o de deixar-se aprisionar na teia de abstrações e perder o contacto com a realidade quotidiana. A fascinante sutileza de certas elaborações parecia ter contrapartida menos admirável no ocasional esquecimento de que nem tudo devia resumir-se num exercício intelectual realizado sob o signo da ‘arte pela arte’ – ou, se se preferir, da ‘ciência pela ciência’” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: _____. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 2-3).

¹² “[...] sobretudo no direito como entidade prática, a determinação da ‘essência’ não comprova a ‘existência’: o direito não é direito sem se manifestar na prática e como prática. Só o cumprimento histórico-concreto, naquele modo de ser que é a vigência e que lhe permite se afirmar como efetiva dimensão da prática humano-social, transforma a juridicidade em direito” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 16, 1999, p. 7).

¹³ “Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar ou resistir a uma pretensão de outro sujeito e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social” (DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 32).

¹⁴ “No tocante ao exercício da jurisdição, revela a doutrina que o escopo magno a ser perseguido é o da pacificação de sujeitos ou grupos em litígio, mediante a solução de seus conflitos. Esse é o mais profundo e mais expressivo escopo social da jurisdição” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 30-31). Segundo os autores, gravitam o escopo de pacificação social – a serem igualmente concretizados por meio do processo – os escopos “da educação para o exercício de

É essa a atual fase metodológica da ciência processual civil, denominada de fase *instrumentalista*. Nela, o processo é compreendido como instrumento de exercício da jurisdição e de tutela do direito material, sendo por meio dele que o Estado cumpre seu papel de aplicar o direito objetivo no caso concreto, com a finalidade maior de resolver litígios e promover a paz social.¹⁵

2. PROCESSO E EFETIVIDADE

A busca pela efetividade do processo tem sido pauta constante entre os processualistas contemporâneos. *Processo e efetividade* são, atualmente, noções indissociáveis: não se imagina a instauração de um processo que, ao declarar a existência do direito que serve de base ao pedido de tutela jurisdicional, não possua mecanismos para implementar concretamente o que nele se decide. Processo que não produz efeitos no mundo dos fatos, que não realiza suas finalidades intrínsecas em prazo razoável e com o mínimo dispêndio de recursos não é considerado um instrumento apto para a tutela de direitos.¹⁶

Vedada a autotutela, os indivíduos provocam a atividade jurisdicional do Estado em busca de proteção aos seus direitos subjetivos. O direito de ação, todavia, não se

direitos e respeito aos direitos alheios (um *escopo social*), o da preservação de *direitos fundamentais* e o da *participação* nos desígnios políticos do Estado e da nação (*escopos políticos*), o da *atuação da vontade da lei* em casos concretos (*escopo jurídico*)” (*Teoria geral do processo*, p. 31).

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, p. 188-189. Ainda sobre a natureza do processo como instrumento de exercício da jurisdição: “[...] não há identidade entre *jurisdição* e *tutela jurisdicional*: enquanto a primeira designa a atividade – também função e poder – estatal, a segunda designa a proteção (tutela) que se proporciona por meio do exercício dessa atividade; proteção, que como visto, não reside apenas no *resultado* final (produto) da atividade, mas bem ainda no *meio* (processo) empregado para seu exercício” (YARSELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 135). No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; _____ (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-18.

¹⁶ Para JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, haveria um consenso na doutrina acerca das seguintes proposições qualificadoras de um processo verdadeiramente efetivo: “[...] a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo de eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: _____. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-28).

resume a ir a juízo e nem à obtenção de uma resposta estatal às crises de direito material. A plenitude do acesso à justiça por meio da jurisdição estatal pressupõe a existência de um processo com a potencialidade de satisfazer no plano concreto aquele direito reconhecido como violado ou ameaçado de lesão. Existe, assim, um verdadeiro *direito ao processo efetivo*,¹⁷ que encontra amparo, em sede constitucional, nos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou do acesso à justiça), do devido processo legal, da razoável duração do processo e da eficiência (CF-88, arts. 5º, incs. XXXV, LIV, LV, LXXVIII, e 37, *caput*).

A partir da segunda metade do século XX a ciência processual se debruçou com rigor sobre o problema da efetividade do processo e da tutela jurisdicional. A metodologia instrumentalista, ao propor a relativização do tradicional binômio *direito-processo*, passa a conceber os institutos processuais a partir das regras de direito material – em verdadeira relação de *interdependência* – sem, contudo, enfraquecer a já consolidada autonomia científica do direito processual.¹⁸ Essa reaproximação reforçou a natural vocação do processo à realização de direitos no plano concreto: deve ele ser estruturado, portanto, de forma a melhor desempenhar esse papel, evitando que necessárias formalidades processuais se sobreponham (e venham a obstar) a concretização da pretensão material deduzida em juízo pelo jurisdicionado.¹⁹

No Brasil, a busca pela efetividade do processo ensejou, a partir da década de 90, uma série de reformas no texto do CPC-73 – umas significativas, outras pontuais – com o fim de modernizar a lei processual e fortalecer o processo enquanto instrumento apto a produzir efeitos no plano concreto. As alterações legislativas, de um modo geral, buscaram imprimir

¹⁷ É nesse sentido a doutrina de TEORI ALBINO ZAVASCKI: “Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribui ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64). Ainda, sobre as ondas renovatórias de acesso à justiça, especialmente a terceira onda, que foca no problema da efetividade do processo: CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 67-73.

¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 13-15.

¹⁹ Para KAZUO WATANABE, em contraposição ao instrumentalismo meramente *formal* ou *nominal*, característico da fase autonomista, há uma tendência hoje consolidada de adoção do instrumentalismo *substancial* que, sem renunciar às conquistas atingidas pelo processualismo científico, propõe uma releitura e readaptação do processo e de seus institutos, tornando-os mais aderentes à realidade sociojurídica a qual se destinam (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15). No mesmo sentido, referindo-se à instrumentalidade sob um aspecto *positivo*, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO põem em destaque a necessidade de predispor o processo à integral realização de seus escopos sociais, políticos e jurídico e de torná-lo um meio efetivo de acesso à ordem jurídica justa (*Teoria geral do processo*, p. 64-65).

maior rapidez na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado e garantir efetividade às decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Quanto ao objetivo de *aceleração da tutela jurisdicional*, vale mencionar (a) a antecipação dos efeitos da tutela – com base na verossimilhança do direito alegado e na urgência da proteção estatal – e a prevalência da tutela específica nas ações de obrigação de fazer e de não fazer, em detrimento da sua conversão em perdas e danos (lei federal n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994), e (b) a criação do processo sincrético – ou execução *in simultaneous processus* – dispensando a instauração de processo autônomo e nova citação do devedor nas execuções de obrigação de pagar quantia (lei federal n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005).

No que toca à *garantia da autoridade das decisões judiciais*, implementou-se o *contempt of court* no direito brasileiro (lei federal n. 10.358, 27 de dezembro de 2001) que estendeu a “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo” deveres processuais originariamente restritos às partes e aos seus procuradores. A lei em comento também instituiu o dever de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais (de natureza antecipatória ou final). A violação desse dever processual caracterizaria ato atentatório ao exercício da jurisdição, acarretando a imposição de multa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis.²⁰

Tais alterações legislativas refletiram os anseios por um processo de resultados práticos, sintetizando o consenso à época de que, para além da declaração ou reconhecimento da existência de um direito, a tutela jurisdicional só se realiza se for cumprida (efetivada) no plano concreto, de forma adequada e tempestiva.

A prova emprestada, entendida como uma técnica de reaproveitamento de atividade probatória validamente realizada em processo anterior, converge com o ideal de efetividade: ao mesmo tempo que propicia a entrega da tutela jurisdicional em menor tempo, consiste em mais um meio posto à disposição do jurisdicionado para demonstrar os fatos

²⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30. n. 119. p. 35-59. jan. 2005.

alegados e, conseqüentemente, influenciar na formação do convencimento do juiz de que o direito por si deduzido em juízo é merecedor de proteção estatal.²¹

3. ADEQUAÇÃO TELEOLÓGICA DA PROVA EMPRESTADA

Sendo o processo um instrumento de realização do direito material, o exame de qualquer instituto processual passa por uma análise da sua *adequação* às bases do sistema jurídico ao qual integrado²² e de *coordenação* ao direito material cuja tutela se pretende em juízo.²³ Tais premissas metodológicas permitem aferir em que medida a adoção de um instituto converge com a principiologia de um ordenamento processual e é útil para a tutela do direito material *sub judice* compatibilizando, enquanto método de análise, seu exame individual e pormenorizado, sem deixar de integrá-lo ao todo do qual faz parte.

Aplicando-se tais critérios ao exame da prova emprestada, cumpre indagar em que medida a técnica se adequa teleologicamente às bases do sistema jurídico processual pátrio – especialmente à principiologia do atual CPC –, bem como se tem ou não aptidão para potencializar a tutela dos direitos subjacentes ao litígio.

Dentre os objetivos perseguidos pelo legislador e indicados na Exposição de Motivos do atual CPC,²⁴ ganham destaque os de reduzir a excessiva dispersão jurisprudencial – conferindo maior previsibilidade às decisões judiciais e tratamento isonômico aos litigantes

²¹ AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). *Grandes temas do Novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5, p. 389-390.

²² LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro *et al.* (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 252-253.

²³ WATANABE, Kazuo, *Cognição no processo civil*, p. 62-63.

²⁴ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 8 jul. 21. Nortearam os trabalhos da Comissão responsável pela elaboração do CPC os seguintes objetivos: “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”.

(i.e., garantia de que questões idênticas recebam a mesma resposta do Poder Judiciário)²⁵ – e de favorecer a autocomposição como método mais adequado de resolução de disputas.

O atual CPC também buscou estruturar um sistema processual afinado às garantias constitucionais do processo e ao ideal de efetividade (*supra*, n. 2) – especialmente, ao princípio da *razoável duração do processo* (CF-88, art. 5º, inc. LXXVIII), buscando “dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado” – além de “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”.

A prova emprestada, compreendida como técnica de reaproveitamento de provas, vai ao encontro da principiologia do atual CPC. Sua aplicação reduz o tempo e custo envolvidos com a renovação de atividade probatória já validamente realizada, acelerando a prestação da tutela jurisdicional; assegura o direito constitucional à prova das partes nas hipóteses de prova irrepitível ou de difícil renovação no processo em curso, facilitando a demonstração dos fatos alegados por autor e réu;²⁶ e, ao enriquecer o conjunto probatório do

²⁵ Na doutrina de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “[...] se busca, de um lado, otimizar o resultado do labor dos Tribunais de cúpula, e, de outro, oferecer parâmetros decisórios para os Tribunais localizados ao meio de pirâmide judiciária – TJ’s e TRF’s – (como também o faz o TST em face dos TRT’s), em atendimento à exigência do *tratamento isonômico* aos jurisdicionados, a par de por aí se imprimir *previsibilidade* às respostas jurisdicionais” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 404). O mesmo autor pondera que: “[...] sem demérito do primado da norma legal (CF, art. 5º, II), pouco significaria a proclamada *igualdade de todos perante a lei*, se tal isonomia se restringisse à norma enquanto posta abstratamente no ordenamento, perdendo, contudo, tal compromisso com a igualdade, quando viesse a ser interpretada e aplicada no bojo de uma controvérsia judicializada, quando então, em nome de uma mal compreendida *livre convicção* do julgador, ela passaria a consentir toda a sorte de discrepantes ou até antagônicos entendimentos, promovendo injustiças, fomentando insegurança jurídica e desorientando os operadores do Direito” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 20).

²⁶ O direito à prova não encontra tratamento expresso no texto constitucional. A doutrina extrai seu fundamento de validade dos princípios do devido processo legal (CF-88, art. 5º, inc. LIV), da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF-88, art. 5º, inc. XXXV) – ou do direito constitucional de ação, sob a perspectiva de *acesso à ordem jurídica justa* – e, em especial, do contraditório e ampla defesa (CF-88, art. 5º, inc. LV). Por outro lado, ele está previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil: (a) no art. 8, 2, f do Pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992; e (b) no art. 9 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, incorporado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, os quais, embora não tenham sido aprovados pelo rito do § 3º, do art. 5º, da CF-88 – dispositivo introduzido posteriormente pela EC n. 45, de 30 de dezembro de 2004 –, possuem *status* equivalente ao das emendas constitucionais. Sobre o tema: CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 34, dez. 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1836/1532>. p. 152. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 3, p. 51 *et seq.*; ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 808-809; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2. p. 46-47.

processo de destino, aprimora o exercício da função jurisdicional pelo Estado permitindo ao juiz um conhecimento mais aprofundado do contexto fático subjacente ao litígio.

E, observados os seus requisitos de admissibilidade (*infra*, n. 13), o empréstimo não viola outras garantias constitucionais do processo, especialmente o direito de defesa da parte contra quem a prova será utilizada. A aplicação regular da técnica realiza o princípio da razoável duração do processo sem dispensar a necessária segurança jurídica, pois sua admissão no processo atual pressupõe que a parte potencialmente prejudicada pela prova tenha participado da sua formação no processo de origem.

4. PROCESSO E VERDADE “REAL”

A sorte do processo está diretamente relacionada ao convencimento judicial acerca dos fatos ensejadores do litígio, sendo raras as causas que dependam exclusivamente da solução de questões jurídicas.²⁷ Para fundamentar seus pleitos, as partes formulam alegações que podem ou não corresponder à verdade: as indagações a respeito da veracidade do alegado por autor e réu caracterizam questões de fato, cuja solução – imprescindível para a adequada identificação da norma jurídica de direito material aplicável à espécie – está intimamente ligada à convicção do julgador acerca da ocorrência ou não dos fatos relevantes para a causa.

Nessa ordem de ideias, a prova consiste em um mecanismo destinado à formação do convencimento do juiz a respeito da ocorrência ou não dos fatos relevantes para a decisão.²⁸ Tais fatos não se incorporam ao processo na sua realidade empírica: o fato já ocorreu

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *In*: _____. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65. No mesmo sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma ser impossível imaginar um processo alheio a qualquer elemento fático. Partindo da máxima *ex facto oritur jus*, o autor entende caber às partes alegar e demonstrar em juízo a ocorrência dos fatos relevantes, dos quais extraem consequências jurídicas que lhe sejam favoráveis e que servem de base para as suas pretensões (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 48).

²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, p. 426. É com base nessa tradicional ideia que se afirma ser o juiz o *destinatário final* da prova. A prova está intimamente vinculada a um julgamento pelo órgão jurisdicional e, tendo a finalidade de auxiliar o magistrado na reconstrução processual dos fatos relevantes, permite ao juiz aferir a veracidade ou não das alegações fáticas deduzidas pelas partes no curso do processo. Na lição de MOACYR AMARAL SANTOS: “*Destinatário da prova é o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, se dirigem ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar sua convicção*” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 342).

e, portanto, pertence ao passado. Eles não são percebidos pelo magistrado de forma direta, mas sim por meio de uma atividade de *reconstrução* baseada no material probatório dos autos formado sob o contraditório das partes, em permanente diálogo com o juiz.

A atividade de reconstituição processual dos fatos parte, inicialmente, dos relatos fáticos de autor e réu e é sobre as alegações de fato que compõem cada uma das narrativas – desde que relevantes e/ou pertinentes e controvertidas pela parte adversa (*infra*, n. 5) – que recai a atividade probatória. A relação da prova com os fatos da causa tem, portanto, nítido caráter *instrumental*: é por meio dela que os fatos se apresentam no processo e é com base nela que o juiz poderá aferir, de forma legítima, se a alegação da parte corresponde à verdade ou não.²⁹

Não há dúvida, no entanto, de ser impossível reproduzir no processo todos os fatos dos quais se originou o conflito, na exata medida em que ocorreram. E tal decorre de diversos fatores, dos quais se destacam a própria forma pela qual os fatos aportam no processo (e se revelam ao juiz) e legítimas opções legislativas que limitam a obtenção e a valoração das provas no processo civil. Tais restrições, inerentes à própria lógica do processo ou fruto de uma consciente escolha do legislador, demonstram que a busca da verdade – apesar de fator relevante para a solução justa do litígio –, não se erige como ideal absoluto ou irrestrito, sempre prevalecente frente a outros valores igualmente relevantes e protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio.³⁰

De um lado, só é possível extrair da narrativa dos litigantes uma versão limitada e parcial do contexto fático maior subjacente ao litígio: cada uma das partes tende a alegar a ocorrência dos fatos que melhor sustentem suas pretensões, interpretando-os e atribuindo-lhes consequências jurídicas que maximizem seus interesses no processo.³¹ Nessa

²⁹ “De maneira mais ou menos clara, os meios de prova conectam-se aos fatos em litígio através de uma relação instrumental: ‘meio de prova’ é qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos da causa” (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15). A relevância da prova reside, justamente, na sua natureza de instrumento para a reconstrução dos fatos, sendo por meio dela que se torna possível, no processo, identificar a norma jurídica de direito material aplicável para a solução adequada do conflito (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v.41. n.260. p.75-101, out. 2016, p. 1).

³⁰ “A verdade processual não é um fim em si mesmo, mas mero instrumento para realizar a Justiça. Por isso, a busca da verdade não é um valor absoluto e está a serviço da legitimação da decisão judicial, não se justificando a qualquer preço, devendo ser temperada, no contexto dos demais valores a serem tutelados pelo ordenamento jurídico” (CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 63).

³¹ “Uma narrativa dos fatos jamais pode ser (especialmente em um processo) algo já pronto e acabado que cai do céu na mesa de um advogado ou de um juiz. Pelo contrário: as narrativas são *construídas* por seus autores, frequentemente através de atividades criativas, complexas e sofisticadas. Essa construção não é uma descrição

perspectiva, o próprio relato das partes – especialmente do autor da ação, ao delimitar o objeto do processo por meio do pedido (CPC, arts. 141 e 492) – já serve de filtro preliminar do que será objeto de futura instrução probatória, direcionando a produção da prova para a elucidação de fatos que, não necessariamente, contemplem todos os pormenores do conflito, limitando a sua total reconstrução no curso do processo.

De outro, além do recorte fático imposto pelas partes, o texto constitucional estabelece limites à utilização da prova no processo civil, vedando o uso de provas obtidas por meio ilícitos (CF-88, art. 5º, inc. LVI) e exigindo que os processos cheguem a termo em prazo razoável (CF-88, art. 5º, inc. LXXVIII). Ao compatibilizarem o direito à prova com outros valores fundamentais para a sociedade brasileira (*e.g.*, pacificação social pelo processo; estabilidade das relações jurídicas; prestação tempestiva da tutela jurisdicional etc.), tais restrições constitucionais diminuem a natural potencialidade da atividade probatória de revelar todos os fatos causadores do litígio, impondo ao magistrado a prolação de decisão em detrimento de uma instrução exauriente.

Ainda, no âmbito infraconstitucional, o CPC autoriza a prolação de decisões baseadas em presunções legais e em regras de distribuição do ônus da prova revelando, a evidência, a opção legislativa de permitir pronunciamentos judiciais que podem não corresponder fielmente à realidade fática subjacente ao conflito. Tais decisões, baseadas em um alto grau de probabilidade, terão seu conteúdo (ou efeitos) acobertados pela autoridade da coisa julgada material, assim como aquelas proferidas em sede de cognição exauriente e precedidas de ampla atividade probatória.³²

Todos os fatores acima, em maior ou menor grau, afetam o resultado da fase de instrução e, pela impossibilidade de perfeita correspondência entre o que se prova nos autos

passiva, abstrata ou neutra dos fatos: como já dito, as narrativas *constroem os fatos* que são contados. De certa maneira, portanto, a construção de uma narrativa por parte de seu autor é também a construção dos fatos que o autor conta. Em outros termos: o autor constrói a *sua versão* dos fatos. Construindo a sua narrativa, o autor <<dá forma à realidade>>” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 73).

³² Acerca das limitações constitucionais e legais ao direito à prova no processo civil brasileiro: BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2, p. 240 *et seq.*; CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 206; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 709-710; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Prova emprestada: pontos de convergência e divergência entre a doutrina e a jurisprudência. Revista de Processo, São Paulo, v. 43. n. 275, jan. 2018, p. 165-169.

e os fatos ocorridos no plano empírico, é inevitável a conclusão de ser a verdade um dado inatingível por meio do processo.

À vista disso, é mais adequado falar-se em uma verdade processualmente possível³³ como aquela que, considerando o recorte do conflito decorrente das alegações fáticas das partes e observadas as limitações constitucionais e legais ao direito à prova, pode ser legitimamente extraída pelo magistrado com base no conjunto probatório dos autos. A verdade no processo deve equivaler, portanto, a um *alto grau de probabilidade* de ocorrência dos fatos alegados pelas partes, extraída das provas dos autos e suficiente para a prolação de decisão e adequada solução do conflito.

A despeito dessa constatação, a busca da verdade deve pautar a conduta de todos os sujeitos processuais.³⁴ não se pode olvidar que um resultado satisfatório da instrução probatória é pressuposto para a correta aplicação da norma jurídica de direito material ao caso concreto e, em última análise, é fator de legitimação da própria atividade jurisdicional.³⁵

Nesse contexto, a técnica da prova emprestada se insere no ferramental posto à disposição das partes para a reconstrução dos fatos no processo,³⁶ assegurando-lhes a plenitude do direito constitucional à prova e servindo ao juiz como mais um meio de conhecer o contexto fático do litígio (evitando, em última análise, decisões proferidas com base em presunções legais e em regras de distribuição do ônus da prova).

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 709-710; CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, p. 207.

³⁴ Está há muito superada a dicotomia entre “verdade material” e “verdade formal”. A verdade é uma só e sua busca é premissa de toda e qualquer atividade probatória, realizada tanto no processo civil quanto no processo penal. Veja-se, nesse sentido, a crítica de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “Dizer que o processo penal persegue a chamada ‘verdade real’, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada ‘verdade formal’, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes *deva*) renunciar – na área civil e na *penal* – à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 144-155, out./dez. 1996, p. 152).

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa, A garantia do contraditório na atividade de instrução, p. 66.

³⁶ “A aspiração à maior efetividade da tutela jurisdicional sugere intuitivamente utilização mais intensa dos meios de averiguação dos fatos. Razões de ordem vária exigem, sob certas circunstâncias, que o processo renuncie à pesquisa irrestrita da verdade; nem por isso deixa de ser exato, em linha de princípio que a justiça da decisão se condiciona ao esclarecimento, tão completo possa ser, da situação fática subjacente ao litígio” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Tendências contemporâneas do direito processual civil*, p. 3-4).

5. A PROVA EMPRESTADA NA TEORIA GERAL DA PROVA

A despeito da plurivocidade da expressão *prova*, dentro do direito e fora dele, é bem difundida a noção de prova como um instrumento posto à disposição das partes para demonstrar a veracidade do que alegam e, conseqüentemente, influenciar na formação do convencimento do juiz acerca dos fatos relevantes para o julgamento da causa.³⁷

O termo *prova* é empregado no processo civil ao menos em duas acepções distintas: (a) sob um viés *objetivo*, equivale ao próprio elemento trazido ao processo com o intuito de comprovar a ocorrência dos fatos alegados por autor e réu; e (b) sob um aspecto *subjetivo*, denota a convicção ou a percepção do magistrado a respeito da ocorrência ou não dos fatos nos quais se baseiam as pretensões das partes. É dessa simbiose que se compreende o fenômeno *prova* no processo civil: é o dado objetivo constante dos autos, com base no qual o magistrado poderá formar seu convencimento a respeito das afirmações deduzidas pelos litigantes.³⁸

O fundamento do direito à prova parte de interpretação teleológica do conjunto de garantias constitucionais do processo (*supra*, n. 3), em especial, da sua íntima relação com o princípio do contraditório. Em um modelo constitucional de processo, que propõe a construção dialógica do provimento jurisdicional,³⁹ de nada adiantaria assegurar às partes a faculdade de alegar em juízo sem lhes conferir meios efetivos de participar da formação do conjunto probatório que servirá de base para a decisão judicial.

³⁷ Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 47). EDUARDO CAMBI assim sintetiza as acepções do termo prova no processo civil: “Juridicamente, o vocábulo ‘prova’ é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz)” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 41). LEONARDO GRECO, por sua vez, define prova como *meio* (“processo mental através do qual se estabelecem conclusões decorrentes de determinadas premissas e se constrói o julgamento dos fatos no processo”), *atividade processual* (“atividade de colheita de elementos de convicção do processo; um conjunto de atos processuais que levam o juiz a uma convicção, através de uma atividade tipicamente processual”) e *resultado* (“instrumento de apuração da verdade comum a todo conhecimento humano e a todas as áreas do saber”) (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2, p. 99 *et seq.*).

³⁸ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 343; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 45; CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, p. 200; ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha, *Direito processual civil*, p. 808.

³⁹ MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p. 102 *et seq.*

O *direito fundamental à prova* pode ser analisado sob um duplo aspecto. De um lado, revela-se como direito público subjetivo da parte de influenciar na formação do convencimento do juiz sobre a veracidade das suas alegações. Nessa acepção, o direito à prova assegura uma posição ativa e intensa participação dos litigantes no curso do processo – especialmente na fase de instrução probatória –, com vistas à obtenção de uma solução favorável aos seus interesses. De outro, o direito à prova atende ao interesse público na correta aplicação do direito material ao caso concreto, legitimando o processo enquanto instrumento adequado e eficaz para o exercício da jurisdição.⁴⁰

Na legislação infraconstitucional, o art. 369, do CPC, ao consagrar o *princípio da atipicidade dos meios de prova*, assegura às partes o direito de empregar todos os meios legais e os moralmente legítimos para demonstrar a verdade dos fatos e influir eficazmente na convicção do juiz. E, sob a égide do CPC-73, a prova emprestada extraía seu fundamento de validade desse princípio (CPC-73, art. 332) sendo considerada à época – à míngua de previsão legal expressa – uma espécie de prova *atípica*.

A prova tem por *objeto* os fatos alegados por autor e réu (ou as alegações fáticas das partes)⁴¹ os quais poderão, a depender do resultado da atividade probatória, ter sua ocorrência demonstrada ou não no curso do processo.⁴² Argumentos de cunho jurídico – tais quais a arguição de inconstitucionalidade de lei como causa de pedir ou a tese de que lei revogada permaneceria vigente – dispensam instrução probatória, pois *iura novit curia*.⁴³

⁴⁰ CAMBI, Eduardo, *O direito à prova no processo civil*, p. 148 *et seq.*

⁴¹ “A demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações dos fatos) é que se dá o nome de prova... o vocábulo prova provém do latim *probatio*, com o significado de verificação, exame, inspeção. De acordo com os dicionaristas, quer dizer ‘aquilo que mostra a verdade de uma proposição ou realidade de um fato’. Na linguagem jurídica, o termo é empregado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo). É a chamada prova judiciária” (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25).

⁴² Para parte da doutrina, a atividade probatória deve recair sobre os próprios fatos subjacentes à causa: BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 249-250; THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 897 *et seq.* Outra corrente sustenta que são objeto de prova as alegações das partes acerca dos fatos ensejadores do litígio: CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, p. 201; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 63-64. O *caput* do art. 374, do CPC – correspondente ao *caput* do art. 334, do CPC-73 –, ao estabelecer que “não dependem de prova *os fatos*: [...]”, acabou filiando-se à primeira posição doutrinária. A despeito desse debate, vale mencionar enriquecedora reflexão de DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, para quem “o objeto de prova não são os fatos nem as alegações de fato, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 713).

⁴³ Exceção feita ao ônus de provar o teor e a vigência do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário alegado, se assim o juiz determinar (CPC, art. 376; LINDB, art. 14).

A prova não se destina, contudo, à demonstração de qualquer fato alegado por autor e réu. Integram o objeto da prova apenas os fatos *relevantes* e *controvertidos*, nos limites da postulação das partes, delimitadora da atividade jurisdicional.

O fato deve ser *relevante*: ele interessa, direta ou indiretamente, ao julgamento e sua demonstração tem aptidão para influir no resultado do processo. Fatos impertinentes (não concernentes à causa) ou irrelevantes (apesar de relacionados ao processo, não interferem na convicção judicial) não serão objeto de prova, sob pena de se deferir diligências probatórias inúteis, em prejuízo da economia e celeridade processual.⁴⁴ Além de relevante, o fato deve se tornar *controvertido*, ou seja, impugnado pela parte contrária na primeira oportunidade que se manifestar nos autos.

O art. 374, do CPC – à semelhança do art. 334, do CPC-73 –, exclui do objeto da prova⁴⁵ os fatos (a) notórios ou de conhecimento geral;⁴⁶ (b) afirmados por uma das partes e confessados pela outra, desde que em discussão no processo direitos disponíveis; (c) incontroversos, que se presumem verdadeiros, nas hipóteses em que o réu não contesta a ação (CPC, art. 344) ou quando não impugna especificamente em defesa todos os fatos trazidos pelo autor na petição inicial (CPC, art. 341, *caput*);⁴⁷ e (d) em cujo favor recaia presunção legal de existência ou de veracidade.⁴⁸

⁴⁴ A título ilustrativo, tem-se como irrelevante a alegação de *negligência* do réu em ação que vise ao reconhecimento da sua responsabilidade civil *objetiva*. Apesar de relacionado à causa, perquirir acerca do elemento subjetivo é de todo irrelevante, uma vez que referida modalidade de responsabilidade civil prescinde da demonstração de culpa imputável ao causador do dano (CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, p. 202).

⁴⁵ Não se trata, contudo, de dispensa legal automática. É possível que, em situações de revelia do réu ou de impugnação insuficiente na defesa, subsista dúvida razoável do juiz acerca da ocorrência do(s) fato(s) alegado(s) pelo autor, o que autoriza a produção de prova *ex officio* (CPC, art. 370). A presunção legal de veracidade, por sua vez, pode ser ilidida pela parte contrária ou até ter o seu valor posto em dúvida pelos demais elementos probatórios dos autos. Em tais casos, mostra-se pertinente a atividade probatória sobre fatos que, *a priori*, não integrariam o objeto da prova.

⁴⁶ “A propósito dos *fatos notórios*, já os antigos praxistas ensinavam que *notoria non eget probatione*. São notórios os acontecimentos ou situações de conhecimento geral incontestes, como as datas históricas, os fatos heroicos, as situações geográficas, os atos de gestão política etc. O conceito de generalidade pode não se referir à unanimidade de um povo, já que a notoriedade pode ocorrer apenas num determinado círculo social ou profissional. Assim, como Couture, podemos considerar fatos notórios aqueles que entram naturalmente no conhecimento, na cultura ou na informação normal dos indivíduos, com relação a um lugar ou a um círculo social, no momento em que o juiz tem que decidir” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 898).

⁴⁷ A revelia do réu e a inobservância do ônus de impugnação específica nem sempre geram presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (CPC, arts. 341 e 345).

⁴⁸ Tratando-se de presunção legal relativa (ou *iuris tantum*) há, na verdade, inversão do ônus probatório e não propriamente a exclusão daquele fato do objeto da prova (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 715). A título de exemplo, o § 1º do art. 2º-A, da lei federal n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, em conformidade com a Súmula n. 301 do STJ, estabelece presunção legal relativa da

Naturalmente, os critérios acima analisados se aplicam ao juízo de admissibilidade da prova emprestada (*infra*, n. 13.1). Deve ser indeferido o empréstimo de prova relativa a fatos irrelevantes para o desfecho do processo de destino (*i.e.*, sem um grau mínimo de ligação com a causa atual) e fatos expressamente excluídos do objeto da prova pela lei processual (CPC, art. 374).

O CPC destina uma etapa própria do processo de conhecimento para a delimitação do objeto da prova, denominada de fase de saneamento e de organização do processo (CPC, art. 357). Para além da verificação da presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, o magistrado, em debate com as partes, prepara o processo para seguir adiante, delimitando as questões de fato que serão objeto de prova, especificando os meios de prova admitidos, distribuindo os encargos probatórios e designando, se necessário, data para a realização de audiência de instrução e colheita de prova oral.

Bem delimitado o objeto da prova, racionaliza-se toda a atividade de instrução subsequente, evitando a prática de atos processuais dispensáveis para o accertamento dos fatos e a entrega da tutela jurisdicional. As partes selecionarão as provas que melhor embasem seus pleitos e o juiz, por sua vez, adotará um critério *objetivo* para aferir a relevância das provas requeridas, indeferindo diligências inúteis, coibindo indesejáveis manobras protelatórias e, eventualmente, complementando o material probatório formado inicialmente pelas partes (CPC, art. 370).

O objeto da prova, tal qual delimitado pelos sujeitos processuais na fase de saneamento e de organização, permite que autor e réu avaliem a (in)utilidade do reaproveitamento de prova de processo anterior e serve, inclusive, como critério para o posterior juízo de delibação da prova emprestada (*infra*, n. 13), que deve ser indeferida se relativa à questão fática que extrapole os pontos controvertidos fixados no processo de destino.

A prova se destina principal e diretamente ao juiz, considerado como seu *destinatário final*. É por meio dela que o magistrado reconstrói os fatos da causa no processo, avalia a consistência das alegações de autor e réu e, partindo dessa atividade intelectual, identifica a norma jurídica de direito material aplicável ao caso concreto. Se convencido da ocorrência dos fatos alegados com base apenas na prova documental produzida na fase

paternidade, a ser apreciada em conjunto com os demais elementos probatórios dos autos, nos casos de recusa injustificada do réu em se submeter ao exame de código genético (DNA).

postulatória, poderá o juiz, de forma fundamentada, proceder ao julgamento antecipado total ou parcial do mérito (CPC, arts. 355 e 356), pronunciando-se diretamente sobre o pedido sem dilação probatória.

O magistrado não se vincula ao requerimento de produção de prova complementar, mas, caso venha a dispensá-la, não poderá julgar o pedido em desfavor da parte que a requereu, sob pena de cerceamento do direito de defesa e consequente nulidade da decisão por violação do direito à prova. De igual modo, ainda que na visão das partes o material probatório seja suficiente para o julgamento imediato do pedido, nada impede que o juiz determine de ofício a colheita de outras provas – incluindo-se aqui a prova emprestada (*infra*, n. 19) –, caso ainda não tenha formado seu convencimento acerca da ocorrência ou não dos fatos alegados (CPC, art. 370, *caput*). A lei ainda confere ao magistrado a prerrogativa de motivadamente indeferir diligências probatórias que considere inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 370, parágrafo único).⁴⁹

Além da formação do convencimento do juiz sentenciante e dos tribunais na sua competência originária e recursal, as provas produzidas no curso do processo igualmente aproveitam (e se destinam) às partes e a terceiros.⁵⁰

Com o desenrolar das diligências ou mesmo após o término da instrução, as partes podem melhor estimar suas chances de êxito e ponderar os riscos decorrentes da manutenção do processo, readequando suas estratégias e até ponderando possível solução alternativa ou consensual para o conflito. Além disso, é com base no resultado da prova que as partes avaliam o (des)acerto da decisão de mérito contra a qual será eventualmente interposto recurso.

Nesse ponto, o regramento legal da produção antecipada da prova (CPC, arts. 381 e ss.) confirma que a prova não se destina exclusivamente ao juiz.⁵¹ O inc. I do art. 381, do CPC, autoriza a produção *cautel*ar da prova, antes disciplinada nos arts. 846 e ss., do CPC-73. Antecipa-se a prova pela urgência na sua produção (*periculum in mora*), dado o risco de

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 230-234 e 244, para quem a previsão legal de poderes instrutórios reforça ser o juiz o destinatário final da prova.

⁵⁰ É nesse sentido o Enunciado n. 50 do FPPC: “Os destinatários da prova são aqueles que dela podem fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

⁵¹ O art. 381, do CPC, admite a produção antecipada da prova (a) quando houver fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação (inc. I); (b) a prova a ser colhida possa viabilizar a autocomposição ou a adoção de outro meio adequado de solução do conflito (inc. II); e/ou (c) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação (inc. III).

perecimento da respectiva fonte ou a dificuldade de sua colheita quando da ação principal (e.g., testemunha acometida de grave enfermidade; prédio sob risco de desabamento etc.). A parte ajuíza a ação probatória, portanto, para resguardar uma posição jurídica potencialmente favorável em processo pendente ou futuro.

O art. 381, do CPC, prevê duas outras hipóteses de produção antecipada da prova – independentemente do requisito da urgência –, nas quais a colheita se torna o próprio objeto do processo (da ação probatória).⁵² Pleiteia-se a colheita da prova antes do momento processual ordinário para aferir a viabilidade de autocomposição (inc. II) e/ou eventuais chances de êxito em futura demanda judicial (inc. III). Em tais casos, a prova não está, necessariamente, vinculada a outro processo pendente ou futuro e não é produzida para formar a convicção do julgador (muito embora possa futuramente vir a sê-lo).⁵³

É possível, portanto, a colheita antecipada da prova sem a demonstração da urgência na sua produção, permitindo ao interessado sopesar o método mais adequado para a solução do conflito e/ou suas chances de êxito em outro processo judicial, no qual a pretensão de direito material foi ou será deduzida.⁵⁴ E, como se verá adiante (*infra*, n. 7), a prova colhida em caráter antecipado – à exceção daquela produzida em situação de urgência (CPC, art. 381, inc. I) –, por se tratar de prova pré-constituída que gerou seus efeitos em um processo e pode vir a ser reutilizada em outro – ingressa no processo de destino a título de prova emprestada.

Mesmo raciocínio se aplica a terceiros a quem a prova possa eventualmente interessar. Ciente do resultado de prova colhida em processo alheio e que impacte na sua esfera de direitos, pode o terceiro ponderar se buscará uma solução consensual para o conflito, se ingressará em juízo com base naquela prova ou se irá reaproveitá-la em outro processo no qual

⁵² Para uma análise aprofundada sobre o direito autônomo à prova no processo civil brasileiro: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵³ TALAMINI, Eduardo, Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, p. 3.

⁵⁴ “Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante. [...] Evidencia-se assim que a prova, ainda não perdendo seu caráter de instrumentalidade, não se destina apenas à demonstração de fatos dentro de um específico processo. Tem um papel que vai muito além disso, ao fornecer previamente balizas para as partes, como acima destacado” (TALAMINI, Eduardo, Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, p. 2).

já figure como parte. A prova em questão ingressará no processo do terceiro, pendente ou futuro, na forma de empréstimo.

Quanto ao *ônus da prova*, vale a máxima *quem alega deve provar*. É com base nela que as partes pautam sua atuação na fase postulatória, com a apresentação dos documentos necessários na petição inicial e na contestação (CPC, art. 434, *caput*) – incluindo a prova emprestada, desde que validamente concluída a sua produção no processo de origem – , e na fase de instrução, requerendo a produção de provas complementares que repute como aptas para a demonstração dos fatos alegados.

O ônus integra o complexo de posições jurídicas ativas e passivas dos sujeitos da relação processual, induzindo as partes a adotar determinada conduta para se beneficiar do efeito legal que lhe é correspondente ou, ao menos, para evitar as consequências negativas decorrentes da sua omissão.⁵⁵ No campo das provas, a lei estabelece ser ônus da parte demonstrar os fatos que sustentam sua pretensão como uma das premissas para a obtenção de um julgamento favorável.⁵⁶

Nos termos do art. 373, do CPC, que consagra a regra geral (ou estática) de distribuição do ônus da prova, compete ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito (inc. I) e, ao réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (inc. II). A título de exemplo, se o autor alega que o réu lhe deve quantia referente à entrega de mercadorias, deverá provar que executou sua parte no contrato, pois é desse fato que se extrai a correspondente obrigação de pagar. Se o réu, por sua vez, alegar que já pagou a dívida, deverá demonstrar a ocorrência do fato extintivo do direito de crédito afirmado pelo autor. Nada impede, contudo, que os encargos probatórios sejam distribuídos de forma diversa no caso concreto, o que encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio.⁵⁷

⁵⁵ O réu contesta a ação para se desincumbir do ônus legal de impugnação específica, ciente de que sua inércia gera presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (CPC, art. 341).

⁵⁶ O que importa, ao final, é se a ocorrência do fato relevante foi ou não comprovada nos autos. Naturalmente, como a prova do fato alegado é uma das premissas para que a parte se sagra vencedora, ela buscará se desincumbir do ônus de demonstrá-lo em juízo (imperativo do próprio interesse). No entanto, pelo princípio da comunhão ou da aquisição (CPC, art. 371), é possível que a demonstração desse mesmo fato decorra de prova produzida pela parte adversa ou de ofício pelo juiz (CPC, art. 370). Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: _____. *Temas de direito processual*: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74; BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 57, p. 128-133, jan./dez. 1962; CAMBI, Eduardo, O direito à prova no processo civil, p. 146.

⁵⁷ A distribuição alternativa dos ônus probatórios pode se dar por força de lei (CDC, arts. 12, § 3º e 14, § 3º), de presunção legal (CC, art. 1.597, inc. II; lei n. 8.560-92, art. 2º-A, § 1º), de decisão do juiz (CDC, art. 6º, inc. VIII; CPC, art. 373, §§ 1º e 2º) e, ainda, pela convenção das partes (CPC, art. 373, §§ 3º e 4).

A regra do ônus da prova funciona, portanto, como uma verdadeira *regra de procedimento* (acepção *subjetiva*), orientando a atividade probatória das partes ao longo de todo o trâmite processual, permitindo-lhes saber, de antemão, qual delas poderá vir a ser prejudicada pela falta ou insuficiência de provas dos fatos alegados.⁵⁸

Não obstante, a regra do ônus da prova também pode ser compreendida como *regra de julgamento* (sentido *objetivo*). Aqui, o ônus da prova serve como técnica de julgamento de processos com material probatório escasso, insuficiente para a formação de um juízo de certeza sobre os fatos alegados pelas partes.⁵⁹ Concluída a fase de instrução e persistindo lacuna probatória, a aplicação da regra do ônus da prova estabelece o conteúdo da sentença, a qual será, ao menos em regra,⁶⁰ desfavorável à parte que não comprovou os fatos que sustentam sua pretensão.⁶¹ Nesse sentido objetivo, a regra do ônus da prova é aplicada como medida de *ultima ratio* – *i.e.*, somente após ampla atividade probatória das partes (e, eventualmente, do juiz) –, permitindo ao magistrado superar dúvidas acerca dos fatos alegados e evitando o *non liquet*.

A regra do ônus da prova possui, portanto, uma natureza dúplice no processo civil:⁶² ao mesmo tempo que orienta a atividade probatória das partes antes e no curso do processo – incentivando-as a envidar esforços na demonstração dos fatos por si alegados –,

⁵⁸ Nesse prisma, a regra do ônus da prova evita a prolação de decisões-surpresa (CPC, art. 10), em desfavor da parte que desconhecia ser seu o ônus da prova de determinado fato.

⁵⁹ Como esclarece ALFREDO BUZUID, partindo das lições de ROSENBERG, as regras que disciplinam o ônus da prova “[...] concorrem para formar um juízo, afirmativo ou negativo, sobre a pretensão deduzida em juízo, malgrado as incertezas acerca das circunstâncias de fato. Na indicação ao juiz do conteúdo da decisão que há de proferir, em caso em que não se pôde comprovar a verdade de uma afirmação de fato tão importante, é que residem a essência e o valor das regras sobre ônus da prova. [...] Só quando haja incerteza sobre a questão de fato é que o juiz necessita de uma indicação, que há de orientar o conteúdo da sentença. Não surge, pois, o problema do ônus da prova, quando são pacíficas as afirmações das partes relativas às questões de fato, ou quando o juiz se convence da verdade ou não das afirmações discutidas, seja porque essa convicção nasce da prova produzida, seja porque resulta do conjunto dos debates. Pode-se dizer, pois, que há de suportar o ônus da prova aquele a quem toca demonstrar os pressupostos do preceito jurídico aplicável” (BUZUID, Alfredo, *Do ônus da prova*, p. 116-117 e 128).

⁶⁰ Para JOÃO BATISTA LOPES: “No ônus, há a ideia de carga, e não de obrigação ou dever. Por outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir; mas se não o fizer nem por isso será automaticamente prejudicada, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes (art. 131)” (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, p. 38-39). No mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha, *Direito processual civil*, p. 827-828; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 718 *et seq.*

⁶¹ A eficácia negativa da coisa julgada (CPC, art. 485, inc. V) impede o autor de propor demanda idêntica com base em prova formada *após* o julgamento de improcedência do pedido com base na regra do ônus da prova. Será possível, contudo, o ajuizamento de ação rescisória quando “obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (CPC, art. 966, inc. VII).

⁶² CAMBI, Eduardo, *O direito à prova no processo civil*, p. 145-146; BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 246-247; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 718-719.

também serve como relevante critério de decisão quando o resultado da atividade probatória for insuficiente para a formação do convencimento do julgador.⁶³

E a compreensão do ônus da prova como regra de procedimento é pertinente para fins de utilização da prova emprestada. Ciente da existência de prova relevante para demanda a ser proposta, o autor poderá requerer o empréstimo já na fase postulatória – raciocínio igualmente aplicável ao réu, no momento de contestar a ação. Atende-se, assim, à exigência do *caput* do art. 434, do CPC, segundo o qual as partes devem instruir a petição inicial e a contestação com todos os documentos indispensáveis para a prova dos fatos alegados (*infra*, n. 12). A utilização da prova emprestada no início do processo pode, eventualmente, dispensar a produção de prova complementar e autorizar o julgamento antecipado total ou parcial do mérito (CPC, arts. 355 e 356), em prol da economia e celeridade processual.

Nas situações de distribuição dinâmica dos encargos probatórios, realizada na fase de saneamento e de organização do processo,⁶⁴ poderão as partes, antes do início da instrução, avaliar a pertinência de requerer o empréstimo de prova colhida em processo anterior, já cientes de que a prova de determinado fato lhe foi atribuída por decisão judicial. Ainda, nos casos de impossibilidade ou de difícil renovação da prova no processo atual, a prova emprestada possivelmente se afigura como a única forma de a parte se desincumbir dos seus ônus probatórios, resguardando o seu direito constitucional à prova.

Por fim, caberá ao juiz valorar a prova, verificando em que medida os elementos probatórios dos autos demonstram a ocorrência dos fatos alegados pelas partes. O peso a ser atribuído à prova é diretamente proporcional à sua aptidão para esclarecer as questões de fato relevantes para a decisão. E o grau de liberdade do magistrado nessa atividade

⁶³ Relacionando as duas acepções do ônus da prova no processo civil, veja-se a pertinente reflexão de DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES: “[...] o aspecto subjetivo só passa a ter relevância para a decisão do juiz se ele for obrigado a aplicar o ônus da prova em seu aspecto objetivo: diante de ausência ou insuficiência de provas, deve indicar qual das partes tinha o ônus de provar e colocá-la numa situação de desvantagem processual” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 719).

⁶⁴ Conforme jurisprudência consolidada do STJ, a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser realizada *antes* da prolação da sentença – preferencialmente, antes de iniciada a instrução processual (*i.e.*, na fase de saneamento e de organização do processo) –, permitindo à parte desincumbir-se do ônus que inicialmente não lhe era atribuído pela lei: “[...] a distribuição dinâmica e a inversão do ônus têm em comum o fato de excepcionarem a regra geral do art. 373, I e II, do CPC/15, de terem sido criadas para superar dificuldades de natureza econômica ou técnica e para buscar a maior justiça possível na decisão de mérito e de se tratarem de regras de instrução que devem ser implementadas antes da sentença, a fim de que não haja surpresa à parte que recebe o ônus no curso do processo e também para que possa a parte se desincumbir do ônus recebido” (STJ, 3ª T., REsp n. 1.729.110-CE, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 2.4.19, v.u.).

de sopesamento varia segundo o sistema legal de valoração aplicável, cada qual com diretrizes e critérios de avaliação específicos.⁶⁵

Pelo sistema da *prova legal* (ou tarifada), as provas são hierarquizadas pela lei, que estabelece previamente seu valor probante a partir de um tabelamento: o valor da prova e as suas consequências jurídicas são impostas ao magistrado pela própria lei, limitando sua liberdade na valoração da prova.⁶⁶ O critério em análise ainda encontra excepcional previsão no ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁷

No sistema da *íntima convicção*, confere-se plena liberdade ao juiz na apreciação das provas colhidas, sem a previsão legal de parâmetros abstratos para conduzir a respectiva atividade de valoração. Não vinculado a regras prévias, o magistrado poderá decidir conforme seu sentimento pessoal em relação à causa, estando dispensado, inclusive, do dever de declinar na sentença o raciocínio lógico que sustentou sua conclusão a respeito dos fatos.⁶⁸

Já no sistema da *persuasão racional* (ou do *livre convencimento motivado*) o juiz é livre para atribuir à prova o peso que entender adequado, mas com o dever de fundamentar a respectiva valoração na decisão.

A discricionariedade judicial na atividade de valoração da prova é limitada pelo dever do magistrado de indicar os motivos pelos quais acolhe ou rejeita cada uma das provas dos autos, justificando racionalmente a formação do seu convencimento sobre a ocorrência dos fatos alegados, sob pena de nulidade⁶⁹ (CF-88, art. 93, inc. IX; CPC, arts. 11 e

⁶⁵ Para um panorama geral sobre os sistemas de valoração da prova no processo civil: TARUFFO, Michele, *A prova*, p. 130-135.

⁶⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 950.

⁶⁷ A título ilustrativo, a lei civil exige prova escrita do contrato de depósito voluntário (CC, art. 646). Já o art. 406, do CPC, prevê que, quando a lei exige instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova poderá suprir-lhe a falta. Exemplificativamente, nos termos do art. 108, do CC, a escritura pública é o único meio de prova do negócio jurídico que vise à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

⁶⁸ O sistema da íntima convicção é pertinente no âmbito do direito processual penal. No julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri (CF-88, art. 5º, inc. XXXVIII, alínea *d*), os jurados decidem de forma soberana e conforme sua *íntima convicção*, o que significa que estão dispensados de fundamentar seu voto e, por conseguinte, de demonstrar em que medida as provas colhidas interferiram na formação de seu convencimento. Para uma análise aprofundada sobre referido sistema de valoração: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 442 *et seq.*; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 415 *et seq.*

⁶⁹ “A motivação (ou fundamentação) das decisões judiciais é, portanto, um dever constitucional e legal imposto a todos os magistrados, de modo que, ou o ato jurisdicional com conteúdo efetivamente decisório é motivado (excluindo-se, conseqüentemente, os meros despachos) ou é nulo” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 80).

489, inc. II).⁷⁰ O dever de motivação das decisões judiciais assegura que a solução final do conflito se dê em permanente diálogo com as partes, que têm o direito de ter suas alegações e provas devidamente analisadas pelo juiz, a quem cabe demonstrar todo o raciocínio lógico que embasa suas conclusões acerca do material probatório.⁷¹

A valoração da prova emprestada pauta-se pelo sistema da persuasão racional: respeitados os seus requisitos de admissibilidade (*infra*, n. 13), a prova de processo anterior tem o condão de gerar seus regulares efeitos no processo que a recebe – como se nele tivesse sido originariamente colhida –, sendo avaliada pelo juiz em conjunto com todos os demais elementos probatórios produzidos no processo de destino.⁷²

⁷⁰ O sistema em análise estava previsto no art. 131, do CPC-73, segundo o qual “o juiz apreciará *livremente* a prova”, com o dever de “indicar na sentença as razões da formação de seu convencimento”. Atualmente, é disciplinado pelo art. 371, do CPC, com redação similar: “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. A comparação entre os dispositivos revela que o atual CPC não reproduziu o advérbio “*livremente*”. Apesar dessa supressão textual, o sistema de valoração da prova previsto no art. 371, do CPC, na sua essência, permanece o mesmo. É o caso apenas de se adotar, preferencialmente, a nomenclatura “persuasão racional” à “livre convencimento motivado”.

⁷¹ Para ADA PELLEGRINI GRINOVER, “[...] de nada serviria assegurar às partes o direito à prova, se o juiz pudesse deixar de apreciá-la e valorá-la, no momento do julgamento. Por isso, todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio. É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou da persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente neste” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. *In*: _____. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 31).

⁷² “A prova emprestada, todavia, terá o seu valor reapreciado pelo juiz da causa em que foi juntada, tendo em vista as novas circunstâncias na segunda ação e novos argumentos sobre ela apresentados. Não há coisa julgada sobre os fatos, que ficam sempre sujeitos à apreciação original do juiz ao decidir a causa” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 2, p. 171).

PARTE II

A PROVA EMPRESTADA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

6. A EFICÁCIA INICIAL DA PROVA CIVIL E A EXTENSÃO DOS SEUS LIMITES PROBANTES

O exercício legítimo da atividade jurisdicional pressupõe a oferta às partes de todos os meios disponíveis para provar os fatos alegados e, conseqüentemente, influenciar na formação do convencimento do julgador. Se a prova tem por objeto os fatos deduzidos no processo e se destina ao magistrado responsável pelo julgamento daquela causa específica, é nesse mesmo processo que reside o limite originário da sua força probante.

A garantia do juiz natural, prevista no inc. LIII do art. 5º, da CF-88, assegura que a atividade probatória será realizada perante o juiz que sentenciará o feito (“ninguém será *processado* nem sentenciado senão pela autoridade competente”).⁷³ A *vinculação prova-juiz* também decorre do princípio da oralidade, principalmente dos seus subprincípios da identidade física do juiz e da imediatidade (ou imediação), por força dos quais, respectivamente, compete ao magistrado que preside a audiência de instrução proferir a sentença⁷⁴ e manter contato *pessoal e direto* com a prova, de modo a assegurar sua adequada valoração.

Por isso, ao menos como regra, a prova visa a demonstrar os fatos alegados em um determinado processo (e que justificaram sua produção) e é colhida perante o juízo competente para processar e julgar o feito. É natural concluir, por esses motivos, que a prova gera seus regulares efeitos *no processo em que é produzida*.

Não obstante, o ordenamento jurídico admite que provas colhidas em outro(s) processo(s) e perante juízo(s) diverso(s) sejam reutilizadas em outros autos, relativizando essa regra geral.⁷⁵

⁷³ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 91. p. 92-114. jul./set. 1998, p. 99.

⁷⁴ O CPC-39 tratava do princípio da identidade física do juiz em seu art. 120: “O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício. Parágrafo único. Si, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário”. O dispositivo se referia apenas às “provas produzidas oralmente” – sem menção à prova escrita –, as quais poderiam vir a ser repetidas a critério do juiz substituto. Em sentido similar, o art. 132, do CPC-73, estabelecia que “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide”; o dispositivo ressaltava apenas os casos em que o magistrado estivesse “convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado”, nos quais deveria remeter os autos ao seu sucessor para julgamento.

⁷⁵ “A prova naturalmente presta-se ao processo onde foi produzida, mas é admissível, em alguns casos o seu encaminhamento para outro processo (aquisição), visando seu aproveitamento, além dos limites originais, que

Quando a fonte da prova está localizada em outra comarca e/ou seção judiciária ou até em jurisdição distinta daquela na qual tramita o processo, a sua produção se dá por meio de carta precatória ou rogatória. Quando necessário um ato probatório para viabilizar o julgamento por órgão superior, a prova é colhida por meio de carta de ordem, remetida à autoridade judiciária hierarquicamente inferior. O trâmite das cartas precatória, rogatória e de ordem se dá exclusivamente perante o juízo destinatário, responsável apenas por conduzir a produção da prova (e não pela sua valoração). Concluída a atividade probatória, os autos são remetidos ao juízo originário, a quem cabe avaliar a prova colhida fora dos limites da sua competência territorial. São as denominadas “provas (de) fora da terra”, cuja admissibilidade e eficácia no processo civil pátrio não são questionadas.⁷⁶

No exercício da sua competência recursal e dentro dos limites da devolução, os tribunais reexaminam a causa exclusivamente com base nas provas produzidas em primeiro grau de jurisdição (sem prejuízo, como visto, de eventual complementação do material probatório por meio de carta de ordem). De igual modo, não se cogita da invalidade das suas decisões, em que pese o órgão judicial hierarquicamente superior não tenha mantido contato direto com a prova.⁷⁷

Na produção antecipada da prova (CPC, arts. 381 e ss.), a atividade probatória pode ser realizada perante juízo diverso, uma vez que a ação probatória não previne a competência do juízo para eventual e futura ação principal (CPC, art. 381, § 3º).⁷⁸

podemos denominar de comunhão externa [...]” (FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 142).

⁷⁶ Analisando o tema sob a égide do CPC-39, MOACYR AMARAL SANTOS aponta que: “[...] pode acontecer que provas de *natureza oral*, como depoimento de testemunhas, sejam produzidas no juízo deprecado ou rogado (Cód. de Processo, art. 213), sem que com isso percam o valor que lhes fôr próprio” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1, p. 310).

⁷⁷ A relativização da regra segundo a qual as provas devem ser colhidas pelo juiz da causa já foi objeto de análise por MOACYR AMARAL SANTOS: “[...] não é certo, nem indispensável, que tôdas as provas precisem ser colhidas pelo próprio juiz que as avalia. Há as que, mesmo no correr do feito, fogem a essa regra, como as provas de ‘fora de terra’, as quais são colhidas pelo juiz deprecado ou rogado, sem contudo perderem a eficácia que lhes fôr própria. Ademais, ‘os juízes de segunda instância conhecem e julgam de provas que por eles não foram colhidas’” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 308-309).

⁷⁸ “O CPC/2015 prevê expressamente que a medida de produção antecipada não previne a competência do juízo para a ação que eventualmente se venha a propor com utilização da prova antes produzida. Essa norma é compreensível em face: (a) do caráter não constrictivo da medida; (b) da ausência de juízo, nem mesmo sumário, sobre o mérito da pretensão principal; (c) da eventualidade de uma ação principal. Tal diretriz, já consolidada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (TFR, Súmula 263), é ainda mais justificável diante da ênfase à autonomia da tutela à prova no Código de Processo Civil de 2015” (TALAMINI, Eduardo, *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*, p. 8).

Soma-se aos fatores acima a mitigação do princípio da oralidade pelo atual CPC. Diferentemente do CPC-73, a regra da identidade física do juiz não mais encontra previsão legal expressa no processo civil.⁷⁹ De igual modo, relativizando o subprincípio da imediatidade (ou da imediação), a codificação vigente adotou o interrogatório direto como método de inquirição na audiência de instrução e julgamento, no qual cabe às partes formular suas perguntas diretamente às testemunhas arroladas, sem a intermediação do juiz (CPC, art. 459, *caput*)⁸⁰⁻⁸¹.

Como se vê, o sistema processual pátrio admite, ainda que em caráter excepcional, a desvinculação entre as atividades de *produção* e de *valoração* da prova:⁸² a produção da prova não se dá, necessariamente, no mesmo processo e/ou perante o juízo responsável pela sua valoração, sendo certo que essa circunstância em nada macula sua validade e/ou eficácia, nem viola a garantia constitucional do juiz natural e o já mitigado princípio da oralidade.⁸³

⁷⁹ Veja-se esclarecedora análise de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “No vigente Código de Processo Civil a oralidade ficou de fato seriamente comprometida pela não-inclusão da regra da identidade física do juiz, consagrada nos estatutos precedentes. [...] A ausência dessa regra no Código de 2015 constitui realmente um golpe no princípio da oralidade, porque, tomada a prova oral por um juiz mas vindo outro a decidir a causa, este que julgará não terá tido qualquer contato oral com a prova” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2, p. 523-524). Analisando a relativização da oralidade sob a égide do CPC-73, WILLIAM SANTOS FERREIRA aponta que: “[...] a cada dia decresce a aplicação e eficiência da identidade física do juiz, especialmente porque, o próprio CPC, excepciona a regra quando se trata de prova a ser produzida em outra comarca, razão pela qual, sob este aspecto específico, não se pode genericamente impedir a prova emprestada” (FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 146).

⁸⁰ Apesar de manter a regra segundo a qual as testemunhas devem ser ouvidas na sede do juízo (CPC, art. 449), o atual CPC distanciou-se do método de inquirição vigente à época do CPC-73, no qual competia ao juiz formular as perguntas às testemunhas. É o que previa o *caput* do art. 416, do CPC-73: “o juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento”.

⁸¹ A despeito dessa relativização, ainda é desejável que as provas – especialmente a prova oral –, sejam produzidas perante o juízo responsável pela decisão: o maior contato do julgador com as fontes de prova, cioso dizer, aumenta as chances de que a decisão final seja mais rente aos fatos da causa (RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da prova emprestada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 11, n. 41, jan./mar. 2010, p. 166-170). O que não se admite é erigir a oralidade ao *status* de requisito imprescindível para a admissibilidade da prova: tal exigência atritaria com o direito constitucional à prova e, em última análise, com as garantias constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. Nesse sentido: “Mas nem a oralidade é um valor tão elevado em si mesmo, que pudesse ser usado como escudo contra legítimos expedientes destinados a assegurar o acesso à justiça; nem a própria lei a consagra tão intensamente como desejariam seus defensores. [...] A fragilidade do princípio da oralidade perante o direito positivo tem por consequência a análoga fragilidade da objeção fundada na suposta pureza com que a lei brasileira o adotaria” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 108).

⁸² Sobre a desvinculação das atividades de produção e de valoração da prova antecipada e da prova emprestada à luz do princípio do juiz natural: LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 185 *et seq.*

⁸³ Relacionando a mitigação da oralidade e a crescente admissão da prova emprestada no processo civil brasileiro: TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 97-99. O artigo do autor se tornou referência

É dentro desse racional que se extrai a admissibilidade da prova emprestada no processo civil. Apesar de inicialmente surtir efeitos no processo em que é produzida, a prova tem o condão de, atendidos determinados requisitos gerais e específicos (*infra*, n. 13), extrapolar o seu limite probante originário. Mantendo sua eficácia e valor probatório iniciais, a prova é reaproveitada em processo distinto – com o qual guarde um grau mínimo de pertinência fática (*infra*, n. 13.1) – sendo, por conseguinte, valorada por juiz que não participou da respectiva etapa de produção.

A esse fenômeno dá-se o nome de prova emprestada, técnica processual de *extensão dos efeitos* da prova para além do processo no qual originariamente produzida. E, como relevante inovação legislativa, o atual CPC tratou expressamente do tema em seu art. 372, segundo o qual “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.⁸⁴ O dispositivo é claro ao autorizar o reaproveitamento de prova de processo anterior e a sua valoração por juízo diverso, reforçando o aludido fenômeno de *desvinculação* entre as atividades de produção e de valoração da prova no processo civil.

7. CONCEITO E ABRANGÊNCIA

Entende-se por prova emprestada aquela que, produzida em um determinado processo e tendo nele gerado efeitos, é posteriormente transportada para outro, visando a produzir efeitos no processo que a recebe.⁸⁵ Trata-se de técnica de aproveitamento de atividade

sobre o tema e, em que pese produzido há mais de 20 (vinte) anos, mantém-se atual por enfrentar questões controversas envolvendo o empréstimo de provas, em relação às quais ainda não há consenso na doutrina e na jurisprudência.

⁸⁴ Para um panorama da evolução histórica da prova emprestada no processo civil brasileiro: HUNGRIA, Denise Ferragi. *Análise da prova emprestada no processo civil*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 73-78.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, Prova emprestada, p. 66. Apresentando conceito similar: BUIKA, Heloisa Leonor. Prova emprestada. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 127, p. 30-44, out. 2013, p. 31; CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 53. Para MOACYR AMARAL SANTOS: “Muito comum é o oferecimento em um processo de provas produzidas em outro. São depoimentos de testemunhas, de litigantes, são exames, trasladados, por certidão, de uns autos para outros, com o fim de fazer prova. Tais são as chamadas *provas emprestadas*, denominação consagrada entre os escritores e pelos tribunais do país. É a prova que ‘já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão’, define Bentham” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 307).

probatória desenvolvida em processo anterior, por meio do traslado para o processo atual dos elementos que a documentaram.⁸⁶

De nossa parte, prova emprestada é a prova regularmente colhida em um processo – ainda em curso ou já findo –, que, por razões de economia processual ou para assegurar o direito constitucional à prova da parte, é transportada documentalmente para outro processo, para nele produzir efeitos e contribuir para a formação do convencimento do juízo destinatário.

Nem todo transporte de provas entre processos caracteriza, contudo, efetiva hipótese de empréstimo.⁸⁷ O critério distintivo é o momento de constituição da prova que se pretende emprestar – se antes ou durante o processo de origem – e a influência do contraditório das partes na formação do seu conteúdo (e resultado).

Nesse aspecto, só haverá autêntico empréstimo das provas classificadas como *causais*, *simples* ou *constituendas*, ou seja, daquelas provas produzidas no processo, sob o contraditório das partes e cuja colheita está intrinsecamente relacionada à necessidade de demonstração dos fatos alegados nos autos. Apenas as provas causais, por serem produzidas no curso do processo, têm o seu conteúdo afetado pelo grau de realização do contraditório das partes na fase de produção probatória. A depender dos quesitos submetidos ao perito e/ou das perguntas formuladas às testemunhas em audiência, a prova poderá apresentar resultados diversos o que, em última análise, para além de surtir efeitos no processo em que produzida, invariavelmente interferirá no processo para o qual a prova possa vir a ser futuramente transportada.⁸⁸

Igual raciocínio, contudo, não se estende às provas *pré-constituídas* como a documental, cuja formação se dá previa e independentemente de um processo (*i.e.*, não são elas produzidas, necessariamente, para serem utilizadas como prova em uma demanda judicial).⁸⁹

⁸⁶ TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 93.

⁸⁷ Sobre a classificação das provas em causais, simples ou constituendas e pré-constituídas, abordada neste tópico: SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 70-71.

⁸⁸ “[...] as *preconstituídas*, conquanto tomadas de empréstimo de processo anterior, por isso que por si mesmas têm valor probatório, não dão lugar a dúvida alguma. Valem, igualmente, em qualquer juízo que forem apresentadas. [...] Não assim as provas *casuais* ou *simples* – as que se colhem ou se produzem no decurso do processo, sem que tenham sido intencionalmente constituídas e preparadas para a demonstração dos fatos ali aventados pelos litigantes. O valor destas oscila de zero ao que lhes poderia ser atribuído no curso da causa” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 309).

⁸⁹ “Consideram-se emprestadas apenas as *provas casuais*, e não as *preconstituídas* porventura já utilizadas em processo anterior. Quanto a estas últimas, seu valor probatório será sempre o mesmo, qualquer que seja a

Em relação à prova pré-constituída, o contraditório das partes não se efetiva na etapa de formação de prova – até porque sua existência é prévia ao processo –, mas apenas *a posteriori*, por meio de manifestação *sobre* prova já produzida e juntada aos autos.⁹⁰ O contraditório *a posteriori* não interfere no conteúdo da prova e será rigorosamente o mesmo em qualquer processo que ela venha a ser apresentada (ainda que já utilizada em processo anterior). É nesse sentido que se diz que qualquer documento – *v.g.*, escritura pública; instrumento particular; termo de quitação etc. –, por existir antes do processo e sem ter seu conteúdo afetado pelo contraditório das partes, mantém sua eficácia própria e força probante em qualquer processo que venha a ser utilizado.⁹¹

Por isso, ao menos tecnicamente, só se fala em empréstimo de provas causais, simples ou constituídas – tais como o depoimento pessoal das partes, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial –, formadas no curso de um processo e cujo conteúdo é impactado pelo grau de realização do contraditório das partes no processo de origem.⁹²

natureza do processo em que elas se produzam, independentemente do número de vezes que isto aconteça. Uma escritura pública, ou mesmo um documento particular, ainda que já empregada como prova em processo anterior, não será considerada prova emprestada quando novamente for produzida em processo subsequente – apenas aquelas formadas no curso do processo anterior serão assim consideradas, quando utilizadas novamente num segundo processo” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 341).

⁹⁰ “As provas pré-constituídas não oferecem qualquer dificuldade para compartilhamento da prova. Como as mesmas precedem ao processo, o contraditório sobre elas ocorre sempre no processo no qual apresentadas e não durante sua formação propriamente dita. Assim eventual escritura pública ou instrumento particular constante de um processo, pode migrar para o outro como prova emprestada, independentemente das partes deste feito participarem daquele. Basta que o juiz permita o exercício do contraditório sobre tal prova pré-constituída e encartada (art. 437, § 1.º). Ora, a forma de realização do contraditório no processo de destino é idêntica aquela instaurada no processo de origem, as partes não teriam outras oportunidades no processo de origem do que aquelas conferidas no processo de destino, pelo que inexistente qualquer prejuízo ao exercício do contraditório” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018. v. 2, p. 223). Os autores adotam conclusão diversa da exposta neste trabalho, entendendo como possível o empréstimo de provas pré-constituídas.

⁹¹ “Bem por isso, o traslado de prova documental já apresentada em outro processo não constitui ‘prova emprestada’. Não há, neste caso, o contraste entre forma e valor potencial” (TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 94). No mesmo sentido: “[...] se um documento é juntado em determinado processo, aquele que é parte em outro poderá obter uma cópia reprográfica e promover a sua juntada, tendo o mesmo valor em ambos os processos” (FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 144). Em sentido oposto, admitindo o empréstimo de prova documental: DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117; THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 952; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, p. 196; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. v. 2, p. 223.

⁹² “Não se incluem no conceito de provas emprestadas as meras cópias de *documentos* existentes em outros autos, porque cada documento vale por si próprio e pela eficácia que tiver. A circunstância de já ter prestado utilidade em um processo não altera sua natureza nem influi em seu poder de convicção. Só as provas *constituídas no processo* são suscetíveis de autêntico *empréstimo*, a saber, a oral, a pericial e a inspeção judicial” (DINAMARCO,

Também não se incluem no conceito de prova emprestada as provas colhidas em sede de cartas precatórias, rogatórias ou de ordem.

O juízo deprecado atua como um prolongamento do juízo deprecante, exercendo o papel de executor da providência por este solicitada. A devolução da carta precatória, rogatória ou de ordem ao juízo no qual tramita a ação principal – contendo a prova colhida perante o juízo deprecado –, não caracteriza situação de empréstimo, devendo-se considerar, em tais casos, que a prova fora produzida perante o próprio juiz da causa.⁹³ Ademais, pelo conceito de prova emprestada adotado neste trabalho, o empréstimo pressupõe o transporte da prova *de um processo para outro*, o que não ocorre com as chamadas “provas (de) fora da terra”, as quais, apesar de colhidas perante juízo diverso, consideram-se como produzidas no mesmo processo.

Por fim, no caso de utilização de provas antecipadas em um processo futuro, convém distinguir as provas produzidas com base no risco de perecimento ou de difícil renovação quando da demanda principal, daquelas colhidas para se aferir a viabilidade de autocomposição e/ou chances de êxito das partes em eventual ação futura.

A utilização de prova colhida antecipadamente com base na urgência (CPC, art. 381, inc. I) não se dá a título de empréstimo. Apesar da sua produção ter sido realizada antes do momento processual ordinário – qual seja, a fase de instrução probatória do processo para o qual emprestada –, a prova originariamente já pertence ao processo de destino.⁹⁴ Antecipa-se a produção da prova apenas pelo “fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”, permitindo que ela venha a ser

Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 110). No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 133.

⁹³ “[...] não integra a noção de prova emprestada a prova produzida no juízo deprecado, porque este juízo é um prolongamento do primeiro (v.g., a testemunha, não residente no juízo em que se processa a demanda, por não estar obrigada a sair da sua residência, presta depoimento no foro onde mora e seu depoimento é considerado como se fosse prestado perante o juiz da causa)” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 53). No mesmo sentido: “[...] quando falamos de provas ‘fora da terra’ que são aquelas produzidas perante o juízo deprecado em função das cartas precatória, rogatória ou de ordem é evidente que não estamos frente a uma hipótese de prova emprestada, já que, trata-se apenas do prolongamento do mesmo juízo. A prova, então, foi produzida perante o mesmo juízo” (AURELLI, Arlete Inês, *Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015*, p. 394-395).

⁹⁴ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 104. Para DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, caracteriza hipótese de empréstimo a utilização, no processo principal, de prova colhida em sede de tutela de urgência cautelar antecedente (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 553).

avaliada pelo juiz da futura ação principal.⁹⁵ Há, assim, uma evidente vinculação entre a prova antecipada e outro processo judicial, no qual aquela produzirá seus regulares efeitos.

A hipótese acima se distingue daquelas previstas nos incs. II e III do art. 381, do CPC, nas quais não há uma vinculação apriorística da prova antecipada a um processo pendente ou futuro. A prova é colhida para subsidiar a tomada de decisão do interessado – ajuizamento de ação ou adoção de outro meio adequado para solucionar o conflito – e os efeitos da prova antecipada se restringem, ao menos inicialmente, à própria ação probatória. Por isso, o eventual uso (e produção de efeitos) da prova antecipada em processo distinto, se dará na forma de empréstimo.⁹⁶⁻⁹⁷

Por fim, a juntada de cópia de sentença proferida em outro processo não caracteriza situação de empréstimo de prova.⁹⁸ A sentença é um *pronunciamento do juiz* (CPC, art. 203, *caput* e § 1º) e não possui natureza jurídica de prova. Possíveis efeitos de uma sentença em outros autos decorrem do trânsito em julgado do ato judicial: a autoridade da coisa julgada material impede nova decisão sobre questão já apreciada em caráter definitivo pelo Poder Judiciário (fenômeno da *indiscutibilidade* ou da *eficácia positiva* da coisa julgada), seja ela principal (CPC, art. 503, *caput*) ou prejudicial (CPC, art. 503, § 1º).

⁹⁵ Analisando a questão sob a égide do CPC-73, veja-se a pertinente observação de WILLIAM SANTOS FERREIRA: “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 [...]. Não são casos de prova emprestada, porque a prova já é realizada para ser utilizada em outro processo” (FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 143).

⁹⁶ Em sentido diverso, EDUARDO TALAMINI sustenta que a reutilização de qualquer prova antecipada em outro processo se dá a título de empréstimo: “Como dito, nem sempre a prova antecipada será depois utilizada em algum processo. Porém, quando utilizada em processo subsequente, a prova antecipada lá ingressa como prova emprestada (art. 372)” (TALAMINI, Eduardo, *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*, p. 4).

⁹⁷ Em que pese a distinção acima, em todas as hipóteses do art. 381, do CPC, a parte contra quem a prova possa vir a ser utilizada, deve ter participado em contraditório da sua produção na ação probatória (TALAMINI, Eduardo, *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*, p. 4-5).

⁹⁸ Conforme precisa lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “Nem é prova emprestada a cópia de *sentença* proferida em outro processo, simplesmente porque *sentença não é prova*. Com a exibição de sua cópia demonstra-se somente a existência de um precedente judiciário que pode até ser muito valioso e, no máximo, comprova-se que uma *causa prejudicial* já foi julgada, bem como o teor desse julgamento. A sentença que julgou procedente a ação de investigação de paternidade não é *prova* da relação biológica a ser levada em conta e avaliada no processo por alimentos – mas demonstração de uma filiação já definitivamente dada por existente ou inexistente e agora insuscetível de nova apreciação, não sendo, portanto, objeto de novo julgamento (causas prejudiciais [...])” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 110-111).

8. NOMENCLATURA

Há um equívoco na terminologia “prova emprestada” para se referir à técnica em exame.⁹⁹ O termo *empréstimo* pressupõe a restituição da prova ao processo de origem, no qual produzida, desconsiderando que, uma vez admitido o transporte da documentação para uma causa atual, a prova que se “empresta” passa a integrar definitivamente o conjunto probatório do processo que a recebe.¹⁰⁰

O art. 372, do CPC, também não emprega o termo prova emprestada. O dispositivo apenas autoriza o juiz a admitir a “utilização de prova produzida em outro processo”, sem atribuir-lhe um nome jurídico específico. E, pela inexistência de nomenclatura legal, mostra-se mais adequada a adoção dos termos transferência, transporte, reutilização ou reaproveitamento da prova.¹⁰¹

Não obstante, é inegável que a expressão “prova emprestada” está há muito consagrada em sede doutrinária e jurisprudencial. O termo já era utilizado sob a égide do CPC-73 e, mesmo com a promulgação do atual CPC – que deu tratamento expresso à técnica do empréstimo –, não se justifica o emprego de nova denominação em substituição àquela amplamente aceita.

9. NATUREZA JURÍDICA

A prova emprestada era considerada uma modalidade de prova atípica sob a égide do CPC-73,¹⁰² vale dizer, meio de prova não previsto em lei, mas admitido com base na

⁹⁹ Doutrina e jurisprudência comumente se referem à técnica da prova emprestada como prova transportada, trasladada e, ainda, transladada, razão pela qual todas as denominações são utilizadas de forma indistinta ao longo deste trabalho.

¹⁰⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*, v. 2, p. 222. Como bem anota MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI: “Essa é a importância da ‘prova emprestada’, que de empréstimo, aliás, não tem nada, porque provavelmente nunca haverá a necessidade de ‘devolução’ dessa prova ao processo de origem” (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 197).

¹⁰¹ LOPES, João Batista. Comentário ao art. 372. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 253; ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha, *Direito processual civil*, p. 841.

¹⁰² “Além dos meios de prova *típicos*, que são elencados e disciplinados em lei, outros podem ser admitidos no processo civil, posto que não elencados nem disciplinados por lei alguma, desde que moralmente legítimos.

regra da atipicidade dos meios de prova (CPC-73, art. 332).¹⁰³ A regra em análise permitia às partes empregar todos os meios moralmente legítimos, ainda que não especificados na lei processual, para fazer prova dos fatos alegados.

Inovando em relação à codificação processual anterior, o atual CPC trata expressamente da prova emprestada em seu art. 372, dispositivo inserido na Seção I do Capítulo XII do código, que elenca disposições gerais sobre direito probatório.

De um lado, a positivação da prova emprestada torna desnecessário o recurso à regra da atipicidade dos meios de prova, hoje prevista no art. 339, do CPC, para extrair o fundamento de validade do empréstimo, tal como se fazia à época do código revogado. De outro, o tratamento legal na seção de disposições gerais sobre provas no processo civil – e não em seção própria, como se dá em relação à prova documental, testemunhal, pericial, inspeção judicial etc. –, revela que o instituto da prova emprestada, mais que meio de prova, possui uma natureza jurídica específica.

A questão topográfica permite afirmar que a prova emprestada possui natureza jurídica de *técnica* de transporte de provas típicas e/ou atípicas entre processos¹⁰⁴ e,

Tais são as *provas atípicas*, ou *meios atípicos de prova*. É atípica, p. ex., a *prova emprestada*, a que o Código de Processo Civil não faz a menor alusão mas, ainda que muito cautelosamente, os tribunais admitem desde que seu emprego não transgrida a garantia constitucional do contraditório [...]” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3 p. 93). JOÃO BATISTA LOPES, apesar de analisá-la sobre a ótica da atipicidade, já destacava que a prova emprestada consistia mais em uma forma ou modo de ingresso de prova em outro processo: “Conquanto se possa pôr em dúvida se, tecnicamente, a *prova emprestada se inclui entre as provas atípicas* – em verdade, cuida-se mais propriamente da forma ou modo pelo qual uma prova (típica ou atípica) ingressa nos autos, e não de uma espécie diversa de prova – nada impede seja ela estudada como tal, presente a circunstância de não estar prevista expressamente, no ordenamento, sua admissibilidade” (LOPES, João Batista. *Provas atípicas e efetividade do processo*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, v. 5, n. 5, jan./jun. 2010, p. 393).

¹⁰³ Nos termos do art. 332, do CPC-73, “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”. Para uma análise aprofundada do dispositivo legal em comentário: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Provas atípicas*. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 19, n. 76, p. 114-126. out./dez. 1994. O dispositivo inovou em relação ao viés restritivo adotado pelo CPC-39, cujo art. 208 só admitia os meios de prova expressamente previstos na legislação (“são admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civís e comerciais”).

¹⁰⁴ Como bem esclarece CASSIO SCARPINELLA BUENO: “Mais que *meio* de prova, a chamada prova emprestada merece ser compreendida como *técnica de produção* da prova que já foi produzida em outro processo e cuja renovada produção pode se mostrar impossível ou, quando menos, pouco ou nada produtora, inclusive, mas não só em termos econômicos ou de tempo” (BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 330). Há, no entanto, quem entenda que a prova emprestada teria se tornado espécie de prova típica com a promulgação do atual CPC: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 97; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: comentários ao CPC de 2015, v. 2, p. 222.

pela sua relação *instrumental* frente aos demais meios de prova – estes sim objeto de transporte –, ela não interfere na natureza propriamente dita da prova que se empresta.

Por isso se diz que a prova emprestada tem a *potencialidade* de manter o seu valor originário no processo de destino: sendo uma técnica de reaproveitamento de provas, a natureza típica (*e.g.*, depoimento pessoal, testemunhal, pericial etc.) ou atípica da prova que se empresta permanece intacta no processo que a recebe.

A prova objeto de empréstimo, por sua vez, possui natureza dúplice: é uma prova pré-constituída em relação ao processo que a recebe, mas, em si mesma considerada, será sempre e necessariamente uma prova causal, simples ou constituenda, pois formada no curso do processo de origem e sob o contraditório das partes (*supra*, n. 7).

10. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A utilização da prova emprestada encontra fundamento nas garantias constitucionais da razoável duração do processo (CF-88, art. 5º, inc. LXXVIII),¹⁰⁵ reflexo no ordenamento jurídico interno do princípio econômico, formativo do processo, e do contraditório, mais especificamente do direito constitucional à prova que dele decorre (CF-88, art. 5º, inc. LV).

É crescente a preocupação do Estado em conferir respostas ágeis às causas judicializadas, permitindo que os conflitos submetidos ao crivo do Poder Judiciário sejam solucionados de forma célere e com o mínimo dispêndio de recursos. O acúmulo de processos pendentes de julgamento reforça a necessidade de adoção de técnicas que abreviem o procedimento, alcançando-se o maior grau de efetividade com o emprego cada vez mais reduzido de atividade processuais. Mas, ao mesmo tempo que dilatações indevidas devam ser

¹⁰⁵ O princípio da razoável duração do processo foi introduzido na CF-88 pela EC n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que acrescentou o inc. LXXVIII ao art. 5º do texto constitucional. Mesmo antes da promulgação da EC n. 45-04, a garantia da razoável duração encontrava amparo no princípio do devido processo legal, além de previsão expressa no Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 678-92. Para uma análise da instituição do direito a uma duração razoável do processo pela EC n. 45-04: SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 432-433. No âmbito infraconstitucional, o legislador de 2015 optou por reproduzir o princípio no capítulo relativo às normas fundamentais do processo civil. O art. 4º, do CPC, prevê que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução do mérito, garantia essa que se estende à atividade satisfativa.

coibidas, há que se assegurar que o processo tramite pelo tempo necessário para produzir resultados adequados e legítimos, sem que sejam violadas outras garantias constitucionais do processo (*e.g.*, devido processo legal; contraditório; ampla defesa etc.).

Na busca por equilíbrio entre celeridade e observância do devido processo legal, a prova emprestada confere um trâmite mais célere ao processo que a recebe – evitando a repetição de atos probatórios já validamente realizados –, ao mesmo tempo que assegura contraditório efetivo das partes tanto no processo de origem (CPC, art. 372) quanto no de destino (CPC, art. 437, § 1º). Se uma prova relevante foi regularmente colhida em processo anterior e tendo a parte potencialmente prejudicada com o empréstimo participado da sua formação, é perfeitamente possível – e desejável – o seu reaproveitamento, eliminando (ou, ao menos, diminuindo) custos adicionais com a sua desnecessária repetição.¹⁰⁶ O empréstimo da prova reduz o custo econômico e o tempo de tramitação processual, dispensando dilação probatória para a demonstração de fatos alegados na causa atual que já tenham sido objeto de prova em processo anterior.¹⁰⁷

Além da inquestionável economia processual, eventuais restrições probatórias existentes no processo em curso podem ser superadas pela aplicação da prova emprestada. Nas hipóteses de impossibilidade (*e.g.*, morte de testemunha já ouvida em juízo; perda ou deterioração de bem periciado anteriormente etc.)¹⁰⁸ ou de difícil renovação da prova (*e.g.*, oitiva de testemunha que tenha se mudado para domicílio desconhecido; perícia complexa

¹⁰⁶ RETAMOSO, Mariana Borges, A (in)eficácia da prova emprestada, p. 179. Na jurisprudência do STJ: “A admissão da prova emprestada no processo civil tem como objetivo precípua otimizar a prestação jurisdicional, viabilizando o aproveitamento em um dado processo de prova já produzida em outro. [...] É inegável que 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, a qual tende a ser demasiado lenta e dispendiosa, notadamente em se tratando de provas periciais na realidade do Poder Judiciário brasileiro. Nesse norte, a economia processual decorrente da utilização da prova também 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 Carta Magna pela EC 45/04” (STJ, CE, EREsp n. 617.428-SP, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 4.6.14, v.u.).

¹⁰⁷ “A prova emprestada está inserida no contexto do princípio da *economia processual*, pelo qual se pretende buscar a máxima efetividade do direito material com o mínimo emprego das atividades processuais, uma vez que a parte não tem de demonstrar novamente as alegações que já foram provadas em outro processo, bem como na idéia da *unidade da jurisdição*” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 53).

¹⁰⁸ “Através delas aproveitam-se em um processo os atos de *produção da prova* já realizados em outro, sem necessidade de repetição e com a vantagem de tornar possível o conhecimento oriundo de fontes talvez até não mais disponíveis quando o processo destinatário dessa prova é realizado (testemunhas que morrem ou desaparecem, vestígios que não existem mais etc.)” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 108).

de alto valor etc.), a admissibilidade do empréstimo resguarda o direito constitucional à prova das partes do processo de destino.

Em suma, a técnica da prova emprestada confere maior efetividade ao processo que a recebe, acelerando a prestação da tutela jurisdicional ao evitar o refazimento de atividade probatória já validamente realizada. Nas hipóteses de irrepetibilidade ou de difícil renovação da prova na causa atual, o empréstimo permite que as partes superem seus ônus probatórios, assim como robustece o conjunto probatório que servirá de base para a análise do pedido de tutela jurisdicional.¹⁰⁹

11. FORMA DE INGRESSO

A prova emprestada aporta no processo de destino como documento.¹¹⁰

A forma de ingresso da prova no processo destinatário, que se dá como documento, não interfere na natureza jurídica e nem no valor potencial da prova que se empresta, a qual será recebida no processo de destino – se respeitados os seus requisitos de admissibilidade (*infra*, n. 13) – com a mesma natureza que possuía no processo em que originariamente colhida. Assim, o empréstimo de prova oral (*e.g.*, depoimento pessoal da parte; oitiva de testemunha etc.) e/ou prova pericial, apesar de realizado sob a forma de documento,

¹⁰⁹ A dupla finalidade da prova emprestada é bem analisada por EDUARDO TALAMINI: “A função primeira e imediata do empréstimo da prova é a economia processual. Busca evitar a repetição desnecessária de atos a fim de que, com menor dispêndio de tempo e recursos materiais, o processo seja mais acessível a todos (é aplicação do célebre “princípio econômico”, formativo do processo). [...] Assim, preenchidos os pressupostos específicos e genéricos, a parte tem direito a que se proceda ao empréstimo. Nessa hipótese, a simples possibilidade de sua reprodução não é motivo para a inadmissão. [...] Ocorre que, eventualmente, o empréstimo de prova não se destina apenas à economia processual. Há casos em que a prova é irrepetível ou, quando menos, sua repetição só se faria a um custo bastante alto e despropositado. A prova emprestada, então, assume função diversa e especial: evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil repetição. Seu fundamento passa a ser o próprio direito à prova – radicalmente ligado à ampla defesa e ao acesso à jurisdição: ou permite-se o traslado ou priva-se a parte de provar sua razão” (TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 110-112).

¹¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 133; TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 93; ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha, *Direito processual civil*, p. 841; THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 952; PERES, Raphael José Gireli. A prova traslada no processo civil brasileiro: da prova emprestada entre as mesmas partes: do juízo criminal para o processo civil. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 144, mar. 2015, p. 89.

não transforma tais meios de prova típicos em prova documental ou em prova atípica, sendo preservada a sua natureza e força probante originárias.¹¹¹

O contraste entre *forma de ingresso* no processo – sempre documental – e *valor potencial* da prova, que tem o condão de manter a natureza e eficácia da prova originariamente produzida (*e.g.*, prova oral, pericial, inspeção judicial etc.), confere à prova emprestada um regime jurídico específico.¹¹²

A contraposição entre *forma* e *valor* permite concluir que a prova emprestada é uma espécie de prova *documentada*: apesar de ingressar no processo de destino como documento (*i.e.*, na forma documentada), a natureza original da prova que se empresta permanece intacta, mantendo-se a potencialidade de receber o mesmo valor que lhe fora atribuído no processo em que formada.¹¹³

Por isso, para além do transporte em si – principal marca distintiva da prova emprestada enquanto técnica de produção probatória –, outra característica que lhe é peculiar reside na contraposição entre a sua forma documental (ou documentada) e seu conteúdo e valor potencial, que é exatamente o mesmo da prova na sua essência originária.

¹¹¹ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 105-106. O STJ já decidiu, contudo, que o empréstimo transforma a natureza da prova originária em documental: “na hipótese de prova pericial, uma vez trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental (Cfr. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1, p. 360). Assim, embora o laudo pericial produzido na ação acidentária movida pelo recorrido contra o INSS (fls. 111) tenha sido utilizado como prova emprestada para a prova de fatos pretéritos à presente demanda, o foi sob forma de documento, isto é, como prova documental, cuja autenticidade poderia a recorrente, se quisesse, ter questionado nos termos do art. 390 do Código de Processo Civil, mas que, contudo, não o fez” (STJ, 3ª T., REsp n. 683.187-RJ, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 8.11.05, v.u.). No mesmo sentido: “o laudo pericial foi admitido nesta demanda na forma de documento, conforme ressalta o aresto recorrido, isto é, na qualidade de prova documental, de sorte que sua autenticidade poderia ter sido questionada na forma do art. 390 do Código de Processo Civil” (STJ, 4ª T., REsp n. 772.595-RJ, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 3.2.09, v.u.).

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 110. No mesmo sentido, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES aponta que a contraposição entre forma e conteúdo confere natureza *híbrida* à prova emprestada (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 746). Ainda, como observa EDUARDO TALAMINI: “Eis o aspecto essencial da prova trasladada: apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário. É tal diversidade que confere à prova emprestada regime jurídico específico – o qual não se identifica com o da prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem” (TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 94).

¹¹³ É a posição de DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 189. DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES também considera a ata notarial e a prova antecipada como provas documentadas: apesar da forma de documento, ambas têm o condão de manter a natureza originária da prova nele registrada (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 746).

A conclusão decorre da natureza jurídica de técnica ou de instrumento atribuída à prova emprestada: o registro documental é necessário para que se efetive o transporte da prova de um processo para outro; mas essa circunstância em nada afeta o conteúdo daquela prova, que se mantém o mesmo.

12. PRODUÇÃO NO PROCESSO DE DESTINO

Sendo espécie de prova documentada (*supra*, n. 11), a produção da prova emprestada no processo que a recebe deve observar todas as regras que disciplinam a produção da prova documental (CPC, arts. 434 a 438).¹¹⁴ O procedimento legal visa a assegurar o contraditório da parte contrária sobre a prova trazida aos autos, permitindo que se manifeste sobre a regularidade e pertinência do traslado da documentação antes do juízo de admissibilidade do empréstimo.¹¹⁵

Cabe à parte interessada no empréstimo da prova trazer aos autos todo o registro da atividade probatória realizada no processo de origem – ou, ao menos, certidão atestando seu inteiro teor –, permitindo ao juiz verificar a presença dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada, bem como, superado o juízo de delibação, atribuir-lhe o valor ou peso que reputar adequado, em consonância com os demais elementos de prova colhidos no processo de destino.¹¹⁶

Quanto à prova oral, trasladam-se do processo de origem cópias do pedido de sua produção (*e.g.*, especificação de provas, posterior ao pedido genérico de produção

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, Prova emprestada, p. 66; TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 102. Acerca do procedimento de produção da prova documental sob a égide do CPC-73: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 62-63.

¹¹⁵ TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 102.

¹¹⁶ FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 149. Em sentido diverso, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA entende dispensável o transporte de toda a documentação, defendendo que, apesar de conveniente a juntada de todas as peças, militaria em favor da prova emprestada uma *presunção de regularidade*, cabendo à parte contrária o ônus de demonstrar eventual vício que macule sua eficácia (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1981. t. 1, p. 377-378). Para EDUARDO TALAMINI, a referida *presunção de validade* só se estabelece quando apresentadas todas as peças que documentam a atividade probatória anterior. Juntada a integralidade dessas peças, será ônus da parte contrária comprovar a ocorrência de eventual vício na formação da prova decorrente de fator *externo* ao procedimento probatório (*e.g.*, nulidade de citação etc.), trazendo aos autos cópias suplementares do processo anterior (TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 93-94).

formulado na petição inicial e na contestação); da petição contendo o rol de testemunhas; da decisão que deferiu a colheita da prova; da ata de audiência ou da gravação nas quais registrados o depoimento pessoal da parte ou a oitiva da testemunha etc.¹¹⁷

No tocante à prova pericial, transporta-se cópias do pedido de produção da prova (ou da decisão judicial que determinou sua realização *ex officio*); da decisão ou ata de audiência que delimita o objeto da prova técnica; de eventuais arguições de impedimento e/ou de suspeição do *expert* (CPC, art. 465, § 1º, inc. I); petições das partes indicando assistentes técnicos e formulando quesitos (CPC, art. 465, § 1º, incs. II e III), sem prejuízo dos quesitos eventualmente apresentados pelo próprio juiz do processo de origem; a íntegra do laudo pericial; as manifestações das partes e dos seus respectivos assistentes sobre o laudo; se o caso, os esclarecimentos prestados pelo perito após quesitação suplementar; e, ainda, eventual termo de oitiva do perito em audiência de instrução e julgamento.¹¹⁸

Sendo físicos os autos do processo de origem, deverá a parte interessada requerer perante aquele juízo que determine a certificação da autenticidade dos documentos que pretende utilizar na causa atual, não bastando a mera extração de cópias simples da documentação em que registrada a atividade probatória e sua posterior juntada aos autos do processo de destino.

Referida exigência, todavia, não se aplica aos processos digitais. A lei federal n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, estabelece em seu art. 11 que os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos autos com garantia da origem e de seu signatário serão considerados originais para todos os efeitos legais. Tidos por lei como originais, bastará à parte interessada trazer aos autos do processo de destino todos os arquivos eletrônicos em que registrada a atividade probatória (o que não exclui, evidentemente, o direito da parte contrária de impugnar sua autenticidade, se vislumbrar a existência de vício no documento).¹¹⁹

O *caput* do art. 434, do CPC, impõe às partes o ônus de instruir a petição inicial e a contestação com todos os documentos necessários para fazer prova das suas

¹¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 2. 16. ed. ref. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114.

¹¹⁸ TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 93.

¹¹⁹ As distintas formas de apresentação da prova emprestada, a depender se originária de processo físico ou eletrônico, são bem analisadas por AURELLI, Arlete Inês, Da admissibilidade da prova emprestada no CPC/15, p. 400-401.

alegações. Por isso, se a prova emprestada já existir antes da instauração do processo de destino, ela deverá ser apresentada por autor e réu quando da prática daqueles atos processuais. O dispositivo em comento estabelece hipótese de preclusão consumativa: uma vez protocolada a petição inicial e a contestação, não facultará mais às partes requerer o empréstimo de prova preexistente ao exercício da ação e da defesa. A solução para a juntada extemporânea da prova emprestada será, *a priori*, seu desentranhamento dos autos.

Não se descarta, contudo, a possibilidade de a prova emprestada se destinar à demonstração de fatos ocorridos após o encerramento da fase postulatória aplicando-se, em tais casos, a regra prevista no *caput* do art. 435, do CPC, que autoriza a juntada aos autos de documentos novos, “quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”. A lei processual também admite a “juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos”, hipóteses em que a parte deverá comprovar o motivo pelo qual deixou de juntá-los aos autos no momento oportuno, avaliando o juiz, em qualquer dos casos, a conduta do litigante de acordo com o princípio da boa-fé (CPC, art. 435, parágrafo único).

Ao menos em regra, o empréstimo deverá ser indeferido fora das hipóteses em que a lei autoriza a produção da prova documental (CPC, arts. 434 e 435), sendo o caso de se repetir no processo atual a prova já produzida em processo anterior. Tem o STJ, todavia, admitido a juntada em qualquer tempo de documentos preexistentes ao processo (mesmo em grau recursal), desde que observado o contraditório da parte contrária.¹²⁰ A relativização da preclusão consumativa pela jurisprudência autoriza a produção da prova emprestada em fases mais avançadas do procedimento, ainda que se trate de prova formada antes de instaurado o

¹²⁰ “A regra segundo a qual somente se admite a juntada de documentos novos em momentos posteriores à petição inicial ou à contestação deve ser flexibilizada em atenção ao princípio da verdade real, devendo ser observado, contudo, o princípio do contraditório, efetivamente exercido pela parte na hipótese. Precedente.” (STJ, 3ª T., REsp n. 1.678.437-RJ, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 21.8.18, v.u.). No mesmo sentido: “Consoante o entendimento do STJ, nas instâncias ordinárias, é lícito às partes juntarem documentos aos autos em qualquer tempo (até mesmo por ocasião da interposição de apelação), desde que tenha sido observado o princípio do contraditório; por isso, não há qualquer violação ao art. 396 do CPC, com a juntada de documentos após a réplica” (STJ, 3ª T., REsp n. 660.267-DF, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 7.5.07, v.u.). Não se admite, contudo, o empréstimo de testemunho ou de laudo pericial após a desistência da produção de tais provas no processo de destino, por ter se operado a preclusão: “[...] JUNTADA DE DOCUMENTOS EM GRAU RECURSAL. Descabimento neste caso específico. Prova emprestada. Juntada de mídia contendo oitiva de testemunhas em outros autos. Impossibilidade. Em audiência realizada neste feito, o recorrente desistiu da oitiva das testemunhas. Preclusão. [...]” (TJSP, 18ª Câmara, Dir. Priv., Apel. Cível n. 1001481-96.2019.8.26.0201, rel. Des. HELIO FARIA, j. 5.6.20, m.v.).

processo de destino e já conhecida pela(s) parte(s) antes do protocolo da petição inicial e/ou da contestação.

Para além da produção da prova emprestada em decorrência de pedido das partes, não se exclui a possibilidade de o empréstimo ser determinado de ofício pelo magistrado do processo de destino com base em seus poderes instrutórios (CPC, art. 370), caso tenha conhecimento de prova colhida em outro processo que seja pertinente para o julgamento da causa atual (*infra*, n. 19).

Juntada aos autos toda a documentação na qual registrada a prova, deverá o juiz assegurar o contraditório da parte contrária antes de iniciar o juízo de admissibilidade do empréstimo (CF-88, art. 5º, inc. LV). Se a prova for apresentada pelo autor na petição inicial, o contraditório do réu será exercido em sede de contestação; se a prova for juntada aos autos na defesa, o autor terá a oportunidade de sobre ela se manifestar em réplica (CPC, art. 437). Nos casos em que a prova emprestada for juntada após a fase postulatória (CPC, art. 435), a parte adversa será intimada para dizer sobre a nova documentação no prazo de 15 (quinze) dias úteis, conforme prevê o art. 437, § 1º, do CPC.

A observância do contraditório no processo de destino também decorre do disposto no art. 10, do CPC, que proíbe o juiz de decidir com base em fundamento a respeito do qual não tenha havido prévia oitiva das partes. Será nula a decisão de admissibilidade da prova emprestada sem prévia manifestação da parte potencialmente prejudicada pelo empréstimo, por violação ao contraditório *sobre* a prova já produzida. Mesma lógica se aplica quando a prova for produzida de ofício pelo juiz, que deverá abrir prazo para eventual manifestação de ambas as partes.¹²¹

Deve-se assegurar o contraditório no processo de destino ainda que a parte contra quem a prova é emprestada tenha figurado na relação processual de origem.¹²² Juntada a prova aos autos, poderá a parte, com fundamento no art. 436, do CPC, demonstrar a ausência

¹²¹ Analisando o procedimento de produção da prova documental previsto no CPC-73, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA já apontava que a falta de intimação da parte para dizer sobre documentos juntados no curso do processo era causa de nulidade da decisão com base neles proferida (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução, p. 69).

¹²² “A necessidade de observância do princípio do contraditório nas duas esferas, tanto no processo de origem como no processo de destino, é fundamental para que a prova emprestada possa ser validamente admitida no direito processual civil pátrio; tudo de modo a se respeitar o direito constitucionalmente protegido de zelar-se pelo devido processo legal” (MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Prova emprestada, princípio do contraditório e novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5, p. 425).

dos requisitos de admissibilidade do empréstimo (inc. I); questionar a autenticidade dos documentos juntados (inc. II); suscitar sua falsidade, com ou sem a deflagração do incidente de arguição de falsidade (inc. III); e, ainda, pelo princípio da eventualidade, já se manifestar sobre o conteúdo da prova emprestada (inc. IV), facultando-lhe requerer, em quaisquer das hipóteses acima, a renovação ou a complementação da prova na causa atual.¹²³ Poderá, inclusive, concordar com o empréstimo, vislumbrando naquela prova elementos que fortaleçam as teses por si defendidas no processo de destino.

A violação das regras de produção da prova documental (CPC, arts. 434 a 438) – em especial a que assegura manifestação prévia da parte sobre a prova emprestada –, deverá ser arguida como preliminar de cerceamento de defesa em apelação ou em contrarrazões de apelação (CPC, art. 1.009, § 1º), admitindo-se, em caráter excepcional, a interposição de agravo de instrumento contra a decisão de admissibilidade do empréstimo (Tema Repetitivo n. 988-STJ). Em tais casos, a prova emprestada permanece nos autos, mas a decisão proferida sem o contraditório prévio da parte potencialmente prejudicada deve ser anulada, com a reabertura do prazo para que se manifeste sobre a prova.¹²⁴

13. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Com a juntada da documentação em que registrada a prova e assegurado o contraditório da parte potencialmente prejudicada com a sua produção (*supra*, n. 12), o juiz do processo de destino procederá ao exame de admissibilidade do empréstimo, verificando a presença dos seus requisitos gerais e específicos. Trata-se de atividade de competência

¹²³ “Logo, 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 utilizado” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 57).

¹²⁴ TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 102, que bem distingue as regras de *produção regular* e de *admissibilidade* da prova emprestada, cuja inobservância produz consequências jurídicas distintas no processo que a recebe. Se não observadas as condicionantes para a juntada de documentos (CPC, arts. 434 e 435), a consequência será o desentranhamento da prova emprestada dos autos. No que toca à falta de contraditório no processo de destino, a prova será admitida, mas a decisão proferida sem a prévia oitiva da parte potencialmente prejudicada deverá ser cassada, com a consequente concessão de prazo para que se manifeste sobre a prova emprestada.

exclusiva do magistrado do processo que recebe a prova, que não se vincula a eventual juízo de delibação da prova (positivo ou negativo) realizado no processo anterior.

A decisão que inadmitir o empréstimo e determinar o desentranhamento da prova – assim como as demais interlocutórias que escapam ao rol do art. 1.015, do CPC –, poderá ser impugnada em apelação ou contrarrazões (CPC, art. 1.009, § 1º). Excepcionalmente, contudo, será admissível o agravo de instrumento, se demonstrada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão apenas no recurso de apelação.¹²⁵

13.1. Requisitos gerais

O empréstimo da prova pressupõe um grau de similitude entre os fatos alegados nos processos de origem e de destino,¹²⁶ suficiente para dispensar sua repetição na causa atual.¹²⁷ Não se exige, contudo, identidade total entre os fatos probandos, sob pena de se

¹²⁵ No julgamento do REsp n. 1.696.396-MT e do REsp n. 1.704.520-MT, a Corte Especial do STJ decidiu que: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade *mitigada*, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” (Tema Repetitivo n. 988). Pela tese firmada, só caberá agravo de instrumento contra a decisão que (in)deferir o uso da prova emprestada em hipóteses excepcionais. A título de exemplo: “Como se vê, a legislação prevê rol taxativo de decisões interlocutórias que podem ser atacadas via agravo de instrumento, não se incluindo, dentre elas, a decisão recorrida, que indeferiu a utilização de prova emprestada. É dizer, fora das hipóteses arroladas no artigo 1.015 do Novo Código de Processo Civil, a decisão interlocutória será irrecorrível por meio de agravo de instrumento. Na hipótese dos autos, não se verifica urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação (STJ. Corte Especial. REsp 1704520/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/12/2018 (recurso repetitivo), uma vez que a autora poderá eventualmente, arguir a eventual nulidade da r. sentença de Primeiro Grau, decorrente do alegado cerceamento de defesa, em matéria preliminar, por ocasião da interposição do recurso de apelação” (TJSP, 5ª Câmara. Dir. Púb., AI n. 2146519-12.2020.8.26.0000, rel. Des. HELOÍSA MARTINS MIMESSI, j. 20.7.20, v.u.), No mesmo sentido: TJSP, 3ª Câmara. Dir. Priv., AI n. 2274477-78.2020.8.26.0000, rel. Des. MARIA DO CARMO HONÓRIO, j. 17.12.20, v.u.

¹²⁶ “Somos favoráveis à situação da prova emprestada e, por isso, pela sua admissibilidade, se o fato é o mesmo, visto que um dos requisitos da prova emprestada é a identidade sobre o fato. Se o fato é o mesmo e foi provado em outro processo, porque não se admitir essa prova? E, mais se reforça a admissibilidade dela, porque foi resguardada a garantia do contraditório que se apresenta também como requisito essencial para a possibilidade da prova emprestada” (GÓES, Gisele. *Teoria geral da prova – apontamentos*. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 62-63).

¹²⁷ “A prova emprestada, notadamente na hipótese em apreço, em que se cuida de laudo pericial para apuração de lesões decorrentes de um mesmo fato, é plenamente admissível” (TJSP, 35ª Câmara. Dir. Priv., Apel. Cível n. 1059530-84.2015.8.26.0100, rel. Des. ARTUR MARQUES, j. 13.11.17, v.u.). Ainda, indeferindo o empréstimo de perícia grafotécnica referente a contrato distinto daquele em discussão no processo de destino: “Tal argumento, contudo, foi refutado pela r. sentença recorrida nos seguintes termos: ‘indefiro o sobrestamento ao feito requerido pelo embargado uma vez que a perícia grafotécnica realizada no processo nº 1010240-32.2017.8.26.0003, em trâmite perante a 1ª vara Cível local, refere-se a contrato diferente ao da presente ação.’. Referida conclusão não restou infirmada pelos argumentos trazidos em suas razões recursais que, ressalte-se, sequer abordaram qual contrato a perícia em questão teria por objeto. Daí porque não há falar-se em prova emprestada e aplicação do art. 372 do CPC na análise de assinatura de contrato que não é o título executivo ora em discussão” (TJSP, 18ª Câmara. Dir. Priv., Apel. Cível n. 1010244-69.2017.8.26.0003, rel. Des. HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, j. 28.8.18, v.u.). Inadmitindo o empréstimo de prova pericial por versarem os

inviabilizar o empréstimo da prova. É conveniente o transporte da prova havendo apenas identidade parcial entre as questões a serem decididas no processo de destino¹²⁸ ou mesmo quando a prova somente tangencie a matéria nele debatida.¹²⁹

O requisito é, na realidade, pressuposto lógico de admissibilidade de qualquer meio de prova no processo civil:¹³⁰ não se cogita do deferimento de prova que não possua um grau, ainda que mínimo, de relevância e pertinência com os fatos alegados, e nem de prova voltada à demonstração de fato incontroverso nos autos (*supra*, n. 5).¹³¹

Deve, ainda, ser apta a demonstrar os fatos alegados no processo que a recebe, sendo passível de avaliação e utilização na sentença. Se a questão do processo atual for, por exemplo, aferir a transferência da propriedade sobre imóvel com valor superior a 30 (trinta) salários-mínimos, de nada serviria o empréstimo de testemunho colhido em processo anterior, ainda que a prova oral tenha abordado (e confirmado) a existência do contrato. Não havendo outros elementos de prova – *e.g.*, documento (CPC, arts. 443, inc. II); início de prova por escrito

processos de origem e de destino de relações contratuais distintas: STJ, 3ª T., AgRg no AREsp n. 756.512-SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 27.10.15, v.u.. No mesmo sentido: “PROVA EMPRESTADA - Ação de indenização por desvio de função - Pretensão de utilização de prova produzida em outro processo - Impossibilidade - Embora o art. 272 [sic] do CPC não condicione a utilização de prova emprestada à concordância da parte contrária, despicienda a medida, por tratar-se de prova testemunhal que testifica a ocorrência de desvio de função de outros guardas municipais - Autor, ademais, que já protestou pela produção de prova testemunhal - Recurso não provido.” (TJSP, 6ª Câmara. Dir. Púb., AI n. 2136195-60.2020.8.26.0000, rel. Des. REINALDO MILUZZI, j. 7.8.20, v.u.).

¹²⁸ Na jurisprudência: “ainda que os objetos sejam distintos (revisão do valor do aluguel e renovação da locação), tanto na ação revisional, quanto nesta demanda renovatória há o imóvel como ponto em comum e, como bem considerado, não se vislumbra prejuízo concreto para as partes, em razão do empréstimo da prova produzida, haja vista que o estudo do aluguel já realizado na ação revisional entre as mesmas partes e sobre o mesmo imóvel locado, atual a prova pericial elaborada há alguns meses, pode ser sim considerada nos autos desta demanda, respeitado o contraditório e a ampla defesa” (TJSP, 34ª Câmara. Dir. Priv., AI n. 2000540-63.2013.8.26.0000, rel. Des. SOARES LEVADA, j. 17.6.13, v.u.).

¹²⁹ Deferindo o empréstimo de laudo pericial relativo a imóvel vizinho daquele discutido nos autos, mas que abrangeu o imóvel da autora do processo de destino: TJSP, 34ª Câmara. Dir. Priv., Apel. Cível n. 1016108-36.2019.8.26.0224, rel. Des. LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, j. 29.9.20, v.u. Em sede de ação revisional de lançamento tributário, já se admitiu o empréstimo de perícia que apurou o valor venal de um imóvel distinto, mas localizado no mesmo condomínio e com as mesmas características do imóvel da autora (casos de uniformidade dos valores dos lotes): TJSP, 15ª Câmara. Dir. Púb., AI n. 2103309-47.2016.8.26.0000, rel. Des. EURÍPEDES FAIM, j. 18.8.16, v.u.

¹³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 317; TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 103; GRINOVER, Ada Pellegrini, *Prova emprestada*, p. 67.

¹³¹ Sobre a pertinência da prova emprestada para esclarecer as questões do processo atual, anota MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI que: “Somente em circunstâncias específicas é que seu aproveitamento se mostra satisfatório, como, por exemplo, na utilização, em vários processos, de um único laudo pericial sobre as causas de um determinado acidente de trânsito, principalmente porque os indícios desse acidente tendem a desaparecer com o tempo. Também é preciso levar em consideração a homogeneidade dos fatos, porque se as causas de pedir (remotas) são diferentes em cada processo, de nada adiantará tomar por emprestado o depoimento de uma testemunha ou mesmo o resultado de um laudo pericial. Isso significa que o juiz precisa motivar adequadamente a força probante que ele vai conferir à prova emprestada, sem deixar, obviamente, de fazer referência a qual fato essa prova está relacionada” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86-87).

(CPC, art. 444) etc. —, o empréstimo deverá ser indeferido pelo juiz (CPC, art. 370, parágrafo único), uma vez que a lei civil considera a escritura pública como essencial à validade do negócio jurídico translativo de imóvel (CC, art. 108).

A atualidade da prova é outra circunstância a ser considerada no juízo de admissibilidade. O tempo decorrido entre a colheita e possível empréstimo pode interferir na aptidão da prova de esclarecer as questões da causa atual. O fator temporal interfere, por exemplo, nas conclusões de perícia de avaliação de imóvel urbano e/ou rural, cujo empréstimo será indeferido se não mais refletir o valor de mercado do bem periciado, caso em que será determinada a renovação da prova.¹³²

A prova deverá, ainda, ter sido validamente colhida no processo de origem. Exige-se a observância das regras de produção do depoimento pessoal (CPC, arts. 385 a 388), da prova testemunhal (CPC, arts. 442 a 463), da prova pericial (CPC, arts. 464 a 480) e da inspeção judicial (CPC, arts. 481 a 484).¹³³ É imprescindível, portanto, o transporte de todos os documentos em que registrada a atividade probatória anterior (*supra*, n. 12), permitindo à parte contrária e ao juiz avaliar a regularidade da colheita da prova emprestada na origem. De igual modo, deve-se indeferir o empréstimo de provas ilegais (CF-88, art. 5º, inc. LVI), obtidas em desacordo com o direito material (provas *ilícitas*) ou com o direito processual (provas *ilegítimas*),¹³⁴ cuja admissibilidade no processo civil é sempre excepcional, com base na aplicação do postulado da proporcionalidade.

¹³² “EMBARGOS DE TERCEIRO – Cumprimento de sentença – Pretensão de utilização, como prova emprestada, de laudo de avaliação produzido por oficial de justiça na ação de execução promovida pelo banco interessado, na qual também foi penhorado o mesmo bem imóvel, para fins de alienação judicial – Impossibilidade – Necessidade de realização de nova avaliação, ante o razoável lapso de tempo decorrido desde aquela avaliação efetuada no processo de execução, aliado ao fato de que o mercado imobiliário em nosso país passa por constantes oscilações, inclusive no período ora discutido – Inteligência dos arts. 805 e 873, II, ambos do Código de Processo Civil – Auto de avaliação, ademais, que não revela com precisão a área construída do imóvel – Decisão mantida – Recurso não provido.” (TJSP, 17ª Câmara. Dir. Priv., AI n. 2136465-21.2019.8.26.0000, rel. Des. PAULO PASTORE FILHO, j. 6.11.19, v.u.). Em sentido contrário, deferindo o empréstimo de avaliação de imóvel penhorado em outra execução, apesar de, após aquela prova, o imóvel ter se valorizado por benfeitorias e aumento de área: TJSP, 12ª Câmara. Dir. Priv., AI n. 2095199-54.2019.8.26.0000, rel. Des. CERQUEIRA LEITE, j. 18.11.19, v.u.

¹³³ SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 314.

¹³⁴ “As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 117).

Não se exige que a prova emprestada tenha sido colhida perante o mesmo juiz ou órgão jurisdicional. Os subprincípios da identidade física do juiz e da imediatidade (ou da imediação) – desdobramentos do princípio da oralidade no processo civil – não se impõem a ponto de obstar o empréstimo da prova (*supra*, n. 6).¹³⁵ Aplica-se à prova emprestada o mesmo racional das “provas (de) fora da terra” – colhidas via cartas precatória, rogatória e de ordem – e às provas antecipadas (CPC, arts. 381 a 383) as quais, a despeito de terem sido constituídas perante juízo diverso, poderão ser normalmente avaliadas pelo juiz sentenciante, perante o qual formulado o pedido de tutela jurisdicional.

Também não impede o empréstimo o fato de ser possível a repetição da prova no processo de destino.¹³⁶ A admissão da prova emprestada não se condiciona à existência de restrições probatórias no processo atual, como a impossibilidade ou difícil renovação da prova. Admiti-la apenas em tais casos desconsidera a maior utilidade proporcionada pela técnica do empréstimo – evitar a repetição de atividade probatória já validamente realizada –, em prejuízo da economia e da celeridade processual e, por conseguinte, do princípio da razoável duração do processo (CF-88, art. 5º, inc. LXXVIII).¹³⁷

A fase procedimental do processo no qual colhida a prova também não interfere na admissibilidade do empréstimo. A prova poderá advir de processo que tramita em primeira instância – sentenciado ou não – ou em grau recursal, independentemente do trânsito em julgado de eventual decisão final nele proferida.¹³⁸ Exige-se apenas que tenha sido concluída

¹³⁵ AURELLI, Arlete Inês, Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015, p. 399-400.

¹³⁶ CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 53. No mesmo sentido: “Entendemos que não se deve exigir, como requisito para a admissibilidade e para a eficácia da prova emprestada que não exista a possibilidade de sua reprodução em outro processo. Nos parece que tal exigência atenta contra o princípio da economia processual e quiçá contra o modelo constituição do processo civil, que prima pela razoável duração do processo. Ora, para que se exigir que uma mesma prova seja realizada duas vezes se é perfeitamente possível aproveitar aquela já realizada, em outro processo. Desde que o contraditório seja preservado, não há motivos para não admiti-la” (AURELLI, Arlete Inês, Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015, p. 397).

¹³⁷ Em sentido contrário, admitindo o empréstimo apenas quando for irrepitível a prova no processo atual: ANTUNES, Carla Heidrich; BIANCHINI, Caroline Ribeiro; MAGALDI, Fernando. Prova emprestada: algumas considerações. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, maio/jun. 2000, p. 33; CAMPOS, Yuri Daibert Salomão de. Prova emprestada no processo civil brasileiro: uma análise preliminar.: *Pensar Acadêmico*, Manhuaçu, v. 13, n. 2, p. 9-17, jul./dez. 2015, p. 16.

¹³⁸ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 104. Em sentido contrário, NELSON NERY JUNIOR condiciona a validade da prova emprestada, como documento e meio de prova, ao seu reconhecimento no processo anterior por sentença transitada em julgado (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 281). Para MOACYR AMARAL SANTOS, a prova emprestada só poderia ser considerada como meio de prova ou “ato processado em juízo” se tivesse sua existência ou validade reconhecida pela sentença proferida no processo em que produzida, mas independentemente do trânsito em julgado (SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 307). Na jurisprudência, admitindo o empréstimo de prova pericial produzida no bojo de agravo de instrumento, interposto contra decisão proferida em cumprimento provisório de sentença: “Na hipótese, a prova emprestada utilizada pelo Juiz a quo como razão de decidir foi produzida no agravo de

a atividade de produção da prova no processo de origem, permitindo o traslado de todas as peças que documentam o *iter* probatório e a subsequente aferição da regularidade da colheita da prova pelo juízo destinatário.¹³⁹

A extinção sem resolução do mérito do processo de origem – hipótese em que a prova emprestada não foi objeto de análise na sentença – não produz reflexos na admissibilidade do empréstimo.¹⁴⁰ O que se empresta é a prova lá produzida e não a avaliação ou o peso atribuído à prova pelo magistrado do processo anterior. Especificamente nas hipóteses de ocorrência de perempção (CPC, art. 486, § 3º), as provas colhidas no processo extinto poderão ser utilizadas pelas mesmas partes – desde que em ação com elementos identificadores distintos – e também, em caráter excepcional, por terceiros.¹⁴¹

Nem toda nulidade reconhecida no processo de origem impedirá o empréstimo da prova. Só interferem na sua admissibilidade os vícios verificados antes da atividade probatória que se pretende emprestar e que nela tenham surtido efeitos (v.g., nulidade da citação etc.) ou incidido exatamente no *iter* de formação da prova (v.g., violação das regras processuais de produção da prova que será emprestada etc.). Não havendo tal relação ou nexó de causalidade entre o vício e a prova, o empréstimo deve ser admitido.¹⁴²

instrumento nº 2092429-59.2017.8.26.0562, da 23ª Câmara de Direito Privado, interposto em ação declaratória de inexigibilidade movida por Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda. em face de Brasil Terminal Portuário S/A, ora requerido. Conquanto as autoras não tenham integrado como parte a referida ação, há nítida identidade de objeto, pois em ambos os feitos se discute a natureza jurídica e a exigibilidade da cobrança da THC2 pelo Terminal Portuário” (TJSP, 13ª Câmara. Dir. Priv., Apel. Cível n. 1000200-26.2018.8.26.0562, rel. Des. FRANCISCO GIAQUINTO, j. 12.2.20, m.v.).

¹³⁹ Na jurisprudência, inadmitindo empréstimo de laudo pericial pois ainda pendente de apreciação pedido de esclarecimentos feito por uma das partes do processo de origem: “O laudo ainda não foi concluído, pois se encontra pendente apreciação de pedido de esclarecimentos feito pelos agravados (fls. 386). Por conta disso, a rigor, a prova ainda não foi produzida, visto que não fora homologada pelo D. Magistrado a quo daquela ação, impedindo sua utilização de forma emprestada (CPC, art. 372)” (TJSP, 30ª Câmara. Dir. Priv., AI n. 2230402-22.2018.8.26.0000, rel. Des. MARIA LÚCIA PIZZOTTI, j. 20.2.19, v.u.). Ainda: “Os réus-embargantes, ora agravantes, embora afirmem que foi deferida a produção de prova pericial contábil, nos autos da ação de revisão de cláusulas contratuais, que movem ao banco-autor-embargado, ora agravado, não carregaram para os autos documentos comprovando que esteja sendo realizada, ou que já esteja concluída. Para a utilização de prova emprestada de outro processo, imprescindível que tenha sido concluída e que dela tenha participado a parte contrária” (TJSP, 13ª Câmara. Dir. Priv., AI n. 0089196-06.2008.8.26.0000, rel. Des. ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, j. 4.2.09, v.u.).

¹⁴⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*, v. 2, p. 224; AMARAL, Paulo Osternack, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 109.

¹⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 318-320. O autor ressalva, contudo, que o reaproveitamento de prova colhida em processo perempto só pode se dar em processo futuro com as mesmas partes do processo de origem, única situação na qual a prova emprestada poderia manter sua eficácia originária.

¹⁴² “[...] quando as provas não tiverem sido afetadas de nulidade por motivos que digam respeito à sua admissão ou formação, ou por consequência de anulação do processo por vício de ato anterior à sua produção, poderão

Por fim, a eventual incompetência do juízo perante o qual colhida a prova também não repercute na validade do empréstimo. Nos termos do § 4º do art. 64, do CPC, o reconhecimento da incompetência, seja ela absoluta ou relativa,¹⁴³ *poderá* invalidar apenas os atos *decisórios* proferidos pelo juízo incompetente, sendo perfeitamente possível que, após a remessa dos autos ao juízo competente, este aproveite as provas já produzidas.¹⁴⁴ Pelos mesmos motivos, a prova colhida perante juízo incompetente poderá ser utilizada em processo diverso.¹⁴⁵

13.2. Requisitos específicos

Para além dos requisitos gerais já analisados (*supra*, n. 13.1), o art. 372, do CPC, estabelece dois requisitos específicos para fins de admissibilidade do empréstimo, quais sejam, a *observância do contraditório* e que a prova emprestada tenha sido produzida *em outro processo*.

ser tomadas de empréstimo em causa subsequente, com o seu valor inicial” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 318). No mesmo sentido: AMARAL, Paulo Osternack, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 109; TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 106; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. v. 2, p. 225; CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 58; PARO, Marcelo Laurito, *Prova emprestada no processo civil e o princípio do contraditório*. *Revista ESMAT*, Tocantins, a. 6, n. 8, jul./dez. 2014, p. 31-32.

¹⁴³ Sobre o tema, veja-se o teor do Enunciado n. 238 do FPPC: “O aproveitamento dos efeitos de decisão proferida por juízo incompetente aplica-se tanto à competência absoluta quanto à relativa”.

¹⁴⁴ O atual CPC manteve a disciplina prevista no art. 279, do CPC-39 (“no caso de incompetência do juiz, somente os atos decisórios serão nulos”) e no art. 113, § 2º, do CPC-73 (“declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”).

¹⁴⁵ FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 146; TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 100; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. v. 2, p. 224; AMARAL, Paulo Osternack, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 108; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, p. 135; RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero. *A prova emprestada no NCPC de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.). *Grandes temas do novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5, p. 408. Em sentido contrário, para MOACYR AMARAL SANTOS: “a prova produzida em juízo incompetente é válida e permanece com a sua eficácia inicial, para o efeito de renovação da mesma causa; é sem valor, ainda que entre as mesmas partes, para o fim de ser aproveitada em outro processo, em que se discuta outra relação de direito; e logicamente, é sem qualquer valor para processo debatido entre terceiros. No primeiro caso, guarda sua eficácia, em vista de disposição legal, qual a do art. 279, do Código; nos demais, não tem eficácia alguma, porque se trata de prova nula, produzida por juiz inidôneo, eis que incompetente” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 316-317).

13.2.1. Observância do contraditório

O art. 372, *in fine*, do CPC, estabelece que o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo desde que “observado o contraditório”. Acertou o legislador ao condicionar o empréstimo da prova à efetivação do contraditório, em que pese não tenha detalhado a forma pela qual deva ser interpretada a exigência. Como a técnica pressupõe a migração de provas entre processos, cumpre averiguar se o contraditório exigido pela lei processual é aquele realizado no processo de origem, no processo de destino ou em ambos.

Enquanto garantia integrante de um modelo constitucional de processo, o contraditório impõe que, ao longo de todo o procedimento, as partes possam intervir na construção do provimento jurisdicional, com efetiva participação no debate judicial e intervenção na busca da melhor solução para o caso concreto.¹⁴⁶

Tradicionalmente, o contraditório é analisado com base no binômio *informação-reação*.¹⁴⁷ assegura-se às partes ciência de todas as movimentações havidas no processo (a informação é obrigatória) para o exercício de eventual manifestação (a reação é facultativa, salvo quando em debate direitos indisponíveis).¹⁴⁸ Sob o enfoque das partes, portanto, após a regular comunicação dos atos processuais – praticados pela parte contrária ou pelo juiz –, a realização do contraditório depende da criação de momentos adequados para que as partes possam alegar, provar e, ao final, pedir, participando de forma ativa de todo o *iter* procedimental.¹⁴⁹

¹⁴⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, p. 235.

¹⁴⁷ Para NELSON NERY JUNIOR: “Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis” (NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 245).

¹⁴⁸ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, p. 79-80.

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 345-347. MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI refere-se ao contraditório como garantia das partes de participar no processo e de *influenciar* no convencimento judicial. Para o autor, a ideia acima reforça a estrutura dialética do processo, pelo que sustenta haver uma relação diretamente proporcional entre o espaço existente para o diálogo entre os sujeitos do processo e a qualidade da tutela jurisdicional concedida no seu desfecho. E, da mesma forma que se confere às partes o direito de ampla manifestação nos autos, surge, como outro lado da mesma moeda, o dever do magistrado de proferir decisões que considerem seus argumentos. Em suma, na visão do autor, seria

Nesse contexto, o direito à prova guarda estreita relação com o contraditório, sendo mesmo uma resultante dele: deve-se assegurar a prerrogativa da parte, em eventual reação, de produzir as provas que entender pertinentes para se contrapor aos fatos e argumentos deduzidos pelo adversário, utilizando-as para influenciar eficazmente na formação do convencimento do julgador. Dessa relação, extrai-se a existência do direito de *contradizer provando*,¹⁵⁰ direito público subjetivo das partes de contribuir para a formação do material probatório que serve de base para a decisão judicial, incrementando suas chances de êxito e a própria qualidade da tutela jurisdicional final.

Além do direito de produzir provas e de se contrapor àquelas apresentadas pela parte adversa, o contraditório assegura a participação em toda a atividade voltada à produção da prova. O contraditório das partes na etapa de constituição da prova interfere diretamente no seu conteúdo e, conseqüentemente, no seu potencial persuasivo e de influência no momento da prolação da sentença.¹⁵¹

o contraditório o direito de falar nos autos e também de ser ouvido pelo magistrado (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, *Princípios do processo no novo código de processo civil*, p. 76-77).

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, Prova emprestada, p. 60-61. A autora observa que é na atividade de produção probatória que o direito de *contradizer provando* se manifesta com maior intensidade. Impedir as partes de intervir na etapa de *formação* da prova (*i.e.*, da constituição do material probatório) viola frontalmente a garantia do contraditório – e o direito constitucional à prova dele decorrente – resultando na ineficácia das provas colhidas e na proibição de sua valoração pelo juiz. O art. 415.º do Código de Processo Civil português, em sentido similar, estabelece que: “Salvo disposição em contrário, não são admitidas nem produzidas provas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas”. E, ao tratar do valor extraprocessual das provas, prevê em seu art. 421. que, eventuais restrições probatórias no processo de origem, interferem na eficácia da prova emprestada no processo de destino (“Os depoimentos e perícias produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 355.º do Código Civil; se, porém, o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e perícias produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova”). Para uma análise dos dispositivos legais em comento no direito processual civil português: FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 221; NETO, Abílio. *Novo código de processo civil anotado*. Lisboa: Ediforum, 2014, p. 509.

¹⁵¹ “A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que a ambas as partes se hão de conceder iguais oportunidades de *pleitear* a produção de provas [...]. Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão judicial. Também significa que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, A garantia do contraditório na atividade de instrução, p. 67). Ainda, para EDUARDO JUAN COUTURE: “La facultad de contralor sobre la prueba del adversario se cumple a lo largo de todo el proceso de incorporación de la misma al juicio, Por regla general, un medio de prueba es comunicado a la parte contraria inmediatamente después de formulado el petitorio; continúa el contralor durante el diligenciamiento, como cuando se permite a las partes presenciar las declaraciones de los testigos, o la confesión del adversario o el examen de los peritos; y se prolonga aún luego de incorporado el medio de prueba al juicio, mediante los procedimientos legales de impugnación; falsedad del documento, tacha de testigos, aclaración de los peritos, etc. El contradictorio se produce, pues, antes, durante y después de la producción de la prueba, dentro de las formas dadas por el derecho positivo” (COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopez, 1942, p. 130).

13.2.1.1. *Contraditório no processo de origem*

Considerando que a técnica da prova emprestada pressupõe o transporte de prova produzida em processo anterior, em relação à qual houve efetiva participação da parte na respectiva etapa de constituição (*supra*, n. 13.2.1), o contraditório a que se refere o art. 372, do CPC, enquanto requisito de admissibilidade do empréstimo, é aquele havido no processo em que produzida a prova.¹⁵²⁻¹⁵³

A admissão da prova emprestada depende que a parte contra quem a prova será utilizada tenha participado do processo de origem e de toda a atividade destinada à sua produção, sob pena de ter utilizada contra si uma prova cujo conteúdo (e resultado) foi formado sem sua prévia contribuição em contraditório.¹⁵⁴ Provas colhidas sem a intervenção da parte na respectiva atividade de formação são contra ela *ineficazes* e, conseqüentemente, não poderão ser valoradas pelo juiz, sob pena de nulidade da decisão proferida por violação ao princípio do contraditório.¹⁵⁵

¹⁵² BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 252; AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 107; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 134; CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, p. 236. Ainda, conforme Enunciado n. 52 do FPPC: “Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária”. Na jurisprudência, o TJSP indeferiu o empréstimo de laudo pericial que, embora concluído e juntado aos autos pelo perito, não foi objeto de efetivo debate entre as partes (as mesmas do processo atual), uma vez que o processo de origem fora extinto em razão de acordo: “[...] excepcionalmente não se estabeleceu verdadeiramente o contraditório acerca do valor do imóvel. De fato, o exame do cumprimento de sentença da ação de cobrança condominial revela que, logo em seguida a penhora e nomeação do perito para avaliação do apartamento, as partes fizeram um acordo para parcelamento da dívida. Não houve tempo para suspensão da avaliação, porque o laudo pericial já havia sido elaborado e juntado ao feito. Entretanto, as partes já não tinham qualquer interesse na avaliação, e, por isso, não se estabeleceu qualquer debate acerca do laudo. Nada justificava, em face do acordo, a indicação de assistentes técnicos ou críticas ao trabalho pericial, sem que fosse verdadeiramente observado o contraditório na produção da prova” (TJSP, 36ª Câm. Dir. Priv., AI n. 2084895-59.2020.8.26.0000, rel. Des. PEDRO BACCARAT, j. 26.6.20, v.u.).

¹⁵³ Como bem observa LUIZ FUX: “A *prova emprestada*, para ser transposta, deve ter sido obtida sob ‘contraditório’; isto é, as partes do processo em que ela vai ser utilizada devem ter participado também do processo de fabricação desse elemento de convicção no feito anterior. A prova emprestada, sem esse contraditório, tem valor relativo” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 403).

¹⁵⁴ “É importante salientar que o princípio da ineficácia das provas que não sejam colhidas em contraditório não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas; exige-se, isso sim, que seja posta em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve. Tudo quanto for utilizado pelo magistrado, sem que tenha havido prévia intervenção das partes, acaba sendo reconduzido e reduzido a conhecimento privado do juiz” (GRINOVER, Ada Pellegrini, *Prova emprestada*, p. 63).

¹⁵⁵ Indicando ser o contraditório uma condição de validade das provas: RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 13-35, jun. 2014.

Não observado o contraditório no processo em que colhida a prova (CPC, art. 372), a parte potencialmente prejudicada poderá se opor ao empréstimo e requerer sua renovação na causa atual (CPC, art. 437, § 1º). Não basta, contudo, a alegação genérica de violação ao contraditório: a parte tem o ônus de infirmar o conteúdo da prova, demonstrando o prejuízo derivado da falta de participação na origem, *i.e.*, em que medida a sua intervenção na atividade probatória teria o condão de alterar o resultado da prova.

A prova que se empresta é pré-constituída em relação ao processo de destino, mas, em si mesma considerada, é uma prova causal, simples ou constituenda (*supra*, n. 7). Por ser formada no curso da causa anterior, é imprescindível a intervenção da parte potencialmente prejudicada no desenvolvimento da atividade probatória lá realizada, pois o seu contraditório, para além de ter surtido efeitos na etapa de valoração e de decisão no processo de origem, também interfere na causa atual, para o qual a prova é posteriormente transportada.¹⁵⁶

Por isso, a melhor exegese do art. 372, do CPC, é a de que o contraditório que condiciona o empréstimo da prova só pode ser aquele efetivado no processo de origem. De um lado, o contraditório *a posteriori* das partes restringe-se à eventual manifestação *sobre* prova já produzida, distinguindo-se, pela menor intensidade, daquele havido na etapa de formação (sendo, justamente por esse motivo, insuficiente por si só para fins de empréstimo da prova).¹⁵⁷ De outro, a lei processual já assegura o contraditório sobre a prova após sua juntada aos autos do processo de destino (CPC, arts. 10 e 437, § 1º), valendo, em relação ao art. 372, do CPC, a máxima hermenêutica segundo a qual a lei não contém palavras inúteis.

A conclusão de que bastaria o contraditório *a posteriori* assume como possível o empréstimo de prova documental, desconsiderando que a técnica do transporte só

¹⁵⁶ Em sentido contrário, admitindo o empréstimo de perícia contra réu que não participou em contraditório do processo de origem: “A prova emprestada é admissível, nos termos do art. 372 do CPC, bastando que seja observado o contraditório, o que ocorreu. Como bem ressaltado na r. sentença, o só fato de a ré não ter participado da produção da prova pericial no processo não é óbice intransponível à utilização da prova emprestada. [...] No caso *sub judice* a apelante não se insurge propriamente quanto ao conteúdo da prova pericial, mas apenas quanto sua admissibilidade formal como meio de prova, o que não se mostra suficiente para infirmar sua utilização. Ademais, trata-se de questão relativamente simples, com identificação precisa do ponto técnico controvertido, de modo que a requerida tinha todas as condições técnicas de apresentar impugnação fundamentada sobre a perícia, o que não ocorreu” (TJSP, 1ª Câmara. Dir. Priv., Apel. Cível n. 1033735-14.2016.8.26.0562, rel. Des. ENÉAS COSTA GARCIA, j. 20.1.20, v.u.).

¹⁵⁷ Em sentido contrário, na jurisprudência: “Possível a utilização de prova emprestada pelo Juiz a fim de formar suas razões de convencimento, desde que assegurado às partes que eventualmente não participaram de sua produção, o conhecimento de seu conteúdo e a oportunidade de sobre ela se manifestar, viabilizando o exercício do contraditório e da ampla defesa.” (TJSP, 13ª Câmara. Dir. Priv., Apel. Cível n. 1000200-26.2018.8.26.0562, rel. Des. FRANCISCO GIAQUINTO, j. 12.2.20, m.v.).

abrange as provas causais, simples ou constituídas, formadas no curso do processo.¹⁵⁸ Como a prova documental é espécie de prova pré-constituída e mantém sua eficácia e valor probante em quaisquer autos que venha a ser juntada, não há fundamento para proibir sua reutilização por falta de contraditório na origem, pois o debate das partes sobre a prova documental no processo que a recebe será rigorosamente o mesmo daquele no qual fora juntada anteriormente (*i.e.*, sem o condão de alterar o seu conteúdo, por se tratar de prova pré-constituída). Igual raciocínio, todavia, não se estende às provas passíveis de empréstimo, cujo conteúdo sofre interferência do contraditório das partes na respectiva etapa de constituição.¹⁵⁹

Embora o debate sobre a prova deva ser garantido no processo que a recebe, sua ausência não impacta na admissibilidade do empréstimo. O contraditório no processo de destino é requisito de produção regular da prova documental (*supra*, n. 12). Sua eventual inobservância não acarreta o desentranhamento da prova dos autos¹⁶⁰ – consequência natural do juízo de inadmissão –, mas sim a nulidade da decisão baseada na prova emprestada e proferida sem a prévia oitiva das partes, com a consequente abertura de prazo para manifestação.¹⁶¹

¹⁵⁸ “Por contraditório no processo aonde aporta a prova emprestada não deve ser compreendida apenas a possibilidade de manifestação sobre sua juntada, esta linha equivocada normalmente ocorre porque vista como ‘documento’, contudo, embora a aquisição se dê sob a forma de ‘documento’, sua potencialidade persuasiva para utilização e valoração é de sua natureza originária. Exemplificativamente, nenhum juiz de direito analisa uma oitiva de testemunha de outro processo aportada como prova emprestada, como singelamente um documento, o mesmo em relação aos demais meios, como a prova pericial” (FERREIRA, William Santos. Comentário ao art. 372. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* (coord.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 952).

¹⁵⁹ Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR “o contraditório exigido no art. 372 do NCPC não é, necessariamente, o acontecido ao tempo da produção da prova no outro processo. Refere-se ao direito da parte contra quem o documento é produzido de contradizê-lo no processo atual, inclusive com contraprova. É natural que um documento formado sem participação alguma do novo litigante se apresente muito mais frágil que o produzido em sua presença. Isso, contudo, não o anula aprioristicamente como meio de prova” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 954). Na visão do autor, a prova colhida sem o contraditório da parte no processo de origem pode ser admitida, mas com valor menor em relação à prova produzida com a participação da parte. A conclusão do autor, contudo, parece partir da premissa de que a reutilização de documentos já apresentados em processo anterior caracteriza hipótese de empréstimo.

¹⁶⁰ Com bem distingue EDUARDO TALAMINI: “A observância do procedimento da atividade probatória documental por ocasião do empréstimo não constitui um pressuposto para sua admissão – e sim parâmetro de regularidade do traslado. Não é um requisito de aceitação, mas da sua produção válida, depois de aceita, no segundo processo. [...] se por ocasião da juntada aos autos das peças que documentam a prova emprestada não se der vista às partes (ou à parte adversária da que requereu o traslado), a decisão que nela se fundar será nula, por ofensa ao contraditório. Todavia e por óbvio, a consequência não será a inadmissibilidade do empréstimo, mas a cassação do ato decisório e a concessão da oportunidade que antes faltou” (TALAMINI, Eduardo Prova emprestada no processo civil e penal, p. 106).

¹⁶¹ Na jurisprudência, anulando decisão de admissibilidade da prova emprestada proferida sem prévio debate das partes no processo de destino: “No caso, embora tenha tido oportunidade de exercer o contraditório no processo em que originariamente produzido o laudo pericial de avaliação do imóvel [...], o agravante não foi intimado em primeiro grau para se manifestar a respeito do pleito formulado pelo agravado visando o aproveitamento da prova, o que traduziu inegável cerceamento ao direito de defesa. Vale dizer, incumbia à digna magistrada a

Embora possuam finalidades distintas, o contraditório na origem (efetivado no momento de *formação* da prova causal, simples ou constituenda) e o contraditório no destino (exercido *sobre* a prova emprestada) não se excluem: aquele é pressuposto de admissibilidade do empréstimo (CPC, art. 372); este é requisito de produção regular da prova documental no processo destinatário.

Para melhor ilustrar, suponha-se demanda proposta por “A” contra “B”, na qual tenha sido produzido laudo pericial e colhido depoimento de testemunha, com sentença favorável à “A”. Posteriormente, “A” aciona “C” em juízo e, pela identidade (total ou parcial) de fatos probandos, pretende lançar mão das provas colhidas no processo instaurado contra “B” – até porque se sagrou vencedor naqueles autos. Como “C” não participou em contraditório do processo de origem, no qual produzidas as provas pericial e testemunhal, deve o juiz indeferir o empréstimo. “C” não teve a oportunidade de impugnar o perito judicial, indicar assistente técnico, formular quesitos, manifestar-se sobre o laudo pericial e nem de comparecer à audiência para contraditar e formular perguntas à testemunha ouvida no processo anterior. Não pôde, portanto, participar em contraditório da atividade de colheita das provas cujo empréstimo foi pleiteado por “A”.¹⁶²

“C” só poderia se manifestar *a posteriori* (i.e., sobre provas já produzidas) em nítida posição de desvantagem em relação à “A”, que integrou a relação processual anterior e participou da atividade probatória lá realizada. A intervenção de “C” na origem poderia ter impactado no conteúdo da prova emprestada (*o resultado é condicionado pelo método*)¹⁶³ havendo nítida desproporção entre “A” e “C” em termos de contraditório. Se “C” demonstrar o prejuízo decorrente da sua não participação na origem, o juiz do processo em curso deve indeferir o empréstimo e determinar a repetição daquelas provas na causa atual.

quo, antes de proferir sua decisão aceitando o laudo avaliatório e fixando o valor do imóvel [...], intimar o agravante para se manifestar a respeito, o que não ocorreu. Caracterizado, pois, o cerceamento de defesa, o inconformismo recursal deve merecer o respaldo desta Corte para efeito de se invalidar a decisão correspondente.” (TJSP, 26ª Câmara. Dir. Priv., AI n. 2242053-80.2020.8.26.0000, rel. Des. RENATO SARTORELLI, j. 12.11.20, v.u.).

¹⁶² Inadmitindo o empréstimo de laudo pericial médico requerido pela autora, por ter sido elaborado sem a participação do réu no processo de origem: “A agravante pretende que a perícia médica levada a cabo nos autos nº 1001813-25.2019.8.26.0634 seja aceita para estabelecer o grau de invalidez e viabilizar o pagamento da indenização. Embasa o pedido no que reza o art. 372 do CPC. Contudo, aquele ato foi elaborado sem participação da agravada (fls. 141/151 dos principais). Admiti-lo, implicaria ofensa ao contraditório e à ampla de defesa” (TJSP, 27ª Câmara. Dir. Priv., AI n. 2198011-43.2020.8.26.0000, rel. Des. TAVARES DE ALMEIDA, j. 17.9.20, v.u.).

¹⁶³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: comentários ao CPC de 2015, v. 2, p. 223.

No entanto, não será caso de inadmissão das provas se “C”, por um juízo particular de conveniência, anuir com o transporte, por vislumbrar no laudo pericial e no depoimento da testemunha elementos que fortaleçam suas alegações no processo atual.¹⁶⁴ O contraditório na origem visa a resguardar a posição de “C” como parte potencialmente prejudicada pelo empréstimo; mas nada impede que, intimado para se manifestar (CPC, arts. 437, § 1º), conclua que as provas já produzidas favoreçam seus interesses no processo de destino e concorde com o transporte da documentação.¹⁶⁵

Por outro lado, o traslado das provas pericial e testemunhal deverá ser admitido caso “C” pretenda utilizá-las em face de “A” no processo em curso. Por ter participado da atividade de colheita das provas na origem, “A” não sofrerá prejuízo – em termos de contraditório – com o empréstimo das provas, sendo-lhe ainda resguardado o contraditório *a posteriori* no processo que as recebe (CPC, art. 437, § 1º).

Considerando ser imprescindível o contraditório na formação da prova, a revelia do réu no processo de origem impõe a inadmissibilidade do empréstimo contra si requerido na causa atual. A prova será deferida, contudo, se, posteriormente ao ato de citação, tenha o réu comparecido aos autos e participado da atividade probatória.¹⁶⁶ Mesmo raciocínio se aplica aos processos com menor grau de contraditório e/ou de cognição judicial – em que a lei imponha restrições ao debate das partes sobre as questões fáticas –, casos em que o empréstimo deverá ser indeferido e determinada a renovação da prova no processo em curso

¹⁶⁴ “Em que pese seja imprescindível a realização de perícia judicial para apuração da extensão da invalidez, no caso em comento, a questão restou superada pela anuência das partes ao Laudo produzido em outra ação judicial, podendo ser utilizado como prova emprestada.” (TJRS, Sexta Câmara Cível, Apel. Cível n. 70070491048, rel. Des. ALEX GONZALEZ CUSTÓDIO, j. 26.10.17, v.u.). Na doutrina: “[...] a prova produzida em outro processo, em princípio, não pode ser utilizada, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório. Poderá sê-lo, no entanto, se as partes nos dois processos forem as mesmas, ou se aquele que não participou da produção da prova no processo anterior concordar em que ela seja usada como prova emprestada” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1, p. 70).

¹⁶⁵ “A própria parte que pretende aproveitar-se da prova produzida alhures não precisa porém ter figurado como tal na outra relação processual, cabendo exclusivamente a ela o juízo da conveniência de valer-se ou não do aproveitamento dessa prova” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 109). Veja-se, ainda, a lição de DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES: “O contraditório é justamente a conjugação da informação + possibilidade de reação + poder de influência, e caso a parte abra mão dessa reação nada haverá de irregular ou viciado” (*Manual de direito processual civil*, p. 733). Na jurisprudência, admitindo o traslado de laudo pericial produzido em processo do qual apenas a ré participou, mas cujo empréstimo também foi requerido pelo autor: “Com efeito, ambas as partes trouxeram o laudo pericial produzido na ação de prestação de contas (fls. 31/48 e 83/100), de forma que se admite sua utilização no presente processo, uma vez que observado o devido contraditório, nos termos do artigo 372, do Código de Processo Civil” (TJSP, 8ª Câm. Dir. Priv., Apel. Cível n. 1000418-58.2020.8.26.0441, rel. Des. ALEXANDRE COELHO, j. 30.9.20, v.u.).

¹⁶⁶ CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 54-55; TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 97.

(e.g., transporte de provas colhidas em procedimento de jurisdição voluntária para outro de jurisdição contenciosa etc.).¹⁶⁷

13.2.1.2. *Processo de origem envolvendo terceiros*

Apesar de mais frequente o empréstimo nos casos de identidade subjetiva total ou parcial entre processos, é possível que a prova seja originária de processo do qual não tenha participado nenhuma das partes da causa atual.¹⁶⁸

Em tais casos, como tanto autor quanto réu não intervieram na atividade de colheita da prova, ambos estão em pé de igualdade em termos de contraditório, que se restringirá à manifestação sobre a prova já produzida, sendo o caso de admissão da prova caso ambos anuem com a sua utilização.¹⁶⁹ Por outro lado, havendo fundada impugnação de quaisquer das partes por conta da inobservância do contraditório na origem, deverá o juiz indeferir o transporte da prova e determinar a sua repetição na causa atual.

¹⁶⁷ “Não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo. Por exemplo, pode ser inadmissível o empréstimo de elementos probatórios produzidos em procedimento de jurisdição voluntária que dispense o exame mais profundo das questões fáticas (v.g., inventário) para outro de jurisdição contenciosa” (TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 97).

¹⁶⁸ Na jurisprudência, admitindo o empréstimo de laudo pericial produzido em processo com partes distintas da causa atual: “Não há óbice à utilização da prova emprestada, mesmo que produzida em processo envolvendo outras partes, contanto que respeitado o contraditório.” (TJSP, 34ª Câmara. Dir. Priv., Apel. Cível n. 4023515-52.2013.8.26.0224, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, j. 18.10.17, v.u.). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., AgInt no AREsp n. 1.527.271-SP, rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. 11.2.20, v.u.; STJ, 3ª T., AgInt no AREsp n. 1.333.528-SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 19.8.19, v.u.; e STJ, 4ª T., AgInt no AREsp n. 972.929-SP, rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 27.5.19, v.u.

¹⁶⁹ FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 148; RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero, *A prova emprestada no NCPC de 2015*, p. 408-409. No mesmo sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*, v. 2, p. 224, para quem é possível o empréstimo de prova colhida em processo envolvendo terceiros, dada a igualdade das partes do processo de destino em termos de contraditório (nenhum dos litigantes participou da colheita da prova). No entanto, os autores entendem que a eficácia da prova emprestada é reduzida, valendo como documento unilateral, sem sua eficácia natural. ROBERTA DIAS TARPINIAN DE CASTRO admite o traslado da prova, mas com eficácia de documento: “não há óbice para se utilizar de documento proveniente de produção de prova em outro processo por pessoas que dele não participaram, mas não seria uma prova emprestada. Assim, uma perícia na qual nenhuma das partes participou poderá ser utilizada em outro processo, mas como documento, e não como prova pericial, e pode, inclusive, ocorrer, da parte que tiver a prova utilizada contra si, não requerer uma nova perícia, e aí, a decisão seguirá critério da persuasão racional, podendo inclusive pautar-se naquele documento” (CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. *A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória*. *Revista de processo*, São Paulo, v. 42, n. 266, abr./2017, p. 200).

A hipótese em exame não afasta a conclusão de que o contraditório que condiciona a prova emprestada é aquele havido no processo de origem (CPC, art. 372); nem permite afirmar que o contraditório *a posteriori* (i.e., sobre prova já produzida) equivaleria àquele instaurado na etapa de formação da prova.¹⁷⁰⁻¹⁷¹

O contraditório em matéria probatória demanda efetiva participação da parte nos atos destinados à produção da prova, influenciando em seu conteúdo e, conseqüentemente, no seu potencial persuasivo no momento da valoração pelo juiz (*supra*, n. 13.2.1.1). Há, assim, considerável distinção de *grau e/ou intensidade* entre contraditório na constituição da prova e contraditório sobre prova já produzida, sendo que este não tem o condão de substituir aquele para fins de admissibilidade da prova emprestada.¹⁷²

¹⁷⁰ A questão é bem analisada por EDUARDO TALAMINI: “Não procede a assertiva de que seria desnecessária a participação do prejudicado no processo anterior, bastando que se lhe desse oportunidade de manifestação sobre a prova depois de seu traslado. É que o contraditório não consiste na simples garantia de defesa em face da prova já produzida. Mais do que isso, através dele assegura-se a possibilidade de participação efetiva em toda a atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado” (TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 96-97). Cabe ressaltar, contudo, a posição de LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO: “Em tais situações, como o contraditório *das partes* não foi garantido na produção da prova, será necessário examinar se é possível cumprir com tal garantia no processo para o qual se pretende exportar a prova. Sempre que for possível garantir o contraditório – com a mesma eficácia que se teria caso o contraditório houvesse sido observado no processo primitivo –, o empréstimo da prova será admissível. Caso contrário, em princípio, a prova emprestada será inviável” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 197). Nesse mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 954; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 134; RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero, A prova emprestada no NCPC de 2015, p. 413; TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: provas*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 463-464.

¹⁷¹ Veja-se a oportuna ressalva de CASSIO SCARPINELLA BUENO: “O que não pode ocorrer é generalizar indevidamente as hipóteses, o que significa em última análise, dispensar, também de maneira indiscriminada, a necessidade do contraditório na origem o que, não fosse pela mácula ao modelo constitucional, atritaria com o próprio art. 372” (BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 252-253).

¹⁷² Em sentido contrário, admitindo o empréstimo de perícia produzida em reclamação trabalhista que não contou com a participação do INSS, réu no processo cível: TJSP, 17ª Câmara. Dir. Púb., Apel. Cível n. 1021334-06.2018.8.26.0564, rel. Des. NUNCIO THEOPHILO NETO, j. 4.10.20, v.u.. O TJSP entendeu suficiente o contraditório *sobre a prova* no processo de destino: “[...] tendo sido respeitado o princípio do contraditório, visto que o INSS teve oportunidade de se manifestar sobre tais documentos, não há qualquer óbice à utilização do referido laudo pericial como prova emprestada. Ressalte-se que muito embora o INSS não tenha sido parte daquele processo, é possível a utilização, como prova emprestada, dos documentos extraídos da ação trabalhista, uma vez que respeitado o contraditório nestes autos, tal como determina o art. 372 do atual Código de Processo Civil [...]”. Nesse mesmo sentido e em caso similar: TJSP, 17ª Câmara. Dir. Púb., Apel. Cível n. 1000458-78.2018.8.26.0063, rel. Des. NUNCIO THEOPHILO NETO, j. 3.8.20, v.u.. Na doutrina, LUIZ ANTONIO CASTRO DE MIRANDA FILHO admite o empréstimo desde que o contraditório sobre a prova se efetive em mesmo grau (intensidade) do contraditório na constituição da prova: “não se pode ignorar que, se sempre for considerado necessário o contraditório das partes – em especial daquela em que a prova possa ser desfavorável – na ação originária em que foi produzida a prova, serão raras as situações em que se admitirá a utilização da prova emprestada no processo civil. Na esfera cível, não são frequentes as hipóteses em que há integral coincidência entre as partes do processo em que se produziu a prova e as do processo para o qual se pretende emprestá-la. Nesse contexto, a melhor solução seria verificar, no caso concreto, se, não obstante a ausência de

No entanto, se o contraditório na origem visa a resguardar a parte potencialmente prejudicada pelo empréstimo, nada a impede de renunciar à proteção conferida pelo ordenamento jurídico e concordar com o transporte da prova, caso entenda que a sua colheita fora regular e seu conteúdo favoreça sua posição na causa atual. Por isso, a peculiaridade de nenhuma das partes ter participado da colheita da prova na origem pode ser superada pela anuência de ambas com o transporte da prova para o processo em curso.

Essa hipótese foi objeto de análise pela Corte Especial do STJ no julgamento do EREsp n. 617.428-SP, no qual concluiu ser admissível o empréstimo de prova advinda de processo envolvendo terceiros, desde que resguardado o contraditório das partes sobre a prova no processo destinatário. Referido recurso foi interposto nos autos de ação discriminatória, na qual o Estado de São Paulo pretendia o reconhecimento do domínio público de terras indevidamente ocupadas pelos réus. A prova da ausência de justo título sobre a área consistia em laudo pericial originário de outros autos – que infirmava o domínio dos particulares sobre o imóvel – produzido sem a participação das partes da causa atual. A insurgência dos réus quanto à admissibilidade da prova limitou-se, por sua vez, à alegação de ausência de identidade de partes entre processos de origem e de destino.

A Corte Especial ratificou o juízo positivo de admissibilidade, concluindo que condicionar a prova emprestada à identidade subjetiva entre processos limitaria injustificadamente a aplicação prática da técnica. Considerou, ainda, que a economia processual decorrente do empréstimo da prova otimiza a prestação da tutela jurisdicional, em consonância com a garantia constitucional da razoável duração do processo (CF-88, art. 5º, inc. LXXVIII) e que, apesar de ambas as partes não terem participado da colheita da prova na origem, o contraditório *a posteriori* lhes assegurou o “direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente”.¹⁷³

contraditório na ação original em que a prova a ser emprestada foi produzida, seria possível observar o contraditório – com a mesma eficácia – na demanda em que se pretende utilizar a referida prova. Caso a resposta seja positiva, não haveria qualquer óbice em se admitir a prova emprestada” (MIRANDA FILHO, Luiz Antonio Castro de. Breves apontamentos sobre a prova emprestada no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.). *Grandes temas do novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5, p. 433).

¹⁷³ Como constou do voto da rel. Min. NANCY ANDRIGHI: “49. A admissão da prova emprestada no processo civil tem como objetivo precípua otimizar a prestação jurisdicional, viabilizando o aproveitamento em um dado processo de prova já produzida em outro. 50. Para tanto, em princípio, as partes do processo para o qual a prova seja trasladada devem ter participado efetivamente do outro processo, a fim de que se concretize o princípio do contraditório. 51. Nos presentes embargos de divergência, contudo, impõe analisar se o fato de não terem figurado as mesmas partes no processo em que produzida a prova emprestada implica seu desentranhamento e consequente nulidade dos atos decisórios nela fundamentados. [...] 54. Em vista das reconhecidas vantagens

Em que pese tais fundamentos, a principal razão para a admissibilidade do empréstimo foi o caráter genérico da impugnação ofertada pelos réus, que se limitou à tese de ausência de identidade subjetiva entre processos de origem e de destino. Não foi impugnada a validade e/ou o conteúdo da prova emprestada, nem formulado pedido de renovação da prova para infirmar as conclusões do laudo pericial. Também não se demonstrou, de forma objetiva, qualquer óbice ao exercício do direito ao contraditório (*i.e.*, em que medida sua inobservância na origem poderia impactar no conteúdo da perícia tomada por empréstimo).

A insurgência genérica e imotivada não obsta o transporte da prova. É ônus da parte potencialmente prejudicada apontar irregularidades na forma e/ou no conteúdo da prova suficientes para inviabilizar o empréstimo. Não basta a alegação de ausência de identidade subjetiva entre processos ou de violação *in abstracto* da garantia do contraditório: cumpre à parte demonstrar como o seu contraditório na origem poderia ter impactado no conteúdo da prova e como sua inobservância lhe gerou prejuízos no processo atual.¹⁷⁴

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, ao contrário do que pretendem os embargantes, 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. 55. Ora, independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada. Portanto, 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. [...] 57. Na hipótese dos autos, os embargantes não formularam pedido de produção de prova para infirmar as conclusões da prova pericial emprestada, como também não impugnaram diretamente a perícia realizada. A insurgência dos embargantes direciona-se apenas para a inadmissibilidade, em tese, da prova emprestada, nada contestando quanto ao seu conteúdo. 58. Por oportuno, trago trecho do acórdão embargado, no que toca à garantia do contraditório: ‘Neste ponto, anoto que os recorrentes não indicam objetivamente qualquer óbice ao exercício de seu direito ao contraditório. Tampouco negam a correção da perícia que veio aos autos por empréstimo e que atesta, de forma cabal, a falsidade da documentação que está na origem de toda esta demanda. Impugnam, apenas, a própria existência da prova emprestada. [...] Os recorrentes nunca discutiram a juntada da prova emprestada aos autos (ela instruiu a petição inicial, como relatado acima) ou infirmaram a nulidade da assinatura do pároco. Tampouco pleitearam a produção de nova perícia a fim de afastar a falsidade. Impugnam, genericamente, a possibilidade (em abstrato) da apreciação da prova emprestada: buscam anular o processo pelo simples fato de ter sido apreciada a prova emprestada, sem jamais terem infirmado o seu conteúdo (a nulidade do título) ou confirmar sua validade. (fls. 11.912-11.913 – vol. 35)’. 59. É de se concluir, pois, que as partes deixaram, por opção própria, de exercer o seu direito a impugnar a prova emprestada, não havendo qualquer mácula ao princípio do contraditório no presente processo, de modo que o empréstimo deve ser preservado. 60. Outrossim, a ausência de demonstração pelos embargantes do prejuízo eventualmente advindo do aproveitamento da prova emprestada nos autos inviabiliza o reconhecimento da nulidade aventada, haja vista que a análise das nulidades no processo civil impescinde da prova do prejuízo” (STJ, CE, EREsp n. 617.428-SP, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 4.6.14, v.u.).

¹⁷⁴ Na doutrina, MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI desenvolve raciocínio similar: “[...] se aquele que se sente prejudicado não impugna tempestivamente a prova emprestada e os direitos são disponíveis, nada impede que, mesmo na ausência de contraditório, o juiz atribua a essa prova a força probante que achar adequada. Por exemplo, se um laudo pericial atesta a falha mecânica num determinado veículo, no processo movido em relação ao motorista desse veículo, o mesmo laudo poderá ser utilizado, tempos depois, em outro processo, agora em relação ao fabricante desse mesmo veículo que, se não impugnar esse laudo por ausência de contraditório no processo em que foi produzido, permitirá que o juiz admita tal documento como legítima prova emprestada. A garantia do contraditório pode, portanto, ser dispensada pelas partes, hipótese em que o regime

É irrelevante, portanto, a identidade de partes entre processos para fins de admissibilidade da prova emprestada: o fator a ser considerado é a participação em contraditório no processo de origem (ou a sua renúncia expressa no processo atual e concordância com o uso da prova). Ademais, eventual impugnação ao empréstimo por falta de contraditório na origem deve ser fundamentada, com a demonstração de efetivo prejuízo decorrente da não participação da parte na etapa de constituição da prova.

13.2.1.3. Provas irrepitíveis ou de difícil renovação

Não observado o contraditório da parte potencialmente prejudicada na etapa de constituição da prova, cabe ao magistrado indeferir o empréstimo e determinar sua nova produção no processo atual (*supra* n. 13.2.1.1). Haverá casos, no entanto, que uma prova já colhida se tornou irrepitível ou de difícil renovação no processo em curso, afigurando-se o empréstimo como o único meio para a demonstração dos fatos alegados. Tal ocorre nos casos de perecimento da fonte de prova (*e.g.*, morte da testemunha; destruição de bem periciado etc.) e de alto custo e/ou tempo envolvidos na sua renovação (*e.g.*, perícia complexa; testemunha com novo domicílio desconhecido etc.).

Em tais hipóteses, o indeferimento da prova emprestada implicaria violação ao direito constitucional à prova, de modo que o empréstimo deve ser *excepcionalmente* admitido. A impossibilidade e/ou dificuldade de provar o fato alegado se sobrepõe à exigência de contraditório na etapa de constituição da prova, permitindo que a parte interessada possa se desincumbir de seus encargos probatórios no processo atual.¹⁷⁵

de preclusão processual fará com que a questão fique superada ao longo do processo. Isso não reduz, no entanto, o poder instrutório do juiz nesse ponto, que poderá determinar, de ofício, a realização de nova prova pericial” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães, *Fundamentos da prova civil*, p. 86).

¹⁷⁵ Como anota CASSIO SCARPINELLA BUENO: “Dificuldade maior está quando há identidade parcial ou, ainda mais, quando não há identidade nenhuma entre as partes. No primeiro caso, importa distinguir se a parte ausente é a que pretende produzir a prova emprestada ou aquela em face de quem se pretende a produção. Se a parte participou da produção da prova na origem, seu empréstimo não apresenta nenhuma peculiaridade. Se não, tanto quanto no caso em que nenhuma das partes colheu a prova, sua admissão deve ser reservada àquelas hipóteses em que, de outro modo, não será possível produzir a prova do fato, gerando lesão a direito mais relevante na perspectiva da ordem jurídica. É típico caso em que deve incidir o chamado princípio da proporcionalidade, permitindo ao magistrado ponderar os interesses em conflito em decisão fundamentada” (BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 252). No mesmo sentido: “[...] toda vez que a reprodução da prova for impossível ou difícil, o transporte da prova deve ser autorizado, pois viabiliza que o fim do processo – a justiça – seja alcançado com o menor dispêndio de tempo e dinheiro”

A ausência de contraditório na origem, embora não obste o transporte da prova e nem afete sua natureza própria (prova oral; prova pericial etc.), deve ser considerada no momento da valoração da prova emprestada: o peso a ela atribuído pelo magistrado do processo de destino deverá ser necessariamente menor em comparação ao das demais provas colhidas sob o contraditório das partes da causa atual (*infra*, n. 14).

13.2.2. Identidade subjetiva total e/ou parcial entre processos

A prova emprestada deverá ser admitida quando houver identidade subjetiva total entre processos.¹⁷⁶ Como ambas as partes do processo de destino participaram da atividade probatória anterior e contribuíram em contraditório na etapa de formação, a prova será avaliada como se houvesse sido originariamente colhida no processo que a recebe, produzindo seus regulares efeitos.¹⁷⁷ O reaproveitamento da prova, a evidência, não impede que as partes requeiram a realização de atividade probatória complementar, na eventualidade das questões a serem decididas na causa atual não estarem todas abrangidas pela prova já colhida.

(NEUBERT, Amanda Quintão. *A prova emprestada e o ativismo judicial*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 52.

¹⁷⁶ LOPES, João Batista, *A prova no direito processual civil*, p. 69; SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 314. Para ADA PELLEGRINI GRINOVER, além da identidade de partes, seria imprescindível que o contraditório nos processos de origem e de destino fosse instaurado perante o mesmo órgão jurisdicional competente, por força dos princípios do juiz natural e da imediação (a autora excepciona apenas os casos de prova antecipada, de natureza cautelar, em relação à qual o contraditório seria diferido) (GRINOVER, Ada Pellegrini, *Prova emprestada*, p. 60-66). Na jurisprudência, deferindo a prova emprestada em razão da identidade subjetiva total entre processos: TJSP, 37ª Câm. Dir. Priv., AI n. 2126938-45.2019.8.26.0000, rel. Des. SERGIO GOMES, j. 22.7.19, v.u. Vale mencionar, ainda, a posição de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY: “a condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é *res inter alios* e não produz nenhum efeito senão para aquelas partes” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 632). Ainda, sobre o uso de laudo pericial de ação monitória em embargos à execução com mesmas partes e mesmo instrumento contratual: ALVIM, Arruda. *Prova emprestada*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 202, dez. 2011, p. 409.

¹⁷⁷ Sobre o contraditório como fator de eficácia das provas, veja-se elucidativa análise de EDUARDO JUAN COUTURE: “El procedimiento de la prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio. Como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin un rigoroso contralor de su adversario. Una prueba que se ha producido a espaldas del otro litigante, por regla general, es ineficaz. El cúmulo de normas del procedimiento probatorio es un conjunto de garantías para que la contraparte pueda cumplir su obra de fiscalización. El principio dominante en esta materia es el de que toda la prueba se produce con ingerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar” (COUTURE, Eduardo Juan, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 129-130).

O empréstimo não se restringe, contudo, aos casos de identidade subjetiva total entre processos de origem e de destino os quais, por serem raros na prática, limitariam de forma injustificável a aplicabilidade da técnica. A prova pode ser útil em processos envolvendo partes distintas, sendo recomendável seu aproveitamento em prol da economia processual. Ainda, nos casos de provas irrepetíveis ou de difícil renovação, o indeferimento do empréstimo implicaria violação do direito constitucional à prova do jurisdicionado, apenas pelo fato de uma das partes da causa atual não ter figurado no processo anterior (*supra*, n. 13.2.1.3).¹⁷⁸

Por essas razões, a identidade subjetiva parcial entre processos autoriza o empréstimo quando (a) a parte contra quem a prova será utilizada tenha integrado a relação processual de origem e participado em contraditório da sua constituição;¹⁷⁹ e/ou (b) mesmo não tendo figurado na relação processual anterior, a parte potencialmente prejudicada anua com o empréstimo da prova (*supra*, n. 13.2.1.1).

Por fim, também é possível o empréstimo de prova colhida em processo envolvendo terceiros. Pela impossibilidade de observância do contraditório no processo de origem (CPC, art. 372), ambas as partes da causa atual devem concordar com a utilização da prova; havendo fundada impugnação, o empréstimo será indeferido e a prova repetida. De igual modo, deve-se admitir o empréstimo de prova colhida em processo de terceiros que seja

¹⁷⁸ “[...] haverá momentos onde não coincidirão as mesmas partes, e a parte postulante, que suscita o traslado, se verá prejudicada por não fazer uso de uma prova importante, simplesmente por faltar em um dos polos da segunda demanda a outra parte que formou a primeira relação jurídica processual; [...]” (SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A flexibilização da prova emprestada. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 12, n. 70, p. 124-136, mar./abr. 2011, p. 131). No mesmo sentido: “Apesar de a legislação não tratar do tema, a jurisprudência entende que o empréstimo da prova pode ocorrer ainda que esta não tenha sido colhida entre as mesmas partes. Em outras palavras, é desnecessária a identidade de partes para que a prova colhida no processo ‘x’ seja trasladada para o processo ‘y’. Exige-se, por óbvio, que no processo ‘y’ seja possibilitado o pleno exercício do contraditório” (DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 601).

¹⁷⁹ É a posição majoritária na doutrina: CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, p. 212-213; TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 95-96; BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 252; AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 107; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 733; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 134; ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha, *Direito processual civil*, p. 841. Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, é essencial que a parte contra quem será utilizada a prova tenha figurado no processo anterior, pois “do contrário esse sujeito estaria suportando a eficácia de uma prova de cuja formação não participou” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 109). Encontra-se o mesmo raciocínio na obra de EDUARDO JUAN COUTURE: “Las pruebas de otro juicio civil pueden ser válidas, si en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de contralor y de impugnación que la ley le otorga en el juicio en que las mismas se produjeron” (COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 131).

irrepetível ou de difícil renovação na causa atual, assegurando o direito constitucional à prova da(s) parte(s) interessadas no transporte da prova (*supra*, n. 13.2.1.2).

13.2.3. Prova produzida em outro processo

O art. 372, do CPC, estabelece que o juiz só poderá admitir a utilização de provas que tenham sido “produzidas em outro processo” sem especificar, contudo, se o processo de origem deve possuir natureza judicial (ou jurisdicional), nem se seria possível aproveitar provas colhidas em sede de procedimentos administrativos.

Provas colhidas em juízo poderão ser regularmente emprestadas independentemente da natureza do processo de origem e/ou da Justiça perante a qual tramite. Por isso, observados os demais requisitos de admissibilidade do empréstimo (*supra*, n. 13), é viável o aproveitamento de provas produzidas perante a Justiça especializada (Eleitoral, do Trabalho ou Militar) e comum (Federal ou Estadual).¹⁸⁰

De igual modo, como a lei não exige que a prova seja originária de processo instaurado perante órgão judicial, nada obsta o empréstimo de provas produzidas em processos administrativos, em relação aos quais o inc. LV do art. 5º, da CF-88, resguarda o contraditório na origem exigido pelo art. 372, do CPC.¹⁸¹ O fato de a atividade probatória ter sido conduzida pela Administração Pública, por si só, não implica o descarte apriorístico da prova. Eventuais restrições ao contraditório na origem e/ou irregularidades nos atos destinados à produção da

¹⁸⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 734; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2. p. 133.

¹⁸¹ “[...] a prova produzida em processo administrativo pode ser emprestada ao processo civil, desde que tenha sido observada a plenitude das garantias constitucionais, aplicáveis a ambos os processos (arts. 5º, incs. LIV e LV, CF)” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e eficácia*, p. 57). O autor ressalva que mesma conclusão não se aplica às provas colhidas em sindicância administrativa, procedimento de investigação instaurado antes do processo administrativo e que visa à apuração da irregularidade do fato investigado e a sua autoria. Em sentido contrário, EDUARDO TALAMINI sustenta que apenas no processo jurisdicional, permeado pelas garantias constitucionais, se assegura às partes plena participação na atividade probatória e a possibilidade de influenciar ativamente no resultado final do conflito (TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 100-101; *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*, p. 5). CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO também só admite o empréstimo de provas colhidas em processo de natureza jurisdicional: “provas emprestadas, conceito elaborado na doutrina e tribunais brasileiros antes que por aqui houvesse qualquer disciplina legal específica, são *trasladados da documentação da prova constituída em outro processo de natureza jurisdicional*” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 108).

prova poderão ser oportunamente demonstradas pela(s) parte(s) do processo judicial de destino (CPC, art. 437, § 1º).

A existência de vínculo subjetivo entre julgador e Estado – a Administração Pública sempre seria, ao menos, interessada no resultado do processo administrativo – não necessariamente macula a atividade probatória realizada perante o órgão da administração, de modo que o fato de a decisão ser potencialmente proferida por sujeito parcial não obsta o empréstimo da prova.¹⁸² Como se verá (*infra*, n. 14), o que se empresta é a documentação na qual registrada a prova e não a valoração (ou avaliação) a ela atribuída pelo órgão julgador do processo de origem.¹⁸³ O peso dado à prova pela Administração Pública na decisão não interfere na atividade de avaliação realizada pelo juízo destinatário.

Assim, mais do que a natureza do processo em que colhida a prova, é a observância do contraditório no processo de origem que impacta na admissibilidade do empréstimo (*supra*, n. 13.2.1.1). A parte potencialmente prejudicada pela prova emprestada deve ter participado da etapa destinada à sua constituição, tenha ela se dado em processo judicial ou administrativo. Por isso, a natureza jurisdicional ou não do processo de origem, por si só, não interfere na admissibilidade da prova emprestada.

Nesse ponto, estabelece a Súmula n. 591-STJ que “é permitida a ‘prova emprestada’ no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”. *A contrario sensu*, provas de processos administrativos podem ser aproveitadas em juízo se observado o contraditório, na origem, da parte potencialmente prejudicada pelo empréstimo (CPC, art. 372). Como exemplo, depoimentos e vistorias técnicas realizadas em sede de processo administrativo disciplinar poderão ser utilizadas contra o mesmo servidor público em ação de indenização ajuizada pelo

¹⁸² Nesse sentido, inadmitindo o empréstimo de provas produzidas em processos administrativos: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 109-110; AMARAL, Paulo Osternack, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 111-112; SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 321-322. Vale mencionar, ainda, interessante reflexão de WILLIAM SANTOS FERREIRA, para quem a prova não produzida perante órgão jurisdicional só poderá ser emprestada para se *contrapor* ao conjunto probatório dos autos – nas suas palavras, como instrumento de *crítica* à prova colhida no processo de destino –, mas não em caráter *substitutivo* da prova que poderia ser colhida perante aquele mesmo órgão (FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 147).

¹⁸³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*, v. 2, p. 224-225; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 133. Ainda, para HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, é possível o empréstimo de provas não colhidas em juízo, desde que observado o contraditório na origem da parte contra quem devam operar (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 369).

ente público lesado ou em ação de improbidade administrativa, dispensando a sua renovação em juízo.

Por fim, como o art. 372, do CPC, exige que a prova emprestada tenha sido “produzida em outro processo”, seria *a priori* inviável o aproveitamento em juízo de provas colhidas em sede de procedimentos administrativos, tais como o inquérito civil.¹⁸⁴

O inquérito civil consiste em procedimento de investigação extrajudicial, de titularidade exclusiva do MP, instaurado para a obtenção de elementos que fundamentem o ajuizamento de ação civil pública, no qual se confere ao órgão ministerial poderes de requisição de documentos, realização de vistorias e exames, condução coercitiva de testemunhas etc. A natureza de *procedimento* (e não de processo) *investigativo* (no qual, *a priori*, não se permite a participação do investigado), em regra impede que os elementos de informação nele colhidos sirvam como prova em ação coletiva eventualmente proposta pelo *Parquet* ou em outro processo futuro.¹⁸⁵

No entanto, em caráter excepcional e a depender da intensidade do contraditório verificado na fase de inquérito civil,¹⁸⁶ será possível o aproveitamento em processo judicial dos elementos informativos reunidos na fase de investigação, ainda que a eles

¹⁸⁴ “Não sendo o inquérito civil ou policial um processo, mas um mero procedimento investigativo, uma previsão expressa que condiciona o empréstimo da prova a sua produção em outro processo é promessa certa de polêmica. Particularmente, entendo que a novidade legislativa não será suficiente para alterar a atual jurisprudência. O caminho mais simples, ainda que tecnicamente incorreto, será afirmar que a prova não está sendo tecnicamente emprestada, mas somente aproveitada na ação judicial, de forma a ser inaplicável o art. 372 do Novo CPC” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 735).

¹⁸⁵ É a posição de AMARAL, Paulo Osternack, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade* AMARAL, p. 112-114. Na jurisprudência: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório não são aplicáveis na fase do inquérito civil, pois este tem natureza administrativa, de caráter pré-processual, que se destina à colheita de informações para propositura da ação civil pública, não havendo, portanto, que se falar em réu ou acusado, nessa fase investigativa” (STF, 1ª T., AgR no RE n. 481.955-PR, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 10.05.11, v.u.).

¹⁸⁶ Como observa JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “o respeito ao princípio do contraditório é condição de validade de qualquer prova” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 110), o que deve ser observado em relação às provas colhidas em juízo ou extrajudicialmente. No mesmo sentido, para PEDRO DA SILVA DINAMARCO, “o valor judicial da prova colhida no inquérito civil será diretamente proporcional à intensidade do contraditório disponibilizado ao investigado, durante a fase de sua colheita” (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Responsabilidade civil do promotor de justiça no inquérito civil*. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 253).

se atribua eficácia relativa¹⁸⁷ – *i.e.*, caráter complementar e não substitutivo da prova judicial – ou um peso menor em relação às provas colhidas sob o contraditório das partes em juízo.¹⁸⁸

Eventual necessidade de repetição (ou de complementação) não acarreta a inadmissibilidade – e conseqüente desentranhamento – da prova colhida no inquérito civil.¹⁸⁹ Se a sua produção contou com a participação dos interessados, não há como retirar-lhe eventual valor probatório na fase judicial – ainda que menor –, sendo o grau de contraditório na constituição da prova o principal fator a ser considerado no juízo de deliberação.

Na prática, a presidência do inquérito civil pode facultar a participação dos interessados em vistorias e inspeções, bem como o comparecimento a interrogatórios realizados no curso da apuração ministerial, assegurando certo grau de intervenção no curso das investigações.¹⁹⁰ A possibilidade de contraditório na fase de inquérito civil – ainda que em

¹⁸⁷ “[...] o inquérito civil possui eficácia probatória relativa para fins de instrução da ação civil pública. Contudo, no caso em tela, em que a prova da irregularidade da dispensa de licitação é feita pela juntada de notas de empenho diversas, dando conta da prestação de serviço único, com claro fracionamento do objeto, documentos estes levantados em inquérito civil, não há como condicionar a veracidade da informação à produção da prova em juízo, porque tais documentos não tiveram sua autenticidade contestada pela parte interessada, sendo certo que, trazidos aos autos apenas em juízo, não teriam seu conteúdo alterado” (STJ, 2ª T., REsp n. 1.280.321-MG, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 6.3.12, v.u.).

¹⁸⁸ “As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório.” (STJ, 2ª T., REsp n. 476.660-MG, rel. Min. ELIANA CALMON, j. 20.5.03, v.u.). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp n. 644.994-MG, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 17.2.05, v.u.; STJ, 2ª T., REsp n. 849.841-MG, rel. Min. ELIANA CALMON, j. 28.8.07, v.u..

¹⁸⁹ Na jurisprudência do STJ: “Inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em Inquérito Civil público, mormente quando as provas colimadas são constituídas por documentos emitidos pelo Poder Público e os depoimentos das testemunhas foram novamente colhidos na esfera judicial.” (STJ, 2ª T., REsp n. 401.472-RO, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 15.6.10, v.u.; “Não se verifica violação do art. 332 do Código de Processo Civil - CPC, em razão de a ação civil pública estar apoiada em prova colhida em inquérito civil, porquanto, à luz da jurisprudência pacífica do STJ, ‘o inquérito civil, como peça informativa, tem por fim embasar a propositura da ação, que independe da prévia instauração do procedimento administrativo. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não é capaz de inquinar de nulidade a ação civil pública, assim como ocorre na esfera penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório’ (REsp 1.119.568/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/09/2010); e porque ‘inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em Inquérito Civil público, mormente quando as provas colimadas são constituídas por documentos emitidos pelo Poder Público e os depoimentos das testemunhas foram novamente colhidos na esfera judicial’ (REsp 401.472/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/04/2011).” (STJ, 1ª T., AgRg no AREsp n. 113.436-SP, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 10.4.12, v.u.).

¹⁹⁰ Na doutrina, admitindo a utilização em juízo de prova colhida em inquérito civil: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 133. Para DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, as provas colhidas no inquérito civil deverão ser obrigatoriamente repetidas na fase processual, uma vez que o contraditório não é observado na fase de investigação preliminar. O autor admite, todavia, a utilização da prova colhida no procedimento administrativo se a sua renovação na fase judicial se tornar impossível ou excessivamente onerosa (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 734).

menor intensidade em comparação ao do processo judicial – deve ser considerada no juízo de delibação da prova emprestada.

Ademais, a depender das circunstâncias do caso concreto, a inadmissibilidade do empréstimo pode impedir ou ao menos dificultar a reconstrução dos fatos no processo judicial. A vistoria ou inspeção técnica realizada na fase de inquérito civil – em data próxima aos fatos apurados (*e.g.*, verificação de dano ambiental etc.) – tem o condão de retratar os fatos com maior fidelidade do que a perícia posteriormente deferida na fase judicial.

Vale mencionar que a lei federal n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (“Lei dos Crimes Ambientais”), ao tratar da perícia de constatação de dano ambiental, estabelece que “a perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório” (LCA, art. 19, parágrafo único). A prova técnica em questão poderá ser igualmente aproveitada no processo civil – *e.g.*, ação civil pública ajuizada pelo MP –, caso o investigado tenha participado em contraditório da sua realização na fase de inquérito civil.

Em suma, o termo “processo” empregado pelo art. 372, do CPC, deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo não apenas processos judiciais e administrativos – em relação aos quais o texto constitucional assegura o contraditório e a ampla defesa (CF-88, art. 5º, inc. LV), mas também procedimentos administrativos como o inquérito civil, desde que franqueado o contraditório ao interessado no curso da atividade probatória realizada na fase de investigação. Mais do que a natureza do processo ou do procedimento, é o contraditório na etapa de constituição da prova que interfere na admissibilidade ou não do empréstimo.

14. VALORAÇÃO

Uma vez admitida, a prova emprestada passa a integrar o processo de destino em caráter definitivo, cabendo ao magistrado valorá-la, de forma fundamentada, em conjunto com os demais elementos probatórios colhidos nos autos do processo que a recebe.

O juízo de admissibilidade não se confunde com a posterior atividade de valoração da prova emprestada. No juízo de delibação, o magistrado decide sobre a própria validade do empréstimo, verificando a presença dos seus requisitos gerais e específicos

(*supra*, n. 13) e se é viável o traslado da documentação sem prejuízo às partes da causa atual. Inadmitido o empréstimo, a prova será desentranhada dos autos. Já ao avaliar a prova, o juiz afere a sua eficácia ou força probante, estimando em que medida a prova emprestada esclarece as questões relevantes para o processo em curso e contribui para a formação de seu convencimento sobre os fatos alegados pelas partes.¹⁹¹

O art. 372, do CPC, permite ao juiz atribuir à prova produzida em outro processo “o valor que considerar adequado”. Caso a lei não preestabeleça seu valor, o magistrado avaliará a prova emprestada com base no sistema da persuasão racional previsto no art. 371, do CPC, indicando na decisão as razões da formação de seu convencimento.¹⁹²

Aplica-se à prova emprestada o princípio da aquisição ou da comunhão (CPC, art. 371): uma vez admitida, a prova destina-se ao processo “independentemente do sujeito que a tiver promovido”.¹⁹³ Por isso, é irrelevante perquirir se a prova emprestada foi produzida por autor ou réu, sendo possível valorá-la em desfavor da própria parte que requereu o empréstimo.

A avaliação da prova emprestada é de competência exclusiva do juízo destinatário. Vale dizer, não está o magistrado adstrito ao peso atribuído à prova no processo de origem: o que se transporta é a documentação na qual registrada a prova e não a convicção judicial sobre ela formada, sob pena de violação do sistema da persuasão racional (e de indevida *tarifação* da prova emprestada).

¹⁹¹ A distinção entre admissibilidade e eficácia é bem exposta por MOACYR AMARAL SANTOS: “Com ser admissível [a prova emprestada], não se pode aprioristicamente, no entretanto, estabelecer sua eficácia. Na admissão, há apenas avaliação preliminar da prova, que lhe permite ingressar nos autos, para ser debatida pelas partes e devidamente, em seguida, estimada pelo juiz” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 308).

¹⁹² BUENO, Cassio Scarpinella *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 252; ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha, *Direito processual civil*, p. 842-843.

¹⁹³ Para WILLIAM SANTOS FERREIRA, “[...] o princípio tem importância para aclarar a *natureza pública* da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, das provas produzidas no processo que, rigorosamente, não têm titulares, havendo apenas destino (os autos) e destinatários, que são todos que possam, dentro dos limites legais, utilizarem-se do acervo probatório que, ao final, deve ser considerado como um *todo unitário*. O princípio é tão voltado para o aspecto público que pode levar a conseqüências negativas no plano probatório, mesmo contra o responsável pela produção da prova em juízo, que não poderá pretender afastá-las por meio de desistência” e arremata “[...] a irrelevância do responsável pela produção significa que a prova que ingressa no processo é desvinculada do seu produtor [...]” (FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 128-129). Ainda, conforme esclarecedora lição de MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI: “As provas admitidas no processo passam a integrar o conjunto lógico-valorativo que o juiz vai utilizar no momento de julgar, ou seja, pertencem ao processo, como normalmente se diz. Daí por que é correto dizer que uma prova produzida pelo autor pode ser usada contra ele mesmo, como ocorre, por exemplo, com o depoimento contrário aos interesses desse autor, prestado por uma testemunha que ele mesmo levou ao processo” (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, p. 198).

A técnica do empréstimo, além de não interferir na natureza originária da prova (oral, pericial etc.) (*supra*, n. 9), não carrega a avaliação realizada pelo juízo perante o qual colhida.¹⁹⁴ Nada impede que o juízo destinatário entenda que a prova emprestada demonstre o fato alegado pela parte, ainda que para o juízo de origem – ao analisar o mesmo fato com base na mesma prova –, tenha dela extraído conclusão diversa ou nem utilizado a prova na sentença.

Na atividade de valoração, o juiz do processo de destino considerará as particularidades fáticas do caso concreto, as alegações das partes da causa atual (limites objetivos da demanda) e os demais elementos que compõem o material probatório do processo que a recebe, indicando, com base no critério da persuasão racional, como aquela prova – já admitida e pertencente ao processo destinatário – contribui para as razões de decidir.¹⁹⁵ Por esses motivos, não é possível aferir de forma apriorística a eficácia da prova emprestada, pois seu valor estará sempre condicionado às circunstâncias específicas do processo em curso.

Além da inexistência de vinculação entre juízos de origem e de destino, a distinção entre forma de ingresso e valor potencial revela que, embora aporte na forma de documento, a prova mantém a sua natureza originária, tal qual colhida no processo de origem. O transporte não a transforma em prova documental, de modo que ela será analisada como prova causal, simples ou constituenda que é, e como se tivesse sido originariamente produzida no processo que a recebe.

¹⁹⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 369. Ainda, veja-se a elucidativa lição de ARRUDA ALVIM: “Salientamos que não se pode confundir a eficácia concreta ou o valor atribuído à prova, que é sua força probatória *in concreto*, com essa eficácia *potencial*, que decorre da natureza do meio de prova, tal como produzido no processo originário. A doutrina costuma afirmar que a prova emprestada preserva a ‘eficácia’ da prova produzida no processo originário; com isso, todavia, não se quer referir à preservação do valor probatório concretamente atribuído pelo juiz no processo precedente, do qual se trasladou a prova. Quando dizemos que a prova emprestada possui o ‘mesmo valor’ ou ‘eficácia’ que teve no processo originário, não queremos dizer que o juiz do segundo processo deva valorá-la de igual forma à que fez o juiz do primeiro processo. Isso ofenderia o princípio da livre persuasão racional. O juiz do processo destinatário não está vinculado ao convencimento do juiz do processo em que a prova foi produzida no que concerne à verificação ou não do *facto probando*; o que se quer dizer com ‘mesma eficácia probatória’ ou ‘mesmo valor’ é que a prova emprestada, apesar de apresentada na forma documentada, preserva a mesma natureza do processo em que foi constituída. Assim, se o termo de depoimento da parte é transportado para outro processo, essa prova documentada terá a natureza de *depoimento pessoal* também no processo destinatário” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 991).

¹⁹⁵ A prova emprestada foi originariamente colhida para esclarecer questões de um processo anterior. Os fatos e circunstâncias do processo em curso, as alegações fáticas das partes, o objeto da prova delimitado na fase de saneamento e de organização do processo (CPC, art. 357) e as demais provas colhidas perante o juízo destinatário são todos fatores a serem considerados pelo magistrado na atribuição de um peso à prova emprestada.

A natureza instrumental da técnica “prova emprestada” não afeta a natureza originária da prova que é transferida: a prova oral, pericial e a inspeção judicial são transportadas para a causa atual na forma de documento, mas preservam a mesma natureza do processo em que colhidas. A cópia do laudo pericial de processo anterior, transportado para a causa atual sob a forma documentada, valerá como prova técnica.¹⁹⁶ A prova testemunhal, por sua vez, transferida na forma documentada – cópia da ata de audiência; transcrição do depoimento por estenotipia; gravação do ato em vídeo etc. –, mantém sua natureza originária de prova oral. Em suma, o transporte da prova causal não a transforma em prova documental ou em prova atípica.¹⁹⁷

De igual modo, o fato de haver sido colhida perante júízo diverso, por si só, não interfere no peso a ser atribuído à prova emprestada. O fenômeno da desvinculação entre as atividades de produção e de valoração da prova (*supra*, n. 6) – decorrência direta da mitigação da oralidade no processo civil – não afeta sua eficácia e valor probante. Conclusão contrária implicaria afirmar que as “provas (de) fora da terra” e as provas antecipadas possuiriam valor inferior em relação às provas colhidas perante o juiz da causa. É possível, todavia, que justamente por não ter mantido contato direto com a fonte da prova, o juiz a ela atribua, de forma motivada, um peso menor em comparação às provas produzidas na causa atual.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Como bem observa EDUARDO TALAMINI: “Ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, ‘prova inferior’ ou ‘ato extrajudicial’. O juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à prova emprestada precisamente o peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo” (TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 93).

¹⁹⁷ “[...] embora ingresse no processo-destino como *prova documental*, esta característica se limita ao aportar, porque tem a *potencialidade* para ter a eficácia probatória de sua natureza originária (testemunhal, pericial, inspeção), sendo este o ponto nevrálgico do cuidado na adoção da prova emprestada” (FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 144). Há decisões que, admitindo o transporte da prova para outro processo como modalidade de prova documental, acabam por confundir a forma de ingresso com o valor potencial da prova: “A prova pericial trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental” (STJ, 3ª T., REsp n. 683.187-RJ, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 8.11.05, v.u.).

¹⁹⁸ Para EDUARDO TALAMINI: “Isso não significa que, de algum modo, a oralidade não possa influir na avaliação da prova emprestada: precisamente porque não teve participação direta e imediata na atividade de produção originária da prova, o Juiz, em face de outros elementos probatórios com ela incompatíveis, pode conferir-lhe fundamentadamente valor menor do que aquele que receberia se tivesse sido produzida diretamente no segundo processo. Isso, entretanto, não é peculiaridade da prova emprestada. Pode acontecer em qualquer caso em que não se dê a imediação do juiz com as provas (colheita por carta; substituição de juiz no curso do processo [...])” (TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 98). Em relação à inspeção judicial, o autor entende ser da essência desse meio de prova a imediação ou imediatidade e que, na hipótese de vir a ser objeto de empréstimo, teria eficácia apenas enquanto um depoimento do primeiro juiz acerca das pessoas ou coisas inspecionadas (TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 98-99). Mesma posição é defendida por WILLIAM SANTOS FERREIRA, para quem a inobservância da oralidade, embora não acarrete a inadmissibilidade da prova emprestada, pode impactar na sua eficácia no processo de destino (FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 146). No mesmo sentido: “[...] o fato de ter sido realizada perante outro júízo, por si só, não diminui sua eficácia. Fosse assim, a prova produzida na

As especificidades fáticas do processo anterior frente às da causa atual devem igualmente ser consideradas pelo juízo destinatário. A maior disparidade entre os fatos probandos – embora não implique a inadmissão do empréstimo – pode repercutir no peso a ser atribuído à prova emprestada.¹⁹⁹ Eventual contraposição da prova emprestada aos demais elementos de prova do processo de destino, além de impactar no seu valor, pode eventualmente justificar a realização de atividade probatória complementar (*e.g.*, produção de contraprova etc.).²⁰⁰

No mais, observado o contraditório na origem (CPC, art. 372) ou tendo a parte potencialmente prejudicada concordado com o empréstimo (*supra*, n. 13.2.1.1), a prova emprestada poderá manter sua eficácia e valor probante como se tivesse sido originariamente produzida no processo que a recebe.

Nos excepcionais casos de empréstimo de provas irrepetíveis ou de difícil renovação na causa atual (*supra*, n. 13.2.1.3), a eventual ausência de participação na etapa de constituição da prova deve ser considerada na avaliação. Significa dizer que *contraditório* e *valor da prova* são grandezas diretamente proporcionais: quanto maior o grau ou intensidade

via da precatória seria de menor relevância. Ademais, atualmente a imediação, como elemento da oralidade, é destituída de qualquer valia no sistema, porquanto temos um processo de corte marcadamente escrito, desconcentrado e que, agora, não mais observa a identidade física do juiz. [...] Como todo e qualquer elemento probatório, a prova emprestada será estimada e avaliada pelo juiz, sendo que o fato de ser derivada de outro processo, noutro contexto, não produzida para o processo em testilha e destinada à prova dos fatos *hic et nunc*, deve certamente ser objeto de sopesamento” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*, p. 224).

¹⁹⁹ “Embora o disposto no art. 371 pareça atribuir plena liberdade para o juiz ao afirmar ‘atribuindo-lhe o valor que considerar adequado’, este trecho deve ser compreendido como uma advertência não de ‘liberdade’, mas de ‘grande precaução’ na valoração da prova emprestada, porque a prova emprestada de partida deve ser considerada uma prova inferior, não basta considerar seus elementos de persuasão como se tivesse no processo sido produzida, deve o juiz voltar sua análise crítica para o questionamento se sua produção em outro processo em que medida *desqualifica* sua potencialidade informativa para o processo em que é aproveitada. Portanto, não há ‘liberdade’, terminologia abandonada no CPC/2015, mas, muito ao contrário, descrição de que a prova emprestada tem naturalmente riscos, mesmo que observado o contraditório, e, por isto, naturalmente deve sua análise crítica partir de sua potencialidade persuasiva inferior e daí viabilizar a fundamentação do convencimento motivado” (FERREIRA, William Santos, Comentário ao art. 372, p. 953).

²⁰⁰ Na jurisprudência, admitindo a realização de nova perícia como contraprova a laudo pericial emprestado: “A prova emprestada se refere a escritório comercial situado no décimo sexto pavimento do mesmo edifício (fls. 41). O valor pertinente as unidades autônomas de um mesmo edifício não é uniforme, ainda que possuam a mesma planta, há variação em razão do pavimento em que está situado e de sua posição no andar. Embora o agravante afirme que o documento de fls. 41 trate de imóvel também situado no sétimo pavimento, o primeiro parágrafo de tal documento descreve apartamento situado no sexto pavimento. [...] Nessa medida, sendo útil e necessária a perícia a bem da observância da ampla defesa e do contraditório em prol da agravada, não se justifica o seu indeferimento” (TJSP, 7ª Câmara. Dir. Priv., AI n. 2057552-93.2017.8.26.0000, rel. Des. RÔMOLO RUSSO, j. 28.6.17, v.u.).

do contraditório na fase de produção, maior será o peso que o juiz do processo de destino poderá atribuir à prova emprestada.²⁰¹

Inadmitir o empréstimo de prova irrepitível ou de difícil renovação violaria o direito à prova da parte do processo atual. Por isso, admite-se o seu ingresso nos autos (ainda que não observado o contraditório na origem), mas a ausência desse contraditório relativiza sua eficácia.²⁰² Vale dizer, não poderá a prova emprestada – especialmente se *substitutiva* (e não complementar) de prova que não pode ser colhida na causa atual – servir como único fundamento da decisão, devendo se somar a outras provas colhidas sob o contraditório judicial das partes.²⁰³

A repetibilidade da prova no processo atual não interfere no seu valor probatório. Significa dizer que a eficácia da prova emprestada *não está* na razão inversa da possibilidade de sua reprodução no processo em curso.²⁰⁴ Se a prova fosse recebida com valor inferior apenas por ser repetível, a técnica do empréstimo perderia a razão de ser.²⁰⁵

²⁰¹ Para DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES: “É importante lembrar que a prova emprestada, respeite-se ou não o contraditório, receberá do juiz julgador a carga valorativa que entender adequada à situação concreta, aplicando-se ao caso o disposto no art. 371 do Novo CPC. É nesse sentido, inclusive, a expressa previsão do art. 372 do Novo CPC. Entendo que, quanto mais o contraditório for respeitado, maior será a carga probatória das provas produzidas, em razão de sua maior confiabilidade” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 734).

²⁰² É pertinente a análise de WILLIAM SANTOS FERREIRA sobre o ponto em exame: “[...] se para uma das partes o modo de produção da prova se dá em violação ao contraditório e à ampla defesa, para outra, a impossibilidade de sua produção também é violação do contraditório e da ampla defesa. Em situações-limite em que se contrapõe justamente violações ao contraditório com a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova emprestada, ora para uma parte, ora para outra, deve-se privilegiar a maior densidade do conjunto probatório (ponderação), ainda que o aproveitamento seja, proporcionalmente, menor” (FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 148-149).

²⁰³ Para WILLIAM SANTOS FERREIRA, se a prova emprestada ingressa como elemento de crítica à prova colhida nos autos do processo de destino, poderá ela manter a mesma eficácia do processo de origem, desde que preservado o contraditório das partes sobre a prova no processo que a recebe. No entanto, nos casos em que o transporte se dá em caráter *substitutivo* à prova, ou seja, para suprir uma lacuna probatória da causa atual – o autor vale-se do exemplo das provas irrepitíveis, como o falecimento de testemunha já ouvida em juízo –, a prova emprestada não poderá servir como único fundamento da sentença, devendo ser necessariamente associada aos demais elementos probatórios colhidos em contraditório perante o juízo destinatário (FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 148).

²⁰⁴ Para MOACYR AMARAL SANTOS, a prova oral emprestada teria a mesma eficácia da prova colhida por meio de carta precatória: sua admissibilidade e eficácia estariam na razão inversa da possibilidade de sua reprodução na causa atual (SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 309-311). O autor limitava a equação “eficácia da prova vs. possibilidade de sua reprodução” às *provas orais*, raciocínio condizente com a prevalência da oralidade no processo civil sob a égide do CPC-39. Atualmente, a posição é respaldada por DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 134.

²⁰⁵ Vale mencionar pertinente crítica de ARLETE INÊS AURELLI: “[...] por razões de economia processual e duração razoável do processo, seria mais consentâneo com o sistema que, desde que preservado o contraditório, fosse admitida a prova produzida em outro processo, ainda que pudesse perfeitamente ser reproduzida. Para que gastar tempo e dinheiro públicos, quando se pode economizar na prática de atos processuais? Se a prova já foi produzida, o contraditório foi preservado, é mais adequado que se permita seu traslado para outro processo,

Por fim, caso a prova emprestada seja insuficiente para solucionar as questões do processo em curso, nada impede sua renovação e/ou complementação (se faticamente possível). Perguntas relevantes não formuladas à testemunha ou quesitos não submetidos ao perito poderão ser objeto de atividade probatória suplementar. A prova emprestada, ao mesmo tempo que racionaliza a instrução e robustece o material probatório do processo de destino, em nada restringe a iniciativa probatória das partes (CPC, art. 437, § 1º) e, eventualmente, do magistrado (CPC, art. 370).

15. APLICABILIDADE

A técnica da prova emprestada tem maior incidência na fase de conhecimento do procedimento comum. Seu aporte nos autos comumente se dá na fase postulatória com a petição inicial e/ou contestação (CPC, art. 434), com a finalidade precípua de auxiliar na formação do convencimento do julgador responsável pela sentença de mérito. Não obstante, ainda que de forma pontual e com menor frequência prática, o empréstimo da prova pode vir a subsidiar a concessão de tutelas provisórias, também encontrando espaço de aplicação no âmbito dos procedimentos especiais, do processo de execução e da ação rescisória.

15.1. Tutela provisória de evidência

As tutelas provisórias asseguram a utilidade do resultado final do processo: são concedidas em sede de cognição sumária – suficiente para aferir a verossimilhança do direito alegado – e em caráter provisório, produzindo efeitos até a tutela jurisdicional definitiva. O atual CPC classifica as tutelas provisórias em: (a) tutelas de urgência, dependentes de uma situação de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 300); e (b) tutela de evidência, que prescinde do *periculum in mora*, baseando-se apenas no elevado grau de

ainda que se pudesse produzi-la novamente. Ora, para que obrigar a sua nova e desnecessária produção?” (AURELLI, Arlete Inês, Da admissibilidade da prova emprestada no CPC/15, p. 398).

plausibilidade do direito no qual se funda a pretensão, bastante para a antecipação provisória dos efeitos da decisão final.²⁰⁶

Dentre as hipóteses genéricas de concessão da tutela de evidência (CPC, art. 311),²⁰⁷ duas delas interessam ao tema da prova emprestada, por autorizarem o deferimento *initio litis* da tutela quando os fatos forem comprovados apenas com os documentos acostados aos autos pela parte.

O art. 311, inc. II, do CPC, autoriza a concessão da tutela de evidência quando, de forma cumulativa, as alegações das partes puderem ser comprovadas “apenas documentalmente” (pressuposto fático) e houver tese firmada pelos tribunais no julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante (pressuposto de direito). Nessa hipótese, caberá ao requerente instruir o pedido com documentos aptos a demonstrar o alto grau de plausibilidade do direito afirmado em juízo (*fumus boni iuris*), sob pena de indeferimento da tutela se houver necessidade de dilação probatória.²⁰⁸

A expressão “apenas documentalmente” constante do inc. II deve ser objeto de interpretação extensiva ou ampliativa, de modo a admitir o uso de prova documental propriamente dita – *e.g.*, escritura pública; instrumento particular etc. – e de provas documentadas, tais como a prova antecipada, a ata notarial e a prova emprestada.²⁰⁹ Portanto, nada impede o empréstimo de prova colhida em processo anterior – incluindo-se a prova

²⁰⁶ Para um panorama sobre o regime das tutelas provisórias de urgência e de evidência no atual CPC: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. In: Vários autores. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253-266.

²⁰⁷ Além das hipóteses genéricas do art. 311, do CPC, o legislador optou por conferir tratamento específico à tutela de evidência na disciplina legal de procedimentos especiais como o das ações possessórias (CPC, art. 562), embargos de terceiro (CPC, art. 578) e ação monitória (CPC, art. 700). Para uma análise aprofundada do tema: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁰⁸ Trata-se de requisito equivalente ao do mandado de segurança, cuja concessão depende de prova documental e pré-constituída do direito líquido e certo alegado pelo impetrante (CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, p. 155).

²⁰⁹ A questão foi bem analisada por LUIZ FUX: “Verifica-se, pois, que a evidência toca os limites da prova e é tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção. Assim, é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em ‘manifesta ilegalidade’, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição (FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>. p. 8).

antecipada (CPC, art. 381, incs. II e III) – para fundamentar a tutela de evidência, cabendo à parte instruir o pedido com toda a documentação no qual registrada a prova.²¹⁰

O art. 311, inc. IV, do CPC, por sua vez, permite a concessão da tutela provisória de evidência quando o autor instruir a petição inicial com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do seu direito, em relação à qual o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. De igual modo, apesar de se referir apenas à prova documental, a interpretação extensiva do dispositivo autoriza a utilização de provas documentadas para fundamentar o pedido de tutela de evidência, facultando ao autor comprovar a verossimilhança do direito alegado com base em prova colhida em outro processo, seja ela de natureza oral ou pericial.²¹¹

15.2. Inventário judicial

Após a apresentação das primeiras declarações no inventário judicial, o art. 628, do CPC, autoriza àquele que se julgar preterido demandar sua admissão no processo, desde que tal requerimento seja feito antes da partilha de bens. Ouvidas as partes no prazo de 15 (quinze) dias, o pleito poderá ser apreciado pelo juiz nos próprios autos do inventário, desde que seja suficiente para a decisão a prova documental apresentada pelo terceiro que requer seu ingresso no feito (CPC, art. 628, § 1º).

No entanto, se necessária a produção de outras provas, o juiz remeterá o requerente às vias ordinárias, determinando que se reserve, em poder do inventariante, o

²¹⁰ TALAMINI, Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, p. 4; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 637.

²¹¹ É a posição de NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 566; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 250; ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 331; ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha, *Direito processual civil*, p. 652; FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 313 *et seq.* Referidos autores também entendem possível o pedido de tutela de evidência com base em prova antecipada a qual, assim como a prova emprestada, é modalidade de prova pré-constituída e documentada. Ressalve-se apenas que, na hipótese do inc. IV do art. 311, do CPC, a tutela de evidência não poderá ser deferida *inaudita altera parte*, sendo necessária a prévia manifestação do réu acerca da prova emprestada.

quinhão do herdeiro que se diz excluído até que a controvérsia seja decidida no outro processo (CPC, art. 628, § 2º).

A prova “documental” aludida no § 1º, do art. 628, do CPC, deve ser interpretada ampliativamente, permitindo ao terceiro demonstrar sua condição de preterido por meio de provas documentadas, tais como a prova antecipada, a ata notarial e a prova emprestada (e.g., prova oral – depoimento pessoal ou oitiva de testemunha – registrada em termo de audiência realizada em processo anterior).²¹² A admissibilidade da prova emprestada nessa hipótese incrementa as chances de a questão ser decidida nos próprios autos do inventário judicial, eventualmente dispensando o terceiro de ajuizar ação declaratória específica para fazer a prova da preterição, em prol da economia processual.

15.3. Ação monitória

A prova emprestada encontra relevante campo de aplicação no procedimento especial da ação monitória, no qual a lei impõe ao autor o ônus de demonstrar a existência do direito de crédito alegado na petição inicial com base em prova escrita sem eficácia de título executivo (CPC, art. 700, *caput*).

É comum associar a prova escrita apenas à prova documental, como o contrato sem a assinatura de duas testemunhas ou o cheque prescrito (Súmula n. 299-STJ).²¹³ No entanto, atendem à exigência da lei as provas documentadas – como as provas antecipadas, a ata notarial e a prova emprestada – que, a despeito da forma documental, carregam consigo a natureza e eficácia próprias da espécie de prova registrada no suporte material (*supra*, n. 7). Por isso, a ação monitória poderá ser ajuizada com prova oral e/ou pericial produzida em

²¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 965.

²¹³ Na lição de ANTONIO CARLOS MARCATO: “Essa particular tutela de evidência, concedida inaudita altera parte (CPC, art. 9º, III) com base, exclusivamente, na prova documental apresentada pelo autor (rectius: prova escrita sem eficácia de título executivo – art. 700), vem consubstanciada no mandado monitório, decisão dotada de eficácia similar àquela da sentença condenatória, ou seja, provimento jurisdicional idêntico, por natureza, àquele contido em uma sentença condenatória, cujos efeitos ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada material se e quando não opostos – ou integralmente rejeitados – embargos pelo réu (art. 701, §§ 2º e 3º)” (MARCATO, Antonio Carlos, *Procedimentos especiais*, p. 239).

processo anterior que convença o juiz acerca da certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação, viabilizando a expedição do mandado monitório.²¹⁴

Para ilustrar: em ação de cobrança movida por “A” contra “B”, o réu confessa em seu depoimento pessoal ter contraído outras dívidas junto à “A”, que não foram documentadas pelas partes (contrato de mútuo verbal). Registrada a confissão por escrito, “A” poderá ajuizar ação monitória contra “B” instruindo a petição inicial com cópia do termo da audiência realizada no processo anterior, que atende à exigência legal de prova escrita da obrigação de pagar quantia (CPC, art. 700, *caput*). Igual raciocínio se aplica à prova oral documentada produzida antecipadamente (CPC, arts. 381, incs. II e III c/c 700, § 1º) – *e.g.*, depoimento pessoal da parte ou de testemunha colhidos na audiência da ação probatória – cujo aproveitamento em futura ação monitória se dá a título de prova emprestada (*supra*, n. 7).

Ademais, sendo meramente exemplificativo o rol do art. 381, do CPC,²¹⁵ o interessado poderá ajuizar a ação probatória com a finalidade exclusiva de pré-constituição da prova escrita. O autor restringe sua pretensão à formação de um documento a ser utilizado em procedimentos que, por questões de política legislativa, não admitem dilação probatória e exigem a demonstração do direito alegado na petição inicial exclusivamente por prova escrita – documental ou documentada (*e.g.*, ação monitória; mandado de segurança etc.).²¹⁶

15.4. Processo de execução

O art. 798, do CPC, ao estabelecer os requisitos para a propositura da ação de execução baseada em título executivo extrajudicial, impõe ao exequente o ônus de instruir a

²¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 1000-1001.

²¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 145.

²¹⁶ Partindo do caráter não exaustivo do rol do art. 381, do CPC, EDUARDO TALAMINI conclui que a prova pré-constituída na ação probatória serve de prova escrita para o ajuizamento de ação monitória e para a impetração de mandado de segurança: “Considere-se hipótese alheia ao elenco explicitado no art. 381: pretender produzir antecipadamente a prova para pré-constituí-la, e assim poder usá-la em futuro processo que, por razões procedimentais, só admita prova escrita. É o que se dá no mandado de segurança ou na fase inicial da ação monitória. [...] Em todas essas vias processuais, a exigência de prova documental não se deve a uma preferência axiológica, valorativa, no sentido de ela ser considerada mais idônea, confiável do que outros meios probatórios. Nesses casos, o legislador limita a prova à forma documental por simples razões estruturais, de sumariiedade procedimental. Logo, provas de outra espécie (orais, periciais...) podem ser pré-constituídas e assim servir como ‘prova escrita’ nessas hipóteses. A medida de produção antecipada de prova presta-se também a tal fim” (TALAMINI, Eduardo, *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*, p. 4).

petição inicial com “a prova de que se verificou a condição ou ocorreu o termo, se for o caso” (inc. I, alínea *c*) e com “a prova, se for o caso, de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua pretensão senão mediante contraprestação do exequente” (inc. I, alínea *d*).

Se a petição inicial estiver incompleta ou não “acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução”, o juiz intimará o credor para corrigir o vício no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento da peça (CPC, art. 801).

As expressões “prova” e “documentos” dos arts. 798, inc. I, alíneas *c* e *d*, e 801, do CPC, abrangem a prova emprestada. O empréstimo facilita o cumprimento do ônus de apresentar os documentos indispensáveis ao pedido de tutela executiva e, por conseguinte, o recebimento da petição inicial da ação de execução. Poderá o exequente, ao propor a demanda executiva, demonstrar a exigibilidade da dívida – tanto pela ocorrência da condição e/ou do termo, quanto pelo adimplemento da sua obrigação no contrato bilateral – por meio de prova oral ou pericial colhida em processo anterior, inclusive em sede de ação probatória (CPC, art. 381, incs. II e III).

15.5. Ação rescisória

O art. 966, inc. VI, do CPC, autoriza o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir decisão fundada em prova “cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória”. Apesar do dispositivo restringir a apuração da falsidade ao âmbito de ação penal ou da própria ação rescisória, tem se admitido a interpretação extensiva do inc. VI, do art. 966, do CPC, permitindo ao interessado valer-se de outros meios para demonstrar a falsidade da prova.²¹⁷

Seria admissível, portanto, o ajuizamento de ação declaratória com o fim específico de obter a declaração da falsidade da prova na qual baseada a decisão rescindenda (CPC, art. 19, inc. II), sem prejuízo da ação declaratória incidental prevista no parágrafo único do art. 430, do CPC, na qual a questão da falsidade da prova é decidida em caráter principal com força de coisa julgada. A interpretação ampliativa igualmente autoriza que a prova da

²¹⁷ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 526.

falsidade decorra de prova emprestada: sendo ela suficiente para demonstrar a alegação, sua admissibilidade poderia até dispensar a fase de instrução e a colheita de outras provas na ação rescisória (CPC, art. 972), em prol da economia processual.

Também não se descarta o uso da prova emprestada para fundamentar ação rescisória baseada no inc. VII, do art. 966, do CPC, que admite a rescisão da decisão de mérito transitada em julgado quando “obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”. Só se admite o uso de prova preexistente ao trânsito em julgado da decisão rescindenda. Provas constituídas em momento posterior não poderão ser emprestadas para a ação rescisória.²¹⁸ E, no caso de prova preexistente não utilizada oportunamente por desídia do autor, o empréstimo deverá ser indeferido.

²¹⁸ É a posição de EDUARDO CAMBI, para quem: “Ademais, tratando-se de ação rescisória, a prova emprestada não pode ser considerada um documento novo (art. 485, inc. VII, CPC), quando a parte não se valeu dele em razão da sua desídia ou da sua negligência, quando o documento se formou após o trânsito em julgado da sentença rescindenda ou, ainda, quando o documento, cuja existência a parte ignorava ou não pôde fazer uso, não lhe era capaz de assegurar, por si só, o pronunciamento favorável” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 60).

PARTE III

QUESTÕES ATUAIS SOBRE PROVA EMPRESTADA

16. PROVA PRODUZIDA EM PROCESSO ESTRANGEIRO

A colheita de provas fora do território nacional – *e.g.*, oitiva de testemunha domiciliada em outro país; perícia sobre objeto localizado no exterior etc. –, é realizada via pedido de cooperação jurídica internacional, com a finalidade de “colheita de provas e obtenção de informações” (CPC, art. 27, inc. II). O pedido é formalizado por meio de carta rogatória (CPC, art. 237, inc. II), na qual a autoridade brasileira solicita ao órgão jurisdicional estrangeiro que proceda à colheita da prova.

Não obstante, existindo prova colhida em processo estrangeiro que seja pertinente para a solução de demanda judicial em trâmite no Brasil, é possível que as partes requeiram ou o juiz determine de ofício o seu empréstimo para o processo brasileiro, dispensando a expedição de carta rogatória para sua repetição. Por depender de atividade judicial no país requerido, é incerta a data de conclusão das diligências probatórias e de retorno da carta rogatória ao juízo rogante, o que pode prejudicar o andamento do processo instaurado perante o Poder Judiciário brasileiro.

Nesse ponto, a carta rogatória suspende o julgamento da causa quando requerida antes da decisão de saneamento e de organização do processo e for destinada à colheita de prova imprescindível (CPC, art. 377, *caput*). A lei processual igualmente impõe a suspensão do processo quando a sentença de mérito tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo (CPC, art. 313, inc. V, alínea *b*), sendo o caso de se aguardar a regular colheita da prova perante o órgão jurisdicional estrangeiro para posterior prosseguimento do feito no Brasil.

Por isso, razões como celeridade e economia processual autorizam o empréstimo da prova já regularmente produzida em processo estrangeiro, evitando-se a repetição de atos probatórios que, a despeito de realizados sob as formalidades legais de outro ordenamento jurídico – e *a priori* destinados à demonstração de fatos ocorridos no exterior –, poderão surtir seus regulares efeitos no Brasil, se pertinentes para o julgamento de processos em trâmite no país.

O art. 13, da LINDB, estabelece que a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça. Por isso, um meio de

prova previsto no ordenamento jurídico estrangeiro, sem equivalente na lei nacional, não superaria o juízo de delibação em processo judicial em trâmite no Brasil. A lei processual pátria, por sua vez, adota a regra da *atipicidade* dos meios de prova, segundo a qual as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, para fazer prova dos fatos alegados e influir eficazmente na convicção do juiz (CPC, art. 369).

A contraposição entre os dispositivos de lei é solucionada pelo critério da *especialidade*, superando-se a aparente antinomia em favor da regra prevista no atual CPC: se o meio de prova previsto no ordenamento estrangeiro for considerado moralmente legítimo no Brasil,²¹⁹ bem como compatível com as garantias constitucionais do processo elencadas no art. 5º, da CF-88 (*e.g.*, devido processo legal; juiz natural; contraditório e ampla defesa etc.), não haverá óbice ao empréstimo da prova.²²⁰

Assim como se dá em relação às provas produzidas no Brasil, caberá ao interessado apresentar toda a documentação na qual registrada a atividade probatória havida no país estrangeiro, aplicando-se aqui as regras de produção da prova documental (*supra*, n. 12).

²¹⁹ É pertinente a reflexão de MOACYR AMARAL SANTOS sobre o tema: “Ambas as leis, a do país em que se debateu o processo, e a do nosso país, podem admitir o mesmo meio de prova para a demonstração de dado fato. Em conseqüência, a verdade de um fato pode demonstrar-se por um mesmo meio de prova aqui e ali, e tanto é verdade a que dali como a que daqui resultar. Não se compreende, pois, por que a prova produzida no estrangeiro, por meio admitido em nosso país, deixe de neste ter reconhecida a sua eficácia” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 320-321). Ressalve-se que, na visão do autor, a prova produzida no exterior só poderia ser emprestada para processo brasileiro com as mesmas partes, equivalendo à prova produzida mediante carta rogatória.

²²⁰ Admitindo o empréstimo de prova produzida em processo estrangeiro: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 110; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 376-377; AMARAL, Paulo Osternack, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 110-111; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 133. FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, LUIZ DELLORE, ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE e ZULMAR DUARTE DE OLIVEIRA JR. também admitem o empréstimo de prova colhida no exterior, mas desde que “seja tipificada no Brasil e tenha observado o regramento que lhe seja aplicável no país de origem” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*, v. 2, p. 225). Em sentido diverso, TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 101-102, para quem, ainda que a prova tenha sido colhida perante órgão jurisdicional estrangeiro, tal órgão não exerceria jurisdição brasileira, circunstância que obstaría o empréstimo. O autor excepciona, contudo, os casos em que a prova não possa ser realizada no Brasil (*e.g.*, oitiva de testemunha que resida em outro país ou perícia de avaliação de imóvel localizado fora do território nacional), sendo necessária a expedição de carta rogatória para a renovação do ato no exterior. Em tais casos, por razões de economia processual, seria possível admitir o empréstimo da prova já colhida. Na jurisprudência, admitindo prova produzida em processo estadunidense para instrução de ação penal no Brasil: “O art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar quanto aos meios de produzir-se. Dessa forma, tendo em vista tratar-se de instituição financeira sediada nos Estados Unidos, a prova licitamente produzida naquele país certamente poderá ser aproveitada nas investigações levadas a efeito no Brasil, exceto em se tratando de prova que a lei brasileira desconheça, o que não é o caso.” (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp n. 169.908-RJ, rel. Min. LAURITA VAZ, j. 17.09.13, v.u.).

Por se tratar de prova colhida fora da jurisdição brasileira, poderá o juiz determinar que a parte requerente comprove o teor e a vigência do direito estrangeiro (CPC, art. 376), especialmente as regras de direito probatório que disciplinaram a produção da prova. Ademais, tratando-se de documento redigido em língua estrangeira, a lei impõe ao interessado o ônus de apresentar a versão original da documentação e versão traduzida para a língua portuguesa, tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado (CPC, art. 192, parágrafo único).

Assegurado o contraditório *sobre* a prova (CPC, arts. 10 e 437, § 1º), passe-se ao juízo de deliberação, aplicando-se aqui todos os requisitos gerais e específicos de admissibilidade do empréstimo (*supra*, n. 13). Quanto à prova tipificada pela lei brasileira (*e.g.*, depoimento pessoal; oitiva de testemunha; perícia técnica; inspeção judicial etc.), seu aproveitamento dependerá da regularidade da colheita à luz das regras de direito probatório do país em que produzida (LINDB, art. 13). Já a prova sem equivalente no ordenamento jurídico pátrio tem sua admissão condicionada à circunstância de ter sido obtida por meio moralmente legítimo (CPC, art. 369).

No mais, como a lei processual exige participação efetiva na constituição da prova – onde o contraditório se realiza com maior intensidade – a parte potencialmente prejudicada pelo empréstimo deverá ter figurado como parte no processo estrangeiro ou, ao menos, ter concordado com o seu transporte para a causa atual (CPC, art. 372). A ausência desse requisito específico acarreta o indeferimento da prova emprestada, cabendo ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento, a repetição da prova por meio de carta rogatória.²²¹

Embora sejam raros os casos de identidade subjetiva total ou parcial entre processos (*supra*, n. 13.2.2) e notórios o tempo e custo envolvidos com a expedição de carta

²²¹ Na lição de ANTONIO CARLOS MARCATO: “A prova emprestada só tem valor probante no Brasil quando satisfeitos os seguintes requisitos: a) que tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes, face à necessidade de observância estrita da garantia constitucional do contraditório, não sendo admissível que a parte suporte os efeitos de provas produzidas sem a sua direta participação; b) que tenha sido atendida, em relação às *provas de natureza oral*, a garantia constitucional do juiz natural da causa, observados, ademais, quanto à sua produção e posterior valoração, os princípios da oralidade e da imediatidade na coleta das provas. Considerando a óbvia impossibilidade de atendimento dessas últimas exigências no processo estrangeiro em que a prova oral foi produzida, ela se revela inútil para o processo em que foi transportada. Já as provas periciais poderão ser utilizadas no processo brasileiro, desde que satisfeita a primeira das exigências indicadas; mas a sua validade e eficácia poderão ser objeto de debate, à luz do contraditório, perante o juiz natural da causa, que lhes atribuirá, então, o valor que repute merecido” (MARCATO, Antonio Carlos. Aspectos transnacionais do Direito Processual. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 7, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3019>).

rogatória e renovação da prova – com significativos impactos no desfecho do processo brasileiro (CPC, arts. 377 c/c 313, inc. V, alínea *b*) –, a economia processual e a razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, inc. LXXVIII) não se sobrepõem ao princípio do contraditório no campo das provas, sob pena de a parte suportar os efeitos de prova colhida sem a sua participação.²²²

De igual modo, sendo a prova irrepetível ou de difícil renovação e a sua colheita se deu sem o contraditório das partes no processo estrangeiro, o empréstimo deve ser admitido – resguardando-se o direito constitucional à prova –, mas a ausência de participação na formação da prova deve ser considerada no momento da valoração (*supra*, n. 14).

17. PROVA PRODUZIDA EM PROCESSO ARBITRAL

A arbitragem é um meio de heterocomposição privada de litígios – que envolvam, exclusivamente, direitos patrimoniais disponíveis (LA, art. 1º, *caput*) –, no qual a decisão do conflito se dá por terceiro (árbitro) investido de jurisdição pelo acordo de vontades das partes.²²³ Trata-se de meio adequado para a solução de causas complexas – tanto sob o aspecto fático quanto jurídico (*e.g.*, responsabilidade civil; propriedade industrial; disputas societárias etc.) –, domésticas e internacionais e, a despeito dos significativos custos envolvidos com a sua instituição e processamento, está há muito consolidada no cenário jurídico brasileiro.

²²² Como bem pontua JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo”, concluindo que “conciliar segurança e rapidez é o maior desafio do processualista” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 49 e 165).

²²³ Para JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM: “A arbitragem é também uma forma de se compor conflitos mediante um processo, só que a cargo de particulares, a quem o Estado outorga o poder de emitir sentença com a mesma eficácia das sentenças proferidas por seus próprios juízes. Neste sentido, é facultado às pessoas capazes de contratar se valerem dessa instituição para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [...] Na arbitragem existe o exercício de verdadeira jurisdição, só que exercida por órgãos-pessoas, aos quais o Estado reconhece uma parcela do seu poder, e cujas decisões ele chancela com o selo de sua autoridade, outorgando-lhes idêntica eficácia à que confere às decisões de seus próprios juízes (órgãos-entes). Daí chamar-se *sentença arbitral* as decisões finais de mérito proferidas pelos árbitros (Lei n. 9.307/96, art. 31, alterada em parte pela Lei n. 13.129/15)” (ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 134).

Tendo como vetor o princípio da autonomia da vontade, a arbitragem no Brasil é facultativa e confere às partes ampla liberdade de escolha das regras de forma e de fundo aplicáveis, observados os bons costumes e a ordem pública (LA, art. 2º, § 1º). Além da flexibilidade do procedimento, o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença por ele proferida não se sujeita a recurso ou à homologação judicial (LA, art. 18) equiparando-se, por força de lei, às decisões proferidas por juízes estatais e, sendo condenatória, constitui título executivo judicial (LA, art. 31; CPC, art. 515, inc. VII).

A natureza jurisdicional da arbitragem – e o poder jurisdicional conferido ao árbitro pela vontade das partes –, a observância de garantias constitucionais no processo arbitral (*e.g.*, devido processo legal; contraditório; imparcialidade do julgador etc.) e a ausência de restrição legal expressa tanto no CPC quanto na lei federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (“Lei de Arbitragem”), autorizam que provas produzidas no processo arbitral sejam posteriormente utilizadas em processos estatais.²²⁴

Eventual confidencialidade pactuada na convenção de arbitragem pode, contudo, impactar na admissibilidade do empréstimo. Em que pese facultativo, é frequente na prática que cláusulas compromissórias e compromissos arbitrais contenham o pacto de confidencialidade do procedimento.²²⁵ A natureza dos litígios solucionados na arbitragem geralmente demanda a apresentação de informações sigilosas pelas partes (*e.g.*, valores envolvidos no litígio; segredos empresariais estratégicos; matéria afeta à propriedade industrial etc.), justificando a restrição de acesso aos autos por terceiros para evitar a indevida divulgação dos dados revelados no processo arbitral.

Como o art. 372, do CPC, exige a observância do contraditório na origem, a regra geral é a de que provas produzidas na arbitragem com pacto de confidencialidade só poderão ser utilizadas no processo estatal se houver identidade subjetiva total entre processos

²²⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: comentários ao CPC de 2015, v. 2, p. 225; AMARAL, Paulo Osternack, *Provas*: atipicidade, liberdade e instrumentalidade, p. 114-115; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 133; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 376. Em sentido contrário, TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil, p. 101, com a ressalva de que, à época em que o autor publicou seu artigo (ano de 1999), ainda havia debate doutrinário acerca da natureza jurisdicional da arbitragem.

²²⁵ As reflexões desenvolvidas neste tópico não abrangem processos arbitrais em que a Administração Pública figure como parte, nos quais é obrigatória a observância do princípio da publicidade (LA, art. 2º, § 3º). Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 15 do FPPC: “As arbitragens que envolvem a Administração Pública respeitarão o princípio da publicidade, observadas as exceções legais (vide art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, com a redação da Lei n. 13.129/2015)”.

arbitral e judicial. Se no processo judicial envolvendo as mesmas partes da arbitragem houver assistentes ou litisconsortes estranhos ao processo arbitral, o empréstimo da prova condiciona-se à concordância de ambas as partes da arbitragem.²²⁶ Já se uma das partes do processo arbitral pretender utilizar prova lá colhida em processo estatal no qual litigue contra terceiro – o que se entende como possível –, o empréstimo só será deferido se a parte adversa na arbitragem autorizar o uso da prova (*e.g.*, declaração escrita etc.)²²⁷ – e, também, se a parte contrária no processo judicial concordar com o transporte, dado não ter participado da sua produção na origem.

Ademais, o empréstimo de provas colhidas na arbitragem pode ensejar a divulgação de informações sigilosas lá apresentadas, uma vez que os processos estatais são regidos pelo princípio da publicidade (CF-88, arts. 5º, inc. LX, e 93, inc. IX; CPC, art. 11, *caput*).

Encerrado o processo arbitral, o vencido poderá ajuizar ação desconstitutiva da sentença com fundamento em eventual *error in procedendo* havido na arbitragem (LA, art. 33). O vencedor, por sua vez, no caso de sentença arbitral condenatória, promoverá a execução do título judicial (CPC, art. 515, inc. VII e § 1º), na qual será o devedor intimado para pagamento da dívida ou oferecer impugnação ao cumprimento de sentença. É comum que o devedor, na sua impugnação, trate de matérias típicas da ação desconstitutiva, tais como vícios procedimentais da arbitragem que acarretem a nulidade da sentença arbitral. Em ambos os casos, a prova do fato alegado – *i.e.*, do vício de procedimento – dependerá da apresentação pelo vencido de cópias dos autos do processo arbitral, dentre as quais podem estar incluídas as provas colhidas na arbitragem sob o manto da confidencialidade (especialmente se o vício alegado recair sobre a atividade probatória lá realizada).

Nesse ponto, a lei processual excepciona a regra da publicidade dos processos judiciais estabelecendo que “tramitam em segredo de justiça os processos que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral”, mas, “desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo” (CPC, art. 189,

²²⁶ Em sentido contrário: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 135.

²²⁷ EDUARDO TALAMINI desenvolve raciocínio semelhante ao analisar o empréstimo de provas colhidas em processo que tramite sob segredo de justiça (TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil ou penal*, p. 107-109).

inc. IV).²²⁸ Isso significa que, no período compreendido entre o protocolo da petição inicial da ação anulatória e/ou da impugnação ao cumprimento de sentença – instruídas com eventuais cópias de provas da arbitragem – e a decisão judicial que apreciar o pedido de segredo de justiça, os autos poderão ser consultados por qualquer terceiro, tornando públicos documentos que, *a priori*, seriam de acesso restrito às partes, seus procuradores e juiz do processo de destino.

Ademais, caso o segredo de justiça seja indevidamente indeferido, a parte dificilmente reverterá de imediato a decisão via agravo de instrumento, uma vez que a matéria não está inserida no rol taxativo do art. 1.015, do CPC. Embora o STJ tenha mitigado a taxatividade do rol legal, caberá ao recorrente o ônus de demonstrar o risco de divulgação de dados e documentos sigilosos acostados aos autos. E, caso o tribunal entenda pelo não cabimento do agravo, a parte deverá aguardar a solução do conflito em primeiro grau para reiterar a matéria em apelação ou contrarrazões (CPC, art. 1.009, § 1º), momento em que, provavelmente, a decretação do segredo de justiça carecerá de utilidade prática.²²⁹

18. PROVA PRODUZIDA EM PROCESSO PENAL

A natureza do processo não interfere na admissibilidade da prova emprestada, sendo possível o empréstimo para o processo civil de provas colhidas no processo penal.

²²⁸ Nesse ponto, veja-se o teor do Enunciado n. 13 do FPPC: “O disposto no inciso IV do art. 189 abrange todo e qualquer ato judicial relacionado à arbitragem, desde que a confidencialidade seja comprovada perante o Poder Judiciário, ressalvada em qualquer caso a divulgação das decisões, preservada a identidade das partes e os fatos da causa que as identifiquem”. Recentemente, o TJSP manteve decisão que, em sede de ação anulatória de sentença arbitral, declarou a inconstitucionalidade incidental do inc. IV, do art. 189, do CPC, à luz dos arts. 5º, inc. LX e 93, inc. IX, da CF-88. Constatou da decisão agravada, mantida pelo TJSP: “Segundo referida norma, tramitarão em segredo de justiça os processos ‘que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo’. Entretanto, a inovação introduzida pela Lei n. 13.105/2015 é incompatível com o art. 5º, LX, e com o art. 93, IX, da CF. [...] tratando-se de regra restritiva de direitos (a possibilidade de a lei limitar a publicidade dos atos processuais), por hermenêutica, sua interpretação deve necessariamente ser restritiva. Caso assim não fosse, estar-se-ia admitindo que o legislador infraconstitucional poderia ampliar as restrições de direitos estabelecidas pela Constituição, diminuindo, por consequência, a proteção de direitos tidos (pelo próprio constituinte) como de maior valia. Nesse sentido, os incisos I, II e III, do art. 189 do CPC instrumentalizam de forma restritiva a exceção autorizada pelos arts. 5º, LX, e 93, IX, da CF, o que apenas não é observado no inciso IV, que amplia o segredo para além da intimidade e do interesse social, visando proteger interesses estritamente particulares. Ora, o art. 189, IV, do CPC prestigia interesses puramente privados, destacando, por um lado, o interesse do tribunal arbitral, que por razões próprias estabeleceu genericamente o sigilo dos seus procedimentos e, por outro, o interesse das partes envolvidas no litígio, que preferem manter a controvérsia em segredo” (TJSP, 1ª Câmara. Res. Dir. Emp., AI n. 2263639-76.2020.8.26.0000, rel. Des. CESAR CIAMPOLINI, j. 2.3.21, v.u.).

²²⁹ Para uma análise do empréstimo de provas produzidas em processos estatais para processos arbitrais: PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 258-260.

Distinções procedimentais relativas à atividade de produção da prova não obstam o empréstimo:²³⁰ caberá ao magistrado do processo em curso aferir apenas se a parte contra quem a prova será utilizada participou da sua produção na ação penal (CPC, art. 372).²³¹

A prova colhida na seara penal pode ser emprestada para a ação civil *ex delicto*, ação de natureza cível ajuizada pelo ofendido visando ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes da prática do crime (CPP, art. 64)²³². A título de exemplo, a vítima do crime de lesão corporal que despendeu valores com tratamento médico-hospitalar poderá pleitear indenização em ação de responsabilidade civil por ato ilícito baseada em provas colhidas na ação penal pública promovida contra o autor do crime.²³³

O empréstimo das provas lá colhidas – *e.g.*, exame de corpo de delito; oitiva de testemunha; interrogatório do acusado etc. – pode ser suficiente para demonstrar a prática do ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, dispensando a repetição da atividade probatória

²³⁰ O art. 159, § 1º, do CPP, na redação dada pela lei federal n. 11.690, de 9 de junho de 2008, estabelece que na falta de perito oficial, o exame poderá ser realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior de preferência na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Essa regra não encontra equivalente no processo civil, mas nada impede que o exame de corpo de delito realizado naquelas circunstâncias seja emprestado para processos de natureza cível.

²³¹ “Dada la unidad de la jurisdicción, no obstante la división y especialización que para su ejercicio se haga, es jurídicamente igual que la prueba trasladada se haya recibido en un proceso anterior civil o penal o contencioso-administrativo, etc., siempre que haya sido pública y controvertida por la parte contra quien se aduce en el nuevo proceso” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 373). “De la misma manera, las pruebas del juicio penal pueden ser válidas en juicio civil, si en el proceso criminal la parte tuvo oportunidad de ejercitar contra estas pruebas todas las formas de impugnación que el procedimiento penal consentía” (COUTURE, Eduardo Juan, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 131). Ainda, na lição de MOACYR AMARAL SANTOS: “Desde que exista publicidade na produção da prova, faculdade de contraditório, enfim, garantias de veracidade, não se tem senão que reconhecer que, em regra, a prova, produzida no processo criminal e transplantada para o civil, não perde o seu valor originário, podendo exercer a maior influência na formação da convicção do juiz” (Santos, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 1, p. 324). Na doutrina, admitindo o empréstimo de provas colhidas no processo penal: TALAMINI, Eduardo, Prova emprestada no processo civil e penal, p. 93; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 133; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*, v. 2, p. 225; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 734.

²³² O art. 64, do CPP, autoriza o ajuizamento de ação civil reparatória independentemente da prévia existência de ação penal contra o autor do delito. A hipótese em análise não se confunde com a do art. 63, do CPP, que trata da ação de execução *ex delicto*, na qual se busca o ressarcimento do dano no juízo cível com base em sentença penal condenatória transitada em julgado.

²³³ Na jurisprudência: “Não há óbices para que o Juízo cível fundamente a decisão em provas colhidas na seara penal, desde que observado o devido processo legal. *In casu*, os réus da Ação de Ressarcimento também figuraram no pólo passivo da Ação Penal, portanto, restaram observados os princípios do contraditório e ampla defesa, pois os acusados tiveram oportunidade de se manifestar sobre as provas colhidas.” (STJ, 1ª T., AgRg no AREsp n. 24.940-RJ, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 18.2.14, v.u.). Na doutrina, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO observa que: “A vítima que não houver sido autora da ação penal (ação penal de iniciativa privada) nem se habilitado no processo crime como assistente da acusação, não foi parte nesse processo e, portanto, a ela não se pode impor a prova emprestada desse processo. Mas ela pode valer-se dessa prova em litígio civil contra o possível causador do dano, que lá tenha sido parte” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 109).

no processo civil. A admissibilidade do empréstimo da prova em tais casos não se condiciona à prolação de sentença penal nem ao seu eventual trânsito em julgado,²³⁴ exigindo-se apenas a conclusão da etapa de colheita da prova na origem.

Tendo sido julgada a ação penal, se eventual absolvição decorreu da atipicidade do fato ou da inimputabilidade do réu (CPP, art. 386, incs. III e VI) ou se foi extinta a sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (CP, art. 107, inc. IV), não há óbice ao empréstimo requerido pela vítima, que poderá discutir a responsabilidade e o dever de indenizar do réu na esfera cível (caso a respectiva pretensão reparatória não esteja prescrita).

No entanto, por ser *relativa* a independência entre as esferas cível e penal (CC, art. 935), se o acusado tiver sido absolvido por “estar provada a inexistência do fato” ou por “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal” (CPP, art. 386, incs. I e IV), a sentença penal absolutória fará coisa julgada no cível,²³⁵ tornando impertinente o empréstimo da prova para processo civil que discuta a responsabilidade do acusado com base naquele mesmo fato.

18.1. Elementos informativos colhidos em inquérito policial

É comum que elementos colhidos em sede de investigação penal preliminar sejam úteis para instrução de um processo civil. O fato apurado na instância criminal pode ter produzido consequências patrimoniais à vítima que, sem prejuízo da responsabilização criminal do agente, pretende acioná-lo em juízo visando à reparação do dano.

Faz-se referência, principalmente, ao inquérito policial, procedimento administrativo inquisitório instaurado pela autoridade policial para identificar fontes de prova e reunir elementos de informação quanto à autoria e materialidade de infração penal.

²³⁴ Como já decidido pelo STJ: “Decorre da interpretação do art. 63 do CPP que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pressuposto, tão somente, para a sua execução no Juízo cível, não sendo, portanto, impedimento para que o ofendido proponha ação de conhecimento com o fim de obter a reparação dos danos causados, com amparo nos arts. 64 do CPP e 935 do CC” (STJ, 3ª T., AgInt no AREsp n. 1.333.528-SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 19.8.19, v.u.).

²³⁵ “Embora o Enunciado não fale em coisa julgada, na verdade somente depois de transitada em julgado a sentença penal é que as questões terão sido ‘categoricamente decididas’ no juízo criminal. Daí por que, quanto à materialidade e autoria, a sentença penal transitada em julgado faz coisa julgada na esfera cível” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil comentado*, p. 1245).

Por se tratar de procedimento de natureza preparatória, do qual não resulta a aplicação de sanção, as investigações realizadas no curso do inquérito policial não se sujeitam, obrigatoriamente, ao contraditório e à ampla defesa do investigado.²³⁶ Essa circunstância impõe a repetição das provas lá colhidas perante o juízo criminal competente – sob o crivo do contraditório – para que possam ser valoradas na sentença penal pelo magistrado e fundamentar eventual decreto condenatório do acusado.

Está consolidada a jurisprudência dos tribunais superiores quanto à impossibilidade de condenação do acusado com base exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigatória. É impositiva sua renovação em juízo, eis que não assegurado ao investigado o exercício do contraditório na fase pré-processual.²³⁷

Se os elementos reunidos no inquérito policial não servem para fundamentar uma sentença penal condenatória, sendo necessária sua repetição em juízo, da mesma forma não podem embasar sentença cível, sob pena de violação do contraditório na origem exigido para fins de admissão da prova emprestada (CPC, art. 372).²³⁸ Por isso, em que pese possível o empréstimo de provas colhidas no processo penal, igual raciocínio não se aplica ao inquérito policial. Quando a parte pretender utilizar elementos colhidos em sede de investigação preliminar (*e.g.*, vistoria no local do crime; depoimentos prestados perante a autoridade policial

²³⁶ “A sindicância administrativa e o inquérito policial têm a mesma natureza, sendo ambos meros *procedimentos*, que têm a finalidade de verificar se o fato é irregular e se há presunção de autoria, servindo como fase investigatória preliminar à instauração do processo. Logo, não se subsumem à noção de *processo*, compreendida como o procedimento mais contraditório [...] e, por isso, não estão sujeitos à regra do art. 5.º, inc. LV, CF” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 57-58).

²³⁷ Na jurisprudência do STF: “Não questiono a afirmação de que condenações penais – unicamente fundadas em prova produzida na fase pré-processual do inquérito policial – não podem subsistir contra o acusado, sob pena de gravíssima afronta à cláusula constitucional que confere, ao réu, a garantia de observância dos postulados do contraditório e da plenitude de defesa. É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, apreciando tal questão, repudia a possibilidade jurídico-constitucional de o Poder Judiciário fundamentar sentenças penais condenatórias em provas unicamente produzidas no contexto de investigações policiais, sem que tais elementos probatórios venham a ser renovados, em juízo, sob a égide da garantia constitucional do contraditório: ‘A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela Polícia Judiciária na fase preliminar da persecução penal (*‘informatio delicti’*) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito.’ (RTJ 143/306-307, Rel. Min. CELSO DE MELLO)” (STF, 2ª T., RHC n. 106.398-SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 4.10.11, v.u.).

²³⁸ No mesmo sentido: AMARAL, Paulo Osternack, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 111; TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, p. 101; BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 252; CAMBI, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 57.

etc.), o empréstimo deverá ser indeferido e determinada a renovação da prova no processo civil.²³⁹

18.2. Prova obtida por meio de interceptação telefônica

O art. 5º, inc. XII, da CF-88, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, autoriza que o sigilo das comunicações *telefônicas* seja afastado “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. O dispositivo constitucional é regulamentado pela lei federal n. 9.296, de 24 de julho de 1996 que, no *caput* do art. 1º, autoriza a interceptação telefônica apenas para fins de obtenção de prova em investigação criminal e instrução processual penal, condicionando-a à ordem do juiz competente.

A interceptação telefônica é, portanto, meio de obtenção de prova de uso restrito na seara penal o que inviabiliza, por falta de suporte normativo, a decretação direta da medida por um juiz cível e para a instrução de um processo civil.²⁴⁰ E provas obtidas por meio de interceptação telefônica decretada fora das hipóteses autorizadas pelo ordenamento jurídico

²³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*. v. 2, p. 114. O STJ já admitiu, contudo, o empréstimo de elementos colhidos no inquérito policial para instruir ação de improbidade administrativa: “1. Hipótese em que o impetrante se insurge contra decisão do juiz criminal que, após homologado o arquivamento do inquérito policial, deferiu o compartilhamento das provas produzidas para fim de instrução de ação cível de improbidade administrativa. 2. ‘É firme o entendimento jurisprudencial deste Sodalício no sentido da possibilidade de utilização, na seara cível, para fins de apuração de improbidade administrativa, de prova produzida na esfera penal.’ (AgRg no REsp 1714914/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018). 3. O uso da prova emprestada estará sujeito à efetivação do contraditório no foro em que a prova vier a ser utilizada. Precedentes.” (STJ, 1ª T., AgInt no RMS n. 61.408-RJ, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 11.5.20, v.u.). De igual modo, autorizando o empréstimo de elementos de informação de inquérito policial para instruir ação civil pública: “4. Inviável, por conseguinte, acoiar-se de ilegais as decisões proferidas na instância de origem, uma vez que, tendo sido licitamente autorizada a interceptação telefônica dos investigados em inquérito policial, é plenamente possível o compartilhamento da prova para fins de instruir ação civil pública referente aos mesmos fatos” (STJ, 5ª T., RHC n. 52.209-RS, rel. Min. JORGE MUSSI, j. 20.11.14, v.u.)

²⁴⁰ “Sendo norma de exceção, o disposto na CF 5.º XII deve ser interpretado restritivamente. Quer isto dizer que somente o juiz criminal pode autorizar a interceptação telefônica, quando ocorrerem as hipóteses previstas na Constituição Federal. O juiz cível não pode determinar escuta telefônica para formar prova direta no processo civil” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 309). O art. 10, da lei federal n. 9.296, de 24 de julho de 1996, tipifica como crime a conduta de “realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”. Para uma crítica acerca da restrição ao uso da interceptação telefônica no processo civil brasileiro: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A constituição e as provas ilícitamente obtidas*, p. 151.

brasileiro são consideradas ilícitas (CF-88, art. 5º, inc. LVI), por violarem o direito fundamental à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, só excepcionado para fins de persecução penal.

No entanto, apesar de originariamente vedada no processo civil, a interceptação telefônica validamente decretada na seara criminal pode ser utilizada na esfera cível a título de prova emprestada. Sua excepcional admissibilidade dependerá da natureza do direito material a ser tutelado pelo processo civil. Caberá ao juiz cível ponderar, com base no postulado da proporcionalidade, se o pedido do autor envolve a proteção de direito material de maior relevância para o ordenamento jurídico brasileiro a ponto de justificar o afastamento, no caso concreto, da proibição constitucional à admissibilidade da prova ilícita.²⁴¹

A natureza *indisponível* do direito discutido no processo civil abre espaço para o empréstimo de interceptação telefônica decretada em inquérito policial ou em ação penal.²⁴² Se a interceptação telefônica revelar a prática de maus tratos contra criança ou adolescente pelo genitor detentor da guarda, a prova do castigo físico poderá ser emprestada para fundamentar pedido de perda da guarda (CC, arts. 1.586 e 1.637; ECA, arts. 35, 70 e 129) ou de destituição do poder familiar formulado perante o juízo cível. Não serão emprestadas, contudo, provas obtidas por interceptação telefônica para a instrução de causa cível sobre direitos *disponíveis* – e.g., relações jurídicas de ordem contratual –, que não têm o condão de afastar a vedação constitucional ao uso da prova ilícita no caso concreto.²⁴³

²⁴¹ Analisando reflexos da aplicação do princípio da proporcionalidade na esfera cível: “O critério da proporcionalidade passou a ser adotado inicialmente pela justiça alemã, idéia que se alastrou para os Estados Unidos da América (princípio da razoabilidade), com a função de evitar ou prevenir injustiças que a aplicação da vedação absoluta das provas ilícitas poderia acarretar. Temperam-se outros valores ou princípios, igualmente dotados de credencial constitucional [...]. Alguns exemplos podem ser citados: interceptar conversa de detento que esteja planejando a morte de juiz; filmar a intimidade de alguém, que esteja violando direitos da criança; abrir correspondência de alguém, para demonstrar a inaptidão ou o perigo de continuar com o pátrio poder” (SHIMURA, Sérgio Seiji. Princípio da proibição da prova ilícita. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 265).

²⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas, p. 151-152; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 38-319; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 135-136. Em sentido contrário: “O legislador constituinte, ciente de que não existem direitos absolutos, clivou a garantia constitucional para determinado fim, presente os interesses em jogo no processo penal. Essa ponderação realizada pelo legislador constituinte, entre intimidade e necessidades probatórias, não pode ser ampliada sem ofensa ao texto constitucional. Assim, temos por não possível o compartilhamento” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*, p. 225).

²⁴³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 105. Na jurisprudência do STJ: “1.- A possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. No entanto, o ato

Tratando-se de medida decretada (e realizada) sem a ciência do investigado – o que se justifica para assegurar a efetividade do meio de obtenção de prova –, é essencial que se assegure às partes do processo civil a observância do contraditório *a posteriori* (CPC, art. 437, § 1º), em especial daquele que em tese suportará os efeitos da prova, facultando-lhe impugnar a regularidade da interceptação telefônica decretada na esfera criminal e se manifestar sobre o conteúdo da prova por meio dela obtida.²⁴⁴

Na jurisprudência, os tribunais superiores têm admitido o empréstimo de provas obtidas por meio de interceptação telefônica validamente decretada na esfera criminal

impugnado, embora praticado em processo cível, retrata hipótese excepcional, em que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente.” (STJ, 3ª T., HC n. 203.405-MS, rel. Min. SIDNEI BENETI, j. 28.6.11, v.u.). Para MARIA ELISABETH DE CASTRO LOPES: “Tratando-se de prova ilícita, o juiz ficará diante de dois princípios conflitantes: o da proteção à vida privada e o da efetividade da jurisdição. Somente o caso concreto, em que o juiz avalia os interesses em jogo, indicará a solução que deverá ser adotada. Por exemplo, se a gravação for hábil a demonstrar violência ou maus tratos a um menor; em uma ação de modificação de guarda, a tendência será admitir a prova por essa via. Já em se tratando de simples conversa sobre o cumprimento ou não de obrigação contratual, o mesmo não poderá ser dito” (CASTRO LOPES, Maria Elisabeth de. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48). No mesmo sentido: “Já no processo civil, é realmente complicada a livre incidência do princípio da proporcionalidade, principalmente porque os valores em conflito não necessariamente autorizariam, em nome da busca da verdade real, a desconsideração do importante ditame constitucional da proibição da prova ilícita. [...] talvez haja espaço, no processo civil, para o sopesamento dos valores em jogo em lides cíveis nas quais se debatam questões inerentes a direitos indisponíveis, como se dá no direito de família. Dificilmente uma lide versando somente sobre questões patrimoniais e disponíveis poderia autorizar a desconsideração da garantia constitucional da proibição da prova ilícita” (MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo código de processo civil – uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. *Revista Síntese Direito Civil e Processual civil*, Porto Alegre, v. 12, n. 84, jul./ago. 2013, p. 15). O autor reforça esse raciocínio em MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Prova emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade – uma análise crítica à luz do disposto no artigo 356 do projeto do novo Código de Processo Civil. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; _____; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*, São Paulo: Verbatim, 2013, p. 161-173.

²⁴⁴ É a ressalva de CASSIO SCARPINELLA BUENO: “A valoração dessa prova deve levar em consideração o seu próprio valor probante no contexto em que colhida e produzida, devendo ser observado o contraditório prévio para essa finalidade quando de sua apresentação no processo em que se pretende ela seja utilizada” (BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, p. 253).

para a instrução de ações de improbidade administrativa²⁴⁵ e processos administrativos disciplinares instaurados contra o mesmo servidor público.²⁴⁶

19. PROVA EMPRESTADA *EX OFFICIO*

Os modelos de produção da prova no processo civil são tradicionalmente classificados em *adversarial* (centrado nas partes) e *inquisitorial* (centrado no juiz). Apesar dessa distinção, nenhum sistema probatório é puramente adversarial ou inquisitorial: as categorias, na realidade, servem como uma *escala* dentro da qual se situam os sistemas probatórios *reais*, que se distinguem pela forma como conciliam o papel de cada um dos sujeitos processuais – autor, réu e juiz – na formação do material probatório dos autos.²⁴⁷

No processo civil brasileiro vigora um modelo *misto* de produção da prova: o sistema pátrio é preponderantemente adversarial e, subsidiariamente, inquisitorial. O conjunto probatório dos autos é formado principalmente por atos dos sujeitos parciais do processo (*e.g.*,

²⁴⁵ Admitindo a interceptação telefônica como prova emprestada em ação de improbidade administrativa: “3. Esta Corte Superior possui entendimento pacificado no sentido de que é possível o uso emprestado em ação de improbidade administrativa do resultado de interceptação telefônica em ação penal. Precedentes do STJ e do STF. 4. A decisão deferindo a interceptação deve constar necessariamente dos autos da ação penal, e não da ação na qual o resultado da medida probatória figurará como prova emprestada, daí porque inexistente a nulidade por ausência do referido provimento judicial nestes autos.” (STJ, 2ª T., REsp n. 1.163.499-MT, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 21.09.10, v.u.). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp n. 1.115.399-MT, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 02.03.10. Ainda, a Tese n. 12 da edição n. 40 da “Jurisprudência em Teses” do STJ dispõe que: “Nas ações de improbidade administrativa é admissível a utilização da prova emprestada, colhida na persecução penal, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa”. Na doutrina: “Também assim, observa-se o posicionamento da 3ª Seção do STJ (MS n. 14405-DF, j. em 26.05.2010), no sentido de admitir prova emprestada de processo criminal para o âmbito disciplinar – mais especificamente para o PAD - Processo Administrativo Disciplinar. Se é possível emprestar a prova para um processo administrativo, tanto mais para um processo jurisdicional - pense-se, por exemplo, no uso dessa prova em processo de improbidade administrativa” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 135).

²⁴⁶ “Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos” (STF, Tribunal Pleno, Inq n. 2.424, rel. Min. CÉZAR PELUSO, j. 25.4.07, m.v.).

²⁴⁷ “Com o objetivo de enfrentar esses problemas, pode-se empregar uma distinção mais correta e menos carregada de ideologia: a distinção entre sistemas probatórios <<centrados nas partes>> e <<centrados no juiz>>. Tal distinção, todavia, apenas identifica os polos de uma escala na qual se podem situar os sistemas probatórios reais. De fato, nenhum sistema é puramente <<centrado nas partes>> ou <<centrado no juiz>>: os sistemas reais podem pender mais para um ou para outro lado, dependendo de como se definam e se combinem entre si os papéis das partes e do juiz” (TARUFFO, Michele, *A prova*, p. 108-109). Ainda, sobre os modelos *dispositivo* e *inquisitivo* de processo civil e suas repercussões no campo das provas: DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 49, p. 89-99, jul./set. 2013.

produção da prova documental na petição inicial e contestação; requerimento de provas complementares na fase de saneamento e de organização do processo etc.). No entanto, exaurida a iniciativa probatória dos litigantes e subsistindo dúvida do juiz acerca dos fatos alegados no processo, a lei autoriza a atuação do magistrado na complementação das provas já colhidas, buscando mais elementos para formar seu convencimento.²⁴⁸

Nesse aspecto, o art. 370, do CPC, ao prever amplos poderes instrutórios ao juiz, confere-lhe a prerrogativa de determinar de ofício as provas que entender necessárias para o julgamento do mérito. A iniciativa do magistrado no campo das provas, além de facultativa e subsidiária à atividade probatória das partes, deve respeitar, em decorrência do princípio dispositivo, os limites da lide traçados pela petição inicial e pela contestação (CPC, art. 329, inc. II), assim como os pontos controvertidos fixados na fase de saneamento e de organização do processo (CPC, art. 357, inc. II). O parágrafo único do art. 370, do CPC, por sua vez, impõe ao magistrado o dever de indeferir, de forma fundamentada, diligências probatórias inúteis ou meramente protelatórias.

Compatibilizando a atividade probatória das partes e a atuação oficiosa do juiz, a produção da prova emprestada – como a de qualquer outra prova no processo civil – pode se dar por requerimento dos litigantes e/ou por determinação judicial. Se o magistrado tiver conhecimento de prova já colhida que seja pertinente para o julgamento do processo em curso, poderá solicitar ao juízo anterior, por meio de expedição de ofício, o transporte para a causa atual de toda a documentação na qual registrada a atividade probatória.

Embora seja impossível ao juiz saber de antemão o resultado da prova produzida de ofício, se a prova for pertinente para a causa e vier a demonstrar o fato alegado por autor ou réu, terá o juiz, inevitavelmente, favorecido uma das partes se a utilizar como fundamento da sentença. Não tivesse aquela prova sido produzida – e não seria, dada a ausência de requerimento das partes – o pedido seria julgado com base na regra do ônus da prova (*supra*, n. 5). Aqui, a atuação do juiz – apesar de desconhecer o resultado de prova ainda não produzida –, *objetivamente* sagrou uma das partes como vencedora e a outra como vencida.²⁴⁹

²⁴⁸ Acerca da natureza supletiva da atuação probatória do juiz: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, p. 727.

²⁴⁹ A polêmica envolvendo eventual conflito entre poderes instrutórios e a garantia constitucional da imparcialidade do juiz é analisada com profundidade por BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, 2001.

Essa circunstância exige ponderação do juiz ao exercer seus poderes instrutórios. Havendo paridade entre as partes no plano material, sua atuação oficiosa deverá ser supletiva ou complementar à atividade probatória dos litigantes,²⁵⁰ a quem compete, em caráter principal, formar o conjunto probatório dos autos²⁵¹. Por outro lado, é desejável maior iniciativa judicial para reequilibrar a posição de partes desiguais no plano material (*e.g.*, relações de consumo; contratos de adesão etc.) ou em processos que versem sobre direitos de natureza indisponível (*e.g.*, relações de direito de família; estado da pessoa; tutela de direitos transindividuais etc.).²⁵²

Por isso, exaurida a atividade probatória dos litigantes *iguais*, poderá o juiz atuar em caráter subsidiário, determinando de ofício o empréstimo da prova colhida em processo anterior.²⁵³ Nas relações entre partes *desiguais* e nos processos que versem sobre

²⁵⁰ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, analisando o art. 125, inc. I, do CPC-73, segundo o qual competia ao juiz dirigir o processo de modo a “assegurar às partes igualdade de tratamento”, reconhecia que a atuação probatória do juiz possuía caráter supletivo em relação à atividade das partes: “Sem prejuízo do reconhecimento do papel ‘ativo’ que o juiz modernamente se vê chamado a desempenhar nesse campo, é pacífico que a iniciativa da instrução cabe, em primeira linha, às partes, pela simples e óbvia razão de que melhor conhecem os fatos e se acham em condições superiores às do órgão judicial para identificar as fontes de onde poderão extrair dados úteis à respectiva reconstituição” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução, p. 67).

²⁵¹ Na lição de ALFREDO BUZÁID: “O juiz não se antecipa aos interessados, nem se move *ex propria auctoritate* para indagar, em público ou em particular, quem sofre violação ou ameaça em sua esfera jurídica; aguarda que lhe provoquem a atividade jurisdicional, cabendo aos litigantes o ônus de afirmar e provar a sua pretensão em juízo. A função do magistrado é, pois, de declarar o direito em cada caso concreto, sem suprir as deficiências das partes, que agem representadas por advogados aptos a postular em juízo. [...] A teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo pelo que respeita à verificação dos fatos. Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova. [...] E como, prevalecendo o processo dispositivo, às partes incumbe, em regra, a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar ao juiz aquilo que pretendem, daí resulta que a distribuição do ônus é feita de modo que deixe a cada uma das partes fazer valer os fatos que ela quer sejam considerados pelo juiz, ou em outros termos, *que tem interesse em que sejam por êle considerados como verdadeiros*” (BUZÁID, Alfredo. Do ônus da prova, p. 115 e 133-135).

²⁵² A lei processual, contudo, autoriza a atuação oficiosa do juiz em determinadas hipóteses: realização de segunda perícia se ainda houver dúvida por parte do magistrado (CPC, art. 480); acareação de testemunhas, quando os depoimentos prestados forem contraditórios entre si (CPC, art. 462, inc. II); e oitiva de testemunha referida (CPC, art. 461, inc. I).

²⁵³ Na doutrina, admitindo o empréstimo de ofício pelo juiz: AMARAL, Paulo Osternack, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, p. 106; FERREIRA, William Santos, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 149; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 133; AURELLI, Arlete Inês, Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015, p. 401; SOUSA, Ana Paula Nascimento dos Reis. *Da prova emprestada no processo civil*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 78 *et seq.* Na jurisprudência, há recente decisão ratificando o empréstimo de provas com base no art. 370, do CPC: “No caso concreto, de ofício, valendo-se de prova emprestada, o douto juízo ‘a quo’ determinou a exibição de documentos por terceiras pessoas jurídicas. [...] Primeiramente, insta consignar que o juiz, na busca de uma justa solução à demanda, possui liberdade de convicção e deve privar pela busca da verdade real dos fatos, razão pela qual a produção de prova por determinação judicial está expressamente autorizada no artigo 370 do Código de Processo Civil. [...] Nesse contexto, inexistente qualquer ilegalidade na decisão que colacionou sentença ou cópias de outro processo, utilizando-as como fundamento de exibição de documentos por terceiras pessoas jurídicas, quando

direitos indisponíveis, poderá o magistrado valer-se diretamente dos seus poderes instrutórios, solicitando ao juízo do processo de origem o transporte da prova pertinente para o julgamento da causa atual.

Na hipótese de prova emprestada produzida de ofício, deve o juiz aplicar as regras de produção da prova documental (*supra*, n. 12), abrindo prazo para as partes se manifestarem sobre os requisitos de admissibilidade do empréstimo e sobre o conteúdo da prova trazida aos autos (CPC, arts. 10 e 437, § 1º).

há elementos indicativos de que atuem em conjunto em suas relações comerciais” (TJSP, 12ª Câ. Dir. Priv., AI n. 2243738-64.2016.8.26.0000, rel. Des. SANDRA GALHARDO ESTEVES, j. 31.3.17, v.u.).

CONCLUSÕES

A exposição teórica desenvolvida nos capítulos precedentes permite concluir que:

1. Prova emprestada é a prova regularmente colhida em um processo – ainda em curso ou já findo –, que, por razões de economia processual ou para assegurar o direito constitucional à prova da parte, é transportada documentalmente para outro processo, para nele produzir efeitos e contribuir para a formação do convencimento do juízo destinatário.

2. A prova emprestada possui natureza jurídica de *técnica* de transporte de provas típicas e/ou atípicas entre processos e, pela sua relação *instrumental* frente aos demais meios de prova – estes sim objeto de transporte –, ela não interfere na natureza propriamente dita da prova que se empresta. Por isso se diz que a prova emprestada tem a potencialidade de manter o seu valor originário no processo que a recebe: sendo uma técnica de reaproveitamento de provas, a natureza típica (*e.g.*, depoimento pessoal, testemunhal, pericial etc.) ou atípica da prova que se empresta permanece intacta no processo que a recebe.

3. Nem todo transporte de provas entre processos caracteriza efetiva hipótese de empréstimo. O critério distintivo é o momento de constituição da prova que se pretende emprestar – se antes ou durante o processo de origem – e a influência do contraditório das partes na formação do seu conteúdo (e resultado). Só haverá autêntico empréstimo das provas classificadas como *causais*, *simples* ou *constituendas*, *i.e.*, produzidas no curso de um processo e sob o contraditório das partes.

4. A prova emprestada encontra fundamento nas garantias constitucionais da razoável duração do processo (CF-88, art. 5º, inc. LXXVIII) e do contraditório, mais especificamente do direito constitucional à prova que dele decorre (CF-88, art. 5º, inc. LV). Sua aplicação confere um trâmite mais célere ao processo que a recebe, evitando a repetição de atos probatórios já validamente realizados, sem prejuízo da observância do contraditório tanto no processo de origem quanto no de destino (CPC, arts. 372 e 437, § 1º). Além de reduzir o custo econômico e o tempo de tramitação da causa atual, a técnica assegura o direito à prova da parte nos casos em que a prova colhida em processo anterior tenha se tornado irrepitível ou de difícil renovação no processo em curso.

5. A prova emprestada aporta no processo de destino como documento. A forma de ingresso, contudo, não interfere na natureza jurídica e nem no valor potencial da prova que se empresta, a qual será recebida no processo em curso – se respeitados os seus requisitos de admissibilidade – com a mesma natureza que possuía no processo em que originariamente colhida. A distinção entre *forma de ingresso* e *valor potencial* autoriza concluir que a prova emprestada é uma espécie de prova *documentada*: apesar de ingressar no processo de destino como documento (*i.e.*, na forma documentada), a natureza original da prova que se empresta permanece intacta, mantendo-se a potencialidade de receber o mesmo valor que lhe fora atribuído no processo em que constituída.

6. A produção da prova emprestada no processo de destino deve respeitar as regras de produção da prova documental (CPC, arts. 434 a 438), especialmente quanto ao momento oportuno para sua juntada aos autos (CPC, arts. 434 e 435) e à observância do contraditório das partes *sobre* a prova (CPC, art. 437, § 1º). A admissibilidade do empréstimo sem o contraditório do art. 437, § 1º, do CPC, não implica o desentranhamento da prova, mas sim a nulidade da decisão que a admitiu, reabrindo-se o prazo para manifestação da parte em tese prejudicada. Eventual violação ao procedimento legal de produção da prova emprestada deverá ser arguida como preliminar de cerceamento de defesa em apelação ou contrarrazões (CPC, art. 1.009, § 1º). Admite-se, em caráter excepcional, a interposição de agravo de instrumento contra a decisão de (in)admissibilidade do empréstimo, desde que demonstrada uma das situações autorizadoras previstas no Tema Repetitivo n. 988-STJ.

7. O empréstimo da prova pressupõe (a) um grau de similitude entre os fatos alegados nos processos de origem e de destino, suficiente para dispensar sua repetição na causa atual; (b) a atualidade da prova (o tempo decorrido entre colheita e possível empréstimo pode interferir na sua aptidão para esclarecer as questões da causa atual); (c) regularidade de produção na origem, observando-se o procedimento previsto em lei para a colheita de cada prova passível de empréstimo (*e.g.*, prova oral; pericial; inspeção judicial etc.); e (d) legalidade da prova (licitude e legitimidade).

8. O contraditório a que se refere o art. 372, do CPC, enquanto requisito de admissibilidade do empréstimo, é aquele efetivado no processo de origem, no qual constituída a prova. A admissão da prova emprestada depende que a parte contra quem a prova será utilizada tenha participado do processo de origem e de toda a atividade destinada à sua

produção, sob pena de ter utilizada contra si uma prova cujo conteúdo (e resultado) foi formado sem a sua prévia contribuição em contraditório.

9. Não observado o contraditório no processo em que colhida a prova (CPC, art. 372), a parte potencialmente prejudicada poderá se opor ao empréstimo e requerer sua renovação na causa atual (CPC, art. 437, § 1º). Não basta, contudo, a alegação genérica de violação ao contraditório: a parte tem o ônus de infirmar o conteúdo da prova, demonstrando o prejuízo derivado da falta de participação na origem (*i.e.*, em que medida a sua intervenção na atividade probatória teria o condão de alterar o resultado da prova emprestada). Nada impede, inclusive, que a parte potencialmente prejudicada renuncie ao contraditório e concorde com o empréstimo, vislumbrando na prova emprestada elementos que fortaleçam suas alegações na causa atual.

10. Apesar de mais frequente o empréstimo nos casos de identidade subjetiva total ou parcial entre processos de origem e de destino, é possível que a prova seja originária de processo do qual não tenha participado nenhuma das partes da causa atual. Como tanto autor quanto réu não intervieram na atividade de formação da prova, ambos estão em pé de igualdade em termos de contraditório, que se restringirá à manifestação sobre a prova já produzida (CPC, art. 437, § 1º). Em tais casos, a prova deverá ser admitida se ambas as partes anuírem com o empréstimo. No entanto, havendo fundada impugnação de quaisquer das partes por conta da inobservância do contraditório na origem, deverá o juiz indeferir o transporte da prova e determinar a sua repetição na causa atual.

11. Haverá casos em que uma prova já colhida se tornou irrepetível ou de difícil renovação no processo atual, afigurando-se o empréstimo como o único meio para as partes demonstrarem os fatos alegados. Tal ocorre nos casos de perecimento da fonte de prova (*e.g.*, morte de testemunha; destruição de bem periciado etc.) e de alto custo e/ou tempo envolvidos na sua renovação (*e.g.*, perícia complexa; testemunha com novo domicílio desconhecido etc.). Em tais hipóteses, o indeferimento da prova emprestada implicaria violação ao direito constitucional à prova, de modo que o empréstimo deve ser *excepcionalmente* admitido. A impossibilidade e/ou dificuldade de provar o fato alegado se sobrepõe à exigência de contraditório na etapa de constituição da prova, permitindo que a parte interessada possa se desincumbir de seus encargos probatórios no processo de destino.

12. Provas colhidas em juízo poderão ser regularmente emprestadas independentemente da natureza do processo de origem e/ou da Justiça perante a qual tramite. Por isso, observados os demais requisitos de admissibilidade, é viável o aproveitamento de provas produzidas perante a Justiça especializada (Eleitoral, do Trabalho ou Militar) e comum (Federal ou Estadual).

13. Como a lei não exige que a prova seja originária de processo instaurado perante órgão judicial, nada obsta o empréstimo de provas produzidas em processos administrativos, em relação aos quais o inc. LV do art. 5º, da CF-88, resguarda o contraditório na origem exigido pelo art. 372, do CPC. O fato de a atividade probatória ter sido conduzida pela Administração Pública, por si só, não implica o descarte apriorístico da prova. Eventuais restrições ao contraditório na origem e/ou irregularidades nos atos destinados à produção da prova poderão ser oportunamente demonstradas pela(s) parte(s) do processo judicial de destino (CPC, art. 437, § 1º).

14. Em caráter excepcional e a depender da intensidade do contraditório verificado na fase de inquérito civil, será possível o aproveitamento em processo judicial dos elementos informativos reunidos na fase investigativa, ainda que a eles se atribua eficácia relativa – *i.e.*, caráter complementar e não substitutivo da prova judicial – ou um peso menor em relação às provas colhidas sob o contraditório das partes em juízo. Eventual necessidade de repetição (ou de complementação) não acarreta a inadmissibilidade – e conseqüente desentranhamento – das provas colhidas no inquérito civil. Se a sua produção contou com a participação dos interessados, não há como retirar-lhe eventual valor probatório (ainda que menor) na fase judicial, sendo o grau de contraditório na constituição da prova o principal fator a ser considerado no juízo de delibação.

15. Caso a lei não preestabeleça seu valor, o magistrado avaliará a prova emprestada com base no sistema da persuasão racional previsto no art. 371, do CPC, indicando na decisão as razões da formação de seu convencimento. Aplica-se à prova emprestada o princípio da aquisição ou da comunhão (CPC, art. 371): uma vez admitida, a prova destina-se ao processo “independentemente do sujeito que a tiver promovido”. Por isso, é irrelevante perquirir se a prova emprestada fora produzida por autor ou réu, sendo possível valorá-la em desfavor da própria parte que requereu o empréstimo.

16. O juiz não está adstrito ao peso atribuído à prova no processo de origem: o que se transporta é a documentação na qual registrada a prova e não a convicção judicial sobre ela formada, sob pena de violação do sistema da persuasão racional (e de indevida *tarifação* da prova emprestada).

17. A técnica da prova emprestada tem maior incidência na fase de conhecimento do procedimento comum. Seu aporte nos autos comumente se dá na fase postulatória com a petição inicial e/ou contestação (CPC, art. 434), com a finalidade precípua de contribuir para a formação do convencimento do juiz responsável pela prolação da sentença de mérito. Não obstante, ainda que de forma pontual e com menor frequência prática, o empréstimo da prova pode vir a subsidiar a concessão de tutelas provisórias de evidência, também encontrando espaço de aplicação no âmbito dos procedimentos especiais (*e.g.*, inventário judicial; ação monitória etc.), do processo de execução e da ação rescisória.

18. Existindo prova colhida em processo estrangeiro que seja pertinente para a solução de demanda judicial em trâmite no Brasil, é possível que as partes requeiram ou o juiz determine de ofício o seu empréstimo para o processo brasileiro – via cooperação jurídica internacional (CPC, arts. 26 e ss.) –, dispensando a expedição de carta rogatória para sua repetição, em prol da economia processual.

19. A natureza jurisdicional da arbitragem – e o poder jurisdicional conferido ao árbitro pela vontade das partes –, a observância de garantias constitucionais no processo arbitral (*e.g.*, devido processo legal; contraditório; imparcialidade do julgador etc.) e a ausência de restrição legal expressa tanto no CPC quanto na LA, autorizam que provas produzidas no processo arbitral sejam posteriormente utilizadas em processos judiciais estatais.

20. A natureza do processo não interfere na admissibilidade da prova emprestada, sendo possível o empréstimo para o processo civil de provas colhidas no processo penal, desde que a parte contra quem a prova será utilizada tenha participado da sua produção na ação penal (CPC, art. 372). Como exemplo, a prova colhida na seara penal pode ser emprestada para a ação civil *ex delicto*, ação de natureza cível ajuizada pelo ofendido visando ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes da prática do crime (CPP, art. 64).

21. Por se tratar de procedimento de natureza preparatória, do qual não resulta a aplicação de sanção, as investigações realizadas no curso de inquérito policial não se sujeitam,

obrigatoriamente, ao contraditório e à ampla defesa do investigado. Essa circunstância obsta o empréstimo de provas lá colhidas para o processo civil, impondo a sua repetição em juízo.

22. Apesar de originariamente vedada no processo civil, a interceptação telefônica validamente decretada na seara criminal pode ser utilizada na esfera cível a título de prova emprestada. Sua excepcional admissibilidade dependerá da natureza do direito material a ser tutelado pelo processo civil. Caberá ao juiz cível ponderar, com base no postulado da proporcionalidade, se o pedido do autor envolve a proteção de direito material de maior relevância para o ordenamento jurídico brasileiro a ponto de justificar o afastamento, no caso concreto, da proibição constitucional à admissibilidade da prova ilícita.

23. Compatibilizando a atividade probatória das partes e a atuação oficiosa do juiz, a produção da prova emprestada – como a de qualquer outra prova no processo civil – pode se dar por requerimento dos litigantes e/ou por determinação judicial. Se o magistrado tiver conhecimento de prova já colhida que seja pertinente para o julgamento do processo em curso, poderá solicitar ao juízo anterior, por meio de expedição de ofício, o transporte para a causa atual de toda a documentação na qual registrada a atividade probatória.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 16, p. 7-19, 1999.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. Prova emprestada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 202, p. 403-415, dez. 2011.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ANTUNES, Carla Heidrich; BIANCHINI, Caroline Ribeiro; MAGALDI, Fernando. Prova emprestada: algumas considerações. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 28-37, maio/jun. 2000.

AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de Processo Civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017.

AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5. p. 389-402.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; _____ (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-52.

_____. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo, Malheiros, 2006.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Tutela provisória: considerações gerais. In: O NOVO código de processo civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 253-266.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2.

BUIKA, Heloisa Leonor. Prova emprestada. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 127, p. 30-44, out. 2013.

BUZUID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 57, p. 128-133, jan./dez, 1962.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. O direito à prova no processo civil. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 34, p. 143-159, dez. 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1836/1532>. Acesso em: 14 ago. 2021.

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

CAMPOS, Yuri Daibert Salomão de. Prova emprestada no processo civil brasileiro: uma análise preliminar. *Pensar Acadêmico*, Manhauçu, v. 13, n. 2, p. 9-17, jul./dez. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. *Revista de processo*, São Paulo, v. 42, n. 266, p. 175-205, abr./2017.

CASTRO LOPES, Maria Elisabeth de. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopez, 1942.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1981. t. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 49, p. 89-99, jul./set. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 3.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Responsabilidade civil do promotor de justiça no inquérito civil. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FERREIRA, William Santos. Comentário ao art. 372. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* (coord.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, a. 2, n. 16, pp. 23-43, abr. 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018. v. 2.

GÓES, Gisele. *Teoria geral da prova – apontamentos*. Salvador: Juspodivm, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: _____. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 17-44.

_____. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.

HUNGRIA, Denise Ferragi. *Análise da prova emprestada no processo civil*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro *et al.* (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 251-258.

LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações sobre a prova no novo CPC. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 35, n. 126, p. 175-181, maio 2015.

LOPES, João Batista. Comentário ao art. 372. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Provas atípicas e efetividade do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 5, p. 389-402, jan./jun. 2010.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARCATO, Antonio Carlos. Aspectos transnacionais do Direito Processual. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3019>. Acesso em: 14 ago. 2021.

_____. *Procedimentos especiais*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo código de processo civil – uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 12, n. 84, p. 9-21, jul./ago. 2013.

_____. Prova emprestada, princípio do contraditório e novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5. p. 419-427.

_____. Prova emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade – uma análise crítica à luz do disposto no artigo 356 do projeto do novo Código de Processo Civil. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; _____; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*, São Paulo: Verbatim, 2013, p. 161-173.

MIRANDA FILHO, Luiz Antonio Castro de. Breves apontamentos sobre a prova emprestada no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.). *Grandes temas do novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5. p. 429-445.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 144-155, out./dez. 1996.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 65-77.

_____. Julgamento e ônus da prova. In: _____. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73-82.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Provas atípicas. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 19, n. 76, p. 114-126. out./dez. 1994.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 1-13.

NEUBERT, Amanda Quintão. *A prova emprestada e o ativismo judicial*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NETO, Abílio. *Novo código de processo civil anotado*. Lisboa: Ediforum, 2014.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PARO, Marcelo Laurito. Prova emprestada no processo civil e o princípio do contraditório. *Revista ESMAT*, Tocantins, v. 6, n. 8, p. 25-38, jul./dez. 2014.

PERES, Raphael José Gireli. A prova trasladada no processo civil brasileiro: da prova emprestada entre as mesmas partes: do juízo criminal para o processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 144, p. 88-92, mar. 2015.

RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da prova emprestada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 152-222, jan./mar. 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 13-35, jun. 2014.

RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero. A prova emprestada no NCPC de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.). *Grandes temas do novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5. p. 403-417.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Princípio da proibição da prova ilícita. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 255-281.

SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Prova emprestada: pontos de convergência e divergência entre a doutrina e a jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43. n. 275, p. 163-190, jan. 2018.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

_____. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1

SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A flexibilização da prova emprestada. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 12, n. 70, p. 124-136, mar./abr. 2011.

SOUSA, Ana Paula Nascimento dos Reis. *Da prova emprestada no processo civil*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41. n. 260, p.75-101, out. 2016.

_____. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 23. n. 91. p. 92-114. jul./set. 1998.

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

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: provas*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 459-473.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v.30. n.119. p.35-59. jan. 2005.

_____; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.