

**PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
PRELIMINAR**

***Yuri Daibert Salomão de Campos*¹**

¹ *Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES*

RESUMO

O presente estudo aborda o instituto da prova emprestada no processo civil brasileiro. Apesar de não haver previsão legal, examina-se a possibilidade de sua produção, as condições e pressupostos para que seja admitida, evidenciando-se a excepcionalidade de sua produção. São investigadas, na doutrina e na jurisprudência, o melhor entendimento acerca do instituto, não somente no âmbito do processo civil, como também do penal. Analisam-se também os requisitos para sua produção. Finalmente, aborda-se a previsão do novo Código de Processo Civil sobre o empréstimo de prova.

Palavras-chave: Prova emprestada; Excepcionalidade; Contraditório; Novo Código de Processo Civil.

1. INTRODUÇÃO

Uma questão que interessa ao Direito Processual Civil diz respeito à “prova emprestada”. Seria cabível a prova emprestada no Brasil? Em quais hipóteses seriam cabíveis o empréstimo de provas produzidas em outro feito processual?

O presente estudo pretende, por meio de análise bibliográfica (doutrinária e legal) e jurisprudencial, responder às indagações acima, e a outras mais sobre o assunto abordado.

O empréstimo de provas, produzidas em outro feito processual traz inúmeras discussões sobre a sua efetiva possibilidade de produção e a sua utilização como fundamento único da decisão judicial.

Importante compreender que, para que haja o empréstimo de prova, não basta que a documentação referente à prova, já pronta e acabada (e reduzida a termo), seja transferida para outro processo, carregando o valor de documento. O que ocorre, de fato, é a importação da prova devidamente acompanhada de sua natureza, seja de prova testemunhal, pericial ou mesmo de inspeção judicial.

Deve-se mencionar, ainda, que a transposição da prova de um feito para outro, como prova emprestada, pressupõe que já se encontram superadas e preclusas as possibilidades de invocar alguma nulidade relativa, ou mesmo a oportunidade de alegação da suspeição e/ou impedimento, seja do perito, seja da contradita da testemunha, tendo em vista que já foram ultrapassados os momentos de arguição.

Inevitavelmente, a prova emprestada deve ser retratada como uma forma atípica e excepcional de produção de prova, considerando-se as circunstâncias que informam o caso concreto. Não há, por exemplo, hipótese de produção de prova emprestada em uma situação comum, na qual não se demande maiores dificuldades de instrução do feito processual. Não obstante, podemos, sim, vislumbrar ser possível a prova emprestada, haja vista vigorar, no Brasil, a liberdade dos meios de prova, bastando que sejam lícitos e moralmente legítimos. Em casos em que a prova já tenha sido produzida anteriormente, em outro feito, mas que não possa mais ser reproduzida em *novel* processo, ao menos, em tese, seria cabível o empréstimo. Também haveria a

possibilidade de aproveitamento daquela prova já produzida em casos em que a nova produção fosse extremamente dispendiosa.

Todas estas conjecturas possuem como traço fundamental a vedação ao *non liquet*, já que o direito à produção de provas decorre do próprio direito de acesso à Justiça¹. Como se verá, não bastaria a impossibilidade ou a dificuldade de obtenção da prova. Há regras que estabeleceriam limites à utilização da prova emprestada, sob pena de se inverter a regra da excepcionalidade.

2. A EXCEPCIONALIDADE DA PROVA EMPRESTADA E A OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA PRODUÇÃO DE PROVA

Apesar de ainda não haver previsão legal em nosso ordenamento jurídico acerca da utilização da prova emprestada, é pacífico na doutrina (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1998, p. 123), bem como na jurisprudência², haver essa possibilidade. Entretanto, convém observar que ela é excepcional.

O caráter de excepcionalidade está atrelado ao fato de que a regra geral deve ser observada, no sentido de que as provas devem ser produzidas com a

participação das partes e do juiz, no feito processual em que será utilizada.

A exceção é cabível de acordo com as circunstâncias que a justifique, como ocorre também nos casos de produção antecipada de provas e de provas colhidas por meio de carta precatória, previstos no Código de Processo Civil (CPC), em que o Juízo que colheu a prova não coincide com aquele em que a decisão final será proferida (MARINONI, 2000, p. 788-789).

A permissão da utilização do empréstimo de prova encontra guaridas nos casos em que a repetição daquela prova, no novo processo, é custosa em termos práticos ou financeiros, assim como nos casos de impossibilidade da repetição. Nesses casos, haverá uma contraposição entre a possibilidade de utilização da prova emprestada e a impossibilidade de utilização da prova, o que poderia resultar, em decorrência da *probatio diabólica*, na negativa de prestação jurisdicional. Obviamente que, na hipótese, fica justificado uso do empréstimo.

Conforme Cândido Dinamarco (2004, p. 97),

[...] 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 desejaria seus defensores. Não há imediatidade entre o julgador e a pessoa no caso de testemunhas inquiridas ou perícias realizadas mediante carta precatória, ou quando a prova foi produzida por juiz incompetente e depois aproveitada pelo competente (CPC, art.113, § 2º); nem os juízes dos tribunais têm qualquer participação na constituição do material probatório do processo. A fragilidade do princípio da oralidade perante o direito positivo tem por consequência a fragilidade da objeção fundada na suposta pureza com que a lei brasileira a adotaria.

Lado outro, caso haja plena possibilidade da produção da prova no novo processo, ainda que seja essa prova já produzida em feito anterior, não existe justificativa para o uso do expediente do

¹ Para CAMBI (2001, p. 170): A efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam. O direito à prova, sob enfoque da efetividade, é o direito de realmente poder influir no convencimento do juiz, valendo-se de todos os meios de prova considerados úteis e idôneos para demonstrar a existência e eficácia dos fatos pertinentes e relevantes da causa

² De forma geral, os julgados do Supremo Tribunal Federal são pela constitucionalidade e legalidade da prova emprestada, ressaltando a necessidade de salvaguarda do contraditório. São exemplos, dentre outros: BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Civil Ordinária (ACO-AgR) nº 1.551-MS. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 29 de fevereiro de 2011. Publicado em: 20 de março de 2011; BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo (ARE-AgR) 777.953-SP. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 19 de novembro de 2013. Publicado em: 27 de novembro de 2013.

empréstimo, eis que é obrigatória a observância da regra geral de produção da prova no processo em que será utilizada, não bastando a alegação de economia processual.

Justamente por este motivo é que os princípios informadores da produção de provas devem ser observados também nos casos de empréstimo. A prova emprestada não se pode transformar em regra geral.

A produção de provas no Processo Civil brasileiro obedece alguns critérios, informados pelos princípios fundamentais do direito probatório: a) princípio da imediatidade; b) princípio da concentração dos atos processuais; c) princípio do livre convencimento motivado; d) princípio da proibição da produção de provas por meios ilícitos.

O exame de cada um dos princípios mencionados é fundamental para que possa ser examinada a possibilidade de aproveitamento das provas produzidas em outro processo.

2.1. PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE (OU IMEDIAÇÃO)

Por esse princípio, diretamente decorrente do princípio da oralidade (TALAMINI, 2008, p. 149), faz-se necessário que o juiz da causa, que vai julgá-la, tenha contato direto com os atos instrutórios. Ou melhor, que a produção da prova seja presidida pelo juiz, em especial, aquelas produzidas em audiência de instrução, vigorando a linguagem oral (oralidade). Isso possibilita ao magistrado, já mesmo durante a coleta das provas, ir formando o seu convencimento sobre os fatos alegados pelas partes, a partir de sua liberdade de convencimento, além de fiscalizar a legalidade da instrução.

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 3), citando Giuseppe Chiovenda, ensina que esse princípio tem como propósito que:

[...] o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou

seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outros. O princípio não se acha apenas estritamente conjugado ao da oralidade, tanto que só no processo oral é passível de plena e eficaz aplicação, senão que, em verdade, constitui a essência do processo oral.

Não obstante, a lei processual traz algumas exceções possíveis, dentre elas, a produção de provas por meio de carta que, obviamente, é feita pelo juiz de outro foro. Embora autores, como Ada Pellegrini, não vislumbrem essa excepcionalidade, de forma geral, entende-se que o mesmo fundamento abrigaria também a prova emprestada, havendo, portanto, a mitigação do princípio no caso sob análise, com fundamento no fato do princípio da imediação não ser absoluto (TALAMINI, 2008, p.150).

2.2. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS

A princípio, os atos processuais instrutórios devem se concentrar na audiência de instrução e julgamento. Obviamente, a legislação traz algumas exceções, como a produção de prova documental, a qual se faz, em regra, na fase postulatória. Há outras exceções as quais englobam a prova produzida por meio de carta, como também nos casos de produção antecipada (art. 846 do CPC). Nos mesmos termos já deduzidos quando da análise do princípio da imediatidade, também decorrente da oralidade (TALAMINI, 2008, p. 149), é do próprio caráter de excepcionalidade da prova emprestada possibilitar a mitigação da concentração dos atos processuais probatórios.

Isso, por si só, não fere o devido processo legal, haja vista que se objetiva o efetivo acesso à Justiça. Ademais,

sendo distinto o momento de produção de prova documental, verifica-se que o próprio legislador autoriza a relativização do princípio ora estudado.

2.3. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Não existe uma escala, *a priori*, que valore as modalidades de provas, conferindo maior ou menor peso a cada espécie. O juiz possui liberdade para estabelecer, em cada caso concreto, o peso que entender cabível a cada prova produzida, a partir do seu convencimento, desde que apresente os fundamentos pelos quais se convenceu. Nesse sentido, não há tarifação de provas no Brasil (art. 131 do CPC). E, na mesma toada, deve ser enxergada a prova produzida por meio de empréstimo.

2.4. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVAS POR MEIO ILÍCITO

O meio empregado na produção de provas deve ser um meio legal. Isso é, não se vislumbra aceitar em um processo que certa prova seja obtida por meio de um ato ilegal. A vedação é garantia fundamental prevista na Constituição Federal (art. 5º, LVI). A ilegalidade, por óbvio, acaba por contaminar a prova obtida, de forma que se proíba a utilização dessa para instruir o feito processual. Vale lembrar a teoria do *fruit of the poisonous tree* (fruto da árvore venenosa ou envenenada), que impede que provas lícitas, mas que decorrem daquelas ilícitas, também sejam consideradas, haja vista que restam maculadas pelo veneno da ilicitude da prova primeira (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 641).

A proibição existe, nos mesmos moldes, para a prova emprestada, sendo relevante, inclusive, debater acerca da invalidade da prova no processo que recebeu o empréstimo, em caso de nulidade da prova no processo em que ela foi produzida.

2.5. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A necessidade de oportunização do exercício do contraditório pelas partes é condição de validade e eficácia das provas, haja vista ser o processo caracterizado por um método dialético, em que as partes e o juiz fiscalizam cada ato processual. Assim, o contraditório deve permear as fases pré e pós-produção de provas, não somente o momento de sua confecção (CAMBI, 2001, p. 148).

Todas as etapas da produção de provas devem ser permeadas pela possibilidade ampla de participação das partes do processo, sob pena de nulidade. Aliás, não basta que a prova “já pronta e acabada” possa ser atacada pela parte contrária.

O princípio constitucional do contraditório (*audiatur et altera pars*) exige que a prova somente tenha valia se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis. Daí porque a prova emprestada somente poderá surtir efeitos se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes ou no qual figura como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado com um a das partes no processo originário (ARANHA, 1987, p.189).

Regra geral, para que a prova seja válida, mister que essa tenha sido produzida no processo em que os seus efeitos serão produzidos. Lado outro, havendo empréstimo de prova, é imprescindível que o contraditório tenha sido exercido no processo em que foi formada aquela prova. Daí a necessidade de identidade entre as partes nos diferentes processos, conforme se verá (TALAMINI, 2008, p. 148).

De forma geral, um estudo sobre a prova emprestada recomenda a análise do instituto a partir dos princípios informadores da produção de provas.

3. PRESSUPOSTOS DA PROVA EMPRESTADA

Conforme já explicitado, somente se concebe a utilização da prova emprestada em casos excepcionais, nos quais seja impossível nova produção, no novo feito processual, em decorrência da impossibilidade prática de sua repetição, ou mesmo pelo seu excessivo custo prático ou financeiro. Além das hipóteses mencionadas, que justificam a utilização da prova emprestada e da observância dos princípios gerais que informam a produção de provas, há pressupostos que devem estar presentes nos casos de utilização de prova emprestada. O cumprimento dos pressupostos é condição *sine qua non* para que a prova emprestada seja efetivamente utilizada no processo que irá recepcioná-la.

3.1. A NECESSIDADE DAS MESMAS PARTES DO PROCESSO

Não há como se conceber o aproveitamento das provas colhidas em outro feito, se não se observar a existência das mesmas partes compondo os polos ativo e passivo no processo em que a prova foi produzida e naquele que irá recebê-la. No primeiro processo, em que a prova nasceu, devem ser coincidentes as figuras do autor e do réu com aquelas do segundo processo. Isso ocorre para que, caso haja algum prejuízo para a pessoa, que ela tenha tido a oportunidade de tentar evitar esse dano, quando da produção da prova (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 165).

Esta exigência, por óbvio, guarda as suas bases no princípio do contraditório, que permeia toda a atividade processual, em especial, a atividade probatória. A prova produzida por uma parte não nasce pronta, com exceção da documental, que é produzida unilateralmente e chega “pronta” no processo. Em geral, a parte inicia a produção com um planejamento prévio, que se consubstancia no requerimento, bem como em outros atos como a juntada do rol de testemunhas (na prova testemunhal), e a juntada de

questos e indicação de assistente técnico (na prova pericial).

Posteriormente, ainda, há atos preparatórios outros, como a marcação de local, data e hora para a realização da vistoria ou exame (no caso da prova pericial), ou mesmo a fase que precede a coleta de depoimento das testemunhas ou, até mesmo, a indicação pelo juiz do momento em que será realizada a inspeção judicial, que permitem, inclusive a manifestação das partes de forma efetiva.

Cada uma dessas fases que compõem a produção da prova permite a atuação da parte contrária em uma relação dialética complexa que é aquilo que confere legitimidade à decisão judicial final. Ou seja, a participação do adversário processual na coleta da prova, com todas as possibilidades de contestação do perito indicado, do laudo pericial por meio do parecer do assistente técnico, da testemunha arrolada, assim como a possibilidade de contraposição por meio de perguntas feitas à testemunha arrolada pela outra parte, dos esclarecimentos prestados pelo perito em audiência, acaba por conferir ao resultado da prova uma aura de veracidade.

Ora, se todos os contrapontos criados por meio da participação antagônica da outra parte ainda possibilitaram o resultado apresentado, é porque este é realmente legítimo.

No entanto, quanto à prova emprestada, deve-se indagar: seria mesmo legítimo transportar o resultado final de uma prova produzida em um processo para outro sem possibilitar à parte contrária participar de sua produção, desde o deferimento, até a preparação e sua conformação final, conferindo-lhe legitimidade? Obviamente, não. É justamente por esse motivo que este transporte da prova de um feito processual para o outro exige, minimamente, que a parte do processo atual tenha tido, ao menos, a oportunidade de ampla participação na construção da prova, desde sua fase preparatória à sua conclusão naquele primeiro processo, em observância ao contraditório. Sem isso, a parte contrária

estar claramente alijada de contribuir para o resultado final do processo.

Nada impede que o documento no qual conste o resultado da prova seja transposto para o novo processo. Mas essa, certamente, não poderá ser considerada como prova emprestada (TALAMINI, 2008, p. 147), eis que ingressará no novo feito como “documento”, possibilitando o exercício do contraditório a partir de então pela outra parte, inclusive, cabendo a alegação de falsidade documental. Não será possível, entretanto, que o mesmo ocorra no caso de prova testemunhal, pericial ou de inspeção judicial, preservando esse *status*, sem que haja coincidência entre as partes do primeiro e segundo processo.

Nesse sentido, é interessante beber na fonte do Direito Processual Penal no qual, em que pese suas especificidades, a prova emprestada também é excepcional.

É aquela produzida em um processo e transportada documentalmente para outro. A prova pode assim ser importante a mais de um processo. A eficiência da instrução criminal e a colaboração da justiça levam à admissibilidade do empréstimo probatório. Compartilhar provas entre processos pode ser de grande utilidade, mas não pode se tornar um expediente de comodidade. Havendo justificativa plausível, o empréstimo será oportunizado. Pode ser patrocinado o empréstimo probatório, até mesmo de um processo cível a um criminal (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p.323)

Portanto, conforme já consignado, o essencial é que a prova seja, desde a fase de proposição até a redução a termo, acompanhada pelas partes que vão suportar os seus efeitos, tanto no processo penal, como no processo civil. Se as fases não ocorrerem no mesmo processo, que, ao menos, produzam os seus efeitos em um processo no qual as partes sejam as mesmas daquele em que foram propostas e confeccionadas.

3.2. IDENTIDADE DO FATO *PROBANDO*

Por óbvio que não é qualquer fato a ser provado que possibilita o empréstimo de provas produzidas em outro feito processual. Deve haver relação entre o fato *probando* no processo emprestado e aquele que receberá a prova.

Há, inclusive, doutrinadores que exigem como requisito do empréstimo de prova que o mesmo fato *probando* seja objeto da prova em ambos os feitos processuais (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 323).

Por questões de ordem lógica, haverá, ao menos, uma relação entre os fatos relativos aos dois feitos, tendo em vista que a prova tem serventia e relevância para os diferentes casos e a sua utilização foi deferida para comprovar os fatos específicos, sob o exame de pertinência do juiz da causa.

3.3. MESMO JUIZ EM AMBOS OS PROCESSOS

Apesar de discordar da necessidade de que o novo processo seja presidido pelo mesmo juiz do processo em que foi colhida a prova, vale a menção à opinião da jurista Ada Pellegrini Grinover, que defende que:

[...] somente a presença concomitante do juiz e das partes pode dar validade à prova. Principalmente quando se trate de prova originariamente oral (interrogatório, depoimentos testemunhais), em que o princípio da imediação torna indispensável que o juiz da causa tenha contato direto com as provas, para poder valorá-las devidamente (GRINOVER, 2012, *apud* DEMCZUK, 2012, p. 288).

Grinover (2012) sustenta a opinião tendo por base, principalmente, a necessidade de que o juiz que colheu a prova (no primeiro feito) a valore (no segundo feito), com fulcro no princípio da identidade física do juiz. Apesar de guardar certo fundamento, a necessidade de que os processos sejam presididos pelo mesmo magistrado, na prática, limitaria substancialmente a possibilidade

de utilização do instituto, não solucionando problemas como a possibilidade de negativa da prestação jurisdicional. De forma geral, a doutrina não estabelece como pressuposto a necessidade do mesmo juiz funcionar nos processos produtor e receptor da prova emprestada. Aliás, todo o debate existente em torno da prova emprestada tem como ponto de partida a diversidade de juízes no processo em que a prova foi formada e naquele em que foi valorada (AMENDOEIRA JR., 2012, p. 521). Nesse sentido, a exigência do mesmo julgador nos dois feitos descaracterizaria a prova emprestada nos moldes em que é concebida hoje.

4. PROVA EMPRESTADA NO BRASIL: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

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

A posição acolhida no Supremo Tribunal Federal (STF) também é seguida, sem discrepâncias, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segundo o STJ, não havendo oportunidade de contraditório, a prova emprestada é inidônea – conforme HC nº 170.379/PR, de relatoria do Min. Jorge Mussi³. Há outros precedentes, os quais autorizam a produção de prova por meio de empréstimo de outro feito.⁴

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus (HC) nº 170.379-PR. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 25 de maio de 2010. Publicado em: 25 de junho de 2010.

⁴ Dentre outros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança (MS) nº 9.850-DF. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 27 de abril de 2005. Publicado em: 09 de maio de 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 30.114-SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 06 de maio de 2014. Publicado em: 23 de maio de 2014; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo

4.1. PARTICULARIDADES DA PROVA DOCUMENTAL

A prova documental, por sua própria natureza, é produzida unilateralmente, já chegando pronta aos autos do processo, diferentemente daquilo que ocorre com a maioria das demais modalidades, as quais vão sendo construídas, por etapas, durante o curso do processo e sob os olhos atentos do juiz e das partes. Justamente por isso, confundem-se as fases de proposição e produção da prova documental (MARINONI, 2000, p. 718). Ademais, como é produzida fora do processo, o contraditório é posposto, ou seja, realizado após a juntada da prova pronta e acabada. É justamente por esse motivo que não há qualquer problema no empréstimo de provas documentais, desde que, a partir da juntada no novo processo, seja possível o exercício do contraditório, por meio da abertura de vistas, apresentação das razões e da juntada de documentos pela outra parte, bem como da oportunização de alegação de falsidade documental. Aliás, nesses termos, o empréstimo de prova documental equivaleria à simples juntada de documento novo aos autos (TALAMINI, 2008, p. 147).

5. PROVA EMPRESTADA NO TEXTO CONSOLIDADO DO NOVO CPC

O novo Código de Processo Civil brasileiro passou a constar a possibilidade do empréstimo de prova.

Consta no texto consolidado:

Art. 369. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório⁵.

Regimental no Agravo em Recurso Especial (AgRg no AREsp) nº 426.343-SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 11 de março de 2014. Publicado em: 18 de março de 2014.

⁵ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.F.asp?t=84496>>. Acesso em: 10 de dez. 2014.

No projeto, aprovado, mas ainda não sancionado, podemos ver a simples previsão da possibilidade, a critério discricionário do juiz, de aceitação da prova emprestada. No texto, consta a necessidade de observância do contraditório como pressuposto objetivo para a aceitação da prova. Conforme já mencionado, para que o contraditório seja efetivamente oportunizado, deverá sê-lo durante a confecção da prova, em todas as suas fases, desde o requerimento de produção, até a fase final de redução a termo, no processo original.

Ademais, no texto, confirmou-se a não-tarifação dos meios de prova, ao se prever a liberdade do juiz de valoração também da prova emprestada. Isso significa que não há nenhuma restrição à valoração da prova emprestada, a qual, inclusive, poderá servir como único fundamento da decisão judicial.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se, a partir do presente estudo, que a prova emprestada é prova atípica – não tipificada na legislação como modalidade de prova.

Ademais, para que se possa considerar que há “empréstimo de prova”, é necessário que haja a transferência do resultado da prova, reduzido a termo, de um processo, no qual a prova foi produzida para outro em que a prova será recebida. Juntamente com a prova reduzida a termo, vai também o rótulo, estampando a sua natureza, seja de prova testemunhal, pericial ou inspeção judicial. Ressalve-se, pela natureza da prova documental, que é produzida unilateralmente, o contraditório é posposto, não havendo como imaginar o empréstimo de prova documental, que seria equivalente à prova documental em si mesma.

A prova emprestada é não somente permitida, mas indicada no Brasil, em casos excepcionais, quando se fizer impossível a produção da mesma prova, ou mesmo quando houver excessiva gravosidade para as partes na nova produção, sob pena de negativa da prestação jurisdicional.

O empréstimo de provas pode ser realizado, desde que respeitada a excepcionalidade de sua produção; os princípios informadores da produção de provas; a existência das mesmas partes e do mesmo fato *probando* no processo em que a prova é produzida originalmente e naquele em que for recebida da prova emprestada.

No texto consolidado do projeto de lei do novo Código de Processo Civil, há previsão específica autorizando o empréstimo de provas de outro processo, desde que haja submissão ao contraditório.

Não existe limitação quanto à fundamentação da sentença, unicamente, em prova emprestada, bastando que haja observância dos pressupostos, bem como dos princípios atinentes à instrução probatória, bem como da motivação da decisão.

A prova emprestada, embora excepcional, é uma modalidade de produção de prova extremamente útil, no sentido de evitar o *non liquet* se, diante do caso concreto, não houver a possibilidade de repetição ou se for extremamente dificultosa a nova produção.

5. REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Manual de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Processo e fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARANHA, Adalberto José Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 140-150, 1985.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora RT, 2001.

Campos (2015)

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DEMCZUK, Cláudio. O uso da prova emprestada no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 193, p. 285-295, jan./mar. 2012.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2007. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 1998.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Editoria RT, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2004.

_____. *A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição*. Estudos de direito

contemporâneo e cidadania. Leme-SP: LED Editora de Direito, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora RT, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. refor. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2008.

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