

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

LUCAS DANTAS

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO
PENAL**

MARÍLIA
2015

LUCAS DANTAS

A ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Me. César Augusto Luiz Leonardo

MARÍLIA
2015

Dantas, Lucas

A admissibilidade da prova emprestada no processo penal /
Lucas Dantas; orientador: César Augusto Luiz Leonardo. Marília,
SP: [s.n.], 2015.

59 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de
Direito, Fundação de ensino “Eurípides Soares da Rocha”,
mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –
UNIVEM, Marília, 2015.

1. Direito Processual Penal 2. Provas 3. Prova emprestada

CDD: 341.434



Lucas Dantas

RA: 46933-5

A Admissibilidade da Prova Emprestada no Processo Penal.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (dez)

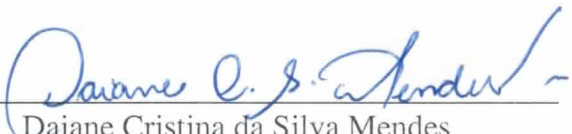
ORIENTADOR(A): _____


César Augusto Luiz Leonardo

1º EXAMINADOR(A): _____


Aline Storer

2º EXAMINADOR(A): _____


Daiane Cristina da Silva Mendes

Marília, 01 de dezembro de 2015.

*Aos meus pais Jorge e Gisele,
Aos meus avós João e Clair,
Por tudo.*

AGRADECIMENTOS

A toda minha família.

Ao meu orientador Professor Me. César Augusto Luiz Leonardo, por ser um exemplo de inteligência, competência, dedicação e profissionalismo.

Aos professores Carlos Ricardo Fracasso, Jairo José Gênova, Gilson César Augusto da Silva, Clarissa Chagas Sanches Monassa, Luís Vieira Carlos Junior e José Eduardo Lourenço dos Santos, em nome dos quais agradeço a todos os professores desta instituição.

Aos meus amigos da XLVIII Turma de Direito Univem, por compartilharem comigo as experiências da graduação.

Aos amigos da 2ª Vara Federal de Marília/SP e do 3º Ofício da Procuradoria da República em Marília/SP, pessoas com as quais muito aprendi.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão desta etapa da minha vida.

“Até o último suspiro a vida é um processo”.
Lya Luft

Dantas, Lucas. **A admissibilidade da prova emprestada no processo penal**. 2015. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2015.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo “A admissibilidade da prova emprestada no processo penal”. Por meio da análise do sistema probatório brasileiro e dos princípios constitucionais a ele atinentes, tentou-se sistematizar os requisitos de admissibilidade da prova emprestada e as consequências de suas eventuais inobservâncias. Viu-se os principais institutos da prova penal, os quais foram utilizados como pressupostos conceituais para o desenvolvimento do trabalho. Evidenciou-se, nesse momento, a sistemática marcadamente acusatória do processo penal brasileiro, assim como a inclinação do direito brasileiro à interpretação fundada na Constituição Federal de 1988. Acrescentou-se a esta pesquisa o exame do direito à prova e de suas limitações, as quais se mostraram precipuamente éticas, morais e principiológicas. Por fim, a prova emprestada foi retratada a partir de seus atributos e os seus requisitos de admissibilidade foram dissecados.

Palavras-chave: Processo Penal. Provas. Prova emprestada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 – A PROVA NO PROCESSO PENAL.....	10
1.1 Noções Preliminares.....	10
1.2 A verdade como pressuposto para a prova.....	12
1.3 O conceito de prova.....	14
1.4 Atributos da prova.....	15
1.5 Classificações da prova.....	16
CAPÍTULO 2 – O DIREITO À PROVA E SUAS LIMITAÇÕES.....	20
2.1 O direito à prova.....	20
2.2 A legalidade na disciplina da prova.....	21
2.3 Princípios constitucionais de índole processual.....	24
CAPÍTULO 3 – A PROVA EMPRESTADA.....	36
3.1 Conceito, valor e forma.....	36
3.2 A prova emprestada na legislação.....	37
3.3 Os fundamentos e finalidades da prova emprestada.....	39
3.4 Requisitos para a admissibilidade da prova emprestada.....	41
3.5 Os efeitos da ilegitimidade da prova emprestada.....	52
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

O direito à prova, inserido como garantia fundamental pela Constituição Federal de 1988, vem sendo objeto de preocupação de grande parte dos estudiosos do direito.

Resultante das garantias processuais constitucionais e com objetivo de assegurar às partes a oportunidade para demonstração de suas alegações, o direito à prova se consubstancia no exercício dos direitos de ação e de defesa, bem como tem por finalidade a boa qualidade da prestação jurisdicional e a perfeita aderência das decisões às situações de direito material.

Outrossim, ante a recorrente interpretação constitucional dos institutos processuais e a necessária limitação do poder estatal, o direito à prova vem sendo exercido com base em inúmeros princípios que ampliam ou restringem sua admissibilidade, de modo que de diversas maneiras o ordenamento jurídico brasileiro vem se manifestando acerca das exigências que o compõem, relacionando-o, comumente, com o direito ao contraditório.

O que se pretende com o presente trabalho é promover a análise acerca da admissibilidade de um meio de prova específico, a prova emprestada.

Considerada meio de concretização dos princípios da economia processual e da unidade da jurisdição a prova emprestada é aquela validamente produzida em um processo e trasladado para outro para nele gerar efeitos.

Diante da ausência de previsão expressa em relação ao tema na legislação brasileira a doutrina e a jurisprudência vêm elencando requisitos para a admissibilidade da prova emprestada.

A importância do tema é traduzida pela correlação entre a justiça, o sistema probatório e os valores dominantes no Estado democrático de direito, de sorte que os resultados do presente estudo contribuirão para o entendimento do sistema processual penal brasileiro, em especial, em relação à admissibilidade das provas.

Como indício da relevância desta matéria, destaca-se o enfrentamento expresso do tema na Ação Penal n.º 470 do Supremo Tribunal Federal, conhecido como “Escândalo do Mensalão”, em que foram valorados os elementos de informação produzidos nas Comissões Parlamentares de Inquérito a partir da análise dos requisitos da prova emprestada.

Durante o desenvolvimento do trabalho será esclarecido - por meio de pesquisa bibliográfica e documental - se o ordenamento jurídico brasileiro admite o uso da prova emprestada, quais os requisitos para sua admissão, bem como a forma que deve se dar o cotejo dos princípios constitucionais que contêm em sua admissão ou inadmissão.

Nesse diapasão, vislumbrar-se-á que os requisitos apresentados pela doutrina e

jurisprudência pátria, ainda que não sistematizados concretamente, dão conta de solucionar as questões acima esposadas, especialmente quando partem da análise da admissibilidade das provas penais e da ponderação dos princípios constitucionais.

Sendo assim, delimitado o cerne do presente trabalho procurar-se-á, num primeiro momento, a elucidação dos conceitos básicos da prova penal.

Logo após serão tratados – sempre com vistas ao direito à prova e suas limitações - os princípios constitucionais atinentes ao tema.

E por fim, far-se-á a análise da prova emprestada, tratando das principais questões levantadas pela doutrina e jurisprudência pátrias, a fim de estabelecer sua aplicação no hodierno processo penal brasileiro.

Capítulo 1 – A PROVA NO PROCESSO PENAL

1.1 Noções Preliminares

Ao longo da história do Direito, a busca pela reconstrução da verdade sempre esteve intimamente ligada com a qualidade da prestação jurisdicional.

E não poderia ser diferente.

Como é sabido, a partir do momento em que o ser humano se agrupou em busca de melhores condições de vida e segurança, surgiram os conflitos e com eles, a necessidade de solucioná-los. Induzida por essa necessidade, a sociedade achou por bem selecionar os valores mais relevantes para a convivência humana, transformando-os em bens jurídicos e protegendo-os por meio de normas, as quais, quando contrariadas, transformam o fato social em um ilícito jurídico, cuja modalidade mais grave é o ilícito penal, pois viola os bens mais importantes dos membros da sociedade.

Nesse sentido, de acordo com Bitencourt (2014, p. 35),

quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens.

Tendo isso em vista, pode o Direito Penal ser conceituado como sendo o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e prejudiciais à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras gerais e complementares necessárias à sua correta e justa aplicação (CAPEZ, 2011, p.19). Ou ainda, como “um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes” (BITENCOURT, 2014, p. 36).

Veja-se que da análise das aludidas conceituações, é possível vislumbrar que, além do caráter fragmentário, o direito penal ostenta também o caráter sancionador, pois protege a ordem jurídica por meio de sanções, as quais representam, inclusive, a manifestação do direito de punir do Estado.

Ocorre, todavia, que não pode o Direito Penal ser aplicado à total alvitre do Estado.

Pelo contrário, deve ele se desenvolver num cenário em que as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu) se encontrem em perfeito equilíbrio, de forma a concretizar as garantias individuais do réu sem deixar desprotegidos os interesses da sociedade.

É nesse ponto que surge o processo penal pois,

A jurisdição só pode atuar e resolver o conflito por meio do processo, que funciona, assim, como garantia de sua legítima atuação, isto é, como instrumento imprescindível ao seu exercício. Sem o processo, não haveria como o Estado satisfazer sua pretensão de punir, nem como o Estado-Jurisdição aplicá-la ou negá-la (CAPEZ, 2014, p. 42).

Nesse ínterim, dá-se o nome de Direito Processual Penal ao “conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares” (MARQUES, 2003, p. 16).

Para Capez (2014, p. 42), Direito Processual Penal “é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo”.

Levando-se em conta seu caráter instrumental, Bechara (2012, p. 515) assim assinala: “o processo desempenha uma função epistemológica, de conhecimento acerca de uma determinada situação de fato apresentada, e a prova representa exatamente esta atividade de conhecimento e revelação, de modo a confirmar ou não a veracidade do enunciado afirmado”.

Outrossim, como ensina Talamini (2012),

a reconstrução histórica dos fatos da causa não é valor absoluto; não é meta final do processo. Escopo do processo é a atuação do ordenamento jurídico, com a conseqüente pacificação social que tal atuação trará. E a verificação dos fatos é apenas uma etapa para a consecução desse objetivo. É óbvio que, para realizar tal fim, o Juiz deverá fazer o possível para apurar a verdade dos fatos.

Daí a necessidade de provar se um comportamento humano de fato ocorreu ou não, só dessa maneira o Estado é capaz de aplicar corretamente o direito penal, pois a demonstração da realidade dos fatos é ponto fundamental para a qualidade do conteúdo jurisdicional.

Desse modo, nos parece claro que o Estado passa a depender, em grande medida, da prova dos fatos em juízo, bem como dos eventuais desvios que possam ser cometidos no decorrer da persecução penal (KNIJNIK, 2007, p. 6-7), desvios estes, que são normais pois,

como leciona Knijnik (2007, p. 7), “as práticas probatórias não são axiologicamente neutras. Bem ao contrário, elas revelam tanto características culturais da sociedade – ou seja, evidenciam o modelo cognoscitivo das pessoas – como o próprio modelo de Estado em vigor”.

A propósito, não só as práticas probatórias evidenciam aspectos culturais da sociedade e do modelo de Estado, mas sim toda a forma como o direito é regulamentado.

Nesse sentido, o magistério de Fernandes (2007, p.19):

A forma como o direito é regulado representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico. Sendo assim, as alterações políticas no tempo e a diversidade de ideologias em uma mesma época fazem com que haja diferentes tratamentos aos institutos processuais na evolução histórica e nos vários países.

Tanto é assim que, analisando historicamente a apreciação das provas, vislumbram-se momentos em que as formas aceitáveis de conhecer a realidade eram pautadas no mito e na magia, traduzidos nos chamados juízos de deus (ou dos deuses) e ordálias¹. O que é totalmente inaceitável para o homem atual, era para a maioria dos povos da antiguidade, a melhor maneira de obtenção de uma decisão justa.

Prosseguindo a análise, Knijnik (2007, p. 8) afirma que “um verdadeiro direito probatório só surge a partir do momento em que se confia, em maior ou menor grau, na possibilidade de comunicar realidades através de um discurso racional”.

Destarte, a partir do momento em que a sociedade admitiu a razão como instrumento da verdade, pertencente ao intelecto do homem e fundamentada na sua direta observação crítica dos fatos, chegou-se, enfim, a um direito probatório racional e pragmático, assim como vemos nos dias atuais.

É sobre esse pano de fundo que se desenvolverá o presente trabalho.

Outrossim, a fim de lhe dar concretude, passa-se ao estudo dos principais institutos atinentes à prova penal em que serão expostos pressupostos conceituais para o desenvolvimento do tema.

1.2 A verdade como o pressuposto para a prova

Partindo da premissa que para a aplicação justa e correta do direito penal se faz

¹ Julgamentos de Deus ou Ordálias: método de obtenção da verdade em que o acusado submetia-se a determinada prova física ou suplício, de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão (OLIVEIRA, 2014, 242).

necessário o conhecimento dos fatos pelo Estado-juiz, bem como que o método para conhecê-los deve ser pautado pela razão humana, então a busca pela verdade se torna escopo para a justiça, e assim surge a relação entre verdade e prova.

Segundo Souza (2012, p. 43):

Prova e verdade mantêm uma relação de meio e fim, essencialmente teleológica, sendo a última o objetivo a ser alcançado pela primeira. Conquanto diferentes sistemas legais deem ênfase ora ao aspecto argumentativo, como o sistema adversarial, ora ao aspecto demonstrativo, como o inquisitivo, nenhum modelo jurídico afastou-se da premissa de que prova e verdade devem manter mecanismos de correspondência ativos.

Na tentativa de explicar esta relação, a doutrina, de modo geral, utilizou-se de diversos institutos e conceituações que culminavam na distinção entre: a verdade dos fatos, chamada de material, tida como inalcançável, pois jamais seria possível a reprodução exata dos fatos dentro do processo; e a verdade processual, denominada de formal, que seria a verdade viável dentro daquilo que foi produzido nos autos. (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 346).

Aludida distinção vem bem posta pelo mestre Arruda Alvim (1976, p.76) apud Marinoni e Arenhart (2010, p. 30), que leciona que “a verdade formal, ao contrário da real, é aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial”.

Contudo, os mais recentes ensinamentos mostram que esta multiplicidade de “tipos de verdade” traz uma relativização pouco vantajosa para o processo, pois acaba por cindir um conceito que, em princípio é e deve continuar a ser uno, o conceito de “verdade”. (SOUZA, 2012, p. 44).

Embora admitindo que prova e verdade sejam partes de uma relação teleológica, para solucionar a questão foi preciso para doutrina processualista se afastar do desmembramento do conceito de “verdade”, e o caminho para isso foi compreender que o objeto da prova não são mais os fatos em si, como outrora se concebia, mas sim as proposições acerca dos fatos.

Assim ensina Carrata (2001, p. 73) apud Knijnik (2007, p.14):

O objeto da prova não são diretamente os fatos ocorridos no passado, pela simples razão que não se pode provar a verdade/falsidade dos fatos que podem apenas ser constatados no momento de sua ocorrência e, assim, podem ‘ser’ ou ‘não’ ser, e não ‘serem verdadeiros’ ou ‘serem falsos’. Assim, objeto da prova são as afirmações, os relatos que, dos fatos ocorridos no passado, as partes fazem perante o juiz.

Em continuidade ao raciocínio Knijnik (2007, p.14) afirma:

É altamente desejável que o sistema chegue a um juízo de fato o mais próximo da verdade, mas é preciso ter a clara consciência de aquilo que está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro. À luz dessa consciência, é preciso que o sistema e principalmente o aplicador estejam sempre voltados à prevenção do erro, não confiando, ingenuamente, na possibilidade de reconstruir os fatos tais quais eles ocorreram no passado.

Desse modo, o conceito de verdade permanece íntegro, sem levar, contudo, ao abandono da relação entre prova e verdade; apenas, tal relação se confirma como teleológica.

1.3 O conceito de prova

Em nossa língua, a palavra prova, de acordo com o dicionário Michaelis (MICHAELIS, 2014), significa “aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração; aquilo que mostra ou confirma a verdade de um fato; exame ou cada uma das partes dele; ensaio, experiência, demonstração”.

É notória a dificuldade em se conceituar um termo de tantas facetas e significados, que assume distintas nuances à cada prisma em que se é verificado.

Contudo, embora não seja possível estabelecer um conceito absoluto da palavra, seu enfrentamento e discussão se mostram interessantes, haja vista que acabam por traçar um sentido de verificação no entendimento do termo no bojo do estudo do processo judicial.

Taruffo (2002, p. 21) apud Garcia (2009, p.28), analisando as diversas teorias acerca do tema, chega à conclusão que embora influenciada por distintos fatores culturais e técnico-jurídicos, a ideia basilar do conceito é fundamentalmente a mesma nos mais diversos ordenamentos jurídicos, que referem-se à prova judicial como “aquilo que estabelece se os fatos ocorreram ou não, e que serve exatamente para resolver este problema”.

Escolhendo arbitrariamente um dos seus prismas, qual seja, a decisão judicial, por ser, afinal, o escopo do processo, Marinoni e Arenhart (2010, p. 57) definem a prova como “todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

Igualmente na tratativa de se conceituar a prova, Távora e Alencar (2010, p. 346) assinalam que “é a prova em si mesma; uma expressão dinâmica, através da produção probatória, e uma feição dialética, com a submissão da prova à discussão processual e posterior valoração na sentença”.

Desse conjunto de ideias se extrai, enfim, que, embora não haja como estabelecer um conceito único de prova, esta abrange necessariamente a característica de ser uma atividade de produzir elementos que permitam que os sujeitos processuais tenham contato concreto com as proposições acerca dos fatos.

1.4 Atributos da prova

Os atributos da prova são todos os componentes existentes na própria esfera de influência, definição e caracterização da prova.

São eles o objeto, a finalidade e a função da prova, bem como as fontes, os meios e os destinatários da prova.

Como já adiantado, objeto da prova são as proposições acerca dos fatos, os relatos, as afirmações, dos fatos ocorridos no passado. É, além disso, “o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda” (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 347).

Assim como o objeto, a finalidade e a função da prova são intimamente ligadas ao próprio conceito de prova.

Tendo como pressuposto o exposto até aqui acerca do conceito de prova e de seu objeto, entende-se então que a finalidade da prova é a demonstração da verossimilhança da alegação dos fatos, bem como que sua função é de se prestar como argumento na dialética processual a fim de servir como elemento de convencimento do juiz para uma justa prestação jurisdicional.

Disso se extrai o entendimento esposado por Távora e Alencar (2010, p. 346), no sentido de que “o destinatário da prova é o magistrado, que formará o seu convencimento pelo material que é trazido aos autos”. Que ainda assinalam: “As partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão”.

Seguindo esse raciocínio, os destinatários da prova apreciam as proposições acerca dos fatos por meio das fontes. Fonte de prova é a origem do elemento de prova que foi incorporado ao processo. Essa fonte pode ser uma pessoa ou uma coisa.

As informações contidas nas fontes de prova aportam ao processo pelos chamados meios de prova.

Nesse diapasão a substancial definição de Souza (2012, p.52):

O procedimento que medeia a transposição da informação trazida pela fonte de prova de fora para dentro do processo é chamado de meio de prova. É através de umas das diversas modalidades de meios de prova que as partes e o órgão julgador tomarão contato com a fonte de prova e estarão habilitados a obter conclusões dos elementos de prova dela extraídos.

Corroborando esse entendimento, Távora e Alencar (2010, p. 349) definem os meios de prova como “os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo”.

Feitas tais considerações acerca dos principais institutos da prova, passa-se a análise das classificações correntemente abordadas nos estudos de prova penal.

1.5 Classificações da prova

Uma vez que a presente pesquisa trata de um específico meio de prova, de curial importância seja realizada uma breve análise a respeito das diversas classificações doutrinárias atinentes ao tema.

1.5.1 Quanto ao objeto

Na classificação da prova pelo enfoque do objeto, esta pode ser direta ou indireta.

Como ensina Garcia (2009, p. 35), “fala-se em prova direta quando ela se refere ao próprio objeto”. E complementa: “quando o objeto não é o próprio fato, mas outro que permitirá, por raciocínio lógico, chegar-se à conclusão acerca da ocorrência ou não daquele, diz-se prova indireta”.

No mesmo sentido caminha o magistério doutrinário de Souza (2012, p. 52):

[...] se o fato referencial que se busca comprovar através de um determinado meio de prova for o mesmo do objeto de prova (o enunciado que se traduz na imputação), ter-se-á uma prova direta. Caso o meio de prova vise à comprovação de um fato secundário, que não está inserido na proposição nuclear que dá fundamento à imputação, será o caso de prova indireta.

Sobre o assunto, interessante o magistério de Knijnik (2009, p. 26), para quem todas as provas são, sob um certo aspecto, indícios, enquanto traços e consequências morais ou materiais do delito, argumentos ou sinais dele. Para o autor, “o tempo é irreversível, os

acontecimentos são únicos, e qualquer reconstrução do passado, quando muito, é uma aproximação”.

Veja-se que o aludido autor entende que não há distinção entre prova direta e indireta, isso porque, segundo ele, toda e qualquer prova é sempre indireta em alguma medida.

1.5.2 Quanto à fonte de prova

Como já exposto, a fonte de prova é a origem do elemento de prova que foi incorporado no processo, podendo ser pessoal ou real.

Em relação à primeira, Garcia (2009, p. 35) a define como “revelação consciente, feita por uma pessoa, das impressões mnemônicas (decorrentes da memória) que o fato imprimiu no seu espírito”.

Já a fonte real engloba qualquer objeto inanimado do qual se pode obter um dado ou uma informação. São os objetos materiais do crime, os documentos e quaisquer outros itens sobre os quais, em regra, possa ser realizada uma perícia judicial (SOUZA, 2012, p. 53).

1.5.3 Quanto à forma

Na classificação relativa à forma da prova, o prisma que se é verificado é dado conforme a própria prova se apresenta em juízo.

Desse modo, e de acordo com Garcia (2009, p.35-36), a prova testemunhal “é a prova que se apresenta ao juízo de forma de afirmações orais”. No mesmo sentido, Capez (2014, p. 493) afirma que a prova testemunhal é aquela “resultante do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre fatos de seu conhecimento pertinentes ao litígio”.

Já a documental é a prova que se apresenta por afirmações escritas ou gravadas, aquela “produzida por meio de documentos” (CAPEZ, 2014, p. 403).

Por sua vez, a prova material “consiste em qualquer materialidade que sirva de prova do fato *probando*, é a atestação emanada da coisa” (GARCIA, 2009, p. 36).

1.5.4 Quanto ao modo de constituição

A classificação das provas levando em conta o momento de sua formação é de grande

pertinência para o presente trabalho, isto porque servirá como parâmetro para a admissibilidade da prova emprestada, constituindo, pois, critério básico intimamente ligado ao exercício do contraditório.

Outrossim, neste quesito as provas são classificadas em constituídas e pré-constituídas.

As provas pré-constituídas, conforme assevera Badaró (2014, p. 13) “dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existent ao processo, sendo criadas em procedimentos extraprocessuais. Posteriormente, são apenas juntadas aos autos e submetidas ao contraditório”.

Já as provas constituídas “são constituídas e produzidas com atos do processo, sendo formadas em contraditório de partes e perante um juiz terceiro e imparcial” (BADARÓ, 2014, p. 13). As provas constituídas se formam no bojo do processo, enquanto que as pré-constituídas existem fora do processo, em procedimentos extraprocessuais, aportando nele em momento posterior.

Sobre o assunto, relevante apontamento é feito por Badaró (2014, p. 13):

As provas constituídas, 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 atividade 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 criada previamente e extra-autos. Justamente por isso, o juízo de admissibilidade e o procedimento de produção de tais provas são diversos.

Esses são os principais traços relativos à classificação da prova quanto ao seu modo de constituição, vejamos agora a classificação da prova quanto à sua previsão.

1.5.5 Quanto à previsão

Neste quesito as provas podem ser típicas, atípicas ou irrituais.

As provas típicas ou nominadas são “aquelas que estão previamente reguladas em lei” (CAMBI, 2006, p. 40).

Se, além de previsto na lei, o meio de prova trazer a regulamentação do seu procedimento probatório, o que é o mais comum, será uma prova típica *stricto sensu*. Por outro lado, se o rito procedimental for copiado de uma outra prova típica, o meio de prova será típico por analogia [...]. Por fim, se houver previsão normativa, mas nenhuma disposição procedimental, será o caso de uma prova típica meramente referida. (CAMBI, 2006, p. 40)

Em paradoxo às provas típicas, Cambi (2006, p. 40) assinala que “as atípicas ou inominadas são aquelas que podem construir úteis elementos do conhecimento dos fatos da causa, mas não estão especificamente reguladas em lei”, sendo exemplo desta classificação, a prova emprestada.

Já as provas irrituais, de acordo com Souza (2012, p. 58) seriam “aquelas que pretendessem atingir o fim de uma prova típica, mas que, contudo, apresentassem deficiência em seguir os ritos legalmente definidos”.

Cabe salientar que, por ser a prova emprestada uma prova atípica, será dado, em momento oportuno, maior corpo à temática, trazendo à discussão as influências dos modelos probatórios na admissibilidade das provas atípicas.

Capítulo 2 – DIREITO À PROVA E SUAS LIMITAÇÕES

2.1 O direito à prova

Não divergem os doutrinadores na conceituação do direito à prova, que em linhas gerais o definem como o “direito à oportunidade das partes demonstrarem suas alegações” (FERNANDES, 2007, p. 78), e ainda, “o direito de contradizer provando” (GRINOVER, 2012, p. 25).

Para Fernandes (2007, p. 78) “de nada adiantaria ao autor e réu o direito de trazer à juízo as suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações”. Daí o entendimento de que o direito à prova decorre dos direitos de ação e de defesa, ostentando a mesma natureza de ambos: a natureza de direito subjetivo público.

E não é em vão, que se salienta o direito à prova no quadro das garantias da ação e da defesa. Já se notou que a atividade probatória representa indubitavelmente o momento central do processo: estritamente ligada à alegação dos fatos, visa ela a demonstração da verdade, revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo jurisdicional (GRINOVER, 2012, p. 25)

Assim se explica “a estreita conexão entre a atividade probatória e as garantias constitucionais, uma vez que é exatamente no terreno da prova que a interação das garantias encontra efetiva aplicação” (GRINOVER, 2012, P. 26). Tal conexão não destoaria do que os doutrinadores vêm chamando de “constitucionalização do direito”, que seria, de acordo com Barroso (2005), “[...] um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.”.

E também não poderia ser diferente, o hodierno processo penal brasileiro, de índole marcadamente acusatória, é todo banhado pela cláusula do devido processo legal, o que faz com que as garantias ligadas ao direito de ação e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, devam ser sempre observadas, sob pena de invalidade do processo (GRINOVER, 2012, p. 26).

Disso tudo se extrai que o direito à prova não deve ficar imune a uma interpretação fundada nos princípios estampados na Constituição da República, o que obviamente obriga, em cada manifestação desse direito, a observação dos valores fundamentais envolvidos.

A fim de ilustrar as manifestações do direito à prova dentro do processo, Fernandes

(2007, p. 80) selecionou os seguintes direitos das partes que, indubitavelmente, constituem o exercício dessa garantia:

a) direito de requerer a produção de 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 todas 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; e h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.

Portanto, todos esses direitos das partes constituem a materialização do direito à prova. Daí a razão de Oliveira (2014, p. 244) assinalar que “o exercício desse direito à prova se estenderá a todas as suas fases: a da obtenção, a da introdução e produção no processo, e por fim, a da valoração da prova, na fase decisória”.

Todavia, como toda garantia, o direito à prova não é absoluto. Por vezes, em confronto com outras garantias fundamentais, sua limitação se torna necessária e preferível. É evidente que a busca pela verdade dos fatos – escopo da atividade probatória – não pode ser desenfreada ao ponto de violar bens de maior ou igual valor. Por isso, em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a existência e a exigência de um limite ao direito à prova, o qual, previamente definido na constituição federal, consiste no “[...] respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da inadmissibilidade das provas [...]” (OLIVEIRA, 2014, p. 328-329).

A razão para isso vem bem posta por Grinover (2012, p. 26): “Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável”. Que afirma, ainda, que os limites ao direito à prova são

[...] colocados em primeiro lugar, pelo princípio da convivência das liberdades públicas, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danosa 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. (GRINOVER, 2012, p. 26)

Feitas tais consideração, passa-se a análise da legalidade na disciplina da prova.

2.2 A legalidade na disciplina da prova

Nos termos do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1998; “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A mesma vedação fora reproduzida no artigo 157 do Código de Processo Penal; “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Da interpretação literal desses artigos se extrai, evidentemente, que as provas ilícitas são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, bem como que, caso aporem no processo, estas devem ser desentranhadas.

Outrossim, embora sejam ambos considerados “meios ilícitos” e tenham por final a mesma consequência, qual seja, a inadmissibilidade da prova, há na doutrina do processo penal uma distinção conceitual entre prova ilícita e prova ilegítima.

Segundo Oliveira (2014, p. 368), “as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual”.

Assim, uma prova produzida com violação ao direito à intimidade seria uma prova ilícita, enquanto que uma prova produzida dentro do processo (um interrogatório sem a presença de um defensor, por exemplo) seria ilegítima.

Sobre as provas ilegítimas, interessante apontamento foi feito pelos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 241):

[...] É preciso perceber que uma prova pode violar simples regras do procedimento probatório – cuja necessidade de observância não é imprescindível para a proteção das garantias da parte – e direito fundamentais processuais. Nessa última hipótese, a prova contém vício tão grave quanto a que viola um direito fundamental material, quando a separação da prova segundo a natureza do direito violado perde sentido.

Ademais, “quando o art. 157 fala em violação a normas constitucionais ou legais, não distingue se a norma legal é material ou processual” (GOMES, 2009), de sorte que, em relação às consequências jurídicas, a aludida distinção não tem qualquer utilidade.

Na mesma esteira, pouco importa quem conseguiu a prova. “Normalmente deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar da atividade desenvolvida por particular” (FERNANDES, 2007, p. 93).

Fato é que a “norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias

individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo” (OLIVEIRA, 2014, p. 345).

No que diz respeito ao presente trabalho, embora seja clarividente que serão inadmissíveis as provas obtidas com violação aos direitos e garantias individuais de índole material, como por exemplo, aos direitos fundamentais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (Art. 5.º, X, da Constituição Federal), inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5.º, XII) etc., o enfrentamento desta questão não se mostra prestadio, isso porque o empréstimo de uma determinada prova – como será visto adiante – pressupõe a sua admissibilidade no processo de origem, ou seja: pressupõe-se que a prova a ser emprestada tenha sido obtida sem a violação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, eis que admitida no processo em que fora produzida.

Deste modo, as atenções devem estar voltadas, quando da análise da admissibilidade da prova emprestada, para a ilicitude no plano do direito processual, especialmente no que diz respeito à produção da prova, pois é neste prisma em que pode ocorrer a violação capaz de tornar a prova emprestada inadmissível.

De acordo com Marinoni e Arenhart (2009, p. 243) “[...] a ilicitude da produção da prova deriva, em regra, de violação do direito processual, [...], nesses casos não há como negar que a produção da prova foi conduzida de modo ilícito, ou que houve ilicitude na produção da prova”.

Exemplo de ilicitude no plano processual seria a violação do contraditório na produção da prova testemunhal ou, ainda, na vedação às partes de acompanharem a realização de uma prova pericial.

Entretanto, cabe salientar que a ilicitude no plano do direito processual não implica o entendimento de que só haja violação às garantias processuais, haja vista que estas, mesmo que concretizadas no processo, não perdem a natureza de garantias individuais, e portanto, ostentam a natureza de direito material.

Nessa perspectiva o interessante entendimento do Oliveira (2014, p. 369) proclama “que o direito ao contraditório, [...], não constitui uma norma de Direito Processual, ainda que no processo é que se efetive e exerça. A nosso aviso, toda garantia individual relativa ao *due process of law* tem conteúdo eminentemente material”.

Mas então, qual a razão de se ater somente a ilicitude no plano do direito processual?

Como já dito, a razão é simples: as garantias fundamentais violadas na ilicitude no plano do direito processual são as mesmas que correntemente obstam a admissibilidade da

prova emprestada. Por esse motivo, necessário se faz a acurada apreciação das garantias comumente violadas no plano do direito processual, o que será feito por meio da exposição dos princípios constitucionais de índole processual, para que, em momento ulterior, sejam eles verificados frente à aplicação da prova emprestada.

2.3 Princípios constitucionais de índole processual

Antes de adentrar efetivamente em cada um dos princípios, pertinente se faz o esclarecimento acerca do conceito e da amplitude do termo “princípio”.

No vernáculo, de acordo com o dicionário Michaelis (MICHAELIS, 2014), a palavra “princípio” significa: “momento em que uma coisa tem origem; começo; início; ponto de partida; Causa primária etc.”.

Falando-se juridicamente, “há que se ressaltar que a doutrina conceitua os princípios de diversos modos, utilizando-se, para tanto, de inúmeros critérios, como o da fundamentalidade, hierarquia, abstração, generalidade etc.” (BORGES, 2010, p. 04).

Para Nucci (2010, p. 35), “princípio é, sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

Já para Alexy (2002, p. 81) apud Borges (2010, p. 06), “os princípios seriam normas que prescrevem um *mandamento de otimização*, podendo o preceito ser cumprido em diversos graus de intensidade, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. E segue,

[...] e não é só isso. Seguindo a lição de Robert Alexy – transcrita por muitos estudiosos de forma equivocada, diga-se de passagem, em suas obras – os princípios nada mais são do que *modelos de otimização*, podendo ou não ser considerados como *mandamentos nucleares* de um sistema. (BORGES, 2010, p. 07).

Conquanto hajam diferentes critérios para sua conceituação, fato é que os princípios “detêm relevância extraordinária para a coerência do conjunto de normas especiais, nem sempre elaboradas de maneira sistemática e lógica pelo legislador” (NUCCI, 2010, p. 36) e devem ser considerados os fios condutores das normas que compõem o Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo.

E não poderia ser diferente. Isso porque, com obrigação lógica de se afastar da sistemática marcadamente acusatória que o permeia, o Direito Processual Brasileiro não pode

mais ser aplicado com base na estrutura do ainda vigente Código de Processo Penal.

Por isso afirma Oliveira (2014, p 35):

Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, públicas e privadas, que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, a atual ordem constitucional não deixa margem a dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentais na ordenação constitucional

Que conclui:

Em relação ao processo penal enquanto sistema jurídico de aplicação do Direito Penal, estruturado em sólidas bases constitucionais, pode-se adiantar a existência de alguns princípios absolutamente inafastáveis, e, por isso, fundamentais, destinados a cumprir a árdua missão de proteção e tutela dos direitos individuais (OLIVEIRA, 2014, p. 37).

Surge, nesse contexto, o Direito Processual Constitucional, o qual definem Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 79) como sendo a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”.

Pode-se dizer, em outras palavras, que os princípios de índole processual são as normas abrangentes que vinculam e explicitam os direitos fundamentais dentro do processo penal.

Não será dado, por ora, uma abordagem específica destes princípios no terreno da admissibilidade da prova emprestada. Neste momento serão somente delineadas as características gerais e cruciais de cada um deles, salientando-se que hão de ser contextualizados no momento oportuno, dentro do objeto da pesquisa.

2.3.1 Juiz Natural

Não diverge a doutrina sobre a origem do princípio do juiz natural, a qual se encontra no Direito anglo-saxão e remonta à Carta Magna de 1215, onde aparece, inicialmente, com base na ideia da vedação do tribunal de exceção, ou seja, na proibição de se constituir ou de se instituir um órgão do Judiciário exclusivamente para o processamento e julgamento de uma determinada infração penal (OLIVEIRA, 2014, p. 36).

Em textos posteriores, por obra do Direito norte-americano, acrescentou-se, na elaboração do princípio, mais uma dimensão, que consiste, de acordo com Oliveira (2014, p.

37), “na exigência da regra de competência previamente estabelecida ao fato, fruto, provavelmente, do federalismo adotado desde a formação política daquele Estado”.

Tratando do princípio na tradição brasileira, Fernandes (2010, p. 124) afirma: “[...] o princípio representa dupla garantia: proibição de tribunais extraordinários (poder de comissão) e proibição de evocação (transferência de uma causa para outro tribunal). Não é vedado o poder de atribuição, sendo assim permitidos os juízos especiais”.

As lições de Capez (2014, p. 51) apontam no mesmo sentido:

Um dos princípios fundamentais da função jurisdicional, eis que intimamente relacionado com a imparcialidade do juízo, a garantia do juiz natural foi trazida para o direito brasileiro, desde o início, em seu duplice aspecto: a) proibição do juízo ou tribunal de exceção, isto é, criado *ex post facto* para o julgamento de um determinado caso concreto ou pessoa (CF, art. 5º, XXXVII); b) garantia do juiz competente (CF, art. 5º, LIII), segundo a qual ninguém será subtraído ao seu juiz constitucionalmente competente.

Dessa forma, pode-se afirmar que o referido princípio envolve necessariamente duas dimensões, quais sejam, a vedação de tribunal de exceção e a exigência de que o juízo tenha sua competência definida antes da prática do fato.

Sobre o tema, interessante o magistério de Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 124):

Embora duplice, [...], a expressão ampla dessa garantia desdobra-se em três regras de proteção: 1.^a) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; 2.^a) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; 3.^a) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Não foi outro o posicionamento do poder constituinte brasileiro, o qual esculpiu na Constituição Federal de 1988 as três regras de proteção.

Em seu art. 5º, incisos XXXVII e LIII, as regras são claras, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e, ainda, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Veja-se que a afirmação contida no art. 5º, LIII, de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, consagra, como escreveu Marques apud Fernandes (2010, p. 125), na garantia de que “ninguém pode ser subtraído de seu Juiz Constitucional. Somente se considera juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fonte constitucionais”.

Esse ponto, inclusive, é de relevante importância para o presente trabalho. Isso

porque, como veremos posteriormente, para o empréstimo de uma prova constituenda – aquela constituída e produzida com atos do processo – exige-se que tenha ela sido produzida sob o manto do contraditório e na presença de um Juiz Natural.

Note-se que juiz natural deve ser entendido como a autoridade judiciária cujo poder de julgar foi conferido pela Constituição, e, de forma alguma, como o indivíduo nomeado para exercer essa autoridade. Trata-se esse último caso do princípio da identidade física do juiz, que, embora guarde relação, não se confunde de nenhuma forma com o princípio do juiz natural.

A corroborar todo o exposto, exemplificam-se os cuidados da jurisprudência com o tema com o seguinte julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

[...] O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. - O princípio da naturalidade do juízo representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e condicionam o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório, notadamente quando exercidas em sede judicial. O postulado do juiz natural, em sua projeção político- jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal. - É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo - considerado o princípio do juiz natural - que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas - que representam limitações expressivas aos poderes do Estado - consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente[...]" (BRASÍLIA, 2004).

Liga-se, ainda, ao princípio do Juiz Natural o chamado princípio da imediação, o qual é traduzido em duas garantias: a primeira significa a necessidade de se assegurar que o juiz que irá sentenciar se relacione da maneira mais direta possível com os elementos aptos a influenciar sua convicção; a segunda, por sua vez, importa na necessidade de procurar-se assegurar que o juiz forme sua convicção acerca da asserção do fato ocorrido da maneira que se mostre mais aceitável com os elementos de prova produzidos.

De mais a mais, por razões técnicas e funcionais, o princípio é passível de flexibilização, mormente nas situações em que se verifica a impossibilidade material de

assegurar que o juízo da causa seja o mesmo perante o qual a prova será produzida. Assim ocorre nas hipóteses de carta de ordem, carta rogatória, precatória, instrumentos de cooperação, os quais pressupõem a impossibilidade do juízo da causa se colocar em contato de forma imediata e direta com a fonte de prova (BECHARA, 2012, p. 517).

Sobre o assunto, veja-se o interessante magistério de Fábio Ramazzini Bechara (2012, p. 517):

O que existe em comum em todas essas situações, é que o contato com as fontes de prova se dará de forma indireta ou mediata, proporcionando ao juiz a oportunidade de apreender a essência da informação, dado ou elemento probatório. [...] Se a exigência da imediação assumisse o caráter absoluto, haveria casos em que a eficiência do processo penal restaria irreparavelmente danificada.

Feitas tais considerações, passa-se à análise de outro princípio de índole processual.

2.3.2 Contraditório

Considerado elemento essencial para a base da regularidade do processo e da justiça da decisão, o princípio do contraditório foi expressamente acolhido pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso LV, declarou: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Referido princípio consubstancia-se no velho brocardo *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida, que, “traduz a ideia de que a Defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 64).

Tradicionalmente, o princípio do contraditório sempre foi posto como “a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse” (NUCCI, 2010, p. 286).

Todavia, nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 43):

Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de participação no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalari, caminha a passos largos no sentido de uma nova

formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou da *paridade de armas*, na busca de uma efetiva igualdade processual.

Veja-se que no processo penal é estritamente necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno no sentido de que a observância do contraditório é exigência durante todo o desenrolar da causa, até o seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.

Liga-se, aqui, como ensina Scarance Fernandes (2010, p. 57), “o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares”.

Do esposado, é possível chegar à conclusão de que o princípio corresponde necessariamente à garantia dada ao litigante de que poderá influir materialmente no convencimento do Estado-juiz em plena e efetiva igualdade de condições, permitindo que sua resposta possa ser realizada na mesma intensidade e extensão da participação da parte contrária.

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. (OLIVEIRA, 2014, p. 44)

Há de se salientar, também, que o princípio atua em favor da dialética processual, pondo-se como método de conhecimento do caso penal e atuando na busca pela verdade. Nesse sentido, certo é que uma estrutura de teses e antíteses, de afirmações e negações, revela-se como extremamente proveitosa para a formação da convicção do magistrado, e, conseqüentemente, para a prolação de uma decisão justa e atenta às situações fáticas de cada caso.

No terreno da produção probatória não é diferente, o princípio é de inquestionável importância.

Com efeito, além da possibilidade de refutar a prova trazida ao processo pela parte contrária – exercendo o contraditório de forma diferida – há, também, em relação as provas constituídas, a garantia de que as partes possam influir no que virá a ser a prova, ou seja, deve ser garantido às partes a possibilidade de influenciar no convencimento do juiz desde o

momento da produção da prova.

Como já visto, não se exige o contraditório na formação das provas não produzidas como atos do processo (as chamadas pré-constituídas). Basta, para a sua validade, que sejam expostas ao contraditório em fase judicial (esse é o contraditório diferido). É a regra, por exemplo, das provas documentais. Lado outro, para a validade das provas constituídas, é imprescindível que tenham sido elas, desde a sua produção, submetidas ao contraditório. É o caso das provas testemunhais e periciais, em que deve ser garantido as partes o direito de reperguntas e elaboração de quesitos.

Disso tudo se extrai a relevância do princípio para o processo penal. Para o tema ora estudado, vê-se que o é ainda mais. Isso porque, como já podemos ter a ideia, o contraditório constitui requisito de validade para todo o processo, aí inserida a atividade probatória e, conseqüentemente, a admissibilidade da prova emprestada.

2.3.3 Duração razoável do processo

De acordo com o art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992), são garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Referida convenção prevê ainda:

Art. 7º. São direitos inerentes à liberdade pessoal: [...] 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Muito embora o princípio da duração razoável do processo já ostentasse força normativa, “a Emenda Constitucional n.º 45/2004 cuidou de erigi-lo expressamente em garantia constitucional, acrescentando um novo inciso ao art. 5º, o LXXVIII” (CAPEZ, 2014,

p. 68), o qual prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Não fosse isso, com base nos mais evoluídos entendimentos sobre a internação de tratados internacionais no Brasil, ainda assim a razoável duração do processo integraria o rol de garantias fundamentais do indivíduo, já que a própria Constituição, em seu art. 5º, parágrafos 2º e 3º, confere às convenções internacionais e tratados sobre direitos humanos a estatura constitucional.

De qualquer modo, por óbvio que a duração razoável do processo não está somente ligada à sua célere tramitação. Nesse giro, nem podem as garantias fundamentais serem renunciadas em favor da celeridade processual, nem o processo se arrastar por elevado lapso temporal a minguar sua própria efetividade. Em outras palavras, não pode o decurso do tempo inviabilizar o direito de punir do Estado ou fazê-lo ser exercido desenfreadamente (não se pode esquecer que o decurso do tempo também traz benefícios para o solucionamento da lide). Da mesma forma, não nos parece justo ser o réu exposto muito tempo à persecução penal, que por si só já constitui um ônus para ele.

É por isso que, acompanhado das conceituações propostas para o referido princípio, a doutrina rotineiramente calca sua incidência ou afastamento na análise das circunstâncias do caso concreto. Vejamos.

Para Nucci (2010, p. 333), que trata duração razoável do processo e celeridade processual como binômio de economia processual:

A economia no âmbito processual significa o bom uso dos instrumentos formais, colocados à disposição das partes e do juiz, para que haja o mais adequado funcionamento e andamento dos atos processuais, culminando com um resultado eficiente e útil, [...]. Em tempos atuais, sabe-se do alto custo da Justiça, no tocante ao desperdício de atos e no elevado índice de impunidade, gerado por variados fatores, dentre os quais a prescrição.

Prosseguindo, o célebre doutrinador salienta (NUCCI, 2010, p. 333): “É fundamental, para o Estado Democrático de Direito, a existência de um processo célere, porém garantista, que louve os direitos e garantias individuais, sem abrir mão da eficácia das decisões, em especial, as condenatórias.”

Para Pietro Alarcón apud Capez (2014, p. 68):

De certo o princípio da celeridade complementa o devido processo legal, não o desautoriza. Por isso haverá que examinar, caso a caso, em que circunstâncias o princípio da celeridade cede diante dos postulados adjetivos da cláusula imorredoura. Parece-nos que, por exemplo, quando da

celeridade do procedimento possa sobrevir alguma consequência que iniba o exercício pleno da ampla defesa no campo penal, onde se discute a liberdade do acusado, a celeridade cede diante desta última.

Afasta-se, assim, a ideia de que a duração razoável do processo deve corresponder a soma aritmética dos prazos processuais. É impossível alcançar um critério objetivo de razoabilidade numa seara de tantas disparidades como a do processo. Por isso, “a razoabilidade condutora do tempo máximo para o trâmite do processo, dentro dos parâmetros garantistas constitucionais, cinge-se à prudência, à sensatez, à moderação” (NUCCI, 2010, p. 333), enfim, a critérios subjetivos que abarquem as particularidades do caso concreto.

Analisados os principais traços do princípio da duração razoável do processo, passemos ao princípio da unidade de jurisdição, não sem antes ressaltar que as principais características abonadoras da prova emprestada se encontram exatamente nestes dois princípios, uma vez que ela os concretiza.

2.3.4 Unidade da Jurisdição

Antes de tratarmos dos principais aspectos do princípio da unidade da jurisdição, necessário se faz o enfrentamento do que vem a ser a jurisdição.

Para isso, não se pode perder de vista que a jurisdição decorre inicialmente da célebre teoria da Separação dos Poderes, no qual Montesquieu, partindo de pressupostos aristotélicos, vislumbrou a existência de três funções distintas do Estado, quais sejam, a de legislar, a de administrar e a de julgar, sendo elas exercidas tipicamente por três órgãos distintos, os quais, a fim de alcançar a harmonia entre si, sujeitam-se a um sistema de freios e contrapesos.

Embora a teoria fale em separação dos poderes, é assente na doutrina que a expressão guarda notável imprecisão. Isso porque “o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções” (LENZA, 2012, p. 435).

Com efeito, é a jurisdição a manifestação do poder estatal atribuída ao Poder Judiciário, consistente em dizer o direito.

Aperfeiçoando esse conceito, Dantas (1997, p. 32) assim a descreveu: “a jurisdição vem a ser, pois, a realização autoritativa do direito, pela remoção, através da atuação estatal, provocada, das situações obstáculos existentes, através de uma atividade plenamente vinculada”.

Podemos, assim, conceituar a jurisdição como:

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 131).

É precisamente nesse ponto que se encontra o fundamento e o conceito do princípio da unidade de jurisdição. Ora, se o poder é uno e indivisível, a sua manifestação também o é.

Encampano esse entendimento, Dantas (1997, p. 46) conceitua o princípio da unidade da jurisdição como “a propriedade que esta tem de ser una e indivisível, por corresponder à expressão de soberania de cada Estado”.

Afinal,

a jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor, não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido; a jurisdição é, em si mesma, tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 142).

No mesmo sentido, Fernandes (2010, p. 121) leciona: “A jurisdição, como manifestação de soberania do Estado, é una e indivisível. Todavia, para fins didáticos, é normalmente realizada a separação da jurisdição em espécies, com base em critérios diversos”.

Assim, as classificações da jurisdição em penal e civil, comum e especial, contenciosa e voluntária, inferior e superior etc., não retiram dela a natureza una e indivisível.

Pode-se concluir, dessa forma, que o princípio corresponde exatamente a característica de unicidade da jurisdição, sendo certo que toda a manifestação jurisdicional, não importando o órgão que a tenha realizado, será considerada como exteriorização do poder soberano do Estado, facetado por meio de uma de suas funções, a de julgar.

2.3.5 Livre convencimento motivado

Trata-se o princípio, precipuamente, da escolha, pelo poder constituinte, do sistema do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional.

Referido sistema, elaborado com o propósito de afastar do processo penal os inconvenientes dos sistemas inquisitivo e das provas tarifadas, tem os seguintes contornos:

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais conveniente, [...] A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar as decisões nas mesmas bases argumentativas. (OLIVEIRA, 2014, p. 340).

Percebe-se, então, que o livre convencimento motivado é regra de julgamento, a ser utilizada por ocasião da decisão final, momento em que deverá ser feita a valoração de todo o conjunto probatório produzido nos autos.

Todavia, além da finalidade acima apontada, há de ser tratado o sistema como garantia da própria jurisdição, somando-se a sua de garantia técnica do processo,

Nesse sentido é o magistério de Fernandes (2010, p. 127):

Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, era tratada como garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão; permitir aos órgãos judiciários de segundo grau o exame da legalidade e da justiça da decisão. Agora, é vista como garantia de ordem política, garantia da própria jurisdição. Os destinatários não são somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, pela motivação, tem condições de verificar se o juiz decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. Às partes sempre interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, mediante ela, evidencia a sua atuação imparcial e justa.

Nos parece que é exatamente essa a razão do princípio ganhar status constitucional. Não fosse isso, bastaria a previsão na legislação infraconstitucional para a proteção das garantias endoprocessuais. Mas não, o princípio visto como garantia da própria jurisdição ganha relevos maiores e, assim, necessário se faz sua previsão constitucional, o que foi feito no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, no qual exige-se motivação de todas as decisões judiciais.

Em decorrência da adoção e consagração constitucional desse sistema – e analisando-o frente às atividades probatórias – torna-se claro que em nosso ordenamento não há hierarquia entre as provas, podendo o magistrado escolher qual prepondera em cada caso,

desde que faça isso de maneira fundamentada. Desse modo, é possível afirmar que não há supremacia de uma prova em relação a outra.

Da mesma maneira, não se pode dizer que a definição em lei do procedimento probatório vise limitar a atividade cognitiva do julgador. Pelo contrário, “representa mais uma função epistemológica da prova, que tem no procedimento o método mais adequado para a demonstração de uma verdade” (BECHARA, 2012, p. 516).

Nesse sentido, Bechara (2012, p. 516) afirma:

A aceitação de novos métodos de demonstração da verdade a partir do princípio da liberdade da prova, não significa que as disposições legais que regulam o procedimento passam a ter uma importância secundária. Pelo contrário, simplesmente revela o inevitável reconhecimento da existência de novos mecanismos de descoberta da verdade, dotados de idoneidade e aptidão para este fim, frutos de um mundo globalizado e de uma sociedade em transformação, e que, por tal razão, não podem ser ignorados.

O disposto no artigo 155 do Código Processo Penal sedimenta essas ideias:

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.

O resultado desta constatação é observado no estudo das denominadas provas atípicas e provas anômalas, ambas dotadas de capacidade e idoneidade de demonstração da verdade. A prova emprestada, na qualidade de prova atípica, funciona da mesma maneira, exigindo-se para sua admissibilidade o exame de sua idoneidade no plano concreto, feito caso a caso pelo julgador. Para isso, conforme já dito, os princípios constitucionais incidentes sobre o processo devem constituir o parâmetro de legalidade e admissibilidade da prova emprestada. A fim de harmonizá-los, caracterizá-los e aplicá-los como método de verificação, passemos à análise da prova emprestada em si mesma.

Capítulo 3 – A PROVA EMPRESTADA

3.1 Conceito, valor e forma

Não se vê nos grandes manuais de Direito Processual Penal abordagens aprofundadas acerca da prova emprestada. Neles, comumente, a prova emprestada é conceituada e seus requisitos de admissão superficialmente apresentados. Tourinho Filho (2013, p. 566), por exemplo, assim a trata:

[...] como o próprio nome está a indicar, prova emprestada é aquela colhida num processo e trasladada para outro. 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.

Para Bonfim (2011, p. 354-355), “diz-se emprestada a prova produzida em um processo, e depois trasladada a outro, com o fim de nele comprovar determinado fato”. Sendo que a prova emprestada é admissível no processo criminal, “desde que tenha sido produzida legalmente, seja dada ciência a ambas as partes e garantido o contraditório”.

Linhas mais expressivas sobre o tema são somente encontradas em livros específicos sobre prova ou em artigos científicos relacionados ao tema. Debruçando-se sobre esses materiais de pesquisa vislumbramos que não há dissenso acerca da conceituação da prova emprestada.

Nesse sentido, Bechara (2012, p. 520) leciona que a “prova emprestada consiste no meio de prova, produzido num determinado procedimento e posteriormente transportado para outro procedimento, com o qual guarde ou não conexão em relação ao fim perseguido”. Por sua vez, para Talamini (2012) a prova emprestada “consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram”.

Da mesma maneira, não existem divergências na doutrina quanto a forma da prova emprestada. Com efeito, embora formalmente seja tratada como prova documental, a prova emprestada conserva o seu caráter jurídico original (BONFIM, 2011, p. 354).

Nesse mesmo diapasão é o magistério de Ada Pellegrini Grinover (2012), que afirma que “[...] a prova emprestada é sempre documental, e assim tem sido considerada em via legislativa pelos ordenamentos que dela expressamente se ocupam”. Que assinala, ainda, que

“seu valor é o da sua essência, e esta será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo”

Aliás, em relação ao seu valor, interessante a consideração feita por Talamini (2012), a saber:

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 prova 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.

Veja-se que Talamini, diferentemente de Grinover e outros autores, não estabelece para a prova emprestada um valor fixo, sustentando que ela pode ou não ostentar o seu valor originário. É exatamente esse entendimento que o distingue dos demais, já que, dessa forma, a prova emprestada terá o valor dado à critério do juiz, adequando-se melhor ao princípio da livre apreciação das provas e do livre convencimento motivado.

É o entendimento sedimentado na jurisprudência pátria. Tal conclusão pode ser alcançada quando analisados os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os quais consolidaram que a prova emprestada pode ou não ostentar seu valor originário, mormente quando atribuíram a ela, em razão do desrespeito ao contraditório, o valor de indício.

Vistos o conceito, a forma e o valor da prova emprestada, vejamos sua (não) previsão legal.

3.2 A prova emprestada na legislação

A disciplina da prova emprestada no ordenamento jurídico brasileiro está inteiramente calcada na construção da doutrina e seu aproveitamento pela jurisprudência, carecendo de normas estatuídas pelo direito positivo (DEMCZUK, 2012, p. 292).

Assim, a primeira constatação a ser feita sobre a prova emprestada em âmbito legal é exatamente a seguinte: ela não é especificamente regulamentada, tratando-se, assim, de uma prova atípica, como já vimos.

Com efeito, é importante dizer que seu reconhecimento como meio de prova é

fulcrado não em um dispositivo legal, mas sim em todos aqueles que revelam a não taxatividade dos meios de prova na sistemática do nosso Código de Processo Penal, e que consagram, portanto, a liberdade dos meios de prova.

Nesse sentido, veja-se que a definição em lei do procedimento probatório “não tem objetivo limitar a atividade cognitiva do julgador, pelo contrário, representa mais uma manifestação da função epistemológica da prova, que tem no procedimento o método mais adequado para a demonstração de uma verdade” (BECHARA, 2012).

Ocorre, todavia, que não há a possibilidade de todos meios de prova serem previstos pelo legislador. A constante evolução dos métodos de aproximação da verdade e a inafastável falibilidade humana não permitem que todos os meios de prova sejam previstos de modo seguro. Ademais, restringi-los afastaria sobejamente o processo penal de sua finalidade, qual seja, a pacificação social, uma vez que a verdade (ou ao menos a sua perseguição) é ferramenta essencial para seu atingimento.

Destarte, como ensina Tourinho Filho (2013, p. 567), “não há, em tese, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana”.

Veja-se que tais restrições são exatamente aquelas expostas anteriormente sob a faceta de limites da prova (vide item 2.1). Por essa razão, desnecessária se faz sua revisitação, tendo-se claro que são aquelas de cunho legal e constitucional que traduzem valores éticos e morais e que constituem verdadeiras limitações ao direito à prova.

De qualquer maneira,

a aceitação de novos métodos de demonstração da verdade a partir do princípio da liberdade da prova, não significa que as disposições legais que regulam o procedimento passam a ter uma importância secundária. Pelo contrário, simplesmente revela o inevitável reconhecimento da existência de novos mecanismos de descoberta da verdade, todas de idoneidade e aptidão para este fim, frutos de um mundo globalizado e de uma sociedade em transformação, e que, por tal razão, não podem ser ignorados. (BECHARA, 2012)

Fato é que a prova emprestada se insere no rol das provas atípicas e, em razão disso, surge pelo menos uma consequência inexorável: deverá ela, para ser admitida, sempre e a cada caso, ser verificada frente aos parâmetros legais e constitucionais de produção das provas.

Não é outro o entendimento de Bechara (2012) sobre o assunto: “Enquanto nas provas típicas o exame da idoneidade se situa no plano abstrato, por ocasião dos trabalhos

legislativos, nas provas atípicas o exame da idoneidade está no plano concreto, realizada pelo juiz em cada caso concreto”.

É por isso que, como já visto, o valor da prova emprestada também deverá ser verificado caso a caso. Tudo isso a demonstrar a influência do modelo probatório na admissibilidade e valoração das provas atípicas e, conseqüentemente, da prova emprestada.

Conclui-se, dessa forma, que a maior consequência da não previsão da prova emprestada é que, assim como nas demais provas atípicas, a sua admissibilidade será aferida a partir de filtros mais sensíveis de legalidade, o que não afeta sua capacidade e idoneidade de demonstração da verdade.

Com efeito, ainda que atípica a prova emprestada cumpre com sua finalidade e revela-se como importante meio de prova.

Em paradoxo a todo o exposto, parece-nos claro que há uma tendência da previsão da prova emprestada nos diplomas legais, passo esse que seria primordial para sua melhor compreensão. É o que já vemos, com alguma inconsistência, nos Códigos de Processo Penal de países como a Itália, Argentina, México e França. No caso do Brasil, a tendência foi confirmada pela previsão da prova emprestada no Projeto do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei n.º 8045/2010), aprovado pelo Senado no ano de 2011, e em trâmite na Câmara dos Deputados desde 2012. No bojo deste projeto, referido meio de prova foi assim disposto:

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.

Da interpretação do artigo acima transcrito, entre acertos e incorreções, vê-se que o único requisito específico e explícito tratado nele para a admissibilidade da prova emprestada seria o respeito ao contraditório. Vê-se também a clara possibilidade de ser a prova emprestada originária de um procedimento administrativo. Não é exatamente o que sustentamos e a razão para isso será examinada posteriormente. Vejamos antes os fundamentos e finalidades específicos da prova emprestada.

3.3 Os fundamentos e finalidades da prova emprestada

Os fundamentos da prova emprestada, além de serem alicerçados no próprio direito à prova, encontram-se nos princípios da duração razoável do processo e da unidade de jurisdição.

Nesse sentido, como todas as demais provas, a prova emprestada deve se relacionar primeiramente à ideia de reconstrução de uma situação passada, no sentido da veracidade de uma afirmação quanto à existência de um determinado fato. (BECHARA, 2012). Seria essa a sua primeira finalidade.

A segunda finalidade do empréstimo da prova é a economia processual, haja vista que busca evitar a repetição desnecessária de atos a fim de que, com menor dispêndio de tempo e recursos materiais, o processo seja mais acessível a todos (TALAMINI, 2012). A prova emprestada, destarte, “pode ter a função de evitar dilações indevidas na tramitação do processo, desde que devidamente observados seus requisitos constitucionais de admissibilidade” (DEMCZUK, 2012).

Ocorre, todavia, que, eventualmente,

[...] o empréstimo da prova não se destina apenas à economia processual. Há casos em que a prova é irrepitível ou, quando menos, sua repetição só se faria a um custo bastante alto e despropositado. A prova emprestada, então, assume função diversa e especial: evitar a perda da prova irrepitível ou de difícil repetição. Seu fundamento passa a ser o próprio direito à prova – radicalmente ligado à ampla defesa e ao acesso à jurisdição: ou permite-se o traslado ou priva-se a parte de provar sua razão. (TALAMINI, 2012).

Desse modo, a prova emprestada deve ser vista por dois ângulos: no primeiro, a prova emprestada deve ser vista como um meio de prova, atípico, por certo, mas que assim como todos os outros possui a função de demonstrar a veracidade das afirmações veiculadas no processo; no segundo, a prova emprestada assume função de evitar a perda do direito à prova, ocasião em que seus requisitos deverão ser ponderados frente às garantias fundamentais.

Assim, deve-se ter em mente que “preenchidos os pressupostos específicos e genéricos, a parte tem direito a que se proceda ao empréstimo. Nessa hipótese, a simples possibilidade de sua reprodução não é motivo para sua inadmissão” (TALAMINI, 2012).

Vale ressaltar que, embora exista a possibilidade da repetição da prova, tal recurso “deve ser empregado com parcimônia, sob pena de esvaziar o instituto da prova emprestada e afrontar o direito à prova da parte que requereu o empréstimo” (DEMCZUK, 2012).

No caso da prova emprestada atuar como garantidora do direito à prova não é diferente. A verificação dos requisitos se mostra ainda mais prestadia, pois preenchidos, a

prova emprestada será admissível. Não preenchidos os requisitos constitucionais e legais a ela ligados, “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” (TALAMINI, 2012).

A única solução concebível nesse caso, segundo Talamini (2012), “será a aplicação da proporcionalidade. Tais valores (e também o que estão em jogo nos próprios polos da situação controvertida, objeto do processo) terão de ser ponderados de modo a se verificar quais dentre eles são os mais urgentes e fundamentais no caso concreto”.

É a partir dessa distinção que se propõe a verificação da admissibilidade da prova emprestada, uma vez que os seus requisitos de admissibilidade sofrerão alterações conforme as circunstâncias processuais e as finalidades da prova emprestada peculiares a cada caso. Fato é que mesmo para o caso da prova emprestada servir como salvaguarda do direito à prova, assegurando a produção de prova irrepetível ou de difícil reparação, ainda assim os aludidos requisitos deverão ser verificados, eis que da ausência de um deles que nascerá a necessidade e possibilidade de aplicação da ponderação.

3.4 Requisitos para a admissibilidade da prova emprestada

Em relação aos requisitos de admissibilidade da prova emprestada, embora com alguma inconstância entre os autores, tem se exigido, para que a prova originária de um processo possa ser validamente trasladada para outro processo, a observância dos seguintes requisitos: a) que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante o juiz natural; b) que a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; c) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; d) que o âmbito de cognição da prova seja o mesmo em ambos os processos; e) que tenha sido validamente produzida no processo originário a prova a ser trasladada; e f) que a prova emprestada seja legalmente trasladada para o processo em que seja produzida (BADARÓ, 2014, p. 15). Vejamos seus pormenores.

3.4.1 Princípio do Contraditório

O primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada, segundo

Ada Pellegrini Grinover (2012, p. 28) é a de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes, sob o crivo do contraditório.

No mesmo sentido, Talamini (2012) afirma ser “imprescindível que a parte contra a qual vai ser usada esta prova tenha sido parte no primeiro processo”.

Isso porque o “princípio constitucional do contraditório 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 [...]” (ARANHA, 1987).

Para a doutrina, “não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo, [...]” (TALAMINI, 2012).

Veja-se que o princípio do contraditório fundamenta três dos requisitos comumente elencados pela doutrina: o de que a prova deva ser produzida no primeiro processo perante as mesmas partes (ou ao menos perante a parte contra quem se utilizará a prova emprestada); o de que o objeto da prova deva ser o mesmo nos dois processos; e o de que o âmbito de cognição deva ser o mesmo em ambos os processos.

Em relação ao primeiro – a necessidade de que ambas as partes tenham participado do processo originário – necessário se faz alguns apontamentos.

Em primeiro lugar, embora se relacionem, não se pode confundir a necessidade de participação no processo, com a necessidade da observação do contraditório na produção da prova. Nesse sentido, a distinção entre prova constituenda e pré-constituída resulta na invariável conclusão de que não necessariamente as partes devam participar do processo originário para admissão da prova emprestada. Como já dito, para o empréstimo da prova pré-constituída, onde a garantia do contraditório, pela própria natureza dela, manifesta-se de forma diferida ou postergada, somente se faz necessário que a prova seja exposta ao contraditório depois de juntada no processo. Assim, não há necessidade da prova a ser emprestada tenha sido produzida no processo originário perante as mesmas partes, pois em sua produção não há contraditório. Quando juntada no processo, basta que o procedimento do artigo 398 do Código de Processo Civil – aplicado subsidiariamente ao processo penal – seja observado, qual seja, a abertura de prazo de cinco dias para que a parte contra a qual se utilizará a prova se manifeste sobre ela.

A regra não é a mesma para as provas constituendas: como elas são produzidas como atos do processo, torna-se necessário que o contraditório seja exercido em toda a sua produção, tanto no processo originário como no seu traslado para o segundo processo. O

objetivo é claro: a parte deve ter a possibilidade de influenciar no que virá a ser a prova, confrontando-a e influenciando-a. Nesse caso, a participação da parte contra quem se utilizará a prova emprestada, em regra, se torna condição sem a qual não poderá ser admitida a prova emprestada, ou para alguns, impõe a ela o valor de indício.

A esse tipo de prova também deverá ser feito um juízo de conformação entre o objeto e o âmbito de cognição dos processos originários e destinatários da prova emprestada. Isso porque o contraditório deve ser dar de maneira plena e efetiva. Ademais, a identidade ou semelhança do objeto da prova é pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para a admissão de qualquer meio probatório, não seria diferente para a prova emprestada.

Para Demczuk (2012), não apenas isso. É necessário, também, “que exista uma afinidade entre os objetos dos dois processos, de modo a não acarretar prejuízo para a defesa da parte contra quem se pretende usar o empréstimo”.

Note-se que se a produção da prova no processo originário se der num contexto em que ela não assuma importância compatível com a que ele terá no processo a que se destina, o seu resultado não equivalerá a expressão do contraditório no segundo processo. Se a parte não teve a possibilidade de visualizar a prova da maneira em que ela será vislumbrada no segundo processo, significa que a parte não pôde exercer o contraditório em toda sua extensão.

São por essas razões que a doutrina tradicional sobre o assunto adere ao entendimento de que o respeito ao contraditório é condição sem a qual será impossível a admissão da prova emprestada.

Nesse sentido o magistério de Cláudio Demczuk (2012): “Daí por que, partindo do consagrado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, não se poderá admitir, de nenhuma forma, o uso da prova emprestada como instrumento para burlar as exigências do princípio do contraditório (e também da ampla defesa)”.

Ocorre, todavia, que parte da doutrina e jurisprudência, vêm entendendo ser possível a flexibilização do contraditório e a admissão da prova emprestada ainda que haja desrespeito a esse princípio. Funda-se referido entendimento no fato de que a garantia do contraditório, assim como todas outras, não é absoluta, razão pela qual deve ela se compatibilizar com outras garantias igualmente fundamentais, com as quais eventualmente venha a se opor.

Isso significa dizer, nas palavras de Bechara (2012), “que em determinadas situações, pelas suas próprias peculiaridades, o respeito à garantia do contraditório poderá se manifestar de outras formas, preservado o seu núcleo essencial, sem que ocorra o seu esvaziamento, mas admitida certa flexibilização na sua conformação”.

Para o autor (BECHARA, 2012):

Isto significa dizer que a exigência do contraditório estará atendida quando ele se manifesta de forma concomitante à formação da prova, como também quando se manifestar antes ou depois. O momento adequado deve ser analisado não somente sob o aspecto da natureza da prova, se testemunhal ou documental, mas também sob o aspecto do método, da função ou utilidade e do resultado da prova. Deve-se ponderar em que medida a inobservância do método compromete ou não a função, a utilidade ou o resultado da prova, do ponto de vista da demonstração da verdade.

Referida flexibilização não seria especial à prova emprestada. Segundo o autor, há também a flexibilização do contraditório nos institutos da transação penal, suspensão condicional do processo e na produção de provas por meio de carta precatória e rogatória, ocasiões em que se seria indiscutível o fato do contraditório assumir uma configuração diversa, sem contudo perder sua validade (BECHARA, 2012).

Com efeito, vê-se que o autor coloca o contraditório não como um requisito para admissibilidade da prova emprestada, mas sim como um fator que determina o seu valor.

Desse “conflito” de entendimentos brotam os seguintes questionamentos: a) pode a prova emprestada constituenda ser admitida e valorada quando não concretizar o princípio do contraditório?; e b) pode então a prova emprestada constituenda ter sido produzida em um processo em que não tenha participado a parte contra quem ela será utilizada?

Parece que sim.

A jurisprudência pátria, por exemplo, dá a prova emprestada que não preenche o requisito do contraditório o valor indiciário, ou seja, isoladamente não pode ela alicerçar uma condenação criminal, todavia, pode ela corroborar com outras provas produzidas em contraditório para esse mesmo fim.

Na Ação Penal n.º 470 do Supremo Tribunal Federal o tema foi debatido e prevaleceu o entendimento de que as provas colhidas em investigações preliminares, no caso, em Comissões Parlamentares de Inquérito, são validamente utilizáveis em posterior processo penal, se neste forem submetidas ao contraditório e confirmadas por outras provas (BADARÓ, 2012).

Ora, se as provas produzidas em inquérito policial – procedimento inquisitório marcado pela ausência do contraditório (embora parte da doutrina assim não entenda) – podem ser valoradas e até embasar uma decisão condenatória (desde que corroboradas por outras provas produzidas em contraditório), qual seria a razão da prova emprestada não poder o ser?

Veja-se que a disposição do artigo 155 do Código de Processo Penal aponta no mesmo sentido:

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.

Parece-nos claro, portanto, que a verificação do contraditório diz mais respeito ao valor que a prova emprestada pode tomar dentro do convencimento do magistrado do que a sua admissibilidade ou inadmissibilidade.

Levando-se em conta o princípio da persuasão racional e da consequentemente inexistência de tarifação das provas, forçoso seria impor a qualquer meio de prova uma condição binária de admissibilidade (admissível ou não).

Registre-se, todavia, a posição diametralmente oposta de Eduardo Talamini (2012), para quem

[...] não parece acertada a afirmativa de que em tais situações poderia ser aproveitada como 'simples indício' ou 'argumento de prova' [...] 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 inproveitabilidade). Enfim, a manutenção da prova inconstitucional nos autos como 'simples indício' acaba servindo de expediente para burlar a vedação de seu emprego.

De mais a mais, tem-se por óbvio que uma grande afronta ao contraditório poderá impor a prova emprestada a sua inadmissão. Seriam os casos em que o contraditório fosse totalmente violado de modo que não fosse permitido a parte contra quem se usará a prova influenciar, em nenhum momento, em sua valoração, quer seja por não ter participado do processo originário, ou por, ainda que tenha participado, o âmbito de cognição e objeto dele sejam totalmente incompatíveis com a produção da prova emprestada. Ou, ainda, nos casos que o cotejo dos princípios envolvidos no caso em concreto determinem o encolhimento do direito à prova.

Outrossim, existem ainda outras situações que possibilitam a admissão da prova emprestada. Seriam esses os casos em que ela assume a função de garantia do direito à prova em detrimento de outros valores fundamentais.

Nesse sentido, o próprio artigo 155 do Código de Processo Penal possibilita sua admissão e valoração integral quando ela se tratar de prova irrepetível ou de difícil repetição.

Conforme ensina Badaró (2012):

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).

Em suma, o Código de Processo Penal autoriza a valoração integral da prova irrepetível.

Todavia, se tal posição for aceita sem ressalvas haverá violação do art. 8 da CADH, pois o acusado poderá ser condenado, exclusivamente, com base em um depoimento de uma testemunha que não estava presente no Tribunal, não lhe sendo dada a oportunidade de inquiri-la. Preferível portanto acolher a solução intermediária que vem sendo adotada pela Corte Europeia de Direito Humanos, que considera incompatível com o artigo 6º da Convenção Europeia de Direito Humanos uma condenação penal fundada exclusivamente, ou de forma preponderante em depoimentos prestados antes da fase judicial, sem observância do contraditório. (BADARÓ, 2012).

Cabe observar que regime equivalente ao do Tribunal de Estrasburgo é aplicado no direito norte-americano, em que mesmo havendo expressão previsão do direito ao contraditório, entende-se que quando a testemunha é indisponível para depor e tal condição é causada diretamente ou indiretamente pelo acusado, é possível valorar o seu depoimento prestado anteriormente, e sem o confronto da parte contrária. Referida doutrina ganha o nome de *forfeiture by wrongdoing* (BADARÓ, 2012).

De acordo com Souza (2012, p. 79):

No sistema americano, a regra em comento é tratada como uma causa de derrogação do *right of confrontation*, [...] que, em linhas gerais, representa o direito das partes de confrontarem as testemunhas do adversário em uma audiência judicial. Se, em questão preliminar, a Corte reconhecer que a testemunha não depôs por intimidação ou atentado sob responsabilidade do acusado, será rejeitado seu argumento de que houve violação ao direito ao confronto por a mesma não ter sido ouvida em juízo, e as declarações antecedentes da testemunha poderão ser validamente aceitas como elementos de prova.

Por fim, mas não menos importante, quando a prova emprestada for utilizada pela defesa, utilizando-se dela sem o devido respeito ao contraditório, ainda assim, com vistas aos

princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, a prova emprestada deverá ser admitida. Note-se que nesse caso, em regra, a parte contra quem se utilizará a prova emprestada será o Ministério Público, o que facilita o respeito ao contraditório, uma vez que a parte contra quem se utilizará a prova, em regra, por gozar de unicidade, terá participação na maioria dos processos criminais.

Nesse sentido é o magistério de Talamini (2012):

[...] no processo penal, em regra, um dos polos da relação processual será ocupado pelo Ministério Público. Daí que o traslado da prova em favor da defesa de um processo penal para outro, normalmente, não esbarrará no requisito ora examinado: sendo uno e indivisível o Ministério Público, no mais das vezes ele terá participado de ambos.

Nos dois últimos casos a admissibilidade da prova emprestada se fundamentaria na preponderância do direito à prova frente ao princípio do contraditório, conclusão esta que somente poderá ser alcançada após a ponderação desses princípios. Evidentemente que ambos não são absolutos, razão pela qual a aferição e cotejo de ambos devem ser realizados cuidadosamente.

Sistematizando todo o exposto, tem-se o seguinte: o contraditório impõe a observância de três requisitos para a admissibilidade da prova emprestada, os quais devem ser analisados com vistas ao tipo da prova que virá a ser emprestada (se constituída ou pré-constituída), à finalidade da prova (consequentemente, se há a possibilidade da flexibilização do contraditório sem o seu esvaziamento) e à eventual preponderância do direito à prova em detrimento do contraditório (análise feita a partir do método de ponderação dos princípios no caso em concreto).

3.4.2 Princípios do Juiz Natural e Unidade da Jurisdição

Segundo Grinover (2012, p. 17), a esses requisitos de admissibilidade da prova,

há que se acrescentar outro, em face do princípio constitucional do juiz natural, enquanto juiz competente para processar e julgar. 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 trata de prova originariamente oral (interrogatório, depoimentos testemunhais), em que o princípio da imediação torna indispensável que o juiz da causa tenha contato com as provas, para poder valorá-las

devidamente.

Todavia, de acordo com Badaró (2012, p. 17), “tal exigência não significa que, em ambos os processos, o juiz deva ser o mesmo. Não se trata de identidade física do juiz. O juiz natural, nesse contexto, deve ser entendido como sinônimo de autoridade judiciária, isto é, um sujeito legalmente investido do poder jurisdicional”. Isso porque

[...] muito embora seja possível falar nas suas diferentes espécies, a jurisdição, em si mesma, é tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano de que é manifestação. Isso permite entender o Poder Judiciário como o único, sendo as suas subdivisões internas decorrentes das regras de definição da competência. Diante do princípio da unidade da jurisdição, portanto, é razoável se considerar válida a apreciação da prova por juiz diverso daquele que presidiu a sua produção, o que constitui pressuposto para o empréstimo da prova. (DEMCZUK, 2012)

Importante consignar, outrossim, que o requisito apontado pela doutrina como expressão do princípio do juiz natural, qual seja, o que exige que o juiz do processo originário seja o mesmo do processo em que a prova será trasladada, inclina-se mais especificadamente ao princípio da imediação, o qual determina basicamente que a produção da prova ocorra perante o juiz que julgará a causa.

Ocorre, todavia, que o princípio da imediação sofre limitações como, por exemplo, na hipótese de carta precatória, carta rogatória e carta de ordem, em que o juiz, perante o qual a prova se forma, não é o mesmo juiz da causa. Ou seja, embora seja preferível o contato direto do juiz da causa com a prova, nada impede que o princípio seja respeitada no contato indireto.

Nesse sentido,

Seria absolutamente não razoável excluir a hipótese do contato indireto, uma vez que a divisão funcional da jurisdição a partir dos critérios de competência encontra nos instrumentos de cooperação, tal qual a carta precatória, a carta rogatória e a carta de ordem, a via adequada para preservar a eficiência do processo, principalmente da perspectiva da sua duração razoável. Em outras palavras, isso significa reconhecer a impossibilidade material de resguardar o juiz o contato direto com os elementos da prova. (BECHARA, 2012)

Assim sendo, o fato da prova originária ter sido produzida perante juízo diverso não deve ser considerado requisito de admissibilidade da prova emprestada. O princípio do juiz natural estará atendido pelo simples fato da prova ter sido produzida judicialmente, o que, inclusive, consagra o princípio da unidade da jurisdição.

Assim, não é admissível a prova emprestada colhida em procedimento arbitral, uma vez que não possui caráter jurisdicional.

É igualmente inviável o empréstimo de prova produzida no exterior. Sobre o assunto, interessante o magistério de Talamini (2012):

Órgãos, ainda que jurisdicionais, de outros Estados não exercem jurisdição brasileira (por isso a sentença estrangeira só adquire eficácia no Brasil se homologada pelo STF. Todavia, em todos aqueles 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 provas. Daí porque, nesses casos, não se põe em dúvida a legitimidade constitucional da carta rogatória. Consequentemente, 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.²

O empréstimo de provas produzidas em procedimentos administrativos, em regra, também é inadmissível.

Nesse ponto, inclusive, é importante consignar o quão importante é a análise conjunta dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada. Com efeito, em determinadas situações, em decorrência da própria natureza da prova, sequer haverá a necessidade de que a prova tenha sido produzida perante uma autoridade judiciária (por exemplo, nos casos das provas pré-constituídas).

Em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar, portanto, que o requisito de admissibilidade da prova emprestada ligado ao princípio do juiz natural pode ser considerado circunstancial.

Primeiramente, o requisito obriga que a prova originária tenha sido produzida perante uma autoridade judiciária. Todavia, nos casos das provas pré-constituídas, que jamais são formadas perante o juiz, a mesma necessidade não persiste. Daí a razão do Supremo Tribunal Federal ter admitido o empréstimo de provas produzidas perante as Comissões Parlamentares de Inquérito na Ação Penal 470/MG.

Em segundo lugar, embora preferível que o juiz que julgará a causa tenha contato direto com a prova, a partir da flexibilização do princípio da imediação, a prova emprestada também poderá ser admitida, ainda que não tenha sido produzida originariamente perante o mesmo juiz da causa. Situação que, como vimos, não é particular à prova emprestada.

² Atualmente a homologação da sentença estrangeira no Brasil é de competência do Superior Tribunal de Justiça, é o que dispõe o artigo 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal.

Por fim, ainda que as circunstâncias fáticas e processuais revelem a necessidade de aferição dos requisitos e eles não forem verificados no caso em concreto, há ainda a possibilidade da admissão da prova emprestada a partir da ponderação entre os princípios do juiz natural e do direito à prova.

3.4.3 Requisitos legais de admissibilidade da prova emprestada

Há ainda outros requisitos para admissão da prova empresta, “os quais poderiam ser chamados de 'legais' – embora indiretamente também atendam a valores constitucionais” (TALAMINI, 2012).

São eles, como ensina Grinover (2012):

- a) a observância dos princípios que regem a prova, vista em sua natureza jurídica original (prova testemunhal, depoimentos pessoais, etc.), tanto no processo primitivo como segundo processo; b) a observância dos princípios que regem a prova documental, no processo em que a prova foi transportada.

No mesmo sentido, Talamini (2012) leciona que “terão de ser observadas as prescrições atinentes à natureza originária da prova, tanto no primeiro processo quanto no segundo”. Além disso, no processo para o qual a prova está sendo emprestada, terão de ser observadas as normas atinentes à prova documental, já que é sob esta forma que se dá o traslado.

Evidentemente, conforme já mencionado, não se transportam provas ilícitas ou ilegítimas. O empréstimo da prova pressupõe que ela tenha sido produzida validamente no processo originário. Dessa forma, além da necessidade de respeitar o regramento de produção de seu específico meio de prova (testemunhal, pericial, documental etc.), a prova a ser emprestada deve respeitar os princípios e garantias fundamentais em sua produção. Por certo que a ponderação de princípios também é admissível nesse momento, todavia a admissão da prova em sua origem é, sem dúvida nenhuma, condição de admissibilidade da prova emprestada.

Nesse ponto, inclusive, é importante destacar que, em que pese a necessidade da admissão da prova, o resultado do processo anterior ou a valoração dada a prova nele não repercute sobre a definição da admissibilidade e eficácia da prova emprestada.

Assim, como leciona Talamini (2012),

[...] não importa qual foi a influência da prova no convencimento do Juiz do

primeiro processo. O que se transporta de um processo para o outro não é a convicção a que chegou o julgador e sim as peças que documentaram a produção probatória. Feito o traslado, o Juiz do segundo processo poderá chegar a conclusão diversa da adotada pelo primeiro Juiz relativamente à mesma prova. Por isso, é irrelevante se o processo anterior recebeu ou não julgamento de mérito e, em caso positivo, qual a valoração que nele mereceu a prova objeto do empréstimo – até porque a regra geral é a de que não se revestem da autoridade da coisa julgada as conclusões acerca da existência ou inexistência de fatos contidos na motivação da sentença. Pode-se até emprestar prova de processo que ainda nem se encerrou.

Já a observância do procedimento da atividade probatória documental por ocasião do empréstimo, segundo o mesmo autor (TALAMINI, 2012), “não constitui um pressuposto para sua admissão – e sim parâmetro de regularidade do traslado”

O autor também leciona:

A mais significativa das normas relativas à produção da prova documental é a que assegura o contraditório. Nos termos do art. 398 do CPC, será ouvida a parte contrária à que requereu o empréstimo. Tendo sido o traslado determinado ex officio, ouvem-se ambas. Embora o Código de Processo Penal não possua regra genérica determinado a observância do contraditório por ocasião da juntada aos autos de prova documental, também no processo penal o Juiz deverá dar ciência do traslado às partes. A essa conclusão se chega quer pela aplicação extensiva do art. 475 do CPP, quer pela aplicação subsidiária do art. 398 do CPC – senão pela incidência direta da garantia constitucional do contraditório. (TALAMINI, 2012).

O magistério de Demczuk (2012) caminha na mesma direção:

De rigor, assim, a observância nesse segundo processo das regras atinentes à produção da prova documental, em especial a intimação da parte contrária para que se manifeste sobre o documento juntado. O Código de Processo Penal, em suas disposições sobre o tema (arts. 231 a 238), é fato, não prevê essa exigência formal, mas a sua aplicação decorre ao menos da própria disposição constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CF) também no processo penal.

E tudo isso tem razão de ser. Isso porque, como acentua Talamini (2012), “a parte tem o direito de se manifestar sobre a admissibilidade do empréstimo, sobre o valor que, concretamente, no segundo processo, a prova trasladada venha a merecer – e assim por diante”.

Além disso, é, ainda, estritamente necessário que a parte que requer o empréstimo apresente a documentação de todo o *iter* probatório e “[...] que o ato de documentação em que se registrou tal prova seja integralmente transportado para o processo derivado”

(BADARÓ, 2012).

São esses os requisitos legais de admissibilidade da prova emprestada. Vejamos agora os efeitos incidentes sobre a prova que não preenche tais requisitos.

3.5 Os efeitos da ilegitimidade da prova emprestada

Como se viu ao longo do presente trabalho, a admissibilidade da prova emprestada não pode ser condicionada a uma análise binária (preenchidos todos os requisitos, admissível; não preenchidos, inadmissível). Pelo contrário, deve ela ser feita de maneira ponderosa. Ademais, por ser ela decorrente da verificação completamente circunstancial dos requisitos a dificuldade de sistematizá-la é grande.

O exame dos efeitos decorrentes da inobservância dos requisitos de admissibilidade (ou causas de inadmissibilidade) não foge dessa lógica: deverá ser feito em cada caso concreto em que se fizer necessário. Com efeito, a natureza do vício e as consequências do empréstimo ilegítimo, variam conforme os requisitos que tenham ou não sido atendidos (TALAMINI, 2012).

Na doutrina, a análise dos efeitos da inobservância dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada é comumente verificada a partir da natureza deles próprios: se os requisitos são constitucionais a prova é juridicamente inexistente, é uma “não-prova”, um arremedo de prova (TALAMINI, 2012); se os requisitos violados são legais, deve-se distinguir suas causas a fim de que se verifique a possibilidade de sua roboração (DEMCZUK, 2012).

Com efeito, a violação total dos requisitos da prova emprestada conduz a sua inadmissibilidade e, se necessário, ao seu desentranhamento. É o que determina os artigos 5º, LVI da Constituição Federal e 157 do Código de Processo Penal.

Veja-se que, como já dito (vide item 2.2), ao menos após a alteração do artigo 157 do Código de Processo penal pela Lei n.º 11.690 de 2008, não existem consequências decorrentes da distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, uma vez que ambas estão fadadas aos mesmos fins: à inadmissibilidade e, caso tenha sido juntada nos autos, ao seu desentranhamento.

Assim, o efeito derradeiro da violação absoluta dos requisitos da admissibilidade da prova emprestada é um só: a sua inadmissão. Na prática, não pode ela: a) ser valorada; b) ser anexada ao processo; c) se indevidamente juntada, terá de ser desentranhada; e d) se utilizada pelo juiz, acarretará a nulidade absoluta da decisão (TALAMINI, 2012).

Não há dúvidas quanto à isso.

Todavia, há um enorme espaço entre a admissibilidade da prova e sua inadmissibilidade, ou seja, há uma gama de possibilidades entre o preenchimento de todos os requisitos ou de nenhum.

Por essa razão, propõe-se o reconhecimento de mais um efeito à inobservância dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada, qual seja, a diminuição de seu valor heurístico.

Nesse diapasão, já é consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros o entendimento de que a prova emprestada pode assumir o valor de indício quando não preenche os requisitos ligados ao princípio do contraditório.

Inegável, desse modo, que o efeito da inobservância de um dos seus requisitos é diverso daquele derradeiro. Nesse caso o efeito será a diminuição do valor heurístico da prova emprestada e não a sua inadmissibilidade.

Veja-se que o valor dado a prova é, portanto, o que determina o seu efeito. Se nenhum, a prova deverá ser considerada inadmissível e todas as consequências decorrentes disso deverão ocorrer (proibição de juntada, desentranhamento, não valoração, nulidade absoluta de sentença que utilizá-la como único fundamento etc.). Se máximo, a prova deverá assumir o mesmo valor que ostentou no processo originário. E entre esses dois limites, o efeito será dado a partir da valoração a ser feita pelo magistrado em cada caso, podendo ele atribuir a prova a qualidade de indício.

Obviamente que isso deverá ser analisado com base nos requisitos de admissibilidade, sendo eles globalmente considerados frente ao caso em concreto, exigindo-se do magistrado as razões pelas quais atribuiu determinado efeito à prova.

Fato é que em todas as hipóteses de admissão excepcional da prova empresta sem observância de algum dos seus requisitos, o resultado da prova se sobrepõe ao método. Cuida-se de um inequívoco juízo de proporcionalidade, lastreado na necessidade em se resguardar a eficiência ou efetividade do processo, cujo conteúdo poderia se esvaziar em razão da observância incondicional dos requisitos ora tratados.

De mais a mais, a incidência do princípio da proporcionalidade pode vir a afastar, para um ou outro lado, os efeitos decorrentes da inobservância dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada. Assim, tem-se por possível, mesmo em casos em que os requisitos da prova emprestada não sejam verificados, a admissibilidade de seu empréstimo nos casos em que o cotejo dos princípios envolvidos indique a preponderância do direito à prova.

Portanto, temos, basicamente, três efeitos decorrentes da inobservância de um ou mais requisitos de admissibilidade da prova emprestada, quais sejam: a) a inadmissibilidade da prova (acompanhada de todas as suas consequências); b) a sua admissibilidade comedida, caso em que a prova emprestada ostentará obrigatoriamente menor valor probatório (em regra, indiciário); e c) admissibilidade “desimpedida”, casos em que o direito à prova assume importância preponderante sobre outros valores fundamentais, razão pela qual a prova emprestada poderá ser valorada livremente, gerando os efeitos que o magistrado, no caso em concreto, entender convenientes.

CONCLUSÃO

O estudo acerca da admissibilidade da prova emprestada nos apresenta, de modo preciso e pontual, o atual panorama do Brasil em relação a forma em que o direito é regulamentado, às características da sociedade brasileira e ao modelo de Estado adotado.

Nesse sentido, os atuais ditames jurisprudenciais e doutrinários acerca do tema denotam que o sistema probatório brasileiro vem paulatinamente se adequando à Constituição da República de 1988 e às garantias fundamentais nela insculpidas, na medida em que possibilita a admissibilidade da prova emprestada no processo penal brasileiro.

Para o atingimento dessa conclusão, viu-se no primeiro capítulo a teleológica relação entre a verdade e a prova, o conceito, os atributos e as classificação da prova, delimitando, assim, as características e funções básicas da prova penal.

Passou-se, no segundo capítulo, a análise da garantia fundamental do direito à prova e de seus limites, os quais, como vimos, baseiam-se primitivamente nos princípios constitucionais atinentes ao processo e à produção probatória. Por constituírem os limites que rotineiramente obstam a admissibilidade da prova emprestada, os princípios de índole processual foram estudados à fundo. Foram eles os princípios do contraditório, do juiz natural, da duração razoável do processo, da unidade da jurisdição e do livre convencimento motivado.

No terceiro capítulo a prova emprestada foi dissecada por meio da análise de seu conceito, valor, forma, finalidade e fundamento. Viu-se que a prova emprestada não é especificadamente prevista na legislação brasileira, o qual, todavia, consagrando a liberdade das provas, não a proíbe. Revelou-se a prova emprestada, ainda, como meio de concretização dos princípios da economia processual, duração razoável do processo e unidade de jurisdição.

Em seguida, os requisitos de admissibilidade e os efeitos da prova emprestada foram examinados frente aos princípios constitucionais outrora explorados.

Assim, conclui-se que a prova emprestada é admitida no sistema processual brasileiro desde que atenda aos seus requisitos legais e constitucionais, quais sejam: a) que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante o juiz natural, aqui entendido como autoridade judiciária; b) que a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo, devendo haver, para isso, similitude entre os objetos dos dois processos e equidade entre o âmbito de cognição de cada um deles; c) que tenha sido validamente produzida no processo originário a prova a ser

trasladada; e d) que a prova emprestada seja legalmente trasladada para o processo em que seja produzida.

Nesses moldes, o empréstimo da prova é direito da parte, sendo certo que a simples possibilidade de repetição da prova não é motivo para sua inadmissão.

Ademais, ainda que não preenchidos os seus requisitos, existem situações em que as finalidades da prova e as particularidades do caso concreto possibilitam a admissão da prova emprestada a partir da conformação de seus requisitos ou da preponderância – resultante de ponderação – do direito à prova sobre outras garantias fundamentais que eventualmente venha a se opor.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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**. São Paulo, v. 106, p. 157-179, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 14/10/2014.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. In: Nucci, Guilherme de Souza (coord.). **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, v. 03, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. O conceito de princípio: uma questão de critério. **Revistas Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 7, n. 7, (jan./jun. 2010), p. 247-269.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 10/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 81.963/RS**. Paciente: Marco Antônio Bandeira. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 3 de março de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/08/2015.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume I, parte geral: (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS, Franciso Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997.

DEMZUCK, Claudio. **O uso da prova emprestada no processo penal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496593/000960404.pdf>>. Acesso em 17/07/2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, André Almeida. **Prova civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em 20/10/14.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. In: Nucci, Guilherme de Souza (coord.). **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, v. 03, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas:

Millennium, 2003.

MICHAELIS, **Moderno Dicionário da língua portuguesa**. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=prova>>. Acesso em: 11/08/2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. - São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. **O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: Nucci, Guilherme de Souza (coord.). **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, v. 03, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4. ed. rev. ampl, e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.