

## PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL

Suyene Barreto Seixas de Santana\*

**RESUMO:** Este trabalho adotou como referência o artigo 372 do Código de Processo Civil. A prova, na teoria do processo, constitui elemento nuclear da construção do conteúdo silogístico almejado dialeticamente pelas partes e finalmente concluído pelo juiz, ao prolatar a sentença. Tese e antítese se confrontam e se contrastam, robustecidas pelas provas, de modo a culminar no ato decisório que põe termo ao litígio. Tem como objetivo geral discutir o estudo de alguns fundamentos de teoria geral da prova bem como analisar as acepções do vocábulo prova, sua classificação, seu objeto, princípios a ela relativos, dentre outros tópicos. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica mediante análise de diversas obras de renomados autores que versam sobre o tema. Delineia-se os contornos da prova emprestada, que à luz do Código de Processo Civil de 1973 era considerado um meio atípico de prova, passa a partir da codificação de 2015, artigo 372, a elencar o rol de provas típicas. Conclui-se ser inegável a importância da prova emprestada no processo civil moderno, tanto assim, que no atual Código de Processo Civil ela passou a ter tipificação própria, vez que era o meio atípico mais largamente utilizado no âmbito da prática forense.

**PALAVRAS-CHAVES:** Prova. Prova emprestada. Processo civil.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho adotou como referência o artigo 372 do Código de Processo Civil, 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”.

As provas compõem, basicamente, duas funções no processo:

---

\* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Ejuse em 2017.

uma interna e outra externa. Como função interna à cognição, ela é o instrumento adequado à reconstrução dos fatos no processo, permitindo que o juiz, após a discussão e a instrução processual forme a sua convicção e chegue a um veredito. A função externa é aquela voltada à legitimação social do poder jurisdicional. Para que esses fins sejam alcançados, é preciso que o sistema probatório esteja todo ele voltado à busca da verdade e à realização da justiça.

Este trabalho destina-se a delinear os contornos da prova emprestada, que à luz do Código de Processo Civil de 1973 era considerado um meio atípico de prova, passa a partir da codificação de 2015, artigo 372, a elencar o rol de provas típicas.

A prova emprestada é aquela que é produzida em um determinado processo e, posteriormente, transportada para feito judicial diverso, em que será recebida como meio destinado à formação do convencimento judicial.

Fundamenta-se o empréstimo da prova: a) economia e celeridade processuais, evitando-se a reprodução de atos já produzidos em processo anterior; b) eventual impossibilidade ou dificuldade de reprodução da prova, eventualmente ligadas a fatores econômicos, custo de sua produção ou impossibilidade de reprodução em razão de morte ou problemas de saúde, no caso de prova testemunhal.

A prova transportada sempre ingressará no segundo processo sob a forma documental. No plano constitucional, exigência fundamental para a utilização do instituto é a observância do contraditório, oralidade, juiz natural e inafastabilidade da jurisdição. Já no plano legal, serão analisados os requisitos legais de admissão da prova, a saber: a) exigência de que a prova tenha sido regularmente colhida no processo de origem; b) avaliar se foram observadas as normas que traçam os limites e condições para juntada de documentos; c) identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos.

Finalmente, abordar-se-á o tema da prova ilícita e suas variadas correntes, doutrinárias e jurisprudenciais, culminando com a abordagem do princípio do contraditório.

## **1 DA PROVA EMPRESTADA**

## 1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A prova emprestada, que à luz do Código de Processo Civil de 1973, juntamente com o depoimento de testemunhas técnicas e a ata notarial eram consideradas provas atípicas, agora com o Código de 2015, passa a elencar o rol de provas típicas.

Acredita-se que a tipificação da prova emprestada e da ata notarial deve-se ao fato de que já eram meios bastante utilizados na prática, dada a facilidade de sua produção. Afinal, mesmo sob o manto da codificação de 1973, já eram concretamente admitidas na prática, quando necessárias para a comprovação de uma alegação fática relevante para o julgamento da lide, havendo farta produção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

As testemunhas técnicas, a seu turno, conquanto menos utilizadas na prática, passaram a integrar o rol das provas típicas em virtude da simplicidade de sua produção e dos excelentes resultados obtidos através delas em sede de processos arbitrais.

Ressalte-se que a prova produzida em ação cautelar de antecipação de prova (por exemplo, a realização de uma perícia) não pode ser considerada como hipótese de prova emprestada, muito embora se possa afirmar que ela se destine a ingressar em outro processo. Rigorosamente, a prova não é produzida em processo anterior e então transportada para um processo posterior. Ela é originalmente pertencente ao processo posterior. A sua colheita apenas foi antecipada em processo diverso, sob pena de tal prova não poder ser produzida no momento processual ordinário no processo principal. Nesse caso, portanto, trata-se de mecanismo destinado a preservar a incolumidade de determinadas informações relevantes para o processo principal. Também não integra a noção de prova emprestada a prova produzida em juízo deprecado, pois tal juízo é apenas o executor da

providência solicitada pelo juízo deprecante. A prova é produzida no próprio processo, colhida na fase processual adequada, mas em juízo que é um prolongamento do deprecante.

Postas tais considerações preambulares, passemos a conceituá-la no próximo tópico.

## 1.2 CONCEITO

“A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram”.

Para Alexandre de Freitas Câmara,

Chama-se prova emprestada àquela que, produzida para gerar efeitos em um processo, é levada para outro processo, distinto, onde também será recebida como meio destinado a influir na formação do convencimento do juiz. Sua admissibilidade está expressa no art. 372, por força do qual “[o] juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Finalmente, trago a lume a definição de Luiz Guilherme Marinoni *et al*,

Prova emprestada é aquela que, produzida em outro processo, é trazida para ser utilizada em processo em que surge interesse em seu uso. Trata-se de evitar, com isso, a repetição inútil de atos processuais, otimizando-se, ao máximo, as provas já produzidas perante a jurisdição, permitindo-se, por consequência, seu aproveitamento em demanda pendente. Entretanto, não é apenas a ideia

de aproveitamento de atos que importa, quando se pensa em prova emprestada. Eventualmente, pode acontecer que a prova não possa mais ser colhida, por alguma circunstância, motivo mais que suficientemente para autorizar, ao menos em princípio, a tomada de empréstimo da prova já realizada em outro processo.

### **1.3 FUNDAMENTOS DA PROVA EMPRESTADA**

A razão básica do acolhimento da prova emprestada tem como fundamentos: a) a economia e celeridade processuais, no sentido de se evitar a reprodução de atos já produzidos em processo anterior; b) eventual impossibilidade ou dificuldade de reprodução da prova. É o caso, exemplificativamente, do depoimento de testemunha já falecida ou sem condições de prestar novas declarações, cujo depoimento seja imprescindível para o julgamento do processo. Tal impossibilidade ou dificuldade, pode estar eventualmente relacionada com o custo da sua repetição.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, o art. 5º, LXXVIII, estabeleceu a garantia da duração razoável do processo, afirmando constitucionalmente a importância da prova emprestada.

### **1.4 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS**

A prova emprestada, para que possa produzir efeitos, precisa observar algumas garantias de índole constitucional, que são voltadas tanto à figura do juiz como das partes. Trata-se das garantias previstas no artigo 5º, incisos XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVII – não haverá júízo ou tribunal de exceção; LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

#### **1.4.1 PROVA EMPRESTADA E CONTRADITÓRIO**

Exigência fundamental para utilização válida do instituto da prova emprestada é a observância do contraditório. O artigo 372 do Código de Processo Civil é expresso ao exigir que seja observado o contraditório. Contudo, não explicitou os termos de tal exigência. Tem-se entendido, contudo, que o contraditório deve ser observado no processo original, no qual fora produzida a prova, bem como no processo para o qual fora ela transposta.

Assim, em relação às partes envolvidas a prova pode ter sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes, apenas uma delas ou ainda, tão somente terceiros. Na esfera civil, é muito comum a hipótese de não coincidirem as partes do processo no qual fora produzida a prova com as do processo para o qual será transportada.

Sobre o tema, preleciona Eduardo Talamine,

Não procede a assertiva de que seria desnecessária a participação do prejudicado no processo anterior, bastando que se lhe desse oportunidade de manifestação sobre as provas 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, por meio dele asseguram-se as possibilidades de participação efetiva em toda atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado. Há o direito de “fiscalizar” e “influenciar” o desenvolvimento da instrução, inclusive a probatória.

Para Eduardo Cambi, “a prova emprestada não vale quando foi colhida sem a participação da parte contra quem deve operar, sob pena de gerar a nulidade da decisão por inobservância do contraditório na formação da prova”.

Arruda Alvim (2011) entende que a admissibilidade do empréstimo da prova exigiria a presença de ambas as partes nos dois processos. João Batista Lopes (2002, p. 64) também sustenta ser “necessário que a prova emprestada tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes”.

A última hipótese a ser analisada é aquela envolvendo a prova emprestada produzida por terceiros, isto é, sem a participação das partes que figuram no segundo processo.

Vale dizer, se as partes da demanda para a qual se pretende transpor a prova não tiverem participado da produção dela no processo de origem, estarão em igualdade de condições no segundo feito, respeitando-se assim o princípio constitucional do contraditório no processo em que são partes.

### 1.4.2 PROVA EMPRESTADA E A ORALIDADE

Mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, o princípio da oralidade já se encontrava relativizado, não sendo mais aceito como garantia absoluta, cedendo espaço para outras maneiras de se chegar mais rápida e eficazmente à verdade dos fatos, capaz de gerar uma decisão judicial mais justa.

A oralidade, enquanto complexo de subprincípios (imedição, identidade física, concentração, irrecorribilidade das interlocutórias, poderes probatórios do juiz...) estabelece como diretriz a necessidade de o julgador ter contato pessoal, direto e recente com os elementos formadores de sua opinião para o julgamento da causa.

Contudo, a oralidade não se constitui em garantia direta e absoluta, válida por si mesma. Ela se apresenta sempre como desdobramento de outros valores de cunho constitucional. Por tal razão, não pode ser imposta em termos absolutos e deverá ceder espaço a outros mecanismos mais adequados para a consecução dos fins por ela almejados.

Tanto a imediatidade quanto a identidade física, já vinham sendo ignorados pelas justiças estaduais antes mesmo da vigência do novo Código de Processo Civil, quando o juiz, após conclusão da colheita da prova em audiência, encaminha os autos do processo para um órgão, denominado Grupo de Sentença (ou de Auxílio ou de Trabalho) para que profira a sentença, caso em que o juízo instrutor difere do juízo julgador.

Tal divisão tem por objetivo cumprir metas estabelecidas pelo CNJ.

Tal supressão, por óbvio, poderá influir diretamente na avaliação e valoração da prova emprestada, a ela poderá ser conferido fundamentadamente pelo juiz que a apreciar, valor inferior do que o que receberia acaso produzida no segundo processo. Contudo, tal hipótese não se restringe à prova emprestada, outras situações podem ocorrer no processo em que seja suprimida a imediação do juiz com as provas, são exemplos: a colheita de prova através de carta, a aposentadoria, licença, remoção ou substituição do juiz, etc.

Segundo Eduardo Talamine, referindo-se ao empréstimo da inspeção judicial, afirma: “se emprestada, não tem absolutamente como manter o valor originário (O que a afasta do aspecto comum aos demais empréstimos de prova, consistente na potencialidade de ser mantida a força probante original...)”.

Vale o registro de que, em verdade, a inspeção judicial não perde o seu valor probatório unicamente na hipótese de empréstimo de prova. A rigor, perderá também força probante toda vez que o juiz que julgar o processo seja distinto do que realizou a inspeção. Todavia, a valoração de todo e qualquer meio de prova, inclusive as transportadas, é tarefa solitária do juiz, não estando ele vinculado às conclusões do juiz que realizou a inspeção ou daquele outro que produziu a prova no feito originário.

### **1.4.3 PROVA EMPRESTADA, JUIZ NATURAL E INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO**

O princípio do juiz natural, no âmbito constitucional desdobra-se em dois incisos do artigo 5º, quais sejam: XXXVII- vedação a tribunais de exceção e LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Importa analisar se tal normatização implica em restrição ao empréstimo da prova, ou melhor, saber se a prova para ser objeto de empréstimo, teria que ser produzida por juiz igualmente competente para o julgamento do segundo processo?

No processo civil tem prevalecido a regra de que é integralmente

aplicável, sem qualquer violação a preceito constitucional, a regra do aproveitamento dos atos não decisórios.

De acordo com o artigo 64, parágrafos 3º e 4º do Código de Processo Civil: “Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juiz competente” e “Salvo decisão judicial em contrário, conservar-se-ão os efeitos da decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

Vale dizer, a incompetência gera a invalidade dos atos decisórios apenas, o que nos permite concluir que a eficácia e a validade das provas produzidas no juízo incompetente permanecem inalteradas e passíveis de reaproveitamento no juízo competente.

Assim, responde-se à pergunta acima lançada: a incompetência do juiz do primeiro processo, relativamente à causa objeto do segundo não é obstáculo ao empréstimo da prova. Controvertida ainda a matéria acerca da possibilidade de se emprestar prova oriunda de processo anulado ou extinto sem resolução do mérito.

Já no caso de extinção por perempção, nenhum obstáculo se impõe que impeça que as partes apresentem, em outro processo, a prova produzida no processo anteriormente extinto.

O último requisito constitucionalmente imposto é que a prova tem de haver sido originalmente colhida em processo cuja tramitação tenha se dado frente a órgão jurisdicional.

Tal necessidade decorre da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (artigo 5º, XXXV e LIV, da CF). No mesmo sentido o disposto no artigo 372 do Código de Processo Civil, trouxe uma inovação ao exigir que a prova emprestada seja produzida em outro processo.

Assim sendo, não se admite o empréstimo de prova produzida em processo administrativo, inclusive inquérito policial, já que o processo administrativo não preenche tais requisitos. Além de o julgador do processo administrativo não exercer função jurisdicional, existe vínculo entre ele e uma das partes que o escolhe para a função, o Estado.

Quanto à prova colhida no inquérito civil, procedimento administrativo, de titularidade exclusiva do Ministério Público, que se destina a investigar e coletar elementos para a formação do seu convencimento, no que pertine à viabilidade de ajuizamento de ação civil

pública para a defesa de direitos transindividuais, em que não há um rito específico para a sua formação, forçoso concluir que em se tratando de processo administrativo, será o empréstimo rejeitado.

Possível ainda, de forma tranquila, o empréstimo de documentos juntados aos autos do inquérito civil. Quanto à prova testemunhal, contudo, o STJ exige a sua repetição na esfera judicial, o que demonstra uma resistência relativa à prova testemunhal e pericial produzidas exclusivamente no inquérito civil. (STJ 1 Turma, AgRg no AREsp 113.436/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10.04.2012, DJe 18.05.2012; STJ, 2 Turma, REsp 401.472/RO, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.06.2010, DJe 27.04.2011).

Em se tratando de empréstimo de prova oriunda de procedimento arbitral, existe divergência de opinião. Conforme Amaral,

É perfeitamente possível o empréstimo da prova produzida em processo arbitral. A arbitragem constitui meio facultativo e convencional de solução de controvérsias, por meio do qual as partes – no âmbito da autonomia da vontade – investem um ou mais particulares de poderes para solucionar litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, cuja decisão se equipara à judicial e se reveste da garantia constitucional da coisa julgada material (CF/1988, art. 5º, XXXVI).

Defendendo posição contrária, trago à colação a opinião de Talamine,

Tampouco se admite o empréstimo de prova colhida em procedimento arbitral. Dentro de certos limites, a arbitragem não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, representando importante meio alternativo de solução de conflitos. Todavia, não possui caráter jurisdicional.

Finalmente, quando da análise do empréstimo da prova produzida

no exterior, mais uma vez divergem os dois autores acima citados:

Entende-se ser possível, como regra, o empréstimo de uma prova produzida em processo que tramita (ou tramitou) no exterior. A prova produzida fora dos limites da jurisdição nacional, mas por meio admitido no Brasil, é perfeitamente passível de ser emprestada a um processo em trâmite nesse país. Basta que sejam extraídas cópias que permitam aferir a regularidade da colheita (citação, contraditório etc.) e compreender o sentido e extensão de tais informações. Para que a documentação em língua estrangeira possa ser juntada aos autos, exige-se que esteja acompanhada de versão para a língua portuguesa “tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado” (CPC, art. 192, parágrafo único).

Eduardo Talamine, a seu turno, admite o empréstimo apenas quando a recusa importar em óbice ao direito de provar, vejamos:

É igualmente inviável o empréstimo de prova produzida no exterior. Órgãos, ainda que jurisdicionais, de outros Estados não exercem jurisdição brasileira (por isso a sentença estrangeira só adquire eficácia no Brasil se homologada pelo STF. Todavia, em todos aqueles casos em que a prova não tenha como ser realizada no Brasil, torna-se admissível seu traslado de processo já desenvolvido em outro Estado (por exemplo, a ouvida de testemunhas no exterior; exame pericial sobre bem situado fora do território nacional etc). Afinal, a exigência de que as provas se produzam frente à jurisdição brasileira tem seu limite na própria possibilidade de tal produção – sob pena de haver desarrazoada restrição ao direito de provar.

Em situações tais, a economia processual preferirá o empréstimo da prova à expedição de carta rogatória para repetição do ato, desde que submetida ao crivo de admissibilidade para se aferir a regularidade de sua colheita.

## 1.5 PRESSUPOSTOS LEGAIS

Como destaca Talamine,

A exigência de que a prova no primeiro processo, tenha sido regularmente colhida é requisito de admissibilidade para seu empréstimo. Do mesmo modo, a observância, no segundo processo, das normas que disciplinam a admissibilidade da prova em sua essência originária também é pressuposto de admissibilidade do empréstimo. Exemplificando: em tese, não seria possível o empréstimo de prova testemunhal para a comprovação de fatos que não admitem prova mediante testemunha.

Tal requisito citado por Talamine tende a ser mitigado, vez que a tarifação legal da prova vem recebendo interpretação cada vez mais restritiva.

Outro pressuposto de admissibilidade a ser analisado no segundo processo consiste em avaliar se foram observadas as normas que traçam os limites e condições para a juntada de documento.

Merece observância ainda as regras relativas ao contraditório, artigo 9º, do Código de Processo Civil. Sendo o traslado determinado de ofício, ouvem-se ambas as partes.

Também necessária a oitiva de ambos os litigantes depois do empréstimo, já no segundo processo, vez que as partes têm o direito de se manifestar sobre a admissibilidade do empréstimo, sobre o valor que a prova transportada deverá merecer no segundo processo, etc.

Dentre os requisitos legais da prova emprestada tem ainda destaque aquele que se refere à identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos. Tal análise, é considerada pressuposto genérico de

pertinência e relevância para a admissão do empréstimo.

### **1.6 CONSEQUÊNCIAS GERADAS PELA INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS**

Em caso de inobservância dos requisitos constitucionais acima analisados, ausência de caráter jurisdicional do órgão que produziu a prova e supressão do princípio do contraditório, na hipótese em que a parte contra quem se pretende utilizar a prova não tenha participado do processo anterior, temos que a prova transportada é juridicamente inexistente, assim o sendo, enfrentaremos as seguintes situações fáticas:

a) Não poderá sequer ser anexada ao processo, por expressa vedação constitucional, conquanto o artigo 5, LVI da CF tenha feito alusão a provas “ilícitas”, a sanção deverá ser aplicada também à prova que ofende a valores constitucionais fundamentais, inclusive os de índole processual.

b) Se mesmo de maneira indevida a prova for anexada ao processo, ela terá de ser desentranhada.

c) Caso permaneça nos autos, não poderá servir de base para o julgamento do processo, já que a liberdade para a formação de um convencimento motivado de que é investido o juiz, pressupõe seja embasado em provas legais.

d) Se mesmo de maneira indevida ela for utilizada pelo juiz, a situação ensejará a nulidade absoluta da decisão.

Tais consequências até aqui apontadas foram baseadas nos ensinamentos da professora Ada Grinover em um parecer envolvendo matéria penal, mas que se aplica ao processo civil.

### **1.7 CONSEQUÊNCIAS GERADAS PELA INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS**

Em caso de não haver sido observado, no processo de origem, os pressupostos de produção válida da prova, o empréstimo não poderá ser feito, aplicando-se ao caso as mesmas consequências discriminadas no tópico anterior (letras “a” a “d”).

No caso de o defeito estar contido no segundo processo, Eduardo

Talamine diferencia duas hipóteses, a saber: a) inobservância das regras de admissibilidade da prova documental ou da prova em sua essência de origem. Em tal caso as consequências serão semelhantes à do tópico anterior; b) inobservância das regras sobre a produção da prova documental. Nesta última hipótese, a consequência variará conforme a natureza do vício.

Exemplificando a primeira hipótese, o autor menciona a possibilidade de juntada de prova emprestada no procedimento do júri, sem o respeito às exigências legais previstas pelo CPP, tal situação trará como efeito a necessidade de desentranhamento da prova. Havendo decisão posterior à juntada ou à leitura do documento, será ela nula. Caso tenha a prova chegado ao conhecimento do júri, o Conselho será dissolvido.

Como exemplo da segunda hipótese, menciona Talamine, o caso de juntada aos autos dos documentos que se relacionam à prova emprestada, sem contudo, se dar vistas às partes (ou mesmo à parte adversa da que requereu o traslado), posterior decisão que nesta prova se fundar será nula, por ofensa ao contraditório. Assim, deverá ser cassada a decisão e possibilitado o contraditório antes faltante, validando-se o empréstimo da prova.

## **1.8 ATUAÇÃO *EX-OFFICIO* DO JUIZ E A PROVA EMPRESTADA**

O processo civil, no campo probatório, sempre conferiu um papel secundário à figura do juiz, em face da adoção do princípio do dispositivo, segundo o qual ao juiz caberia julgar a causa tão somente com base nos fatos alegados e provados pelas partes. Assim, durante muito tempo o juiz se colocou na função de mero espectador, ficando restrito, quando do julgamento da causa, à análise das provas bem ou mal produzidas unicamente pelas partes e apontar o vencedor.

Nas últimas décadas, essa orientação foi mitigada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, diante da publicização do processo, momento em que fora constatado que, na realidade, o processo não tinha por objetivo primeiro a tutela dos interesses da parte, em nítida associação do processo com o direito privado. A doutrina moderna repele tal entendimento, a maioria dos doutrinadores defende a natureza pública

do processo. A partir de então, passou-se a encarar o papel do juiz de maneira diferente. A figura do juiz distante e desinteressado não mais corresponde ao anseio social de uma prestação jurisdicional de qualidade.

Nesse sentido, trago a lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

“Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sociopolítica, a função jurisdicional evidencia-se como poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado.

”

Há, ainda, o interesse público na pacificação social, na estabilização das relações jurídicas e na preservação da segurança e ordem jurídicas, também nesse contexto se inserem e se justificam os poderes instrutórios do juiz previstos no artigo 370 do Código de Processo Civil.

É possível também compreender os poderes instrutórios do juiz, a partir do Código de Processo Civil de 2015, na perspectiva do poder de colaboração, previsto no art. 6, que impõe ao juiz o dever de dialogar com as partes, o que inclui a possibilidade de participar na produção da prova em que fundará o seu convencimento e a sua posterior decisão.

A atividade instrutória do juiz não contamina sua imparcialidade ou a exigência de manutenção da igualdade processual, pela simples razão de que não possui o magistrado condições de adivinhar antecipadamente o resultado da prova, se irá beneficiar ao autor ou ao réu. Ao contrário, terá o objetivo de aprofundar a investigação de modo a permitir a formação mais adequada da sua convicção, cujo resultado beneficiará o titular do direito material, objetivo maior da atividade jurisdicional.

## **1.9 PROVA EMPRESTADA PRODUZIDA SOB SEGREDO DE JUSTIÇA**

Há processos em que o interesse público ou o direito à intimidade

recomendam que a sua publicidade seja restrita às partes e aos seus procuradores (artigo 5, LX e 11 e 189 do Código de Processo Civil).

Assim sendo, um terceiro não poderá pleitear o empréstimo de prova produzida em processo que tramita sob segredo de justiça, já que não pode ter conhecimento do que nele ocorre, seria essa uma prova ilícita. Ademais, se o tiver, pode restar caracterizado o crime de quebra de segredo da justiça (artigo 10, Lei 9296/96).

Também as partes do processo que tramitou sob segredo de justiça não podem levar emprestada prova nele produzida para outro processo, envolvendo um terceiro, quando menos porque tal empréstimo violaria o contraditório.

Se a prova a ser trasladada não importa em necessidade de sigilo, será a mesma trasladada. Caso a prova mereça sigilo, o segredo de justiça passa a vigorar também, para o segundo processo para o qual a prova fora trasladada. Registre-se, contudo, que neste último caso, a prova não poderá ser trasladada acaso, no segundo processo, haja litisconsorte ou assistente de qualquer das partes, terceiro que não tenha participado do processo de origem, exceto se o segredo de justiça visa tutelar os interesses da mesma parte que pretende o empréstimo.

### **1.10 PROVA OBTIDA MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA**

O artigo 5, XII, da CF admite excepcionalmente a interceptação de comunicação telefônica, por ordem judicial, nas hipóteses previstas na Lei 9.296/1996 para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, restrita às hipóteses de investigação ou comprovação de fatos que constituam crimes punidos com reclusão (art. 2º, da Lei 9.296/1996 e àquelas em que não for possível colher a prova por outro meio que não ofenda a garantia constitucional da inviolabilidade da comunicação telefônica).

Não há consenso acerca da possibilidade de aproveitamento da prova ilicitamente obtida para o processo. Sobre o tema, existem três correntes: a obstativa, considera inadmissível a prova ilícita e as dela derivadas em qualquer hipótese; há também a corrente permissiva, aquela que admite a prova ilícita, por entender que a ilicitude não vicia o conteúdo da prova;

finalmente, a corrente intermediária admite a prova ilícita mediante um juízo de ponderação entre os valores envolvidos no processo.

Barbosa Moreira resume os argumentos favoráveis e contrários à admissão do empréstimo

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

Os autores da corrente obstativa mostram-se refratários à aplicação do princípio da proporcionalidade na admissão das provas ilícitas, sob o fundamento de que nem sempre esse critério seria seguro, vez que não há hierarquia entre os direitos fundamentais.

Nessa linha, Eduardo Talamini afirma ser “absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao juiz quando se requer a interceptação – ainda que se preste à comprovação de outros fatos”.

A corrente permissiva enfrenta a questão da ilicitude como algo completamente desvinculado do conteúdo da informação. Ignora a vedação constitucional de obtenção de provas por meio ilícito, defendendo que o comportamento ilícito merece punição nas esferas civil e criminal, situação que em nada interfere na eficácia da prova. Para os seus adeptos, o juiz deve julgar a causa com as provas apresentadas no processo, sem que o modo pelo qual fora obtida tenha qualquer interferência em sua eficácia processual.

A corrente intermediária defende um critério de ponderação *a priori*, fundado no princípio da proporcionalidade, capaz de abrandar a rígida vedação constitucional contida no artigo 5, LVI e sopesá-la com as demais garantias fundamentais concretamente envolvidas na questão. Vale dizer, não havendo confronto de garantias fundamentais, não há

justificativa para aplicação do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz privilegiar a vedação constitucional.

Vejamos como se posicionam os partidários da corrente intermediária.

“Todavia, caso a produção da mesma prova seja determinada no âmbito de uma causa civil, estaríamos diante de uma prova ilícita e, portanto, inadmissível no processo”. (...) Não há como ignorar a opção feita pelo legislador constitucional. Ainda que não se amolde adequadamente à sistemática concebida na Constituição, a norma constitucional (regulamentada pela Lei 9.296/1996) que restringe a interceptação telefônica apenas ao âmbito criminal possui caráter cogente, continua em vigor e deve ser observada. Essas diretrizes permitem concluir que, como regra, não será possível o empréstimo de uma interceptação telefônica para um processo de natureza não criminal. Caso contrário, estar-se-ia constituindo ilegítima burla não apenas à vedação constitucional, mas também ao emprego excepcional desse método restrito aos fins criminais. (...) No entanto, não se descarta que tal vedação ao empréstimo seja abrandada concretamente, em situações muito excepcionais, pela incidência da proporcionalidade.

Para o professor Nelson Nery Junior, o norte a ser seguido pelos aplicadores do direito é o princípio da proporcionalidade, razão pela qual o empréstimo para o processo civil poderá acontecer.

Mesmo não havendo a lei se ocupado de estabelecer princípios mitigadores da interceptação telefônica, é perfeitamente possível haver prova colhida, a princípio, ilicitamente, mas que pelo princípio da proporcionalidade possa vir a ser admitida como válida e eficaz no processo. Se o direito à inviolabilidade da intimidade (CF 5, X) e

das comunicações telefônicas (CF 5, XII) é garantido pela Constituição Federal, não menos verdade é que existem outros direitos igualmente tutelados pelo texto constitucional, como, por exemplo, o direito à vida e à liberdade, mencionados como bens jurídicos de extrema importância, já que vêm no próprio caput da CF 5, antes, portanto da enumeração dos demais direitos fundamentais. Como não pode haver incompatibilidade entre preceitos constitucionais, é preciso que direitos constitucionais aparentemente em conflito ou antagônicos sejam harmonizados e compatibilizados entre si pelo intérprete e aplicador da norma. Assim, se a vida estiver sendo ameaçada por telefonemas, o direito à intimidade e à inviolabilidade da comunicação telefônica daquele que vem praticando a ameaça à vida de alguém deve ser sacrificado em favor do direito maior à vida. A justificativa decorre do sistema constitucional, no qual se encontra inserido o princípio da proporcionalidade, como corolário do estado de direito e do princípio do devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process clause*).

E arremata o autor que deve-se dar prevalência ao interesse público na punição do crime, com sacrifício do direito constitucional utilizado de forma distorcida, como escudo para a prática delitiva.

Os Tribunais Superiores possuem decisões em que autoriza o empréstimo da interceptação telefônica realizada em processo criminal para utilização em processo administrativo disciplinar.

O STF já admitiu o empréstimo de interceptação telefônica autorizada pelo juiz criminal para ser utilizada em processo administrativo disciplinar “contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas” (STF QO em Pet 3683, Pleno, j., 13.08.2008, rel. Min Cezar Peluso, DJe 19.02.2009).

O STJ também admite que a prova colhida na esfera criminal seja emprestada a processo administrativo disciplinar: Edcl no MS 12.805/DF, 3 Seção, j. 28.05.2014, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 03.06.2014; MS 15.907/DF, 1 Seção, j. 14.05.2014, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 20.05.2014; STJ, MS 17.539/DF, 1 Seção, j. 09.11.2016, rel Min. Herman Benjamin, DJe 20.11.2016.

Postas as correntes, acredito que o melhor posicionamento sobre o tema, ou seja, o que mais se amolda ao caráter público do processo e à moderna teoria constitucional é aquele que admite um juízo de proporcionalidade sobre os valores fundamentais envolvidos no caso concreto, para sopesá-los, de modo a verificar se a relevância do fato a ser provado justifica a admissão da prova ilícita no processo.

Vale dizer que a vedação constitucional não pode ser vista como regra absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, dado que necessitará conviver com outras regras e princípios constitucionais.

### **1.10.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Considerando o tema abordado no tópico anterior, acerca da possibilidade de utilização de prova ilícita em processo judicial, necessárias se tornam algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade.

Tal teoria, em síntese, possibilita ao julgador, avaliando os interesses em litígio no caso concreto, notadamente os valores fundamentais postos sob o crivo judicial, quando de mesma envergadura, sopesá-los a fim encontrar uma decisão mais justa para caso, desde que fundamentada.

Para os seus críticos, a subjetividade de sua aplicação poderia se tornar perigosa, legitimando o arbítrio judicial. Contudo, não se defende a aplicação indiscriminada de tal teoria, ao talante do julgador. A sua correta aplicação é restrita às hipóteses em que, no caso em concreto, são confrontados direitos fundamentais de uma mesma envergadura, ocasião em que competirá ao julgador sopesá-los, com o intuito de encontrar o ponto de equilíbrio entre os mesmos.

Defensora da aplicabilidade moderada da teoria da proporcionalidade, temos o posicionamento de Nívea Aparecida de Souza Azenha:

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

Como já dito, a Constituição Federal não traz nenhuma referência quanto à possibilidade de adoção do princípio da proporcionalidade, limitando-se a vedar expressamente a adoção das provas ilícitas no processo, excepcionando apenas os casos de investigação criminal e instrução processual penal.

Não obstante, comentando tal norma constitucional (artigo 5º, LVI da CF), manifesta-se Celso Ribeiro Bastos, pelo abrandamento da vedação, fazendo clara alusão ao princípio da proporcionalidade:

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

A doutrina moderna, como já dito, vem se inclinando a aceitar, em casos excepcionais, o uso da prova obtida por meio ilícito, fundando-se, para tanto, no princípio da proporcionalidade, sobre o tema, leciona o professor José Carlos Barbosa Moreira:

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

O direito à prova, apesar de não ser absoluto, é considerado atualmente, a par de vários outros, como decorrência lógica do princípio do devido processo legal, ou seja, como manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa, razão pela qual, faz-se mister que o processo garanta às partes o mais amplo possível direito de produzir provas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, diploma que antecedeu a Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Civil de 2015 nasceu em meio a uma nova visão do Direito, uma visão neoconstitucional, por meio da qual a Carta Magna passou a ser vista como vértice de todo sistema normativo.

Aliás, a própria exposição de motivos ao anteprojeto do novo Código de Processo Civil elencou, como primeiro dos cinco objetivos precípuos a serem perseguidos durante a elaboração do novo Código de Processo Civil, estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal.

Com razão, ao ser vedada a justiça pelas próprias mãos (autotutela privada), ao Estado compete assegurar a todo o indivíduo o acesso à justiça, garantindo-lhe um processo não apenas técnico, mas também, ético-político, para se chegar a um julgamento pautado no critério da justiça.

A civilização substituiu o *certamen primitivo*, caracterizado pelo choque de espadas, pela polêmica dos argumentos. A razão deve ser dada a quem melhor saiba raciocinar. Destarte, se ao final do processo o juiz deve conceder a tutela a quem melhor consiga persuadi-lo com sua argumentação, pode-se dizer que o mecanismo processual deixou de ser um choque brutal de guerreiros e passou a ser um jogo sutil de raciocínios engenhosos. Esse caráter de jogo racional se manifesta, especialmente, no princípio fundamental do processo que Piero Calamandrei denomina princípio da dialeticidade.

Na atual visão publicista do processo civil, para que o processo pacifique o conflito com justiça, resgatando a almejada paz social, todos os seus institutos devem estar voltados à concretização do direito material.

O processo civil moderno, coberto pelo manto da democracia, passa a ser visto como um procedimento de cooperação entre as partes, terceiros e magistrado que, resguardando a boa-fé, constroem juntos uma decisão justa e eficaz.

Em tal perspectiva, insere-se o direito à prova, como manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa.

O sistema processual deve oferecer oportunidades para que os destinatários da decisão manifestem seus desejos e insatisfações. A ampla atuação das partes, na colheita da prova, justifica-se na medida em que foram elas que tiveram contato direto com os fatos a serem demonstrados em juízo, por isso, estão em melhores condições de produzirem prova e contraprova, permitindo ao juiz uma visão mais completa e crítica da realidade fática submetida a julgamento, evitando-se o arbítrio do poder estatal.

Vale dizer, na medida em que o ordenamento processual se volta a conceder mecanismos efetivos de participação das partes no processo, observando os princípios constitucionais do devido processo legal,

contraditório e isonomia, mais aprimorado e menos arbitrário será o provimento jurisdicional final.

Note-se que a efetividade da tutela jurisdicional desdobra-se em inúmeros princípios exaltados pelo novo sistema processual, tais como a celeridade, a razoável duração do processo, a economia dos atos processuais, entre outros. Todos os princípios citados guardam estreita correlação com a função primeira e imediata da prova emprestada, evitar a repetição desnecessária de atos processuais, a fim de que com menor dispêndio de tempo e recursos materiais, o processo seja mais acessível a todos.

Contudo, a pura e simples economia processual não justifica a inobservância de outras garantias legais e até constitucionais, razão pela qual exige-se cuidado e ponderação para a utilização da prova emprestada.

Vale dizer, a economia processual, somada à circunstância de que nenhuma garantia constitucional está sendo violada que autoriza o empréstimo da prova.

Frise-se, no entanto, que a efetividade é algo a ser buscado pelo processo, mesmo que de forma cautelosa. É o que diz a exposição de motivos do novo Código de Processo Civil, o qual buscou “priorizar a rapidez, a isonomia na decisão de casos similares e a efetividade, sem descuidar das garantias processuais constitucionais, tendo como meta inafastável um resultado necessariamente justo”.

Em se tratando de prova emprestada, muitas vezes, o valor da efetividade se põe em conflito com o princípio do contraditório, em casos tais, o operador do direito deverá, com base na proporcionalidade, orientar sua decisão de forma a buscar efetividade sem suprimir o contraditório.

Enfim, inegável a importância da prova emprestada no processo civil moderno, tanto assim, que no atual Código de Processo Civil ela passou a ter tipificação própria, vez que era o meio atípico mais largamente utilizado no âmbito da prática forense. Não resta dúvida de que a sua tipificação contribuirá em muito para a sua difusão, não obstante tenha o legislador de 2015 desperdiçado uma oportunidade ímpar de esclarecer, de uma vez por todas, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais

suscitadas pelo tema.

---

## LEND EVIDENCES ON CIVIL PROCEDURE

**ABSTRACT :** This paper adopted as reference article 372 of the Code of Civil Procedure. The proof in the theory of the process constitutes a core element of the construction of the syllogistic content dialectically sought by the parties and finally concluded by the judge, in proving the sentence. Thesis and antithesis are confronted and contrasted, strengthened by the evidence, in order to culminate in the decision-making act that ends the litigation. It has as general objective to discuss the study of some fundamentals of general theory of proof as well as to analyze the meanings of the word proof, its classification, its object, principles related to it, among other topics. The methodology used was the bibliographical research through analysis of several works by renowned authors that deal with the theme. To delineate the contours of the borrowed evidence, which in the light of the Code of Civil Procedure of 1973 was considered an atypical means of proof, goes from the codification of 2015, article 372, to list the role of typical tests. It is concluded that the importance of the evidence lent in the modern civil process is undeniable, so much so that in the current Code of Civil Procedure it has its own typification, since it was the atypical medium most widely used in the scope of forensic practice.

**KEYWORDS:** Proof. Proof of loan. Civil lawsuit.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e Instrumentalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Prova emprestada*. Revista de Processo n. 202, p. 403-415, São Paulo, dez. 2011.

AZENHA, Nívea Aparecida de Souza. *Prova ilícita no Processo Civil*.

Curitiba: Juruá, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 vol.. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 3 Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery (trad.). Campinas: Bookseller, 1999.

CAMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2 Edição. São Paulo: Gen/Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. Volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

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

DIDIER JUNIOR; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11 Edição. Salvador: Jus Podium, 2016.

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

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

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

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; ARENHART, Sergio Cruz Arenhart. *Prova e convicção: de acordo como CPC de 2015*. 3 Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; ARENHART, Sergio Cruz Arenhart; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed atual, rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilícitamente Adquiridas. *Revista da Ajuris*, n 68. Porto Alegre.1996.
- \_\_\_\_\_. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil- segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Salvador: Jus Podium. 2016.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- TALAMINE, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. São Paulo, RT 1998, n 91, p. 92-114, jul.- set. 1998). Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426). Acessado em: 10 ago 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 55 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Cognição Jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.