

O EMBATE ENTRE PROVA EMPRESTADA E CONTRADITÓRIO: UMA ANÁLISE CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Lais Zumach Lemos Pereira

INTRODUÇÃO

Denomina-se prova emprestada aquela que, produzida em um processo, é transladada para outro na forma documental, para também lá produzir efeitos. O empréstimo probatório, como se vê, encontra guarita nos preceitos da economia processual, da duração razoável do processo, da unidade da jurisdição e do direito à prova (prova irrepetível).¹

A prova emprestada, embora admitida pela doutrina já há muito tempo, somente foi positivada com o advento do CPC/15 (art. 372). O dispositivo legal, no entanto, limitou-se a condicionar a prova emprestada à observância do princípio do contraditório sem maiores esclarecimentos. Assim, o presente trabalho tem como objetivo elucidar, frente ao CPC/15, uma das grandes polêmicas que permeiam este instituto: se a identidade das partes é ou não requisito para admissibilidade da prova emprestada.

PALAVRAS-CHAVE: Prova emprestada. Identidade das partes. Contraditório. Efetividade. Código de Processo Civil de 2015.

A PROVA EMPRESTADA E A IDENTIDADE DAS PARTES: CONTRADITÓRIO X EFETIVIDADE

Diferente do CPC de 1973 (diploma que antecede a própria Constituição da República de 1988), o Código de Processo Civil de 2015 nasceu em meio a uma visão neoconstitucional do Direito, sob a égide do Estado Democrático Constitucional, passando a privilegiar as normas fundamentais consagradas na Carta Magna, e a estipular outras mais que assegurem a instrumentalidade do processo perante o direito material.

¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1ª ed., Campinas: Millenium, v. 2, 2001).

Nesta toada, o novo CPC colocou o contraditório dentro do capítulo que trata de normas fundamentais, positivando-o nos artigos 9º e 10 de seu texto legal. O contraditório em seu binômio clássico informação/reação, ganha uma maior amplitude. Passa a ser o valor-fonte do Estado Democrático, e a dialogar diretamente com o princípio da cooperação entre as partes e o juiz (art.6º do CPC/15).² Ademais, é preciso propiciar às partes (e terceiros equiparados) condições iguais ao exercício do contraditório (arts. 7º e 139, I do CPC/15), segundo o princípio da isonomia e da paridade de armas.³

Além do contraditório, o valor da efetividade também ganha força. 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.⁴ Esses princípios se encontram em constante tensão com outras garantias processuais (e até constitucionais), devendo ser aplicados com certo cuidado e ponderação.

Fixadas essas premissas, adentramos ao tema principal deste trabalho, e que vem dividindo opiniões no meio acadêmico: A identidade das partes é requisito para admissibilidade da prova emprestada?

A nosso ver, condicionar o empréstimo da prova à identidade das partes seria esvaziar por demais o instituto.⁵ Ademais, o contraditório não pode ser considerado isoladamente. No que pese a prova emprestada, há de se levar em conta também o valor da efetividade, do direito à prova e da unidade da jurisdição. Certamente, não se poderia subtrair da parte a sua participação em contraditório, mas é relevante que se faça uma ponderação entre as normas contrapostas.

² No mesmo sentido: Hermes Zaneti Jr. (**A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014); Leonardo Carneiro da Cunha (**O princípio do contraditório e a cooperação no processo**. Disponível em: <<<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>>. Acesso em: 24 jun. 2015).

³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 84.

⁴ Sobre o conceito de efetividade: SANTOS, Marina França. Novo CPC deve ser mais um passo rumo à efetividade do processo. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2014-set-28/marina-santos-cpc-representar-efetividade-processo>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁵ SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A Flexibilização da Prova Emprestada. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 12, n. 70, p. 124-136, mar./abr. 2011.

Busca-se aqui uma forma de se assegurar o contraditório sem que se sacrifique quase por completo a efetividade da prova emprestada. À priori, o juiz, ao admitir a prova emprestada, deverá dar vistas às partes para que possam se manifestar sobre ela, conforme art.10 do CPC/15. Ao oportunizar a manifestação das partes o magistrado garantirá o contraditório mínimo para o empréstimo da prova.

É necessário, no entanto, atentar-se para o caso em que a prova seja emprestada contra terceiro ao processo em que foi produzida. Por derradeiro, para se evitar um flagrante desrespeito à isonomia e ao contraditório, deve-se racionalizar a norma extraída do art. 372 do CPC/15, o qual preceitua que o juiz, ao admitir a prova emprestada, atribuir-lhe-á “o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Em outras palavras, a prova emprestada tem a potencialidade de alcançar o valor que obteria no processo em que foi produzida, mas poderá também receber peso menor, a depender da valoração dada pelo magistrado na análise *in concreto*.⁶

Embora seja dado ao juiz liberdade para valorar a prova segundo o seu convencimento, este deverá motivar sua decisão segundo o art.489 do CPC/15, atendendo sempre à persuasão racional.⁷ Ademais, o magistrado, no momento de valoração da prova emprestada, deverá se guiar por algumas regras apontadas pela doutrina⁸, das quais destacamos: a) a prova emprestada guarda a eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trouxe consigo; b) quanto maior a possibilidade de reprodução da prova menor a sua aproveitabilidade no processo de destino.

Sustentamos aqui que a identidade das partes deve ser enquadrada como uma das regras acima expostas, devendo o juiz valer-se dela no momento da valoração da prova emprestada.

⁶ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Informação Legislativa**. Disponível em: <<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426/r140-15.pdf>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Teoria da Prova (Capítulo de livro). *In.*: 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 da Tutela**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

⁸ Neste sentido: Moacyr Amaral Santos (Prova emprestada (Capítulo de livro). *In.*: SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 27. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 408-409), e Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira (op. cit., p.48).

CONCLUSÃO

Assentadas as premissas até aqui lançadas, propomos a seguinte interpretação legal: a identidade das partes deve ser considerada não como requisito de admissibilidade da prova emprestada, mas como fator relevante para a posterior valoração da mesma. Dessa forma, se a prova foi colhida sem a participação da parte que será prejudicada por ela, deverá o magistrado levar em conta o baixo grau de contraditório e o risco à isonomia, diminuindo o valor daquela prova.⁹

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. Disponível em: <<<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Teoria da Prova (Capítulo de livro). *In.*: 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 da Tutela. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

LIMA, Paulo Bernardo Lindoso e. **Prova emprestada e a interpretação do art. 372 do novo Código de Processo Civil**, ainda inédito, gentilmente cedido pelo autor.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1ª ed., Campinas: Millenium, v. 2, 2001.

⁹ MARQUES, José Frederico. op. cit.; LIMA, Paulo Bernardo Lindoso e. **Prova emprestada e a interpretação do art. 372 do novo Código de Processo Civil**, ainda inédito, gentilmente cedido pelo autor.

SANTOS, Marina França. Novo CPC deve ser mais um passo rumo à efetividade do processo. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2014-set-28/marina-santos-cpc-representar-efetividade-processo>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova emprestada (Capítulo de livro). *In.*: SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 27. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A Flexibilização da Prova Emprestada. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 12, n. 70, p. 124-136, mar./abr. 2011.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Informação Legislativa**. Disponível em: <<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426/r140-15.pdf>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.