



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

MELINE ARAGÃO MENDONÇA OLIVEIRA

ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL

**FORTALEZA
2014**

MELINE ARAGÃO MENDONÇA OLIVEIRA

ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Orientador: Professor Sérgio Bruno de Araújo Rebouças

**FORTALEZA
2014**

MELINE ARAGÃO MENDONÇA OLIVEIRA

ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Professor Sérgio Bruno de Araújo Rebouças (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Camilla Karla Barbosa Siqueira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- O49a Oliveira, Meline Aragão Mendonça.
Admissibilidade da prova emprestada no processo penal / Meline Aragão Mendonça Oliveira.
– 2014.
81 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Processual Penal e Direito Constitucional .
Orientação: Prof. Me. Sérgio Bruno de Araújo Rebouças.
1. Prova ilícita - Brasil. 2. Proporcionalidade (Direito) - Brasil. 3. Prova criminal - Brasil . 4. Contraditório no processo judicial – Brasil. 5. Prova (Direito) – Brasil. I. Rebouças, Sérgio Bruno de Araújo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

AGRADECIMENTOS

A Deus. Sem Ele, nada é possível. Por me dar, dia a dia, a graça de viver.

A São Miguel, que me livra do mal.

A Nossa Senhora de Fátima, minha protetora e meu alívio.

À minha mãe. Você é, e sempre será, minha fonte inesgotável de amor. Só você me conforta, me traz segurança, ânimo e coragem de seguir. Pela sua generosidade em me perdoar sem eu nem pedir, pela sua perseverança em querer me ver feliz, em me mimar, mesmo sem eu ter mais idade para isso, em querer cuidar de mim. Mãe, eu sou abençoada em ser filha de uma pessoa de um coração tão grande, tão generoso e tão caridoso.

Ao meu pai. Pouco orgulho eu não posso dar para você, espero que um dia eu seja capaz de retribuir toda a inspiração que você me dá em querer ser mais, saber mais, dedicar-me mais. Pela insistência nos meus estudos. Obrigada por sempre querer me proporcionar o melhor.

Aos meus avós, por me darem o exemplo de união, de tolerância e de paciência.

À minha avó Eunice, que me viu escrevendo e disse que eu iria realizar seu sonho, porque, quando ela quis ser advogada, meu bisavô, pai dela, falou que só iria formar os filhos homens. A todas as mulheres que não fizeram faculdade porque os pais deram essa mesma resposta. Obrigada pela força de lutar pelos direitos que hoje eu tenho.

Ao meu avô Dequinha, especialmente. Você, que, literalmente, aguenta o coração para me ver formada. Essa sua vontade ainda é maior que a minha, e me motivou em todos os momentos.

Às “amies”, pois meu caminho, que se cruzou com o de vocês desde o primeiro dia de aula, só consegui “terminá-lo” por ter o sorriso de vocês, as risadas, as novidades, as fofocas, as palavras de amizade.

Às amigas do “Pedida das Garotas”, porque eu achava que não conseguiria terminar a monografia, mas vocês me fizeram crer, em toda lamentação, que eu ia acabar. Amizade não se pede, e a nossa é de graça. Que o término da faculdade não seja o término da nossa fraternidade.

À Kátia, por limpar meu local de pesquisa todo dia, fazer meu café da manhã, meu almoço, lavar minha roupa, ajeitar minha bagunça, aguentar minha cegueira em achar os livros. Que, no futuro, nossa sociedade saiba valorizar mais trabalhos como o seu.

Ao Professor Sérgio, que sempre foi exemplo de sabedoria. Pela oportunidade na Monitoria, que só engrandeceu minha formação acadêmica.

Ao Professor Raul. Citarei as palavras da Alene, por me faltarem outras mais perfeitas: àquele que “foi, para mim e para muitos outros alunos, uma inspiração e uma fagulha de esperança em meio a tantas decepções em relação ao mundo do Direito”. Muitíssimo obrigada!

À Camilla, por aceitar prontamente o meu convite e me doar seu tempo com tanta simpatia.

À Lola, que nunca me deixa ser sozinha. Cachorros podem ser melhores pessoas que os próprios humanos.

À Letícia, afilhada amada, pela companhia na madrugada, por também afagar a solidão da nossa casa. Alguns espaços são esvaziados para que seja preenchidos com novas coisas, você foi a melhor surpresa do ano, “cabrita”.

Às minhas irmãs, por me trazerem somente ternura, alegria, carinho, amor. Que eu venha a ser suporte tão grande para vocês quanto vocês são para mim.

À minha prima Amanda, por sempre dizer que vai dar tudo certo, trazer-me paz e confiança em Deus. Você faz uma falta tão grande, mas sabe demais recompensar sua ausência. Amizade grande mesmo é a sua.

Ao NIDIL, que foi espaço de alegria e de aprendizado para mim. Compartilhar os encantamentos, as impressões, os significados de cada livro, com outras pessoas, deveria ser “obrigatório” em um curso de Direito.

A todos os poucos professores da Faculdade de Direito que são verdadeiros mestres. Vocês são o melhor e o mais importante elemento na nossa formação, não só como juristas, mas como pessoas.

À própria Faculdade de Direito. Tudo vem melhorando, mas eu tenho fé que os futuros alunos terão aulas em todos os horários, professores em todas as disciplinas, livros em todas as estantes. Não só reclamar, mas agradecer pela oportunidade. Apesar de tudo, eu não queria formação em outra escola.

A todos que foram (e são) importantes. Sempre tem alguém que a gente esquece ou quer esquecer, mas que foi especial e imprescindível nesse processo todo.

Obrigada.

“Não serei o poeta de um mundo caduco.

Também não cantarei o mundo futuro.

Estou preso à vida e olho meus companheiros.

Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.

Entre eles, considero a enorme realidade.

O presente é tão grande, não nos afastemos.

Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.

Não serei o cantor de uma mulher, de uma história,

não direi os suspiros ao anoitecer, a paisagem vista da janela,

não distribuirei entorpecentes ou cartas de suicida,

não fugirei para as ilhas nem serei raptado por serafins.

O tempo é a minha matéria, do tempo presente, os homens presentes,

a vida presente.”

- Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

No processo penal, a temática acerca da prova toma ainda maior importância em razão dos bens em discussão nesse âmbito. Provar, pelos meios admitidos em direito, é característica do nosso regramento constitucional, que impõe limites à atividade probatória, estabelecendo a inadmissibilidade das provas ilícitas. O Código de Processo Penal traz em seu bojo as formas pelas quais deverá se proceder à admissão das provas. No entanto, nada diz a respeito da prova emprestada, aquela que se traslada de um processo a outro. O fundamento para a utilização da prova emprestada é a economia processual que dela resulta. Outrossim, a perquirição da verdade, ainda que de maneira limitada, é essencial no processo penal, e a prova emprestada poderia proporcioná-la. A pesquisa, portanto, é focada na análise da doutrina, com pesquisa bibliográfica, e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a fim de abordar os diferentes posicionamentos acerca da problemática, quais os requisitos que vem sendo exigidos para possibilitar o empréstimo da prova. Não são unânimes os raciocínios, mas é basilar que o contraditório deverá se estabelecer. Outros óbices são a identidade física do juiz e o juiz natural, bem como a impossibilidade de a prova emprestada, sem a observância do contraditório, ser o único fundamento a embasar uma condenação. A proporcionalidade deve ser analisada no caso concreto, tendo em vista que o interesse na prova não se deve sobrepor aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, mas também não deve ser desconsiderado.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova. Prova Emprestada. Prova Ilícita. Contraditório.

ABSTRACT

The proof is even more important in the criminal process, considering its purpose. Proving, by the ways accepted in law, is an attribute of our constitutional state, that restrict the evidentiary procedure, establishing the inadmissibility of the illegal evidences. The provisions about the forms that the proof has to be taken are in the Penal Procedure Code. However, there is nothing in the Code about the borrowed evidence, that one that is transferred from a process to another, based in a procedural economy that is behind the borrowing. Also, the lending serves to provide the real truth. There is a limit for that, but, in criminal procedural, it is a need to find the true, and the borrowed proof could make it. The research, therefore, is focused on bibliography analysis. Also, on the study of the jurisprudence from the Superior Courts, in order to approach the various theories about the issue, which are the requirements to turn into possible the borrowed proof. There is not a unanimity in the logics, but's it is clear the demand of the contradictory. Others obstacles indicated are the natural judge and the physical identity of the judge. As well, the impossibility of the borrowed proof be the only one to be based a condemnation on. It is necessary some reasonableness and proportionality, in order to understand that the interest in the proof cannot be imposed in conflict with the fundamental rights, but it is also true that it cannot be forgotten.

Keywords: Criminal Procedural Law. Proof. Borrowed Proof. Illegal Proof. Contradictory.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO	14
2.1	<i>Principiologia aplicada</i>	15
2.1.1	<i>Presunção de inocência, Ônus probatório e o “in dubio pro reo”</i>	16
2.1.2	<i>Contraditório e Ampla Defesa</i>	17
2.1.3	<i>O “nemo tenetur se detegere”</i>	18
2.1.4	<i>Oralidade e Identidade física do juiz</i>	19
2.1.4	<i>O juiz natural</i>	20
3	O DIREITO À PROVA	23
3.1	<i>Os limites à atividade probatória</i>	24
3.2	<i>A pesquisa da verdade real</i>	27
3.3	<i>Inadmissibilidade das provas ilícitas</i>	31
4	A PROVA EMPRESTADA	35
4.1	<i>A unidade da Jurisdição e o Princípio da comunhão da prova</i>	37
4.2	<i>Conexão probatória: a existência de um interesse comum na prova</i>	38
4.3	<i>O contraditório como requisito básico para o empréstimo da prova</i>	40
4.3.1	<i>A efetivação do contraditório em processos cujas partes não são as mesmas</i>	42
4.3.2	<i>Diferenças quanto ao regime do contraditório: contraditório sobre a prova e contraditório para a prova</i>	44
4.3.3	<i>Prova testemunhal emprestada e o contraditório</i>	47
4.3.4	<i>Prova técnica emprestada e o contraditório</i>	50
4.3.5	<i>Depoimento pessoal e confissão como provas emprestadas</i>	52
4.3.6	<i>Situações que se formam em torno da problemática do contraditório</i>	53
4.4	<i>O juiz natural, a inafastabilidade da jurisdição e a identidade física do juiz como requisitos para a prova emprestada</i>	56
4.5	<i>Outros requisitos para o empréstimo: identidade do fato probando e impossibilidade de a prova emprestada ser o único fundamento para a condenação</i>	60

4.6	<i>Interceptação telefônica e prova emprestada</i>	63
4.7	<i>A prova emprestada sem o atendimento dos requisitos como prova ilegítima</i>	67
4.8	<i>A prova emprestada no Projeto do Novo CPP</i>	70
4.9	<i>Prova Emprestada e Proporcionalidade</i>	71
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
6	REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

Em nosso ordenamento jurídico, é consubstanciada, em consequência de diversas garantias constitucionais, a ideia de um direito à prova. O ato de provar, não somente na procedimento penal, mas principalmente nesse contexto, é de relevância máxima para o desenvolvimento do processo e para a afirmação de uma certeza, a fundamentar a sentença, que mais se aproxime da realidade do que aconteceu quando do cometimento do delito. Digo que é mais relevante essa perquirição no processo penal em razão dos bens protegidos. Com efeito, o Direito Penal se reveste da característica da subsidiariedade, o que torna sua aplicação devida somente no caso de bens de maior valor jurídico estarem em jogo. Por esse motivo, o procedimento probatório, nas demandas penais, deve ser efetivado em total consonância com os direitos constitucionalmente garantidos aos acusados e, também, com as formalidades previstas em lei, que preveem a forma como esse *iter* deve acontecer para que se vista do caráter de legalidade, tornando-se legítima a prova obtida.

Nesse sentido é que toma relevo o estudo da prova emprestada. Não havendo previsão expressa no Código de Processo Penal acerca de sua utilização, a doutrina e os Tribunais vem se debatendo acerca de quais requisitos seriam necessários para que ela ingresse de um processo no outro respeitando as garantias individuais, sem violar o conteúdo constitucional e processual penal que se forma em torno da inadmissão das provas ilícitas. Considerando ainda que a forma, atualmente, é vista como sinônimo de garantia, embora o empréstimo da prova possa trazer benefícios, tanto ao acusado quanto à própria coletividade, somente a existência dessas razões não é suficiente para se admiti-lo generalizadamente. Por conseguinte, objetivo analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais que se levantam sobre o tema, as quais criaram diversos requisitos para que se viabilize o empréstimo da prova, sempre avaliando-as em meio ao regramento constitucional.

Primeiro, verificando a existência desse direito à prova, quais os fundamentos para sua existência, sua pertinência com as garantias constitucionais e os princípios que se relacionam com a atividade probatória, tais como o *in dubio pro reo*, o contraditório e ampla defesa, a identidade física do juiz etc. Princípios estes que se revestem da condição de garantias a serem observadas durante toda a produção probatória.

Depois, analisando quais as limitações, decorrentes dessas garantias, que se colocam como óbices, limitando a prova, impedindo que qualquer meio de prova seja admitido no processo penal. Por mais que se deva buscar uma verdade, a dirigir a persecução penal, tal objetivo não é privado de limites e não deve ser alcançado a qualquer custo.

Por fim, um estudo bibliográfico da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca das condições que se impõem como requisitos para o empréstimo da prova, quais são os empecilhos colocados, derivados das demais garantias constitucionais e da forma de ingresso das provas no processo. Também, qual a consequência do traslado sem a observância dessas exigências.

2 O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

A atividade processual é geralmente descrita como a perquirição do passado, nela se buscando a reconstrução de um fato histórico. Toda afirmação feita pelas partes em juízo, como afirma Liebman (1952 *apud* MARQUES, 1997, v.2, p. 253), “consiste, em última análise, em deduzir determinadas consequências jurídicas de alguns fatos acontecidos no passado, de que o juiz não tem conhecimento direto”. A prova, assim, vincula-se à verdade e à certeza, as quais se ligam à demonstração da realidade (NUCCI, 2009, p. 13), e é por isso que se diz que ela é o meio pelo qual se valem os sujeitos processuais de comprovar os fatos deduzidos em juízo.

É essencialmente através das provas que “o processo pretender criar condições para que o juiz exerça a atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença” (LOPES JR., 2014, p.550). As partes, portanto, têm o objetivo de construir a certeza de que a verdade corresponde ao que por elas se alega, verificando-se a função persuasiva das provas.

Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p.13, grifos no original) defende mesmo a existência de uma função social da prova:

Os mecanismos probatórios servem à formação do convencimento do juiz e, concomitantemente, cumprem função não menos relevante de *justificar* perante o corpo social a decisão adotada; assim, considerar a prova como a “*alma do processo*” tanto pode significar a exaltação do seu valor *interno* – de instrumento pelo qual o juiz se esclarece sobre os fatos –, como a identificação de um elemento vivificador através do qual a atividade processual assimila valores e símbolos vigentes na sociedade, propiciando, em contrapartida, a adesão do grupo ao pronunciamento resultante.

Daí porque o mesmo autor diz que a produção da prova deve seguir rituais e padrões, por meio dos quais a coletividade possa se convencer de que o processo se determinou pela verdade dos fatos, como um instrumento de solução de conflitos sociais.

O que se depreende, assim, é que a atividade probatória, conquanto seja impossível se atingir com absoluta precisão a verdade dos fatos, destina-se a reconstruir os fatos investigados, buscando a maior coincidência com o passado.

Entretanto, apesar da importância de serem verificados os eventos pertinentes ao cometimento do crime, tal atividade não deve ser acontecer sem limitações. Nosso ordenamento jurídico traz algumas regras e princípios balizadores da produção da prova na seara penal, que se traduzem em garantias a serem observadas durante todo o processo.

2.1 *Principiologia aplicada*

Antes de tudo, há de se avaliar que o Direito Processual Penal, tal como disposto em nosso Código de Processo Penal (CPP), deve ser aplicado em consonância com as diretrizes trazidas pela Constituição Federal de 1988, para que se faça uma releitura das normas processuais penais, adequando-as com as características constitucionais hodiernas (OLIVEIRA, 2010, p. 37). Considerando-se principalmente que o CPP em vigor, não obstante as reformas já realizadas, data de 1940, suas previsões, não raras vezes, são insuficientes para suprir as necessidades surgidas com a evolução da sociedade e, em consequência, do Direito. É assim que se justifica a adoção de uma série de princípios que servirão para completar as lacunas erigidas em decorrência de previsões inexistentes no Código ou mesmo obsoletas e insubsistentes.

Sobre os princípios, embora não caiba aprofundar o tema, é válido trazer a definição trazida por Barroso (2001, p. 149). Retrata o autor que os princípios são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins, portanto, são normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. Aduz ainda que os princípios unem e consolidam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Dessa maneira é que se entende que, identificando os princípios inseridos no ordenamento constitucional, pode o intérprete evitar contradições na aplicação das próprias normas constitucionais. Logo, se, aparentemente, há um conflito, através dos princípios que norteiam o sistema, será possível solucioná-lo sem a necessidade de negar vigência a um outro preceito normativo constitucional.

À vista disso, pode-se falar de uma principiologia aplicada à prova, quer dizer, um conjunto de princípios que regem toda a aplicação do direito processual penal, mas que tem uma observância mais relevante quando se trata do procedimento probatório. Notadamente nesse campo, sempre surgem inovações, vez que as partes e o próprio Judiciário, diante de um ativismo judicial¹ mais fortificado ultimamente, verificam a necessidade de se ampliarem os

¹Sobre ativismo judicial, Barroso (2009, p.6), a “ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Quer dizer, utilizando-me da expressão, neste trabalho, quero dizer que, diante da falta de previsão legal acerca da admissibilidade ou do meio de admissibilidade de algumas provas, como é o caso da prova emprestada, o próprio Judiciário toma a função de legislador, ampliando as

meios de prova, mas sem que sejam feridas as garantias constitucionais sofridamente alcançadas.

2.1.1 Presunção de inocência, Ônus probatório e o “*in dubio pro reo*”

O postulado do estado de presunção de inocência figura como um dos principais alicerces do sistema processual penal. Encontra abrigo no artigo 5º, LVII, do texto constitucional, o qual dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

O estado jurídico de inocência pelo qual é permeado o acusado apresenta duas consequências precípuas, anotadas por Oliveira (2010, p.48) ao discorrer sobre o tema:

O princípio da presunção de inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de cunho probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

Como aduz Tourinho Filho (2012, p. 558),

em face dessa presunção de inocência, nenhuma condenação será legítima se não estiver embasada em provas idôneas, e ao mesmo tempo ela garante ao cidadão o direito de não ser julgado “enquanto não se demonstrarem os fatos da imputação através de uma actividade probatória processual inequívoca” [...].

O princípio traz à tona também outro ponto relevante no estudo das provas: o ônus probatório. Lopes Jr. (2014, p. 562) disserta que presumidamente é inocente o imputado, não lhe incumbindo provar nada, cabendo à acusação (e não ao réu ou ao juiz) essa tarefa. Nesse contexto, estar-se-ia respeitando também o princípio do *in dubio pro reo*:

Em um processo penal em que vigora a presunção de inocência, é evidentemente inadequado falar em ônus da prova, especialmente em relação à defesa, pois se o acusado é considerado inocente, até que se comprove legalmente sua culpabilidade, é claro que o encargo de demonstrar os fatos incumbe integralmente à acusação; e, como consequência, não atendido o referido ônus, a dúvida deve ser solucionada *pro reo*.

possibilidades e apontando critérios para possibilitar tal atividade, a fim de que se realize em conformidade com as demais previsões normativas e constitucionais.

Com efeito, como afirma Gomes Filho (1994), existe a necessidade de uma prova plena e conclusiva quanto a todos os elementos constitutivos da infração penal imputada ao réu (*nulla accusatio sine probatione*).

2.1.2 *Contraditório e Ampla Defesa*

Certamente, esses princípios são dos mais relevantes no estudo da prova. “O conteúdo do princípio constitucional do contraditório é sobejamente claro: garantir aos litigantes o direito de ação e o direito de defesa, respeitando-se a igualdade das partes” (BULOS, 2010, p. 671). Asseguram-se aos disputantes, assim, que tenham ciência dos atos que ocorrem no processo e a possibilidade de contraditá-los.

A ampla defesa, por sua vez, abrange os direitos de manifestação e de informação sobre o objeto do processo, bem como o de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (MENDES; BRANCO, 2012, p. 499).

O contraditório existe em razão da ampla defesa, e o contrário também é verdadeiro², de forma que toda a estrutura do processo deve ser verificada em atenção a esses dois princípios.

Disserta Grinover (1993):

E assim como o contraditório representa o momento de verificação concreta e de síntese dos valores expressos pelo sistema de garantias constitucionais, o modelo processual informado nos princípios inspiradores da Constituição não pode abrir mão de um procedimento probatório que se desenvolva no pleno respeito do contraditório. É o que afirma peremptoriamente a mais recente doutrina processual penal italiana, ao enfatizar o procedimento probatório em face do devido processo legal.

O direito ao contraditório e à ampla defesa, portanto, no procedimento probatório, tem esse escopo de proporcionar às partes ampla participação na produção das provas. Mais do que participar, de poder contradizer e de estar informado a respeito de todos os atos desenvolvidos no procedimento.

² Salvo nos inquéritos policiais, nos quais, em regra, não se oportuniza o contraditório, diante mesmo de sua natureza inquisitorial. O STF, contudo, não obstante reconhecer a inexistência de contraditório nesse momento, afirmou a necessidade de amplo acesso aos autos, entendimento este consolidado na Súmula Vinculante 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

É nesse sentido que Fernandes (2005, p. 61) menciona que são elementos essenciais do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação. Afirma que se adotou a regra de ele abrange dois elementos, definindo o contraditório como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”. Logo se infere que, no processo penal, é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.

Assim sendo, há de se salientar que a compreensão atual do tema é a de que não se limitam o contraditório e a ampla defesa à garantia de participação e de reação das partes no processo, mas também incluem o critério de igualdade (paridade de armas). O que significa dizer que deve haver um equilíbrio de situações entre defesa e acusação, devendo ser asseguradas as mesmas possibilidades de obtenção de tutela de suas razões (OLIVEIRA, 2010, p. 343).

2.1.3 O “*nemo tenetur se detegere*”

Diz a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXII (grifo acrescido):

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

O dispositivo consagra uma das variações - direito ao silêncio – do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que também encontra guarida no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no artigo 14.3, “g” e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 8º, § 2º, “g”.

O direito a não produzir prova contra si mesmo é uma garantia do acusado em relação a possíveis excessos cometidos pelo Estado, resguardando-lhe de métodos inquisitoriais que se inclinam a utilizar procedimentos violentos moral e mentalmente.

Há de se destacar que o princípio vale não somente em processos criminais, mas também se destina à proteção do indivíduo nos âmbitos cível ou administrativo, tendo ele a oportunidade de permanecer calado caso exista a possibilidade de autoincriminação. Quanto à testemunha, em que pese ter o dever de dizer a verdade, sob pena de se caracterizar o crime de falso testemunho, tal papel se limita somente à verdade sobre os fatos, inexistindo o dever de se atribuir a prática de crime durante sua oitiva³.

É crucial, outrossim, que exista o prévio alerta do direito em questão, enquanto garantia constitucionalmente prevista, sob pena de serem desconsideradas todas as informações obtidas sem que se tenha advertido o acusado.

Por fim, saliento que não somente o direito ao silêncio é decorrência do princípio da não autoincriminação, mas também as seguintes garantias: a) de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; b) inexigibilidade de dizer a verdade; c) de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo; d) de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva (LIMA, 2011, p. 61).

2.1.4 Oralidade e Identidade física do juiz

A Lei n. 11.719/2008 trouxe a regra da identidade física do juiz, consagrando-a no artigo 399, § 2º do Código de Processo Penal:

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Com a Reforma de 2008, a oralidade passou a ser regra nos procedimentos penais. Para tanto é que também foi prevista a aglutinação dos atos processuais em uma única audiência, conforme expressão do artigo 400 do CPP. A concentração dos atos, dessa forma, faz-se imprescindível para a concretização da identidade física do juiz, conquanto oportuniza que o magistrado que teve o contato imediato com os depoimentos autoral ou testemunhal seja o mesmo, a, ao final da audiência, proferir a sentença⁴.

Sobre o tema, explana Lopes Jr. (2014, p. 578):

O princípio da identidade física do juiz exige, por decorrência lógica, a observância dos subprincípios da oralidade, concentração dos atos e imediaticidade. Foi seguindo

³ Nesse sentido, já decidiu o STF no HC 68. 929/SP que não configura crime de falso testemunho quando a testemunha deixa de revelar fatos que possam incriminá-la.

⁴ Salvo a previsão de que, havendo a complexidade do caso, ocorra a substituição dos debates orais por memoriais escritos, quando a sentença será proferida somente após a apresentação das peças.

essa lógica que se procedeu a alteração procedimental para criar condições de máxima eficácia dos subprincípios. É um “encadeamento sistêmico”, como define PORTANOVA, que começa com a necessidade de uma atuação direta e efetiva do juiz em relação à prova oralmente produzida, sem que possa ser mediatizada através de interposta pessoa.

Ressalte-se que, por analogia ao artigo 132 do Código de Processo Civil, considera-se que não há violação ao princípio quando o juiz se afastar do processo, no curso ou após a instrução, por ter sido convocado, licenciado ou afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos nos quais os autos passarão ao seu sucessor.

2.1.5 O juiz natural

Fernandes (2005, p. 11) aponta que o juiz natural, também chamado de juiz legal ou juiz competente, representa, na tradição brasileira, uma dupla garantia: a proibição de tribunais extraordinários (poder de comissão) e a proibição e evocação (transferência de uma causa para outro tribunal). Aduz, entretanto, que, embora dúplice a garantia, manifestada com a proibição de tribunais extraordinários e com o impedimento à subtração da causa ao tribunal competente, a expressão ampla dessas garantias desdobra-se em três regras de proteção:

- a) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição;
- b) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato;
- c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

É com essa garantia, então, que fica assegurada a imparcialidade do juiz, vista não como atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. Visa a assegurar às partes o direito de saber por quem vão ser processadas e julgadas. Juiz natural é aquele que tem a competência fixada em lei já antes de o fato delituoso ser julgado.

Destaca Grinover, em obra coletiva (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2009, p. 39) que a imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista como seu caráter essencial, pelo que o princípio do juiz natural foi erigido em núcleo essencial do exercício da função, caracterizando-se, mais do que como um direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, como uma garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial, chegando mesmo a afirmar que, sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.

Destaca-o, assim, como um verdadeiro pressuposto de existência do processo, com o escopo primordial de assegurar às partes que sejam julgadas por um juiz realmente independente e imparcial.

No Direito brasileiro, portanto, somente se considera juiz natural aquele cujo poder derive da Constituição Federal. A Carta Magna não traz expressamente o princípio como aqui explanado, porém, nos incisos XXXVII e LIII de seu artigo 5º, aborda garantias que se coadunam intrinsecamente ao juiz natural:

XXII – não haverá juiz ou tribunal de exceção;

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

A previsão é naquele sentido de que o juiz natural é aquele ao qual foi constitucionalmente atribuída a competência para julgamento daquele feito⁵, antes da ocorrência do fato, vedando-se a instituição de tribunais *ad hoc*, quer dizer, designados apenas para o julgamento daquele caso concreto.

Para arrematar, Badaró aponta o seguinte (2013, grifos no original):

A garantia do juiz natural, em seu aspecto positivo, significa que toda pessoa tem direito de ser julgada pelo órgão jurisdicional competente fixado por lei. O artigo 5º, inciso LIII, da Constituição, assegura que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. O juiz natural garantido pela Constituição é aquele que, definido segundo todos os critérios que operam ao longo do processo de concretização de competência, quer fixados pela Constituição, quer por leis federais ou mesmo por leis de organização judiciária, seja o competente para o processo. Ou seja, o juiz natural é o juiz que seja territorial, objetiva e funcionalmente competente. Além disso, as normas que definem o juiz competente devem estabelecer critérios gerais, abstratos e objetivos de determinação de competência, não se admitindo qualquer possibilidade de alteração de tais critérios por atos discricionários de quem quer que seja. Por outro lado, a necessidade de *determinação* da competência, enquanto um dos elementos integrantes da garantia do juiz natural, exige, segundo ensina Figueiredo Dias, que para cada fato criminoso concreto seja previsto apenas *um único juiz ou tribunal* competente. E a lei que define o juiz competente não pode deixar “qualquer discricionariedade ao sujeito encarregado de aplicá-la”. Com isto estará se assegurando a imparcialidade do julgador, ou melhor, nas palavras de Romboli, haverá certeza de que não se tratará de um juiz escolhido especificamente para aquele processo e, portanto, um juiz que não seja, seguramente, parcial. Em última análise, a garantia do juiz natural assegura a objetividade ou a não manipulação na individualização do juiz.

⁵ Em sentido diverso, Badaró (2012, grifos no original) afirma que “[...], se a intenção do legislador constituinte fosse apenas assegurar o julgamento pelo juiz constitucionalmente competente, isto é, aquele cuja *competência* “derive de fontes constitucionais”, bastaria que expressamente o dissesse. A redação do inc. LIII do art. 5º seria “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade *constitucionalmente* competente”. Não há, contudo, no referido dispositivo, o advérbio *constitucionalmente*. Portanto, a corrente que interpreta o dispositivo constitucional com tal limitação, está criando uma restrição indevida a direito fundamental, que não foi prevista pela Constituição, nem encontra justificativa diante de qualquer outro direito fundamental”.

Nesse ensejo, deve-se ter por certo que a produção das provas deve ser levada a efeito por juiz competente para tal ação, que tenha sido designado constitucionalmente para o processamento do feito, antes mesmo que se inicie a ação penal.

3. O DIREITO À PROVA

Em nosso sistema processual penal, é evidente que existe um direito à prova. Com as garantias constitucionais a ele inerentes, certo é que o direito de defesa abrange a garantia de se representar ao órgão julgador a realidade do fato que se põe como fundamento das pretensões das partes, quer dizer, de elas se servirem das provas (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2009, p. 114).

Direito de defesa porque, segundo Gomes Filho (1997, p.60), em nosso sistema, é evidente que às partes são reconhecidos poderes em relação à introdução do material probatório no processo, o que é entendido como uma decorrência do *procedural due* processo, objetivando não só evitar injustificadas ou errôneas provações de direitos, mas também assegurar a participação e o diálogo dos interessados no processo de decisão. Portanto, o direito fundamental de ser ouvido em juízo abrange o de apresentar provas, além de poder confrontar e reinquirir as testemunhas trazidas pelo adversário.

Nessa perspectiva, e considerando que a atividade probatória representa o momento crucial do processo, à medida que se destina à demonstração dos fatos trazidos a juízo, estreitam-se as relações entre o regime da prova e as garantias constitucionais. Depreende-se, então, a necessidade de existência de uma estrutura dialética do processo, assegurando-se às partes plena participação na produção da prova (GRINOVER, 1993).

É dessa forma que a elas deve ser dada a oportunidade de defesa, não somente em sentido negativo, mas também em uma dimensão positiva, como um direito de influenciar ativamente no desenvolvimento e no resultado do processo, realizando as atividades necessárias ao convencimento do juiz acerca dos fatos que busca comprovar.

Novamente, assinala Gomes Filho (1997, p. 84, grifos no original):

Caracteriza-se, assim, um verdadeiro *direito subjetivo* à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de *ação* e de *defesa*: o *direito de ser ouvido em juízo* não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.

Logo, pode-se dizer que o direito à prova, mais que uma garantia das partes, é elementar ao desenvolvimento do procedimento probatório e, portanto, do desenrolar do

processo como um todo. Fernandes (2005, p.78) desdobra o direito à prova em diversos aspectos:

- a) direito de requerer a produção da prova;
- b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova;
- c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se as providências necessárias para sua produção;
- d) direito a participar da produção da prova;
- e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório;
- f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz;
- g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito;
- h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.

Destacam-se, pois, duas facetas: a primeira, concernente a um direito de investigação, quer dizer, em nosso sistema atual, não mais inquisitivo, revela-se a faculdade de as partes também poderem procurar e descobrir provas no intuito de demonstrar as teses que defendem. Por outro lado, compreende também um direito de proposição de provas, encontrando no pronunciamento judicial seu núcleo essencial, pois que a concreta permissão de ingresso das provas produzidas o identifica (GOMES FILHO, 1997, p. 88).

3.1 Os limites à atividade probatória

Inexistindo direitos absolutos, em decorrência da existência de outros direitos e valores dignos de proteção em nosso ordenamento jurídico, há também uma limitação à atividade probatória. Nesse sentido, expressa Grinover (1993):

E também decorre desse enfoque a conclusão de que o direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado às partes - por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório -, não é absoluto, encontrando limites. Limites colocados, em primeiro lugar, pelo princípio da convivência das liberdades públicas, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. E, em segundo lugar, pela consideração de que o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.

É por isso que assume relevo importante a questão da admissibilidade da prova, dado que, em decorrência de outras garantias constitucionais, ela deve ser produzida em observância ao regramento legal e constitucional. Existindo um direito à prova, pode-se afirmar também que existe um direito à exclusão de provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes (GOMES FILHO, 1997, p. 89).

De uma forma mais abrangente, além de um direito à prova, existe a aceção de um direito à prova legitimamente obtida ou produzida. Mais do que um formalismo, a produção da prova em conformidade com os ditames morais e legais que a regulamentam também se torna uma garantia do acusado e mesmo da sociedade, que também é destinatária de um interesse existente em comprovar a prática do crime.

Assim se legitima a existência de procedimentos e previsões legais e constitucionais para a produção da prova em juízo. Mais uma vez, Grinover (1993, grifo no original):

Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retomo ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um *valor* de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia.

Discorre Binder (2003 *apud* PLETSCHE, 2007, p. 59):

[...] O juiz aponta o valor de verdade a um relato final por um ato de poder e nada poderia mudar esta circunstância. Por esta razão, os sistemas processuais construíram regras de prova: para que esse ato de poder do juiz, que consiste em um *imperium* de grande força (porque apontará valores de verdade a um conjunto de afirmações), tenha a menor margem possível para a arbitrariedade e a fatalidade, ou seja, tenha limites bem concretos. Todas as regras de prova constituem este limite e por isso todas elas desempenham uma função de garantia.

Não se cogita, contudo, da adoção do sistema da prova legal. Sobre a prova legal, afirma Nucci (2009, p.18):

É o método que se liga à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar.

Embora existam resquícios da referida teoria em nosso ordenamento jurídico, a exemplo da previsão do artigo 158 do CPP, o qual exige que a prova nas infrações que deixam vestígios deve ser feita por exame de corpo de delito, não podendo supri-lo a confissão do acusado, é cediço que nosso sistema processual penal adota o sistema da

persuasão racional. Também denominado de livre convencimento motivado, o método é situado no artigo 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Do sistema, derivam importantes efeitos que se ligam diretamente às já mencionadas acepções do direito à prova, anotados por Lima (2011, p. 882):

a) não há prova com valor absoluto, ou seja, não há hierarquia de provas no processo penal, sendo que toda prova tem valor relativo. [...] Essa liberdade de valoração da prova, todavia, não é absoluta, já que, por força da própria Constituição Federal (artigo 93, inciso IX), o magistrado é obrigado a fundamentar sua decisão, sendo inviável que se utilize de elementos estranhos ao processo criminal; b) deve o magistrado valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para refutá-las. Ora, de nada adianta assegurar no processo penal ao promotor, ao querelante e ao réu a oportunidade de realizar a prova se o juiz não considerá-la ao motivar a sentença. As partes possuem, portanto, o direito de verem apreciados seus argumentos e provas, direito esse cuja observância deve ser aferida na motivação; c) somente serão consideradas válidas as provas constantes no processo – não se pode emprestar validade aos conhecimentos privados do magistrado –, sejam elas provas nominadas ou inominadas, típicas ou atípicas [...].

Em vista disso, no processo penal, onde se sobressai a defesa da liberdade individual, torna-se mais evidente a necessidade de serem impostos certos limites à instrução probatória. Ora, “se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 122). O rito probatório, pois, deve ser um escopo em si, um instrumento de garantia ao indivíduo.

Consequentemente, sendo apresentada e admitida uma prova no processo, urge assumi-la e fazê-la constar do processo, seja através da apreciação de uma coisa (perícia, documento), seja através da oitiva de testemunha, do interrogatório do acusado ou de declaração da vítima. A bem da verdade, não há um tratamento detalhado acerca do tema no Código de Processo Penal, mas é aplicável a máxima de que deverá ser feita uma valoração prévia da prova para que haja sua admissibilidade. Para isso, ela não poderá ter vícios (POLASTRI, 2013, p. 412).

Assim, os meios de prova, que são, na doutrina de Pontes de Miranda, “as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova” (1947 *apud* MARQUES, 1997, v.2, p. 255), não são ilimitados no processo penal, pois que prevalece a

sua natureza pública, somente comportando exceções ao estado das pessoas, de acordo com o assegurado no artigo 155 do CPP. O dispositivo, em seu parágrafo único, assevera que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Vigora, à vista disso, a liberdade probatória, diante de o CPP não trazer de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis.

Contudo, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, considerando-se inadmissíveis os meios de prova que a lei proíba e aqueles que são incompatíveis com o sistema processual em vigor. São eles, na esteira de Marques (1997, v.2, p. 256):

- a) os meios probatórios de invocação ao sobrenatural;
- b) os meios probatórios que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, seria impensável que, a despeito de se buscar uma verdade no processo penal e, conquanto exista essa liberdade de se dirigir ao magistrado e apresentar provas para que firme sua convicção, pudessem ser utilizados, pelas partes ou pelo Estado, meios contrários aos mais diversos princípios e garantias individuais que vigoram em nosso ordenamento jurídico.

3.2 A pesquisa da verdade real

Inexistindo restrições na exploração das fontes e meios de prova, toda diligência probatória que possa esclarecer a verdade é admissível no juízo penal e na fase preparatória que o antecede. Como aduz Tourinho Filho (2013, p. 241),

em princípio, pois, há uma liberdade na procura da verdade real, quer na fase de investigação policial, como se infere dos incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX do artigo 6º do CPP, com especial ênfase para o inciso II, onde se fala de ‘todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias’, quer na fase instrutória, como se deduz pela redação do parágrafo único do artigo 155 do mesmo estatuto.

Hodiernamente, entretanto, há diversas limitações, decorrentes dos princípios constitucionais já abordados, que se impõem como obstáculo para que a procura da verdade se coloque acima dessas garantias, impedindo a utilização de meios condenáveis ou práticas que não mais são consagradas pela ciência processual (MARQUES, 1997, v.2, p. 271).

Assevera Malatesta (2001, p. 25):

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros.

Diante disso, é que se diz que jamais se pode assegurar ao juiz ter alcançado a verdade objetiva, isto é, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano da realidade. É o que analisa Nucci (2013, p. 114):

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.

É o contrário do que ocorre no processo civil⁶, onde prevalece a busca de uma verdade formal, notadamente quando se envolvem direitos disponíveis entre as partes. Sendo assim, enquanto na seara cível o juiz é mais um espectador, contentando-se com a produção de provas efetivada pelas partes; no processo penal, incumbe-lhe ter uma atitude mais positiva. É esse também o raciocínio levado a efeito por Pozzer (2001, p. 40), quando retrata que, no processo penal, diferentemente, dada a indisponibilidade dos direitos em confronto, deve-se buscar a verdade dos fatos o mais próximo da realidade acontecida. O julgador não pode contentar-se com a verdade apresentada pelas partes. Ao contrário, deve buscar, incansavelmente, os verdadeiros fatos, encontrando limites, somente, na moral e na legalidade das provas.

A busca da verdade real, no entanto, não deve ser absoluta, encontrando limites nas vedações legais e constitucionais relacionadas à prova e, notadamente, nos direitos

⁶ Ressalvo uma nova acepção de verdade que vem sendo elaborada no âmbito do processo cível, relacionadas com a relativização da verdade formal, o que é mesmo característica de uma tendência mais publicista do Direito, em consonância com a necessidade de efetivação da justiça, o que inclui a viabilidade de o juiz intervir durante a instrução do processo (NUCCI, 2013, p. 115).

fundamentais.

Sobre o tema, Lopes Jr. (2014, p. 580) faz uma abordagem histórica:

Eis aqui a relevância de desconstruir o mito da verdade real, na medida em que é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório. Historicamente, está demonstrado empiricamente que o processo penal sempre buscou uma “verdade mais material e consistente” e com menos liberdade na atividade de busca, produziu uma “verdade” de menor qualidade e com pior trato para o imputado. [...] O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de instrumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo [...].

Percebe-se, pois, que a verdade real serviu de argumento para uma série de barbáries cometidas no decorrer do tempo. Na procura de uma efetiva punição aos delinquentes, utilizava-se do pretexto de ser possível buscar a prova da infração por qualquer meio, que justificaria os fins, quais sejam, a condenação e a repressão.

Ocorre que, em nosso Estado atual, não se coaduna com as inúmeras garantias individuais a utilização de métodos que vão de encontro aos direitos dos indivíduos. Outrossim, a finalidade do processo, como entendido atualmente, não é a condenação, mas sim a apuração do crime. Por tais razões, determinados doutrinadores enfocam na urgência de se reconhecer uma verdade formal ou processual, que seria aquela por meio da qual a condenação somente poderia ser alcançada caso se balize pelo regramento previsto em lei.

Assim aduz Ferrajoli (*apud* LOPES JÚNIOR, 2014, p. 581):

A verdade processual não pretende ser a verdade. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo de qualquer verdade substancial.

Em síntese, o que se quer dizer é que a verdade real é impossível de ser obtida, tendo em vista que o real, da maneira que aconteceu, só é possível no presente. No processo, contudo, faz-se uma reconstrução do passado. Dessa forma, o apego à busca de uma verdade se mostra desnecessário, tendo em vista que o que é nele demonstrado é apenas uma aproximação, uma probabilidade, o que se chama ainda de certeza possível.

Com efeito, como afirma Gomes Filho (1997, p. 99), é com esse sentido e finalidade que os diversos ordenamentos prevêm a exclusão de provas cuja prática possa representar um atentado à integridade física ou psíquica, à dignidade, à liberdade ou à

privacidade das pessoas, à estabilidade das relações sociais, à segurança do próprio Estado etc., casos nos quais razões externas ao processo justificam o sacrifício do ideal de obtenção de uma verdade processual mais próxima à realidade dos fatos.

Justamente por isso é que se deve abandonar a ideia de que o procedimento probatório tem o objetivo máximo de descobrir a verdade real. Tendo-se, pois, que adotar um raciocínio que não trate a verdade como esse escopo em si, mas sim como um resultado da atividade probatória, para que sua busca seja vista sob um enfoque construtivo no que tange aos direitos e garantias individuais, não como uma afronta a eles. Em monografia sobre a temática da prova no processo penal, Pletsch (2007, p.57) disserta:

As formas processuais, por se tratar de garantias, têm importância em todo o processo penal, adquirindo, no seu curso, os mais diferentes contornos. Todavia, é na prova, ou melhor, no modo como a atividade processual está intrincada com a verdade, que sua relevância aumenta. Este entrosamento entre a verdade e a forma pode ser lido a partir de uma perspectiva positiva, pois a verdade serviu tanto para justificar os piores excessos do poder penal (a tortura sistemática) como para construir os limites que buscam preveni-los. A reflexão sobre a verdade, ou a impossibilidade de verdade, na atividade processual, contribui para fortalecer os limites do Estado na persecução penal, estabelecendo o procedimento probatório, as exigências para comprovação do fato narrado na denúncia, os critérios para solução do caso penal. No sistema acusatório, a verdade não se transforma no objetivo da atividade probatória, as regras da prova, ao contrário, são limites à busca da verdade e, como tal, desempenham exclusivamente uma função de garantia, ou seja, protegem o cidadão do eventual abuso de poder na coleta da informação.

Não se deve, por consequência, chegar ao extremo de que a verdade não é necessária ao processo. O que se propõe não é “negar a verdade, mas sim um deslocamento da discussão para outra dimensão, onde a verdade é contingencial e não estruturante do processo” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 591). Talamini (1998, p. 147) também expõe nesse sentido, afirmando que o escopo do processo é a atuação do ordenamento jurídico, com a consequente pacificação social que tal atuação trará. Sendo assim, a verificação dos fatos ocorridos é apenas uma etapa para a consecução desse objetivo, óbvio é que, para realizar tal fim, o juiz deverá fazer o possível para apurar a verdade dos fatos. No entanto, a “verdade” é um conceito absoluto, inatingível, pois a falibilidade do ser humano não lhe permite sequer saber se e quando a está de fato alcançando. Um evento que ocorreu no passado talvez jamais possa ser reconstituído exatamente como foi.

Existe, dessa maneira, uma necessidade de avaliar a verdade real sob um diferente enfoque, como observa Grinover (1993):

Surge daí o indispensável redimensionamento do princípio da verdade real, necessariamente condicionado àquela série de valores que se traduzem pelo método através do qual se desenvolve sua busca. A liberdade do juiz penal, enquanto instrumento essencial para a realização da pretensão punitiva, porque a descoberta da verdade, obtida a qualquer custo, seria a premissa indispensável para atingir o escopo "defesa social" -, mostrou toda a sua falácia, transmutando a busca da verdade em valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual. A verdade absoluta, correspondendo a poderes ilimitados do juiz, há de ser desmistificada, tomando-se hoje a expressão "verdade real" em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu procedimento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma verdade judicial, obtida por um método processualmente legítimo.

Por fim, Badaró (2014):

[...] enquanto no método inquisitório a busca da verdade é conduzida unilateralmente, de forma epistemologicamente comprometida, por um inquisidor que busca, a todo custo, a confirmação de uma verdade por ele pré-estabelecida e escolhida, no sistema acusatório, informado pelo contraditório, a reconstrução histórica dos fatos é baseada em um confronto dialético entre as provas produzidas pelas partes na presença do juiz, permitindo um resultado imparcial e de melhor qualidade.

Nesse contexto, a atividade do Estado que se pauta em buscar a verdade acima de tudo se torna ilegítima. Ao contrário, a criação de espaços nos quais prevaleça o contraditório, principalmente, mas também os demais direitos e garantias fundamentais, é que mais se coaduna com um processo justo e constitucional.

3.3 Inadmissibilidade das provas ilícitas

Admite-se, dessa maneira, que existem diversos óbices à atividade probatória, sendo já cediço que ela não pode se estabelecer ao arrepio das diretrizes assentadas como limites ao poder estatal. A atividade probatória é meio, e “o meio, portanto, por representar incidência de violência institucional no sujeito punibilizado, deverá sempre ter mais importância que o fim ideal(izado) da pena” (CARVALHO, 2006 *apud* PLETSCHE, 2007, p. 59). Cuidado esse que deve ser fortalecido quando se trata de provas, pois que estes elementos é que irão firmar a convicção judicial acerca do delito.

Portanto, não é toda e qualquer prova que traga informação importante para a correta verificação dos fatos que será admitida para formar o convencimento do julgador. Somente serão consideradas as provas legais, quer dizer, as que foram produzidas em respeito

aos princípios constitucionais e demais regras do ordenamento jurídico.

Como assegura Lima (2011, p. 883), “aos olhos do leigo, soa desarrazoado permitir-se a absolvição de um culpado pelo fato de a prova contra ele produzida ter sido obtida por meios ilícitos. Para ele, os fins justificam os meios”.

Ocorre que, aliando-se às explicações do tópico anterior acerca da verdade real, a descoberta da verdade não pode ser feita de qualquer modo, constituindo a admissibilidade da prova um conceito de direito processual, que consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, no fito de evitar que fatores advindos de fontes falsas, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos. Segundo Cordero (*apud* LOPES JR., 2014, p. 606), “uma prova é admissível sempre que nenhuma norma a exclua”.

O fundamento, dessarte, é a exclusão de provas que poderiam levar o julgador a uma reconstituição que não corresponda à realidade dos fatos, mas também pode ser basear em considerações alheias ao encontro da verdade, tal como acontece em relação à inadmissibilidade de provas que causem violação de outros direitos, particularmente os de natureza constitucional.

No primeiro caso, fala-se de uma inadmissibilidade cuja finalidade é notadamente processual, ao passo que a segunda hipótese concerne à tutela de direito material (GOMES FILHO, 1997, p. 95). Nesse sentido é que a doutrina faz a distinção entre provas ilegítimas e provas ilícitas. Ambas se incluem na categoria da prova vedada (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 124), definida como aquela que é contrária a uma específica norma legal ou a um princípio do direito. Quando a vedação é estabelecida pela lei processual, em função de interesses relacionados à própria lógica do processo, trata-se de uma prova ilegítima. De outro giro, quando vai de encontro a garantias dos indivíduos, tuteladas também pelo ordenamento jurídico, chama-se esta prova de ilícita.

A Constituição Federal trata do tema de forma genérica, apenas aduzindo, em seu artigo 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A Lei n. 11.690/2008 inseriu o tratamento no CPP, anunciando o artigo 157 que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A redação, entretanto, faz surgir o seguinte questionamento: a violação de regras processuais implica também a ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento

do processo?

Dissertam Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 125, grifo no original):

Não parece ter sido a melhor opção da Lei n. 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela “obtida em violação a normas constitucionais ou legais” [...]. A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos do artigo 573, *caput*, do CPP.

A diferenciação toma relevo ainda se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo) não são passíveis de repetição, pois o vício se vincula ao momento em que foi obtida, portanto, externamente ao processo. Por isso, devem ser desentranhadas dos autos. Por outro lado, as provas ilegítimas, conquanto o vício se dá numa dimensão processual, são passíveis de repetição (LOPES JR., 2014, p. 608).

Na Constituição Federal, são diversas as garantias que se colocam no resguardo dos direitos fundamentais das pessoas, cuja inviolabilidade acarreta a ilicitude da prova. Com efeito, aponta Gomes Filho (1997, p. 99):

Especialmente na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo delito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimidade de todo o sistema punitivo.

Em verdade, seria sobremaneira contraditório que, sendo o processo penal destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio órgão persecutor se valesse de métodos violadores de direitos (LIMA, 2011, p. 884).

Do exposto, verifica-se que, coadunando-se com a explanação acerca de o direito à prova sofrer limitações decorrentes de outros direitos existentes no ordenamento jurídico, é necessário serem obedecidos critérios para a admissão das provas no processo penal. Requisitos que se estabelecem para que a prova colhida tenha validade e não seja considerada ilícita ou ilegítima.

Não sendo taxativo o rol de provas elencado nos artigos 158 a 250 do CPP, não há impedimentos a outras provas além das que estão aí indicadas. A exemplo da prova emprestada, que não foi prevista, mas é admissível (TOURINHO FILHO, 2012, p. 155). O veto existente à produção probatória decorre, de modo geral, da impossibilidade de produção

de provas que atentem contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, decorrendo, modo geral, dos princípios constitucionais, como foi acima afirmado.

4 A PROVA EMPRESTADA

Já sabendo o conceito de prova, sobre a existência de um direito à prova e as limitações a tal garantia, há de se abordar se a prova emprestada se harmoniza com as restrições enfrentadas no procedimento probatório. É imperioso destacar, antes de discorrer propriamente sobre o conceito de prova emprestada, que o sistema processual brasileiro não conta com regulação expressa desse instituto. Sua aplicabilidade, por se entender necessário o seu uso, foi sendo construída pouco a pouco pela doutrina e pela jurisprudência, que consolidou alguns fatores a serem analisados para a possibilidade de utilização de uma prova emprestada.

Em artigo sobre o tema⁷, Grinover (1993) traz a definição de prova emprestada: “Entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmentemente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto”. Assim sendo, qualquer meio de prova pode ser utilizado como prova emprestada: os depoimentos da testemunha e do acusado, um laudo de exame de corpo de delito, um documento etc.

Há de se afirmar que a prova emprestada sempre terá um caráter documental, seu valor, todavia, será o mesmo que o da prova originária, como foi produzida no processo primitivo (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 117). Assim, há de se saber que ela ingressa no segundo processo sob a forma de documento, por isso devem ser trazidos todos os elementos documentais que a consignam. Dessa forma é o que o juiz poderá verificar se todos os elementos de validade para sua admissão estão presentes. Em sentido diverso, Echandía (1981) citado por Talamini (1998, p. 146), entende que seria apenas conveniente, mas não necessário, serem juntadas todas as peças que serviram à formação da prova no primeiro processo, pois seria presumível a validade da prova que se emprestou. Caberia, pois, à parte contrária à que requer o empréstimo, o ônus de provar, por meio de cópias do processo originário, que nele haveria algum vício. Posição com a qual o autor que a cita não concorda (TALAMINI, 1998, p. 146, grifos no original):

Ora, a “presunção” de validade somente se estabelecerá quando apresentada toda a documentação do *iter* probatório. Daí que incumbe à parte que requer o empréstimo

⁷ O artigo “Prova Emprestada”, publicado em 1993 na Revista Brasileira de Ciências Criminais, em verdade, foi elaborado pela jurista como um parecer sobre um caso concreto acerca da possibilidade de a prova emprestada ser utilizada como a única prova da existência de qualificadora de quadrilha armada.

trazer aos autos a integralidade dessas peças. Isso feito, se a produção original da prova for inválida em face de algum aspecto *externo* ao procedimento probatório (por exemplo, a nulidade da citação), então sim, será ônus da parte contrária comprovar a existência do defeito.

Continua:

Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. Terá a *potencialidade* de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida. 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 emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo. 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.

A virtude encontrada para a utilização da prova emprestada é, primordialmente, a economia processual. Com efeito, a Emenda Constitucional n. 19, de 1998, colocou o princípio da eficiência entre os deveres dos Poderes estatais, incluindo-se aí, portanto, a obrigação do Judiciário em processar e julgar os feitos com celeridade. É o que afirma o artigo 37 da Carta Magna. Não se deve olvidar, contudo, que o processamento da demanda deve ser ágil, sobremaneira em se tratando de matéria criminal, mas não deve acontecer sem as necessárias garantias ao acusado, como afirma Demczuk (2012, p. 286):

Com a incorporação ao texto constitucional da garantia da duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII, da CF), ganhou especial relevo o postulado da economia processual, que já preconizava o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Ainda assim, é importante repisar que o processo penal não pode ser tão rápido, de modo a acarretar o atropelo das garantias do acusado, nem tão lento de forma que o próprio processo se transforme em pena pela estigmatização do acusado. Como bem acentuam Lopes Júnior e Badaró (2009, p. 134): “O processo penal reclama tempo suficiente para a satisfação, com plenitude, de seus direitos e garantias processuais”.

Ademais, existiria também a necessidade de se pesquisar a verdade real, valendo-se dos meios necessários para atingi-la, daí porque se afirmar a existência de um interesse probatório. Haveria, ainda, a utilidade de aproveitamento de provas que se encontram impossibilitadas de serem produzidas novamente por algum motivo, situação que autorizaria o traslado, mormente quando se mostram indispensáveis.

Marinoni (2005, p. 286), embora tratando de prova emprestada no cível, elenca tais benefícios, cuja descrição pode ser aplicada a este trabalho:

Trata-se de evitar [...] 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 suficiente para autorizar, ao menos em princípio, a tomada de empréstimo da prova já produzida em outro processo.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras trazem uma série de posicionamentos quanto ao tema, aos quais passarei agora.

4.1 A unidade da Jurisdição e o Princípio da comunhão da prova

Segundo Rangel (2011, p. 342),

a jurisdição, como função do poder soberano do Estado de aplicar a lei ao caso concreto, é única em si e nos seus fins. Não há, como se diz comumente, jurisdição civil e penal ou eleitoral e trabalhista. O que há é uma única jurisdição, dividida sob o aspecto da natureza da matéria, e aí surge o caso penal, a lide civil, eleitoral ou trabalhista.

Dessa maneira, ainda que se possa falar em diferentes espécies de jurisdição, o fato é que, ela em si mesma, é una e indivisível, mesmo em face do próprio poder soberano de que é manifestação (DEMCZUK, p. 289). O que me permite entender que o Poder Judiciário é único, e suas subdivisões internas decorrem apenas de regras de definição de competência. É por isso mesmo, como afirma Talamini (1998, p. 145), que se pode falar em uma “teoria geral do processo jurisdicional”, quer dizer, processo civil e penal instrumentalizam a atuação da mesma função estatal. Ambos têm, aliás, em sua essência, um sistema de garantias constitucionais em prol dos jurisdicionados.

Diante do exposto, não há que se dizer que a prova produzida no cível não poderá ser utilizada em processo penal, por ter sido colhida em jurisdição diversa, ou o contrário. Na verdade, o que impede analisar é, diante das particularidades decorrentes de cada âmbito processual, a compatibilidade entre as garantias das partes, isto é, se, em ambos os processos, a prova foi produzida em respeito aos direitos consagrados por cada esfera. Com efeito, não há de se negar a existência de regimes diferenciados no que tange a determinados pontos dos processos civil e penal, principalmente em razão dos bens envolvidos na causa penal, quais

sejam, liberdade, honra, dignidade sexual, etc., razão por que existe um regime de garantias mais rígido nas demandas criminais.

Ademais, como aponta Marques (1997, v. 1, p. 28),

Em suas linhas mestras, a estruturação processual da justiça penal não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco, comum, que é a teoria geral do processo. O poder jurisdicional e o processo em nada diferem, quer se projetem sobre uma lide de direito privado, quer atuem no campo da pretensão punitiva em conflito com o direito de liberdade.

Por esse enfoque, é que não há óbice ao traslado da prova de um processo civil a um processo penal. É também por esse motivo que os requisitos de admissão da prova emprestada se fazem necessários, a fim de preservar essas garantias, não as desconstituindo ao se fazer o empréstimo, mas sim as preservando.

Por outro lado, também se deve ter por certo que a prova, ainda que produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, destinando-se a apurar a verdade dos fatos alegados e contribuindo para o correto deslinde da causa pelo juiz (NUCCI, 2013, p. 118). Enfaticamente, não há um titular da prova, mas um mero proponente, diante do que, sendo ela efetivamente produzida, existirá sua comunhão, passando a ser do interesse da Justiça, e não mais da parte (LIMA, 2013, p. 407). Desse modo é que não há de se dizer que a prova não pode ser trasladada por pertencer a uma das partes do processo. Uma vez produzida e efetivada nos autos, a prova passa a ser do interesse da justiça, o que permite o seu empréstimo a outro processo, ainda que com parte diversa daquela que requereu sua produção.

4.2 Conexão probatória: a existência de um interesse comum na prova

Como foi abordado, uma das vantagens ao empréstimo da prova é o interesse que existe em dois ou mais processos de dela se valer para comprovar os fatos acontecidos. Faz-se cabível, então, o seguinte questionamento: por que trasladar determinadas provas de outro processo? Realmente, existiria um interesse probatório comum entre eles?

Lopes Jr. (2014, p. 598) responde a questão, retratando que, se realmente existisse tal interesse probatório, ambos os processos deveriam ter sido reunidos para julgamento simultâneo por força da conexão probatória (artigo 76, III, do CPP), se não foram, é porque a prova não tem essa importância comum.

Acerca do conceito de conexão, Marcellus Polastri Lima (2013, p. 316) aduz que se trata de

modificação da original competência, seja em razão do lugar do crime ou de outro critério determinante, em vista, por coerência da economia processual, tornando-se aconselhável o julgamento único, visando não se perpetuar julgamentos contraditórios, e, por outro lado, objetivando uma visão unitária das provas colhidas. [...] conexão, que advém do vocábulo *nexo*, dá ideia de que certa coisa está ligada por um *nexo* a outra coisa, daí se dizer que determinada infração penal é conexa a outra, e, desta forma, se determina, na forma do artigo 76 do CPP a reunião dos respectivos processos para julgamento único.

Com efeito, o artigo 76, inciso III, do CPP, traz a previsão do que se chama de conexão processual, probatória ou instrumental:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:
III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Os exemplos mais citados pela doutrina são a prova do crime de furto auxiliando na prova do delito de receptação; ou do delito de destruição de cadáver em que o *de cujus* foi vítima de homicídio, mostrando-se necessária a prova da ocorrência da morte da vítima, quer dizer, de que foi destruído o cadáver. Outrossim, a prova do crime antecedente auxiliando na prova do delito de lavagem de capitais (LIMA, 2011, p. 796).

Nucci (2013, p. 294) defende mesmo a ideia de que a conexão probatória é norma suficiente para resolver os problemas de conexão, inexistindo razão para a previsão feita nos demais incisos do artigo 76. Afirma o autor que a única, sólida e viável razão para a junção de fatos num único processo, a fim de obterem uma apreciação unitária, é uma produção de provas mais eficaz, embora a doutrina seja praticamente unânime em apoiar as causas de determinação da competência por conexão, buscando fundamentá-las da melhor forma possível.

Resta evidente que, tendo sido cometidos crimes para os quais existam provas que influenciem em todos os delitos, devem-se reunir as ações, para processo e julgamento único, nos moldes do artigo 76 do CPP. Desse modo, garante-se a economia processual, evitam-se

decisões divergentes ou contraditórias e possibilita-se ao juiz uma visão mais completa dos fatos e da causa. Processando-se em conjunto, a produção probatória dar-se-á em respeito ao contraditório em ambos (ou mais) processos, pois que as partes possuem amplo acesso às provas comuns que constam nos autos.

A reunião, portanto, deve ocorrer sempre que exista essa comunhão de provas, o que é preferível em relação ao julgamento de uma ação apartada da outra, para que, simultaneamente, utilize-se do empréstimo da prova de um processo para outro. Certamente, é mais complexo, para que se respeite o contraditório, menos econômico e menos célere, fazer-se o traslado da prova quando existe a determinação de se unirem os processos. Afinal, não se trata de uma faculdade, mas de uma regra de competência prevista em lei.

Contudo, pode ocorrer que, contando um processo já com julgamento, vislumbre-se um interesse na prova nele produzida. Nesse caso, a conexão probatória se faz inócua, vez que se perde o seu objetivo maior, que é o de afastar um julgamento conflituoso. Sendo assim, desaparece a obrigatoriedade de conexão probatória. Nesse sentido é a Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que diz que “a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

Nesse ponto é que surge o empréstimo como meio para se utilizar daquela prova já produzida. Efetivamente, não existindo julgamento, o mero empréstimo da prova por comodidade não pode ser realizado, impondo-se, por força de lei, a reunião dos processos por conexão. Após ter sido julgado um dos processos, e aí se notando essa prova em comum, se a conexão não mais se impõe, é que surge o interesse em se emprestá-la, e que se admite o seu traslado.

4.3 O contraditório como requisito básico para o empréstimo da prova

A doutrina e a jurisprudência não se enfrentam a respeito da admissibilidade da prova emprestada no processo penal, o debate que se instaura é sobre as exigências que deverão ser obedecidas para que a prova seja completamente válida no processo secundário.

Não obstante as diferentes posições ideológicas, o certo é que é uníssono o raciocínio de que o contraditório é elemento básico para a aceitação da prova emprestada. Deve incidir uma especial cautela do juiz ao avaliá-la, verificando a forma como foi produzida no outro feito, a fim de averiguar se foram atendidos os princípios atinentes ao

procedimento probatório.

Assim é que surge o primeiro requisito de admissão da prova emprestada: que no processo anterior tenha sido obedecido o contraditório, raciocínio empreendido por Rangel (2011, p. 478), Tavora (2012, p. 393) e Grinover (1993). É preciso ainda que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo. Não se pode aceitar, por exemplo, que uma prova produzida em um processo cautelar, com cognição sumária, seja trasladada para um processo penal condenatório, de cognição plena (BADARÓ, 2014)⁸. Ressalte-se, segundo o que afirma Talamini (1998, p. 149, grifos no original), que, no processo penal, exige-se não somente o contraditório, mas o seu efetivo exercício, pois que a defesa técnica é indisponível neste campo:

Assim, não pode ser emprestada para *processo penal* (ou para processo “civil” em que prevaleça a indisponibilidade da defesa) prova para ser usada contra alguém que, conquanto tenha formalmente figurado como parte no primeiro processo, dele não tenha participado em *efetivo* contraditório. A prova produzida contra revel em processo civil, v.g., não pode ser utilizada por empréstimo contra esta mesma pessoa em processo penal. Não fosse assim, por meio de caminho tortuoso, seria inobservada a regra da indisponibilidade da defesa técnica.

Tourinho Filho (2012, p. 155) retrata que não há dúvida acerca do empréstimo da prova,

[...] contudo, vigorando entre nós os princípios do contraditório e da ampla defesa, parece claro que o valor probatório dessa prova emprestada fica condicionado à sua passagem pelo crivo do contraditório, do contrário ela se torna ilícita⁹, já que obtida com violação dos princípios constitucionais. Se a prova, para ser válida, deve passar pelo exame das partes, é indubitoso que a prova colhida em um processo e transferida para outro não pode ter o menor valor.

Ocorre que há autores que lecionam no sentido de que o contraditório somente seria respeitado caso a prova emprestada tenha sido produzida em processo formado entre as **mesmas partes**.

⁸ A restrição não diz respeito às medidas cautelares de produção antecipada de prova, nem aos chamados meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica (BADARÓ, 2014).

⁹ O autor afirma que a prova emprestada seria ilícita, se não observados os requisitos para o empréstimo. Entretanto, prevalece que a prova é ilegítima, o que analisarei em tópico específico.

4.3.1 A efetivação do contraditório em processos cujas partes não são as mesmas

Inclina-se Nucci (2010, p. 386) ao raciocínio, afirmando que a possibilidade de empréstimo da prova inclui a verificação, naturalmente, do direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida.

Citando Camargo Aranha (1987, p.188), Grinover (1993) justifica o raciocínio:

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 efeito se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário.

Paulo Rangel explica a esse respeito:

Tratando-se de partes diferentes, a prova emprestada não tem a mesma eficácia que tinha no processo original e, por isso, deve se submeter, no processo para o qual foi transferida, ao crivo do contraditório. Se a prova for testemunhal, o juiz deve marcar audiência para a oitiva da mesma testemunha para que as partes possam contraditá-la.

Sobre a importância do contraditório no contexto da prova emprestada, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (1996), citado por Rodrigues (2012) argumenta:

Toda investigação de prova, obrigatoriamente, passa, insista-se, pelo crivo do contraditório. Em consequência, a parte precisa ser cientificada da indicação, produção e autorizada a assistir a coleta. Só assim, ter-se-á o princípio realizado substancialmente. Além disso, a parte pode participar dessa atividade, sendo-lhe consentido, por exemplo, reinquirir testemunhas, acompanhar diligências, sugerir quesitos para a perícia. A prova, portanto, é regulada pelo Direito, que, no dizer de Franco Cordero, fixa as condições de admissibilidade e o modo de formação... A prova emprestada, portanto, é apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova. A distinção não é meramente acadêmica. Como toda prova urge passar pelo contraditório; a parte tem direito à produção *secundum ius*. Efeito prático: se assim não ocorrer, cumpre ser repelida, sob pena de invalidade: contrasta com o devido processo legal... O leigo, tantas vezes, não compreende as normas jurídicas. Tem-na como excessivamente formalista, dificultando a conclusão do processo. Assim o é por não perceber que atrás de um dispositivo legal (notadamente constitucional – sentido restrito) está presente um valor, penosamente conquistado no passar dos séculos...

No cível, como explica Talamini (1998, p. 148), é mais fácil se caracterizar uma situação na qual os processos não tenham as mesmas partes. No âmbito penal, entretanto, o

Ministério Público, na maioria das vezes, é quem ocupa o polo ativo da ação penal. Porque é uno e indivísivel, não haveria óbice ao empréstimo da prova quando requerida pela defesa, pois que a parte contrária já seria o Ministério Público. O que não impede a exigência de se verificar a admissibilidade da prova em ação penal privada, quando o querelante não tivesse participado do primeiro processo. Ou pode acontecer, ainda, de, mesmo quando a prova emprestada se fizer em prol do acusado, esta não poder ser admissível, por ter se operado em processo cível no qual o Ministério Público não teve participação.

Do que foi exposto, mostra-se razoável entender que, tendo sido produzida a prova em processo formado pelas mesmas partes daquele ao qual vai se destinar, já se forma em meio ao contraditório. Contudo, se são diversas, existe a obrigatória necessidade de observância do contraditório no processo secundário, quando for possível. Em alguns casos, contudo, o efetivo contraditório compreende a necessidade de, não somente poder se manifestar quanto à prova no processo a que ela se transporta, mas de ter participado de sua formação anteriormente (no processo originário).

O entendimento consubstanciado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no EREsp 617428/SP, cuja Relatora foi a Ministra Nancy Andrichi, em que pese tratar de processo cível, foi o seguinte: a grande valia da prova emprestada, como antes já foi mesmo dito, reside na economia processual que ela proporciona, tendo em vista que evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo, a qual tende a ser demasiado lenta e dispendiosa, especialmente as provas periciais, na realidade do Poder Judiciário de nosso país. Em consequência dessas vantagens, é recomendável que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não poderia se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem que exista justificativa razoável para tanto. Alerta a Ministra que, independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada. Portanto, se é assegurado às partes o contraditório sobre a prova, quer dizer, o direito de refutá-la adequadamente e de contra ela se insurgir, afigura-se válido o empréstimo. No caso em liça, discutia-se a validade de uma prova pericial retirada que processo em que não figuravam as mesmas partes que integravam o processo a que se emprestou. Acrescento a observação feita pela Relatora de que as partes não se insurgiram contra a prova em si, mas apenas em relação a ela ser emprestada.

O Supremo Tribunal Federal (STF), anteriormente, já havia decidido dessa forma. É o que se verifica da leitura do HC 67.707/RS, no qual se pugnou pela viabilidade da utilização de prova emprestada em processos com diferentes réus. No entanto, condicionada a não ter sido esta a única prova a embasar a condenação penal. Quanto a esse requisito enunciado pelo Supremo, qual seja, de a prova emprestada não poder ser a única a fundamentar sentença de condenação, analisarei mais detidamente em tópico específico.

O raciocínio, penso que pode ser aplicado também na esfera penal: neste âmbito, o empréstimo se dá por motivos quase idênticos aos citados pela Ministra no processo cível. Dessa forma, entendo que não é razoável, por faltar justificativa plausível e por denegar benefício de celeridade e economia processuais, virtudes tão ausentes em nossos Tribunais, inadmitir o empréstimo da prova somente por não se tratar de processos com mesmas partes. Há de se verificar não só isso, mas se, no caso concreto, os integrantes da demanda puderam exercer o contraditório.

4.3.2 Diferenças quanto ao regime do contraditório: contraditório sobre a prova e contraditório para a prova

Mostra-se relevante, neste momento, a diferença existente entre o contraditório para a prova e o contraditório sobre a prova. Contraditório para a prova ou contraditório real demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes. É o que acontece com a prova testemunhal colhida em juízo, onde não há qualquer razão cautelar a justificar a não intervenção das partes quando de sua produção, sendo obrigatório, pois, a observância do contraditório para a realização da prova. O contraditório sobre a prova, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Em outras palavras, a observância do contraditório é feita posteriormente, dando-se a oportunidade ao acusado e a seu defensor de, no curso do processo, contestar a providência cautelar, ou de combater a prova pericial feita no curso do inquérito (LIMA, 2011, p.22).

Existindo a possibilidade de contraditório diferido, então, relativiza-se a exigência de que os processos sejam formados pelas mesmas partes, tendo em vista que, após a

formação da prova, é possível aos participantes do novo processo que exerçam seus direitos de defesa. Urge ainda diferenciar, coadunando-se com os conceitos de contraditório sobre a prova e contraditório para a prova, o que significa “ciência da prova já produzida” e “exercício do contraditório”. Rodrigues (2012) faz a distinção:

Como cediço, o princípio do contraditório compreende a defesa técnica ter ciência de todos os atos inerentes à produção da prova, assim, podendo participar efetivamente de sua produção e, conseqüentemente, pode influenciar em sua conclusão, contradizendo-a, apresentando contraprova etc. Não significa, tão somente, ter vista de um documento espúrio sem poder influenciar na modificação do seu conteúdo enquanto prova. Garantir efetivamente o contraditório, portanto, não significa tão somente intimar a defesa quanto à prova já finalizada, mas sim, intimá-la para participar dos atos atinentes à sua produção. Ora, não poderia ser diferente, do que adianta intimar a defesa para manifestar-se sobre uma prova já produzida sem a sua participação cujo seu teor não pode mais ser modificado?! Neste diapasão, a inobservância ao princípio do contraditório não significa que a defesa não pôde e pode manifestar sobre a prova já produzida sem a sua participação. Muito pelo contrário, a violação ao princípio do contraditório ocorre justamente quando a defesa técnica não participou da produção da prova; tratando-se de uma violação pretérita, ou seja, a ofensa frontal ao princípio em referência decorrer única e exclusivamente da ausência da defesa técnica do acusado nos atos de produção da prova no processo donde ela emana.

Badaró (2014, grifos no original) utiliza a nomenclatura “prova pré-constituída” e “prova constituenda” para distinguir os regimes de contraditório:

Tomando como parâmetro as diferenças quanto ao exercício do contraditório, é suficiente distinguir as *provas pré-constituídas* e as *provas constituendas*. Isso porque a distinção entre a natureza das fontes de prova não tem razão de ser em si, mas enquanto implicam diferentes modalidades de produção do meio de prova. As *provas pré-constituídas* dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existentes ao processo, enquanto que as *constituendas* são constituídas e produzidas com atos do processo. As *provas constituendas* se formam no âmbito do processo, enquanto que as *provas pré-constituídas* existem fora do processo, em procedimentos extraprocessuais. As *provas constituendas*, como, por exemplo, aquelas decorrentes de fontes de provas pessoais (por exemplo: vítimas e testemunhas), têm sua produção no curso do próprio processo, exigindo a realização de atividades processuais das partes e do juiz, bem como demandando tempo para sua produção em contraditório. Já as *provas pré-constituídas*, como os documentos, são simplesmente juntadas aos autos do processo, já tendo sido criadas previamente e extra-autos. Justamente por isso, o juízo de admissibilidade e o procedimento de produção de tais provas são diversos.

É claro, assim, que ganha relevo a noção de um contraditório como um poder, garantido constitucionalmente, de as partes participarem do processo probatório, podendo alegar e provar de forma adequada as suas alegações. É o que ocorre com as provas técnicas e testemunhal, para cujas formações a participação das partes é elemento essencial.

Por tal motivo é que a maioria dos autores, retornando àquele requisito de que os processos devem ter as mesmas partes, nega validade à prova emprestada quando não houve a possibilidade de participação dos integrantes do segundo processo na formação da prova que se deu no primeiro processo. Assim sustenta Grinover (1993), retratando 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.

Resta caracterizada, então, a ideia de que, em relação às provas cujo contraditório é diferido, também chamadas de pré-constituídas, mesmo no primeiro processo, já o contraditório somente seria exercido após a prova constar nos autos, as partes, assim, não teriam destaque em sua formação, mas apenas teriam a oportunidade de contradizer aquele elemento já produzido. Com esse raciocínio, quando se transporta uma prova para processo diverso, as partes, mesmo diferentes, terão a mesma oportunidade de contradizer essa prova que teriam as outras partes no processo originário.

Destaca-se, todavia, em relação a essas provas, especialmente, a necessidade de ser feito o traslado em obediência às formalidades de admissão da prova. O que significa dizer que, no processo ao qual se está emprestando, devem ser observadas as normas relativas à forma documental, pois que é dessa maneira que a prova se insere no processo. É o que afirma Talamini (1998, p. 153, grifos no original):

Ainda, inclui-se entre os pressupostos de *admissibilidade* da prova emprestada o respeito, no segundo processo, às normas que traçam os limites e condições para a juntada de documento. Já 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 da sua aceitação, mas da sua *produção válida*, depois de aceita, no segundo processo [...]. A mais significativa das normas relativas à produção da prova documental é a que assegura o contraditório. [...] Embora o CPP não possua regra genérica determinando a observância do contraditório por ocasião da juntada aos autos da prova documental, também no processo penal o juiz deverá dar ciência do traslado às partes. A essa conclusão se chega quer pela aplicação extensiva (CPP, art. 3º) do art. 475 do CPP (que proíbe “a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de três dias”), quer pela aplicação subsidiária do art. 398 do CPC – senão pela incidência direta da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV).

Contudo, há provas que não comportam apenas uma “ciência da prova”, quer dizer, transportando-a para o processo secundário, não é bastante, para o exercício pleno do contraditório, que se faça meramente o traslado dessa prova, dando ciência às novas partes, quando estas não participaram de sua formação.

4.3.3 Prova Testemunhal Emprestada e o exercício do contraditório

A prova testemunhal, como é prevista atualmente no CPP, demanda a participação das partes, para que possam exercer seus direitos de contraditório e ampla defesa em relação àquela prova. Após alteração levada a efeito pela Lei n. 11.690/2008, a qual aboliu o sistema presidencialista, adotando, agora, o *direct examination* (exame direto), ganhou importante participação das partes em sua produção. Com efeito, no novo sistema, constante no artigo 212 do CPP, as partes se dirigem à testemunha e formulam perguntas, cabendo ao juiz apenas proibir perguntas que induzam resposta, que não tenham relação com a causa ou que importem na repetição de outras já respondidas, bem como de, ao final, complementar os questionamentos, esclarecendo pontos que não restaram elucidados. Nesse diapasão, é indubitável que, mudando-se as partes, não haveria de se falar em respeito ao contraditório, considerando que a parte que não constava na demanda originária não teve a oportunidade de formular perguntas àquela testemunha.

Deveras, como aduz Polastri (2013, p. 512, grifo no original), citando Gomes Filho (2008, p. 287), “ao consagrar esse método de inquirição como regra geral, [...] o legislador brasileiro de 2008 reforçou a garantia constitucional do contraditório em relação à prova testemunhal, propiciando, ademais, a efetividade do **direito ao confronto** [...]”.

A melhor maneira de se fazerem valer as garantias do devido processo legal, então, em processos cujas partes são diversas, é, realmente, realizar novamente a oitiva da testemunha, agora dando a oportunidade de a parte que não integrava o processo primeiro participar da inquirição.

Acredito que solução razoável e que não vai de encontro às garantias constitucionais, seria anexar toda a documentação que foi produzida quando da produção da prova no processo anterior, naquela forma já aventada, obedecendo-se à forma de admissão da prova documental no processo a que se traslada. Assim, juntar-se-ia todo o testemunho, com

as inquirições feitas pelas partes. Atualmente, a maioria dos depoimentos é captada em mídia audiovisual, o que facilita esse procedimento, de modo que seriam anexadas ao novo processo os dispositivos em que foram gravados, na forma de documento, possibilitando-lhes verificar o que havia sido produzido, quer dizer, qual o teor daquela prova. Identificando prejuízo, a parte teria o direito de requerer nova produção probatória, com a reinquirição da testemunha. Requerimento este que se caracterizaria como o próprio direito ao contraditório, que não poderia ser negado pelo Juiz. Entretanto, mormente quando apenas o réu é que se torna diverso, acatando o uso daquela prova emprestada, não a contestando, quando foi chamado, validamente, a fazê-lo, entendo ser possível a utilização da prova testemunhal emprestada, pois que lhe foi dada a **oportunidade** de participar da formação da prova. Principalmente assim se deve entender se essa prova vem ser juntada em benefício dele mesmo. Contudo, ressalto novamente que, necessariamente, deve lhe ser garantido o direito de requerer - e de ter seu pedido atendido - a inquirição daquela testemunha no novo processo, com sua participação. Somente se ele entender suficiente e não atentatória ao seu direito ao contraditório a prova emprestada é que ela terá valia sem a sua “participação”. A economia daí advinda sustenta esse procedimento.

Se somente o réu é diverso, o Ministério Público é o mesmo, pois que uno e indivisível. Assim sendo, não há de alegar não ter participado da produção da prova testemunhal, conquanto o *Parquet* também participava do processo secundário. O que não lhe retira o direito de que se lhe garanta o contraditório sobre a prova, quer dizer, a oportunidade de saber que aquela prova foi acostada aos autos, abrindo-se-lhe vista do documento.

A superação dessa problemática só se torna possível, a meu ver, em caso de morte daquela testemunha, impossibilitando a tomada de seu novo depoimento. Nessa situação, principalmente se a prova servia para beneficiar o réu, o aproveitamento da prova já produzida pode ser feito. É para esse sentido que se inclina Badaró (2014) a respeito de provas produzidas em Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). O raciocínio, contudo, é válido para provas produzidas em inquéritos policiais e também para provas que se produziram perante apenas uma das partes do processo original, quer dizer, para as quais um dos integrantes do processo a que se transporta não pôde exercer, efetivamente, seu direito de contraditório:

A única exceção em que se poderia admitir a valoração de um elemento de prova pessoal (por exemplo: o depoimento de uma testemunha), ou seja, de uma prova constituenda, obtido por uma comissão parlamentar de inquérito e, portanto, sem

contraditório de partes, como prova a ser valorada no processo penal, seria no caso de a fonte de prova irrepitível, fazendo incidir a exceção da parte final do caput do art. 155 do CPP. Trata-se de hipótese de contraditório impossível, em razão de causas que incidem externamente sobre a fonte de prova, impedindo sua aquisição processual em contraditório. A impossibilidade pode decorrer de causa natural (por exemplo: a morte da testemunha) ou de um comportamento ilícito do acusado ou de terceiro (por exemplo: violência, ameaça, suborno ou mesmo assassinato do depoente). [...] Mesmo assim, nessa hipótese, ainda que se admita que esse elemento de informação produzido em ausência de contraditório possa ser valorado pelo juiz no momento de formação do seu convencimento, é questionável seu valor.

Questiona, entretanto, se seria possível condenar um acusado baseando-se exclusivamente em elemento de informação colhido por CPI, cuja posterior produção em contraditório judicial se mostre impossível, a exemplo de a testemunha ter falecido:

A parte final do caput do art. 155 do CPP parece indicar no sentido de uma resposta positiva: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Ou seja, para a formação do convencimento judicial, são valoráveis apenas as provas produzidas em contraditório. Os elementos de informação não contraditórios, colhidos no inquérito policial, não têm valor pleno, somente sendo dotados de força corroborativa, quando existentes outras provas no mesmo sentido, adquiridas em contraditório. Por outro lado, no caso das três exceções – provas cautelares, antecipadas e irrepitíveis – não se exige a confirmação por outros meios, sendo tais elementos bastantes em si para uma condenação, porque ressalvados na parte final do referido dispositivo legal.

O mesmo doutrinador ressalva, todavia, que a prova irrepitível não poderia ser o único fundamento a embasar uma condenação penal, por ofender o disposto no artigo 8º, 2, “f”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual traz a garantia do “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

Eduardo Talamini, (1998, p. 160) a seu turno, aponta que, eventualmente, o empréstimo de prova não se destina apenas à economia processual, havendo casos em que a prova é irrepitível ou, quando menos, sua repetição só se faria a um custo bastante alto e despropositado. Nessas espécies é que a prova emprestada assume função diversa e especial, a de evitar a perda da prova irrepitível ou de difícil repetição. Seu fundamento passa a ser o próprio direito à prova, ligado à ampla defesa e ao acesso à jurisdição, de modo que ou se permite o traslado ou se priva a parte de provar sua razão. Em tais situações, não estando presentes os requisitos constitucionais da prova emprestada, surgirá conflito de valores igualmente fundamentais. Caso admitido o empréstimo, sairão sacrificadas as garantias que estão à base daqueles requisitos. Na hipótese contrária, o direito à prova e os que lhe servem

de supedâneo é que sofrerão o prejuízo. A única solução concebível será a aplicação do princípio da proporcionalidade. Tais valores (e também os que estão em jogo nos próprios polos da situação controvertida, objeto do processo) terão de ser ponderados de modo a se verificar quais entre eles são os mais “urgentes e fundamentais” no caso concreto.

Também é nessa direção que Lima (2011, p. 855) afirma que “no caso de provas não repetíveis, como ocorre na grande maioria dos exames periciais, é perfeitamente possível falar-se em prova emprestada, já que, em relação a eles, o contraditório será respeitado, porém de maneira diferida.”

4.3.4 Prova técnica emprestada e o exercício do contraditório

Pensamos que deve ser adotado o mesmo critério acerca da prova técnica. Esse meio de prova também demanda bastante a participação das partes para sua produção. Acontece que, na maior parte dos casos, a prova técnica é produzida na fase policial e sua realização não pode ser deixada para momento posterior, por conta da caráter perecível de tais provas.

A prova pericial é trazida pelo CPP nos artigos 158 a 184. Pode ser definida como o exame procedido por pessoa que tenha certos conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca de fatos, circunstâncias ou condições pessoais (TOURINHO FILHO, 2012, p. 596). Fornece, assim, elementos para um conhecimento comum às partes e ao juiz, sobre questões que estão fora do âmbito de saber que os integrantes da demanda normalmente possuem.

Assevera Gomes Filho (1997, p. 157) que é imperativa a incidência dos princípios constitucionais do contraditório e do direito de defesa na prova pericial, de forma que a participação dos interessados é essencial também nesse tipo de prova, seja através das possibilidade de crítica e pedidos de esclarecimentos em relação aos laudos já apresentados, seja pela formulação de quesitos antes da realização dos exames. Após o advento da Lei n. 11.690/2008, acrescente-se ainda a viabilidade de indicarem assistente técnico.

Fernandes (2005, p. 87) elenca as as exigências que devem ser obedecidas em relação à prova pericial em geral, para que as partes exerçam seus direitos à prova:

- a) direito de requerer a produção da prova pericial;
- b) direito de apresentar quesitos para a realização da prova;

- c) direito a acompanhar a colheita de elementos pelos peritos para a elaboração do laudo, se, pela natureza da perícia, isso for possível;
- d) direito a se manifestar a respeito da prova produzida, podendo requerer nova perícia, sua complementação ou esclarecimentos dos peritos;
- e) direito a que o juiz examine a prova pericial produzida e leve em conta o pronunciamento da parte a seu respeito.

Acrescenta também que, caso a prova seja produzida por solicitação de uma parte, à outra, em face dos princípios da igualdade e do contraditório, devem ser também assegurados os direitos decorrentes do direito à prova, dando-lhe a oportunidade de apresentar quesitos, acompanhar a realização da prova, manifestar-se sobre ela.

O STF, nos RE 328.138/MG e HC 78.749/MS, já se manifestou no sentido de validade da prova pericial produzida em inquérito distinto como prova emprestada. Nos casos em tela, os juízes se valeram de provas, em ambas as espécies, produzidas na fase pré-judicial, para sustentarem condenações de outros acusados, que não aqueles que constavam inicialmente na fase procedimental e no processo a que ela deu ensejo. A Suprema Corte aduziu pela inexistência de óbice ao empréstimo, diante da impossibilidade de se reproduzirem as provas na fase judicial, por já terem desaparecido, contentando-se com a juntada da prova pericial produzida no processo originário. Aberta, obviamente, a possibilidade de as partes se manifestarem após constarem os documentos nos autos. As razões que constaram nos arestos são as de que, sendo produzida em fase inquisitorial, as partes, efetivamente, não puderam participação da formação da prova. Ambos os julgados tiveram como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, com fundamentação idêntica, a qual entendo por relevante colacionar:

A circunstância de provir a prova de procedimento estranho contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que – não fora o seu traslado para o processo – nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes. Não é a hipótese dos autos: aqui o que se tomou de empréstimo ao processo a que respondeu có-ré da recorrente, foi o laudo de materialidade do tóxico apreendido, que, de regra, não se faz em juízo e à veracidade do qual nada se opõe.

Diante do exposto, verifica-se mais uma vez que, quando inexiste possibilidade de participação das partes no processo originário, o que ocorre na fase de inquérito, embora não se tenha ainda formado o processo, não há de se falar em prejuízo ao empréstimo da prova, porquanto mesmo as partes originárias tiveram sua participação reduzida, somente podendo se manifestar após a produção daquela prova. Sendo assim, é viável que se importe essa prova a processo com diferentes integrantes, tendo em vista a impossibilidade de uma nova

reprodução daquela prova, o que é fundamento, a meu ver, suficiente para oportunizar o empréstimo.

Do mesmo modo que explanei a respeito da prova testemunhal, compreendo que é possível se proceder daquela forma: abrir-se vista às partes da prova, quando terão a oportunidade de pedir a produção de um novo laudo – ainda existindo o objeto sobre o qual irá o perito se debruçar – ou de se contentar com aquele já produzido, se entenderem que assim lhes será mais benéfico.

4.3.5 Depoimento pessoal e confissão como provas emprestadas

O depoimento pessoal, enquanto espécie probatória, também é passível de ser tomado emprestado (TALAMINI, 1998, p. 158), desde que presentes os demais requisitos apresentados. Deve-se atentar, entretanto, diante do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que o depoimento prestado no cível não é permeado da atenção que revela a garantia no âmbito penal. Dessa forma, entendo que o empréstimo de um depoimento pessoal efetivado em processo cível somente pode valer como indício de prova, mas não como prova em si. Diante da notícia, deve ser levada a efeito nova colheita da prova, agora em procedimento criminal, com todas as garantias inerentes ao direito de não se autoincriminar.

Assim deve ser porque o interrogatório, meio de prova cujos artigos 185 a 196 do CPP consagram, a despeito de sua posição topográfica, deve ser entendido como meio de defesa¹⁰. Como afirma Tourinho Filho (2012, p. 185), embora o Juiz possa formular ao acusado as perguntas que lhe parecerem apropriadas e úteis, transformando o ato numa oportunidade para a obtenção de prova, o certo é que a Constituição consagrou o direito ao silêncio. Em face do texto constitucional (art. 5º, LXIII), o réu responderá às perguntas a ele dirigidas se quiser. Não se pode dizer, pois, que o interrogatório seja meio de prova.

Nesse ensejo, se o depoimento foi prestado em procedimento cível, reputo não ser possível emprestá-lo ao processo penal da forma que foi tomado. Com efeito, somente tendo sido alertado acerca de seu direito ao silêncio é que o réu estará acobertado pelas garantias

¹⁰ É verdade que há dissensão na doutrina acerca da natureza do interrogatório, entretanto, concordo com a posição de Lopes Jr. (2014, p. 653): “De qualquer forma, é estéril aprofundar a discussão sobre a ‘natureza jurídica’ do interrogatório, [...], pois as alternativas ‘meio de prova’ e ‘meio de defesa’ não são excludentes, senão que coexistem de forma inevitável. Assim, se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até porque ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o *sentire* judicial materializado na sentença”.

constitucionais já abordadas. Se o depoimento foi tomado em processo penal, não vejo problemas, entretanto, para que possa ser emprestado, desde que tenha sido concedido em razão dos mesmos fatos em ambos os processos. Destaco que somente é válido o raciocínio se o interrogatório foi produzido judicialmente, não se estendendo aos interrogatórios realizados pela polícia na fase de inquérito, porquanto ali não prevalece o contraditório.

No HC 42.559/PE, o STJ entendeu não haver nulidade no empréstimo de depoimento pessoal do acusado a processo diverso daquele em que foi colhida. Ressalvando, contudo, que essa prova não teria sido a única a embasar o decreto condenatório.

No que tange à confissão, meio de prova este retratado nos artigos 197 a 200 do CPP, destaco que, como os demais meios de prova, tem valor relativo, submetendo-se à avaliação livre e motivada que o juiz desenvolve. Assim como o interrogatório do acusado, é ato personalíssimo e somente tem valia quando reproduzida no procedimento judicial. Ocorre que, da mesma forma que me posicionei em relação ao depoimento pessoal, a confissão, prestada em processo cível, ou mesmo em criminal, não poderá valer como prova emprestada por si só. Com efeito, até mesmo diante da característica da retratabilidade, trasladar-se uma confissão seria por demais temerário às garantias constitucionais do acusado. Dessa forma, ter-se-ia que ser feita uma nova inquirição do réu no processo secundário, o que implicaria, entretanto, uma nova produção probatória, não se configurando, pois, como prova emprestada.

Outrossim, a confissão se refere unicamente ao cometimento daquele delito, até mesmo por ser divisível, quer dizer, o acusado pode confessar a prática de um determinado fato delituoso e negar o cometimento de outro, não se podendo entender que ela valeria para outros crimes, ainda que referente ao mesmo fato.

4.3.6 Situações que se formam em torno da problemática do contraditório

Apesar do que foi exposto, Lopes Jr. (2014, p. 598) afirma que é insuperável a limitação da prova técnica ou testemunhal tomada de processo diverso:

Não há como negar que a prova produzida em um processo está vinculada a um determinado fato e réu (ou réus). Daí por que, ao ser trasladada automaticamente, está-se esquecendo a especificidade do contexto fático que a prova pretende reconstruir. É elementar que uma prova sirva para reconstruir (ainda que em parte, é claro) diferentes faces de um mesmo acontecimento. Em outras palavras, o diálogo

que se estabelece com a prova é vinculado ao fato que se quer apurar ou negar. Logo, diferentes diálogos são estabelecidos com uma mesma prova quando se trata de apurar diferentes fatos. É uma relação semiótica completamente diversa. A prova emprestada desconsidera isso e causa sérios prejuízos para todos no processo penal.

É bem verdade que a prova é valorada e produzida de forma diversa em cada processo que se forma, para cada parte que dele participa e agrega essa colaboração para a produção probatória. Não se deve, assim, achar que o simples transporte da prova, sem que se verifique a possibilidade desse traslado, para que não cause prejuízos ao direito de defesa do réu (principalmente), é suficiente para tornar a prova válida. Pelo contrário, urge contemplar a possibilidade sob o enfoque da dialeticidade do processo, quer dizer, da viabilidade que se garante às partes de influírem na decisão do juiz, o que é feito por meio de suas alegações e do exercício de seus direitos à prova, naquela acepção de participar ativamente de sua produção.

Evidenciam-se, assim, três situações, elucidadas por Marinoni (2005, p. 287):

É possível enxergar três situações distintas. Inicialmente, pode-se cogitar a respeito da aceitação do uso da prova emprestada em relação a meios de prova que sempre admitem o contraditório integral posteriormente à sua produção. É o caso da prova documental. Essa prova – não importa o momento em que tenha sido colhida ou o processo em que tenha sido produzida – sempre admite que as partes possam exercer seu direito de contraditório – seja pela produção de prova contrária, seja pela impugnação do seu teor ou das suas formalidades. Em segundo lugar, pode-se imaginar a tentativa de empréstimo de uma prova (não documental) de um processo para outro, ambos contendo as mesmas partes. Nessa hipótese, também não há dificuldade em aceitar a prova emprestada. [...] Por fim, cabe imaginar a situação em que se busca emprestar prova de um processo em que litigam “A” e “B” para um processo entre “A” e “C” ou para um processo entre “C” e “D”. Nessa hipóteses, ou apenas uma das partes é identificada com a do processo em que a prova foi produzida, ou nenhuma das partes é idêntica. 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.

Para complementar o raciocínio, Badaró ratifica (2014, grifos no original):

[...] o próprio ordenamento jurídico diferencia o regime legal de admissão da prova documental, dos demais meios de prova. Justamente por se tratar de prova pré-constituída, é desnecessário um prévio juízo de admissibilidade, não havendo necessidade sequer de se perquirir sobre a relevância do documento. A prova documental é diretamente produzida, isto é, juntada aos autos na própria petição, na qual, impropriamente, “se requer a juntada” de algo que já se está juntado aos autos. No máximo, há um juízo *a posteriori*, em razão de alegações de inadmissibilidade da prova documental, mas por critérios jurídicos de exclusão, como, por exemplo, se tratar de uma carta obtida por meios ilícitos. [...] Porém, embora seja inegável a importância do contraditório, possibilitando às partes uma interlocução prévia sobre tudo aquilo que possa interferir na decisão judicial, sendo considerado um elemento

estrutural do processo, ele não deve ser considerado uma “condição geral e absoluta para utilização do meio de prova”. Como explica Taruffo, a regra segundo a qual a prova deve se formar em contraditório vale somente *no processo*, ou seja, para as *provas constituendas*, que propriamente são criadas no processo; já para as outras provas, isto é, as *pré-constituídas*, o importante é que seja garantido o contraditório, não para a formação da prova, mas para a sua valoração. Neste caso, basta que as provas pré-constituídas sejam submetidas ao contraditório, antes da decisão judicial.

Nesse diapasão, pode-se dizer que, para existir o respeito ao contraditório ao se fazer o empréstimo da prova, deve-se ter evidente que, sendo a prova documental, ou qualquer outra para que as partes não contribuem para sua formação já mesmo no processo originário, apenas se manifestando após sua produção, como ocorre com a interceptação telefônica, por exemplo, é perfeitamente possível que apenas se transporte a prova para o novo processo. Quando deslocada, as partes devem ser ouvidas sobre sua juntada, tendo a possibilidade de contraditá-las. Assim sendo, obedecido estaria o princípio do contraditório, independentemente de serem as mesmas partes as que participam dos processos, desde que lhes sejam oportunizados, no processo secundário, os meios possíveis de defesa.

Em uma segunda abordagem, tem-se que, se os processos são formados pelas mesmas partes, quando se transporta a prova para novo processo, não há que se dizer que não houve contraditório. Ora, no processo originário, as partes participaram plenamente da formação da prova. Ademais, havendo novos fatos ou abordagens sobre aqueles novos fatos, que não existentes no processo anterior, deve haver a oportunidade de as partes se pronunciarem sobre eles. Sendo, entretanto, o caso de participarem da produção da prova, quando existe esse novo enfoque, deve-se permitir que colaborem, abrindo-se nova produção probatória sobre tais novos elementos.

A situação terceira, que se desdobra acerca do empréstimo da prova para processo do qual não participou uma das partes ou ambas as partes, entendo que é viável, mas somente se pensarmos em uma situação na qual for possível garantir o contraditório com a mesma eficácia com que se concretizaria no primeiro processo. Não sendo possível que o contraditório seja exercido dessa forma, é inadmissível o empréstimo da prova.

4.4 O juiz natural, a inafastabilidade da jurisdição e a identidade física do juiz como requisitos para a prova emprestada

Além do contraditório, Grinover elenca o princípio do juiz natural como elemento a ser verificado para o válido empréstimo da prova:

A esse primeiro, indispensável requisito constitucional de admissibilidade [o contraditório], há que acrescentar outro, em face do princípio constitucional do juiz natural, enquanto juiz competente para processar e julgar (art. 5.º, LIII, da CF [...]). É preciso, para admitir-se a prova emprestada, que o contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa. E isso porque, como visto, 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 toma indispensável que o juiz da causa tenha contato direto com as provas, para poder valorá-las devidamente.

Em obra coletiva (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 118), entretanto, atenta para a possibilidade de o juiz do segundo processo, percebendo não ser o órgão judiciário, perante o qual a prova foi produzida em contraditório, o juiz constitucionalmente competente para a segunda causa, deverá tomar as maiores cautelas no aproveitamento da prova emprestada.

Com efeito, reconhecer a existência de um juiz natural implica em duas garantias: a de que são vedados os tribunais de exceção e a de um juiz competente para aquela causa. Essa exigência, assim, seria óbice para o empréstimo da prova? Reivindica-se que, para a prova ser emprestada, tem de ter sido produzida perante juiz que seria competente para o julgamento do segundo processo?

O artigo 567 do CPP aduz que “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”. Sendo assim, considerando ser possível que provas colhidas por juiz incompetente sejam aproveitadas no prosseguimento do mesmo processo junto ao órgão competente¹¹, não haveria empecilho a justificar a admissão da prova emprestada somente

¹¹ A doutrina diverge a respeito da aplicabilidade do referido artigo: Em resumo, Talamini (1998, p. 151) mostra as correntes existentes: “Podem ser resumidas em quatro as correntes de entendimento acerca do destino dos atos não decisórios praticados pelo juiz incompetente: (a) seriam nulos (ou inexistentes) em qualquer caso, por ofensa à garantia do juiz competente: a lei infraconstitucional não poderia abrir exceção não-prevista pela Constituição;

pelo fato de o juiz do primeiro processo não ser competente para a segunda causa. Se um juiz incompetente pode produzir a prova no processo, que passará, depois, para julgamento por outro juiz, agora competente, por que não seria possível um juiz competente para o segundo feito, mas não para o primeiro, tomar por empréstimo uma prova produzida por este magistrado? Acredito que as situações são análogas e merecem o mesmo tratamento.

Prevalece, não obstante as posições em contrário¹², no processo penal, o entendimento, consubstanciado pelo STF no HC 83.006/SP, de que os atos probatórios não devem ser anulados no caso de reconhecimento de incompetência, existindo mesmo a possibilidade de que até os atos decisórios sejam ratificados pelo juiz competente.

Consoante esse entendimento, portanto, se mesmo, diante de juiz incompetente, o procedimento probatório é válido, não desconfigurando a garantia do juiz natural, também não a descaracteriza o fato de o juiz do segundo processo não ser competente para o julgamento do primeiro. Sendo assim, pode-se dizer que, “mesmo no processo penal, é dispensável que o juiz que presidiu a colheita da prova a se emprestar detenha competência para conhecer a causa do segundo processo” (TALAMINI, 1998, p. 152). Não é impossível, pois, entender que não há ofensa ao julgamento do processo secundário por juiz não competente para o julgamento do primeiro somente por esse fato.

Demczuk (2012, p. 289) disserta sobre essa temática:

Diante de tal quadro, temos como preferível assentar apenas a impossibilidade do empréstimo para o processo penal da prova produzida sem a presença do juiz, atraindo à discussão do tema igualmente os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (art. 5º, XXXV e LIV, da CF). Com efeito, estando assegurada às partes a produção de prova perante magistrado imparcial e independente, é razoável que a estrita competência do juízo para processar a prova possa ceder diante do princípio da economia processual, e com mais razão até, em regime que erigiu a duração razoável dos processos a preceito constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF).

(b) seriam nulos (ou inexistentes) apenas nos casos de violação às normas constitucionais de repartição de competência; quando a incompetência decorresse de ofensa a norma infraconstitucional, seria aplicável a regra de aproveitamento dos atos não decisórios igualmente estabelecida em âmbito infraconstitucional; (c) seriam nulos (ou inexistentes) somente nos casos em que os processos fossem instaurados perante a “Justiça Especial” quando competente a “Justiça Comum”, vez que só os órgãos desta estariam idealmente investidos de toda a jurisdição; (d) seriam sempre válidos, vez que a Constituição limita-se a repartir competências: a economia processual justificaria o estabelecimento de regras infraconstitucionais de aproveitamento dos atos não decisórios”.

¹² Em sentido contrário, Lima (2011, p. 446): “a nosso juízo, portanto, uma vez reconhecida a incompetência absoluta ou relativa, há de ser reconhecida a nulidade dos atos probatórios, renovando-se a instrução perante o juiz natural da causa, em fiel observância ao princípio da identidade física do juiz”.

Do entendimento, ressalta a defesa, unânime na doutrina, de que a prova deve ter sido originariamente colhida em processo perante órgão jurisdicional, decorrência da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal. Não existe apenas o direito de ser ouvido e de receber uma resposta do órgão jurisdicional, mas também o de, perante ele, desenvolverem-se as atividades destinadas a fazer valer suas razões no procedimento probatório. É por esse motivo que se diz que a presença das partes e do juiz interagem, e, em não se tratando de prova pré-constituída, sempre que possível, deve ser produzida no processo jurisdicional, sob a égide de suas garantias. Não seria, logo, possível o empréstimo de prova produzida em procedimento administrativo, incluindo o inquérito policial. Muito menos o empréstimo de prova colhida em procedimento arbitral ou produzida no exterior¹³. Ressalvo, entretanto, a observância relativa às provas irrepetíveis, como já foi abordado.

Portanto, entendo que o óbice derivado do juiz natural ao empréstimo da prova é somente o de que, não por uma limitação advinda de diferente competência, o juiz que deve presidir a instrução deve ser juiz competente constitucionalmente, instituído previamente. Se não é competente para ambos os processos, não há de se perquirir, mas sim se o que julga o primeiro é competente para ele e, sendo, produziu legitimamente a prova, e se o segundo é competente para tal, podendo presidir agora a nova colheita da prova emprestada. Dessa forma, nos dois processos teremos juízes competentes para as causas. Mais razão haveria para se colocar a identidade física do juiz como empecilho.

A **identidade física do juiz** também pode ser retratada como óbice ao empréstimo da prova. Efetivamente, segunda essa regra, o juiz que colheu a prova deve ser aquele que julgará o caso. É afirmada no sentido que o magistrado que participou da instrução estaria mais apto a proferir o julgamento, porque mais íntimo da prova produzida e mais conhecedor do que foi revelado no processo. Aproxima-se, quase se confundindo, com a ideia da oralidade, assim entendida como diretriz para que o julgador tenha contato pessoal, direto e recente com os elementos formadores de sua convicção para a decisão da causa (TALAMINI, 1998, p. 149).

¹³ Salvo a advertência acerca da prova produzida no exterior afirmada por Talamini (1998, p. 152): “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. 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 [...]. Daí por que, nesses casos, não se põe em dúvida a legitimidade constitucional da carta rogatória. Conseqüentemente, a economia processual autoriza que, presentes os demais requisitos, empreste-se a prova já produzida no exterior, em vez de se expedir carta rogatória para a repetição do ato”.

Agrega-se, assim, a exigência da obediência à identidade física do juiz à de que os processos devem possuir as mesmas partes a fim de haja a validade da prova emprestada, notadamente quando se trata de provas em que prevalece a oralidade em sua produção.

Contudo, deve-se atentar que a limitação não se destina a todos os atos probatórios, o que se depreende da abordagem feita por Badaró (2009):

O juiz que “encerrou a instrução” deve ser aquele perante o qual foram produzidas as últimas provas orais. As declarações da vítima, o depoimento das testemunhas e, quando ocorrerem, os esclarecimentos orais dos peritos, devem ser produzidos em contraditório, na presença das partes e do juiz. Para tais provas vigoram, com toda a força, a oralidade, a imediaticidade e a concentração, com a conseqüente observância da identidade física do juiz. O mesmo se diga, embora não se trate de meio de prova, mas de meio de defesa, do interrogatório do acusado. Por outro lado, se o último ato de instrução foi a produção de uma “prova real”, por exemplo, a juntada de um documento ou a juntada de um laudo pericial ou mesmo de laudo complementar, o juiz que praticar tais atos, meramente receptivos do meio de prova, não estará vinculado para sentenciar o processo. Como destacava Cappelletti, o princípio da oralidade é de escassa importância com relação à prova documental, assumindo um valor nulo ou quase nulo no caso de provas pré-constituídas. Nesse sentido, também, vem se pronunciando a jurisprudência, considerando que não se vincula ao processo o juiz que não colheu prova em audiência.

Sendo assim, compreende-se que, não sendo o juiz do segundo processo o mesmo do primeiro, quanto a provas colhidas em audiência, como o depoimento testemunhal, o interrogatório do acusado, haveria um certo prejuízo, pois este magistrado não teria tido o contato efetivo com o material probatório, o que seria essencial para a formação de sua convicção e se configuraria como um direito da parte.

Tal impedimento não é, entretanto, absoluto, considerando que há provas em que o contato direto do juiz não se faz diferente em um ou em outro processo, quer dizer, sendo o juiz “A” ou o juiz “B” que procedeu à colheita da prova, o fato de não serem os mesmos que julgarão o processo a que se empresta a prova não se faz relevante à sua apreciação. Assim é dito porque as convicções dos juízes, em razão da natureza da prova, não seriam diferentes somente por eles terem presidido sua coleta. É assim com a prova documental ou mesmo a técnica, por se fazer mera “juntada” nos autos, não sendo o juiz peça importante em sua produção.

Além do que, deve-se sempre avaliar que a validade da prova produzida por juiz diverso do que irá julgar a segunda causa deve ser balizada em contraponto com outros valores. Decerto que, inexistindo outro meio para se conseguir a prova, sendo esta plenamente válida no processo anterior e produzida em respeito ao regramento constitucional, não é

razoável inadmiti-la somente por desrespeitar a identidade física do juiz. Nesse sentido, Talamini (1998, p. 150) acerca da oralidade:

Mas, em si mesma, a oralidade não constitui garantia direta e absoluta, que valha em si e por si. É sempre desdobramento e meio de consecução de outros valores – esses, sim, constitucionais. Daí que ela jamais pode ser imposta em termos absolutos. Cede espaço toda vez que existam outros mecanismos mais adequados ao conseguimento dos mesmos fins por ela visados – o que, aliás, é inerente ao Direito. A recorribilidade de interlocutórias, por exemplo, prevista tanto no processo civil como no processo penal brasileiro, mitiga a oralidade. A própria possibilidade de revisão da decisão final pelo órgão de grau superior também lhe traz limitação, na medida em que se permite nova decisão por magistrados que não tiveram necessariamente contato direto com a produção das provas. Ainda, a utilização das cartas rogatórias, precatórias e de ordem igualmente diminuem a incidência da imediação. Enfim, há diversas hipóteses em que a oralidade não prevalece – sem que, por isso, verifique-se afronta ao sistema de garantias constitucionais do processo. Pelo contrário, a supressão desses mecanismos mitigadores da oralidade é que acabaria por gerar inconstitucionalidades [...].

Acrescento, diante do que afirma Demczuk (2012, p. 289) que, considerando o princípio da unidade da jurisdição, sobre o qual já teci comentários, é razoável se considerar válida a apreciação da prova por juiz diverso daquele que presidiu a sua produção. Nesse contexto, há outros valores que podem se mostrar superiores, no caso concreto, à identidade física do juiz, o que não significa que a regra não estará presente no julgamento. Pode mesmo o juiz, encontrando fatores incompatíveis com sua verificação, mitigar o valor daquela prova, porque não produzida por ele.

4.5 Outros requisitos para o empréstimo: identidade do fato probando e impossibilidade de a prova emprestada ser o único fundamento para a condenação

Rangel (2011, p. 488) e Tavora (2012, p. 393) retratam a necessidade de que o fato probando seja o mesmo nos dois processos, a fim de possibilitar o empréstimo da prova. O primeiro autor traz um exemplo do que isso significa:

Ou seja, o fato objeto de prova deve ser idêntico tanto no processo onde a prova foi produzida quanto no processo para o qual será transferida, pois, do contrário, haverá cerceamento, seja de acusação ou de defesa. Se durante a oitiva de uma testemunha no processo X (que apura um crime de homicídio imputado a Tício), a mesma depõe dizendo que no dia do fato viu Tício ao volante de um automóvel, marca Perereca, cor verde, com um bagageiro no teto. Tício, agora, responde pelo crime de receptação do automóvel marca Perereca, cor verde, que tem um bagageiro em cima do teto. O Ministério Público requer ao juiz o depoimento da testemunha do processo X para fazer prova da receptação, além de outros elementos de prova que

possui. Nesse caso, o fato probando é o mesmo, ou seja, o objeto *de* prova é idêntico: Tício estava na posse de um carro marca Perereca, de cor verde com um bagageiro no teto.

Talamini (1998, p. 153), a seu turno, expõe que a identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos não é requisito específico da prova emprestada, mas sim pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para a admissão de qualquer meio probatório. É o que ocorre com o exame de sanidade mental, que não pode ser substituído por interdição civil ou outro exame de insanidade realizado em razão de outro fato. Em virtude do que dispõe o artigo 26 do Código Penal, deve ser verificado se o acusado era, à época do fato, capaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se segundo esse entendimento. Assim, não pode haver o aproveitamento de outro exame referente ao fato¹⁴.

É preciso, realmente, que exista uma afinidade entre os objetos dos processos, para que não haja dano para a defesa da parte contra quem se pretende usar o empréstimo. Pode-se usar, em regra, a prova emprestada entre processos de natureza sancionatória, como entre uma ação civil de improbidade administrativa e uma ação penal. Porém, a divergência nos objetivos de apuração dos processos deverá obstar o empréstimo, como, por exemplo, entre uma ação de direito de família na qual se noticia a venda de entorpecente por um dos genitores, até mesmo confessada por ele, e uma ação penal instaurada para apurar crime de Lei de Drogas contra essa mesma pessoa (DEMCZUK, p. 289).

Logo, o fato demonstrado pela prova que se quer emprestar deve ser relevante aos dois processos, exigência esta que é perfeitamente plausível e mesmo lógica, porquanto somente se pode utilizar uma mesma prova se ela se refere a fatos idênticos. De outra maneira não poderia ser, vez que não existiria razão em se emprestar uma prova que demonstra fato diverso daquele que se está pretendendo provar.

Já para Mirabete (2004, p. 257), citado por Tavora (2012, p. 393), a prova emprestada é insuficiente para fundamentar uma condenação, de forma que ela deve estar corroborada pelos demais elementos probatórios existentes nos autos. Posição com a qual o segundo doutrinador não concorda, aduzindo que “a nosso ver, não existindo hierarquia entre

¹⁴ Talamini (1998, p. 154) retrata que a limitação não exclui por completo o empréstimo de prova acerca da sanidade, pois pode ter havido, em outro processo, perícia relativa ao estado mental do acusado precisamente à época do fato. Aduz também que o empréstimo pode se destinar a comprovar insanidade superveniente, quando também poderia outro laudo ser emprestado.

as provas, uma prova emprestada pode ser tão importante quanto qualquer outra, não havendo razões apriorísticas para desprivilegiá-la”.

O STJ, no HC 94.624/SP adotou, parcialmente, o primeiro entendimento. O Relator, Ministro Felix Fischer retratou que a circunstância dos depoimentos testemunhais, naquele caso, tidos como prejudiciais ao paciente, por terem sido extraídos de ação penal na qual ele não era réu, por si só, não torna ilegítima a prova, desde que ela assuma, na decisão, caráter meramente complementar aos demais elementos de convicção produzidos no processo a que se emprestou. Além disso, que tenha sido oportunizada às partes, neste segundo processo, manifestação a seu respeito.

Outros julgados foram colacionados no acórdão, dos quais se depreende a ideia de que a restrição ora apresentada somente existe em casos nos quais são partes diversas que integram os processos. É o raciocínio, então, de que, não tendo tido os integrantes do segundo processo a oportunidade de participar da produção da prova, ela deve ter valor reduzido, a ser robustecido por outras provas produzidas no processo a que foi trasladada. Do que se pode apreender a existência de um valor precário dessa prova. Pedroso (2005, p. 148), citado por Demczuk (2012, p. 293) retrata a situação, aduzindo que, se o réu não participou ativamente na produção do elemento instrutório que se empresta, deixando dessa maneira de exercer seu direito à contrariedade, essa prova terá valor precário ou de simples adinículo. Nesse ensejo, sozinha, não encontrará ensanchas para respaldar um decreto de preceito condenatório, porque não foi colhida sob o crivo do contraditório. No entanto, se complementada e corroborada por outros elementos da instrução, poderá servir de orientação ao magistrado para a formação de seu livre convencimento.

Circunstância, entretanto, que acaba por reconhecer a validade de prova sem a observância das garantias constitucionais, como observa Talamini (1998, p. 159):

Por outro lado, ausentes os requisitos constitucionais para sua admissão, não é concebível nem mesmo sua permanência nos autos do segundo processo. Não parece acertada a afirmativa de que, em tais situações, poderia ser aproveitada como “simples indício” ou “argumento de prova” A tese ora criticada pura e simplesmente torna utilizável prova inconstitucional: a afirmação de que ela pode ser utilizada como indício é apenas um primeiro passo; passo seguinte e inevitável é o reconhecimento de que, em face do livre convencimento, também tal “indício” pode embasar a decisão do juiz. Daí que o resultado final será o aproveitamento dessa prova, como outra qualquer. Nem se diga que, em tais casos, a prova inconstitucional serviria apenas para “corroborar” outros elementos probatórios, pois de duas uma: ou bem esses elementos probatórios por si só já bastariam (e então a prova inconstitucional seria até dispensável, não havendo razão para permanecer nos autos); ou tais elementos seriam insuficientes e precisamente a prova inconstitucional é que faria a diferença (ou seja, estaria sendo *aproveitada* como

elemento decisivo – em frontal colisão com a determinação constitucional de inaproveitabilidade). Enfim, a manutenção da prova inconstitucional nos autos como “simples indício” acaba servindo de expediente para burlar a vedação ao seu emprego.

Penso que se deve verificar, na ação, se a prova emprestada sem atenção aos requisitos foi determinante ao anúncio do decreto condenatório. Se for avaliado que ela foi precipuamente fator que influenciou na decisão, não deverá ser admitida. Entretanto, se há outras provas nos autos que apontam autoria e materialidade do crime, que não aquela que foi emprestada, diante das quais já se poderia fundamentar a condenação, a prova já foi irrelevante em si, por que seria desnecessário declarar sua ilegitimidade.

No entanto, como já mesmo foi afirmado, se as partes tiveram a plena oportunidade de participar em contraditório da formação da prova, ela não deve ter valia reduzida, servindo ao mesmo propósito que outra prova poderia desempenhar.

4.6 Intercepção telefônica e prova emprestada

Consoante dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XII, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual”. A lei que regula a interceptação telefônica é a Lei n. 9.296/1996.

Mediante esse dispositivo, percebe-se que não é prova ilícita e, portanto, inadmissível, o ato de captar a comunicação telefônica alheia, pois a Constituição autoriza a prática. Contudo, a Lei preconiza que a interceptação somente deve ocorrer quando: a) exista autorização judicial; b) esteja demonstrada a existência de indícios razoáveis de autoria na participação do fato investigado ou a ser investigado; c) a investigação, em tese, seja relativa a crime apenado com pena de reclusão¹⁵. Não sendo a interceptação procedida nesses moldes, deverá ser considerada ilícita, não podendo ser utilizada no processo.

Com efeito, o texto constitucional e o *caput* do artigo 1º, da Lei n. 9.296/96, dizem que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, destina-se

¹⁵ A jurisprudência vem mitigando essa previsão, desde que, sendo o crime punido apenas com detenção, sejam encontrados elementos demonstrativos de sua prática em razão de encontro fortuito.

somente para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. Nessa senda, é que, segundo Lima (2011, p. 1068),

Como a Constituição Federal e a Lei n. 9.296/96 dispõem que a interceptação telefônica só pode ser autorizada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, somos levados a acreditar que não é possível que essa medida seja determinada no curso de um processo de natureza cível, comercial, trabalhista, administrativa etc.

Acerca de sua validade como prova emprestada, continua:

Porém, uma vez decretada a realização de uma interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nada impede que os elementos probatórios aí obtidos sejam utilizados em outro processo, a título de prova emprestada. Como destaca a doutrina, tendo em conta que o valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade, rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerando o comando constitucional.

Em sentido diverso, argumenta Fernandes (2005, p. 110) que a lei não trata da possibilidade de utilização da prova obtida por interceptação telefônica em outro processo, razão pela qual o assunto deve ser resolvido à luz dos princípios constitucionais. Aduz que se pode admitir a prova produzida em outro processo criminal como prova emprestada, com a exigência de que se trata do mesmo acusado, para não haver ofensa ao princípio do contraditório e à ampla defesa. Afirma ainda que é mais discutível é o uso da prova emprestada em processo cível, pois a Constituição não permite a interceptação para se obter prova fora do âmbito criminal. Logo, o transplante da prova representaria forma de se contornar a vedação constitucional quanto à interceptação telefônica para fins não-criminais.

Admite, entretanto, que há razoável entendimento naquele sentido que foi exposto primeiro, posicionamento que defende em autoria conjunta com Grinover e Gomes Filho (2009, p. 183):

Mas é possível que, em processo civil, se pretenda aproveitar a prova emprestada, derivada de interceptação telefônica lícita, colhida em processo penal desenvolvido entre as mesmas partes. Assim, por exemplo, quando no processo civil se invoque prova produzida entre as mesmas partes do processo penal (vítima e acusado, Ministério Público e acusado), resultante de interceptação telefônica. Será o caso, v.g., de processo-crime em que se apurem fatos relevantes para a dedução da pretensão civil relativa às sanções aplicáveis aos agentes públicos em casos de improbidade (Lei 8.429/92). Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não-penal? As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte da prova. [...] Nessa linha de interpretação, cuidados especiais devem ser tomados para evitar que o processo penal sirva exclusivamente como meio oblíquo para legitimar a prova no

processo civil. Se o juiz perceber que esse foi o único objetivo da ação penal, não deverá admitir a prova na causa cível.

Greco Filho (1996) e Streck (1997), citados por Lima (2013, p. 440), apontam no sentido de não existir essa possibilidade, considerando que seria uma maneira de, por via oblíqua, desobedecer a norma constitucional, pois a Lei foi dirigida especificamente ao processo penal, e sua dicção não daria azo ao uso da prova emprestada para processo não criminal.

Talamini (1998, p. 158) também se insurge contra o empréstimo, apontando o seguinte:

A definição da questão exige que se considere o regime que a Lei 9.296/96 conferiu às interceptações autorizadas. É nos estritos limites desse diploma que opera a exceção à garantia da inviolabilidade das comunicações. Tanto é assim que, antes, o STF havia negado validade a interceptações telefônicas, mesmo quando autorizadas pelo juiz em processo penal, por reputar que a parte final do inc. XII do art. 5º da CF dependia de regulamentação legislativa. O parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296/96 impõe que, “em qualquer hipótese”, seja “descrita com clareza a situação objeto da investigação”. E, nos termos do art. 9º, toda a gravação que não interessar à prova de tal situação “será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual, ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”. É, portanto, 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. Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão utilizáveis – não se permitindo seu emprego para outras finalidades, mediante empréstimo de prova.

Posição com a qual não concordo. Efetivamente, se existe a possibilidade de garantia do contraditório às partes integrantes do processo secundário, não há de se fazer objeção ao empréstimo da prova produzida mediante interceptação telefônica, tanto de um processo penal para um da mesma natureza, quanto para o cível. Tendo sido a interceptação lícita, feita em atendimento aos ditames que a estabelecem, é de ser reconhecido que possa ser transportada ao processo secundário. Ressalto que o que se transporta não é a convicção a que chegou o julgador, mas sim as peças que documentaram a produção probatória, tanto é que o magistrado do processo secundário pode chegar a conclusão diversa a que chegou o do primeiro. Ademais, embora não se verifique a existência de ilícito penal, após a decretação da quebra de sigilo, pode ser caracterizado ilícito administrativo ou cível, fator que é suficiente para a utilização da prova nesses contextos. Afinal, não se interceptou com o fim de instruir esses processos, mas o escopo (e é isso que deve ser verificado) era o de apurar crime. Sendo ou não atingido, quer dizer, restando ou não comprovado o delito por meio da interceptação, o

fato é que o valor “intimidade” já foi desvalorizado em relação à necessária persecução penal. Assim, não destoam das demais garantias dos cidadãos efetivar o empréstimo da prova.

Acerca de seu empréstimo para fins de processo de improbidade administrativa, Porto (2006, p. 65), em monografia sobre o tema, disserta sobre a viabilidade, afirmando que, não raramente, um ato contrário às leis penais, especialmente aquele que pode ser enquadrado em um dos tipos constantes no Título XI do Código Penal – Dos crimes contra a Administração Pública, pode também corresponder a um ato de improbidade administrativa. Destaca que, dentro do princípio da incomunicabilidade das instâncias, a configuração de um ilícito atentatório à moralidade administrativa poderá dar ensejo à aplicação de sanções administrativas, penais e cíveis. Entretanto, dada a natureza não-penal do processo de improbidade administrativa, é impossível juridicamente (inconstitucional) no curso deste a realização de interceptação telefônica. Retrata que a conclusão de que a prova colhida mediante interceptação telefônica somente possui validade e eficácia em processo-crime é obtida pela mera interpretação gramatical, que há muito se mostrou insuficiente para se determinar o alcance das normas jurídicas, alertando que, efetivamente, não há norma constitucional ou infraconstitucional que proíba a utilização em processo de natureza cível dos elementos colhidos mediante interceptação telefônica, diante do que, dada a regular quebra do direito à intimidade através da interceptação telefônica e por meio dela se comprova a configuração de ilícito que, não obstante se constitua fato típico de crime, se traduz em enriquecimento ilícito às custas do patrimônio público, prejuízo ao erário ou lesão aos princípios administrativos, aquele que perpetrou, concorreu ou se beneficiou de tal prática deverá suportar todas as sanções previstas pelo ordenamento jurídico. Por fim, ressalta que, quando se busca analisar a possibilidade de utilização dos resultados por meio de interceptação telefônica como prova emprestada em processo de improbidade administrativa, não se pode enxergar a intimidade como único valor envolvido. Há, além dele, o interesse na efetivação do princípio da moralidade, que se traduz na proteção do Estado como elemento de existência e organização da comunidade.

O raciocínio é razoável, notadamente se considerarmos os bens protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa, tão relevantes, a meu ver, quanto os que são tutelados pelo Direito Penal.

Destaco, além do mais, que, em razão de interceptação telefônica decretada em processo contra um determinado autor, havendo a descoberta de um crime praticado por outra

pessoa, essa prova será válida para ser utilizada em ação contra o novo réu. O Supremo já decidiu que, havendo a regular quebra do sigilo, mediante válida autorização judicial, inexistente ilegalidade na prova colhida contra o interlocutor que recebeu ou originou chamadas da linha legalmente interceptada, já que a autorização da interceptação abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo investigado. Nesse sentido os HCs n. 118055 e n. 117467. Portanto, nada impede que essa prova obtida em interceptação contra um réu pode ser utilizada em processo contra outro, não obstante o empréstimo o fato de as partes serem diversas. Outrossim, diante da natureza cautelar dessa prova, o contraditório sempre será realizado de forma diferida, aliás, somente assim tem algum sentido a quebra do sigilo, pois, se as partes puderem participar, certamente se perde o elemento surpresa que é necessário à descoberta do crime. Dessa maneira, como já foi explanado, nada obsta o empréstimo, porquanto a efetiva possibilidade de contraditório pode ser exercido da mesma maneira em ambos os processos.

Também acerca do empréstimo de interceptação telefônica, aduziu o STJ, no REsp 930.596/ES, cujo precedente foi um julgado do STF, o RMS 24.956/DF, que 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, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova. As provas tinham sido colhidas em fase de inquérito policial. Entendimento esse que é também utilizado pelo STJ, o qual tem proferido decisões no mesmo sentido.

4.7 A prova emprestada sem o atendimento dos requisitos como prova ilegítima

Como foi abordado no tópico referente às provas ilícitas, tem prevalecido, na doutrina brasileira, classificação que distingue as provas “ilegais” em “ilícitas” e “ilegítimas”. Nas palavras de Grinover (1984 *apud* TALAMINI, 1988, p. 154), reportando-se a terminologia de Nuvolone,

a prova pode ser ilegal, por infringir à norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. (...) Vê-se daí que a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima se faz em dois planos. No primeiro enfoque, a distinção diz com a natureza da norma infringida ou violada: sendo esta de caráter material, a prova será ilícita; sendo de caráter processual, a prova está ilegítima. No segundo plano, a distinção é

estabelecida quanto ao momento em que se dá a violação, isso porque a prova será ilícita infringindo, portanto, norma material, quando for ‘colhida’ de forma que transgrida regra posta pelo direito material; será, ao contrário, ilegítima, infringindo norma de caráter processual, quando for ‘produzida’ no processo, em violação à regra processual.

Sendo assim, e o autor (TALAMINI, 1998, p. 154) arremata com a seguinte ilação, “a prova emprestada que não atenda aos pressupostos apresentados nos dois itens anteriores se insere na categoria das provas ‘ilegítimas’, vez que violadora de normas que tutelam valores atinentes ‘à lógica e à finalidade do processo’”.

É o que também afirma Grinover (1993):

Trata-se de prova ilegítima, por ter sido produzida sem a presença das partes e do juiz da causa, vulnerando, por isso as garantias do contraditório e do juiz natural (art. 5.º, LV e LIII, da CF [...]) e a própria cláusula do devido processo legal (art. 5.º, LIV CF [...]). Por isso mesmo, é inadmissível no processo, tanto quanto a prova obtida por meios ilícitos, a teor do inciso LVI do art. 5.º da CF [...]. Se, porém, for introduzida no processo *contra constitutionem*, não poderá ser utilizada pelo juiz, por tratar-se de prova juridicamente inexistente (ou absolutamente nula), e conseqüentemente desprovida de qualquer eficácia, devendo, como tal, ser desentranhada dos autos. E isso, independentemente de indagar sobre quem a produziu, porquanto a prova, uma vez introduzida no processo, pertence ao juiz: a prova nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz (princípio da comunhão da prova, impropriamente chamado de ônus objetivo). Mas se, apesar disso tudo, vier a essa pseudo-prova a ser valorada pelo Juiz, a sentença que nela se fundamentar será absolutamente nula, podendo ser desconstituída mediante revisão criminal. Em grau de apelação, porém, o tribunal deverá desconsiderar a prova emprestada, proferindo nova decisão exclusivamente na base da prova legítima e eficaz.

Também assim entende Rangel (2011, p. 489) aduzindo que a prova emprestada sem a atenção aos requisitos, se for valorada pelo juiz em sua sentença, acarretará a nulidade absoluta do processo a partir de seu ingresso, autorizando a cassação da sentença pelo Tribunal em eventual recurso de apelação da defesa. Se já houve o trânsito em julgado da sentença, é viável a apresentação de *habeas corpus* por ser o processo manifestamente nulo (artigo 648, VI, do CPP). Afirma ainda que se a prova foi a única em que se fundou a condenação do réu, em eventual recurso defensivo, deverá o Tribunal desconsiderá-la e, diante da ausência de outras provas, adotar a teoria da causa madura¹⁶, absolvendo e, assim, reformando a sentença, em vez de cassá-la.

¹⁶ Causa madura, segundo Paulo Rangel (2011, p. 921), ocorre quando a nulidade é vantajosa ao réu, ou seja, não lhe trouxe prejuízo, mas, sim, vantagem, porém o feito estiver suficientemente maduro para uma apreciação

Sendo assim, a prova que emprestada em desatendimento aos requisitos firmados deverá ser considerada ilegítima e, assim, não deve ser valorada pelo juiz, reputando-se inexistente, desprovida de eficácia, pelo que deve ser desentranhada dos autos, nos moldes do artigo 157 do CPP. Para melhor compreensão, elucida Talamini (1998, p. 154, grifos acrescidos):

Inobservados os requisitos constitucionais [...], a prova trasladada é juridicamente inexistente; é uma “não-prova”, arremedo de prova. Outra não pode ser a consequência da frontal violação às normas constitucionais. Enquanto prova constitucionalmente ilegítima: (a) **Não poderá ser nem anexada ao processo, por expressa cominação constitucional** (art. 5º, LVI). Embora a fórmula empregada no inc. LVI do art. 5º da CF tenha aludido a provas “ilícitas”, a sanção ali estabelecida aplica-se a toda prova ofensiva a valores constitucionais fundamentais, inclusive os processuais. De mais a mais, e diferentemente de outras espécies de provas produzidas em desrespeito a regras processuais, não há como se sanar o vício nesse caso: não há o que se fazer se a parte contra a qual se pretendia usar a prova emprestada não participou do processo anterior; igualmente nada há que supra a circunstância de o órgão perante o qual se produziu originariamente a prova não ter caráter jurisdicional. Logicamente, a repetição, no segundo processo, da prova que se pretendia emprestar não é “saneamento” do empréstimo ilegítimo. Nesse caso, não se estará suprimindo defeito na prova trasladada, mas se desenvolvendo exatamente a atividade probatória que em princípio seria dispensável se a prova emprestada fosse válida. (b) **Se indevidamente juntada, terá de ser desentranhada**. Esse é o sentido do vocábulo “inadmissibilidade”. [...] Desrespeitada a regra e admitido o que não poderia sê-lo, sanciona-se com o desfazimento da admissão ofensiva à norma constitucional. (c) **De qualquer modo, caso permaneça nos autos, não poderá ser considerada no julgamento**. O poder de livre valoração de que é investido o julgador pressupõe provas legais. Antes, delimitam-se as provas constitucionalmente admissíveis: dentro desse universo é que se desenvolve a liberdade para a formação de um convencimento motivado. (d) **Se utilizada pelo juiz, acarretará a nulidade absoluta da decisão**.

Oliveira (2010, p. 382) retrata que a obtenção da prova emprestada seria lícita, não se podendo falar em inadmissibilidade da prova. A sua introdução no novo processo e, sobretudo, a sua valoração, é que seria inadmissível, por manifesta violação do princípio do contraditório. Assim, porque atingido esse direito, tal prova não poderia ser utilizada contra os réus. Observa, entretanto, que, ao que lhe parece, o direito ao contraditório não se constitui uma norma de Direito Processual, ainda que nele é que se efetive e se exerça, retratando que toda garantia individual relativa ao *due process of law* tem conteúdo eminentemente material.

de mérito pelo tribunal como provimento do recurso, quando há de se aplicar a teoria, o que significa dizer que o tribunal, em vez de declarar nulo o processo (ou sentença), absolve, desde logo, o réu, adotando os princípios da economia e da celeridade processual e do *favor libertatis*.

De seu raciocínio, pode parecer que a prova emprestada, quando ofende garantias constitucionais com teor material, a exemplo do contraditório, deveria ser considerada ilícita, adotando-se a distinção feita entre esta prova e a ilegítima. Entretanto, penso que, por violar normas relativas ao próprio procedimento probatório, isto é, à forma de admissão de provas no processo penal, deverá ser considerada ilegítima, consoante posições já acima identificadas.

Destaco a observação feita por Demczuk (2012, p. 291), acerca de que “a eventual repetição da prova no segundo processo não constitui saneamento do empréstimo, mas nova produção autônoma da prova em si”. Sendo assim, há de se relevar que, por ser conteúdo processual, pode-se notar a possibilidade de repetição, para que se sane o eventual vício ocorrido no empréstimo. Entretanto, a repetição da prova se caracteriza em nova produção probatória, agora no segundo processo.

4.8 A prova emprestada no Projeto do Novo CPP

O novo Código de Processo Penal proposto e em análise junto ao Congresso Nacional apresenta vários avanços e alguns pontos que podem ser aprimorados. No novo texto, há variadas alterações acerca da temática probatória. A prova emprestada, no Projeto, tem previsão no artigo 169:

Art. 169. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada.

§ 1º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada.

§ 2º Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar.

Acerca do dispositivo, Dezem (2010) tece os seguintes comentários:

[...] Deve-se lembrar da posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da necessidade de advogado para o processo administrativo, externada pela súmula vinculante nº 5: *a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*. O problema da redação do artigo 166¹⁷ é que não faz referência à necessidade de defesa técnica perante o processo administrativo para a validade da prova emprestada. Uma vez que o próprio STF entende esta

¹⁷ O autor faz menção ao artigo 166. O artigo, porém foi escrito em 2010. Atualmente, a prova emprestada é regulamentada pelo artigo 169 do Projeto do Novo CPP.

defesa técnica como desnecessária, teríamos então grave problema: a utilização de prova colhida sem a presença da defesa técnica no processo penal. É evidente que o problema praticamente não existe quando se trata de prova documental, uma vez que o próprio artigo 166, em seu parágrafo 2º, prevê a manifestação da parte sobre a prova emprestada. No entanto, quando se tratar de depoimentos de testemunhas que tenham sido colhidos em processo administrativo sem a presença da defesa técnica, tendo em vista a ausência de qualquer limitação no artigo 166, podemos verificar a possibilidade de utilização destes depoimentos em contrariedade ao próprio espírito do Código. Parece que os artigos 5º e 6º do novo Código impediriam a utilização desta prova emprestada nestas circunstâncias. No entanto, para que se evitem futuras discussões, seria importante que fossem fixadas estas limitações quanto à necessidade da presença da defesa técnica no que se refere à produção da prova testemunhal.

Demczuk (2012, p. 292) afirma que o avanço foi pequeno, mas os possíveis retrocessos, expressivos. Aponta como pontos positivos a fixação do prazo para manifestação da parte contrária e a estipulação de um contraditório prévio sobre a admissibilidade da prova emprestada. Negativos são a redução da garantia do contraditório à fórmula da mera participação daquele contra o qual será utilizada a prova emprestada, e a possibilidade de empréstimo, para o processo penal, de prova produzida em processo administrativo e, portanto, sem a necessária presença do juiz.

Em verdade, apesar de ter consolidado alguns entendimentos que já vinham regulando a utilização da prova emprestada, o preceito parece afrontar diretamente as garantias constitucionais do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição, quando permite a utilização de provas produzidas na fase procedimental, logo, sem a incidência do contraditório, em processos criminais. O que vai de encontro à própria disposição do artigo de que a prova deverá ser produzida em meio ao contraditório. Penso que a alteração deve ser feita naquele sentido de se admitirem provas produzidas em procedimento administrativo somente quando se mostrarem irrepetíveis.

4.9 Prova Emprestanda e Proporcionalidade

Na doutrina, como afirma Tourinho Filho (2012, p. 157), surgiu um movimento no sentido de não emprestar à inadmissibilidade das provas uma importância que supere o direito de liberdade. Por tal motivo, essa mesma corrente, diante de um critério de proporcionalidade sobre o qual se baseia a exceção aos princípios da exclusão da prova ilícita, não empresta valor inquebrantável a essa proibição constitucional. Ainda segundo o autor:

É preciso que nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo “es un valor más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito”. [...] Essa doutrina da proporcionalidade, ou da razoabilidade, “também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses”, surgida na jurisprudência tedesca, chegou a inspirar a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP, no sentido de autorizar a prova ilícita se necessariamente indispensável para a defesa do réu.

Acerca da proporcionalidade, Fernandes (2005, p. 55) elucida que, na realidade, a ideia de proporcionalidade sempre esteve presente no Direito. Assim, em sentido amplo, seria um princípio que obrigaria o “operador jurídico a tratar de alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito. Aqui, será visto em sentido mais estrito, como princípio de garantia do indivíduo contra os abusos no exercício do poder. Não se cuida, pois, de invocar o princípio em favor do acusado ou da acusação, mas de verificar se, no caso concreto, a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face de valor maior a ser protegido.

Lopes Jr. (2014, p. 612), no entanto, retrata que a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. “Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”.

Logo, é possível entender, à guisa do que foi contemplado, que a prova emprestada em desatendimento aos preceitos já elencados, não se caracterizaria como ilícita (*lato sensu*), quando fosse cabal para comprovar a inocência do réu. Sua absolvição, com fundamento naquela prova que se tomou de empréstimo, é bem (liberdade) que certamente, a meu ver, autoriza o traslado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do que foi exposto, concluo que nosso ordenamento constitucional consagra uma série de princípios em relação ao procedimento probatório. A prova, em si mesma, constitui-se como uma garantia ao acusado e ao próprio Estado, pois que o direito à prova consubstancia o direito de as partes demonstrarem suas pretensões em Juízo.

Direito esse que, em razão da existência de outros de igual importância, deve ser restringido, inadmitindo-se provas que sejam produzidas em desatenção às próprias formalidades da atividade probatória e também às normas de conteúdo material.

Nesse contexto, a prova emprestada se torna admissível, por proporcionar benefícios ao desenvolvimento da persecução penal, tais como a economia processual e a busca de uma verdade real. Dessa forma, poder-se-ia propiciar maior celeridade ao feito e, havendo um interesse probatório, a prova serviria efetivamente para demonstrar os fatos em juízo, a fim de que mais se aproximem do que aconteceu quando do cometimento do delito.

Não existindo previsão acerca de como deve ser feito o empréstimo, mas vigorando uma liberdade probatória, restringida, é claro, pela inadmissibilidade das provas ilícitas, a doutrina e a jurisprudência foram as responsáveis por promover a criação de requisitos que são de observância necessária para que o empréstimo se faça de forma legítima e em conformidade com o ordenamento constitucional.

A prova emprestada ingressa como documento no processo secundário e deve obedecer à forma de ingresso dessa espécie para que se repute válida. Outrossim, o processo originário deve ter sido regularmente formado. A nulidade na produção da prova somente impediria o traslado se atingida a própria atividade probatória. No mais, se os atos de produção da prova não foram afetados, é irrelevante a nulidade do primeiro processo.

A primeira exigência aventada foi o contraditório. Acerca dela, constato que, quando o contraditório é exercido para a prova, não pode ser desatendida, pois o princípio estabelece, para essas provas, a efetiva necessidade de participação das partes. Quando a prova é pré-constituída, entretanto, o óbice se torna ultrapassável, conquanto é possível as partes exercerem o direito ao contraditório de forma diferida. A jurisprudência consagra a possibilidade de utilização de prova emprestada mesmo em processos cujas partes são diversas, posicionamento que é inaceitável por parte da doutrina.

Acerca do juiz natural, essa garantia é fundamental para que se assegure um julgamento imparcial e realizado por juiz cuja competência foi fixada constitucionalmente. Porém, não deve ser obstáculo ao empréstimo da prova, porquanto apenas o fato de o juiz de um processo não ser competente para julgar a segunda causa não se apresenta como justificativa razoável a impedir o traslado. A identidade física do juiz é importante para efetivar a oralidade, possibilitando ao juiz que participou da produção probatória uma melhor versão acerca da prova, pois ele mesmo a produziu. Garantia essa que deve ser mitigada, não podendo também ser invocada em desfavor do empréstimo da prova, mormente quando ela pode proporcionar a diminuição no tempo da duração do processo.

Outras exigências são estabelecidas. A jurisprudência dos Tribunais Superiores aponta que a prova emprestada não pode ser a única a fundamentar um decreto condenatório, principalmente quando as partes não são as mesmas em ambos os processos e, assim não tiveram participação na produção da prova.

Quanto à interceptação telefônica, verificou-se que, decretado o sigilo, o valor intimidade foi colocado de lado para que se priorizasse a persecução penal. Dessa maneira, as escutas telefônicas poderiam ser tomadas de empréstimo para processos outros que não o penal.

No caso concreto, a verdadeira possibilidade de admissão da prova deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, na acepção de efetivação dos direitos fundamentais e, especialmente, do direito à liberdade, protegendo-se o indivíduo de possíveis abusos de poder perpetrados pelo Estado. Dessa maneira, diante dos bens colocados em conflito, deve o julgador medir qual se mostra mais relevante naquela causa. Se prepondera o contraditório ou se pode ser mitigado em favor da razoável duração do processo; se há mais interesse em se preservar o juiz natural ou em se admitir prova de processo com competência diversa para favorecer o réu etc.

Por conseguinte, não há de se falar em uma fórmula a ser seguida e mesmo a previsão constante no Projeto do Novo CPP não será suficiente para atender todos os casos que surgirão com relação à temática. Com efeito, somente na prática diária dos Tribunais é que os julgadores têm a concreta possibilidade de analisar a utilidade da prova emprestada.

Obviamente, ao arrepio dos direitos fundamentais é que ela não pode se dar. Por isso, mostram-se relevantes as limitações que vêm sendo estabelecidas, para que se crie um mínimo de formalização, atualmente entendida como garantia, como meio de se atingir uma

persecução penal mais justa. Nesse ensejo, não obstante os fatores abordados para que se possibilite o empréstimo, percebo que o necessário é ponderar acerca dos benefícios que serão trazidos por ele. Principalmente se a prova ser emprestada vier a beneficiar o réu, na dúvida acerca da viabilidade do empréstimo, deve-se optar por fazê-lo.

Não obstante, deve ser contemplada a problemática também sob o enfoque de que é necessário, para servir de base a uma condenação penal, procurar sempre as melhores provas em matéria penal, porque são elas que melhor podem fazer chegar à conquista da verdade. Logo, é preciso não se contentar com provas fornecidas, senão quando são as melhores que se possam ter em concreto, e, por fim, quando a lógica das coisas não obriga a crer que devam existir outras melhores (MALATESTA, 2001, p. 107). Dessa afirmação, resulta consequência de que é necessário não nos contentarmos com as provas não originais, quando se podem obter as originais; de que é necessário não se contentar com a forma menos perfeita da prova, quando se pode ter a forma mais perfeita.

Contudo, para os integrantes de uma demanda penal, salvo em casos nos quais é ilógica a produção de nova prova, por ser dispendioso e desnecessário, a atividade de formação da prova deve ser levada a efeito em cada caso de acordo com suas particularidades. Cada fato, cada testemunho, cada perícia, ganha um novo enfoque a cada processo, com as partes que o integram. Toda demanda é única, e a produção da prova, destinando-se a promover a condenação ou a absolvição, a partir da convicção que se formará no julgador, é essencial nesse procedimento, pelo que deve se construir da melhor maneira possível.

Parece contraditório o que agora aduzi, quando em confronto com tudo que foi exposto neste trabalho. No entanto, a afirmação é ainda mais verídica quando pensamos em um processo criminal que se efetiva em perfeita consonância com o regramento constitucional, respeitando todas as garantias do acusado. Sem embargo, na realidade jurídica de nosso País, o que acontece é o processamento das demandas penais em afronta às máximas constitucionais, com desrespeito, notadamente, à efetivação da duração razoável do processo. As cadeias ficam superlotadas de presos em caráter provisório¹⁸, isto é, sem condenação penal transitada em julgado. Dessa maneira, possibilitar que o processo corra de forma mais célere e, assim, proporcione a liberdade a esse preso, quando ele não é culpado pelo crime, é objetivo primordial a ser buscado em nossos Tribunais. E a isso se destina a prova emprestada. Sendo assim, é por demais razoável permitir sua admissibilidade, ainda mais

¹⁸ De acordo com relatório do Ministério da Justiça, em 2012, mais de 40 % da população carcerária era formada por presos provisórios.

quando não trará prejuízos às partes, pois condicionada àquela série de fatores para não se tornar ilegítima. Ressalto, por fim, que, diante de outros direitos a serem confrontados com o direito à prova e, em consequência, com a possibilidade de admissibilidade da prova emprestada, admiti-la, na grande maioria dos casos, trará mais valia que não permitir seu ingresso.

6 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 106, fevereiro 2014, p. 157-179. Disponível em: <<http://www.badaroadvogados.com.br/?p=774>> . Acesso em: 30 set. 2014.

_____. A Ação Penal 470/DF e a garantia do juiz natural. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 242, jan. 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4797-A-A%C3%A7%C3%A3o-Penal-470-DF-e-a-garantia-do-juiz-natural> . Acesso em: 30 set. 2014.

_____. *A garantia do juiz natural e o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, em caso de grave violação de direitos humanos*. In PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; Ribeiro, Victor Pereira Ribeiro (Orgs.). *Questões Relevantes do Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: LexMagister, 2012, p. 284-299. Disponível em: <<http://www.badaroadvogados.com.br/?p=639>> . Acesso em: 30 set. 2014.

_____. A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 200, jul. 2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3905-A-regra-da-identidade-f%C3%ADsica-do-juiz-na-reforma-do-C%C3%B3digo-de-Processo-Penal> . Acesso em: 30 set. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 1º/9/2014.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm >. Acesso em 30. ago. 2014.

_____. Decreto n. 502, de 6 de julho de 1992. Promulga o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. *Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. STJ - EREsp 617.428/SP, Relatora: Ministra Nancy Andriahi, Corte Especial, Data de Julgamento: 4/6/2014, Data de Publicação: DJe 17/6/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=617428&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. STJ – HC 94624/SP, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 26/5/2009, Data de Publicação: DJe 22/6/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702706645&dt_publicacao=22/06/2009>. Acesso em: 17 set. 2014.

_____. STJ - HC 42.559/PE, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 4/4/2006, Data de Publicação: DJ 24/4/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500429206&dt_publicacao=24/04/2006>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. STJ – Resp 930596/ES, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 17/12/2009, Data de Publicação: DJe 10/2/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700469909&dt_publicacao=10/02/2010>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. STJ – HC 2/ES, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 17/12/2009, Data de Publicação: DJe 10/2/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700469909&dt_publicacao=10/02/2010>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. *Súmula n. 235*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. STF - HC: 68.929/SP, Relator: Min. Celso de Mello, Marco Aurélio, Data de Julgamento: 22/10/1991, Data de Publicação: DJe 28/8/1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. STF - HC 67707, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 7/11/1989, Data de Publicação: DJ 14/8/1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70424>>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. _____. STF - HC 328138/MG, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 17/10/2003, Data de Publicação: DJ 17/10/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260884>>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. _____. STF - HC 78749/MS, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 25/5/1999, Data de Publicação: DJ 25/6/1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77941>>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. _____. STF - HC 83006/SP, Relator: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 18/6/2003, Data de Publicação: DJ 29/8/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79219>>. Acesso em: 17 out. 2014.

_____. _____. STF - RHC 118055/PE, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 11/3/2014, Data de Publicação: DJe 31/3/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5533448>>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. _____. STF - RHC 117467/SP, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 5/11/2013, Data de Publicação: DJe 22/11/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904093>>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. _____. STF - RMS 24956/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 18/11/2005, Data de Publicação: DJ 18/11/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370260>>. Acesso em: 20 out. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEMCZUK, Claudio. O uso da prova emprestada no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49 n. 193 jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496593/000960404.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 set. 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria geral da prova. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ed. Especial CPP Ago/2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4169-Novo-C%C3%B3digo-de-Processo-Penal:-aspectos-referentes-%C3%A0-teoria-geral-da-prova>. Acesso em: 24 out. 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. A presunção da inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 23, jul. 1994. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/1951-A-presun%C3%A7%C3%A3o-da-inoc%C3%Aancia-e-o-%C3%B4nus-da-prova-em-processo-penal> . Acesso em: 20 set. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11 e.d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2011. v.1.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v.1.

_____. _____. Campinas: Bookseller, 1997, v.2.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo do Conhecimento*. 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da Prova no Jogo Processual Penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

PORTO, Ciro Benigno; UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. FACULDADE DE DIREITO. *Da possibilidade jurídica de utilização de interceptação telefônica como prova emprestada em processo de improbidade administrativa*. Fortaleza, CE: 2006. 84 f. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza

(CE), 2006. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/00000B/00000B55.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

RODRIGUES, Lucas Mello. Prova emprestada no processo penal: a participação do acusado e/ou de sua defesa técnica na produção da prova como condição inexpugnável de sua admissibilidade. *Revista Jus Societas*. v. 6 p. 18-26 n. 1 – 2012. Disponível em: <<http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/1678>>. Acesso em: 18 set. 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p.145-162, out./dez. 1998. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426/r140-15.pdf>> . Acesso em: 20 ago. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado: volumes 1 e 2*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Processo Penal*. 35 ed. São Paulo, 2013. v.3.