

A legitimidade da prova testemunhal emprestada à luz dos princípios processuais penais constitucionais

*Jéssika Silva Andrade*¹

*Rafhaella Cardoso Langoni*²

23

Resumo: Este artigo aborda a possibilidade de empréstimo da prova testemunhal no Código de Processo Penal – CPP busca-se demonstrar quando o uso desse artifício é constitucional ou não. Para atingir ao objetivo proposto foi feita inicialmente uma análise bibliográfica das provas no processo penal, onde fora abordado seu histórico e seus procedimentos, além da aplicabilidade dela no direito penal brasileiro. Posteriormente, foi feita uma abordagem da natureza jurídica da prova emprestada e da sua possibilidade de admissão e também a análise de quando a mesma entra em confronto com os princípios constitucionais.

Palavras-chave: Processo penal. Prova emprestada. Constitucionalidade.

Sumário: 1. Introdução. 2. As provas no processo penal. 2.1. Histórico da utilização das provas. 2.2. Prova no direito processual penal brasileiro. 2.3. Procedimentos. 3. Da prova emprestada no processo penal. 3.1. Definição e natureza jurídica. 3.2. Possibilidade de admissão da prova emprestada. 3.3. Confronto com os princípios constitucionais. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

O objetivo geral dessa pesquisa é analisar cientificamente a legitimidade da prova testemunhal emprestada, no curso do processo penal visando uma discussão particular sobre a forma que a prova é transladada de um processo para o outro, comparando se recebe o mesmo apreço que no processo foi produzida, sintetizar as jurisprudências, buscando uma compreensão aprofundada do tema para dentro do processo penal, identificar as divergências e admissibilidade dos princípios frente à prova testemunhal emprestada.

O trabalho tem como objetivo específico estabelecer parâmetros entre a prova testemunhal emprestada e as divergências doutrinárias, abordar os princípios constitucionais penais, refletir sobre o tema, ressaltando os seus requisitos para que a

¹ Discente do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI).

² Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI). E-mail: rc114214@hotmail.com.

mesma tenha validade no processo a qual foi transladada, analisar os diversos casos que poderão surgir diante da prova testemunhal emprestada.

A prova emprestada é aquela não produzida no processo ou procedimento no qual se deseja aproveitar, devendo ser valorada segundo a forma como foi colhida. Então, se se tratar de prova produzida na fase policial, assim será apreciada. Se produzida com contraditório terá maior valoração. Somente poderá ser plena se o réu tiver participado na colheita desta prova em procedimento contraditório com obediências aos requisitos legais, tal qual a participação de advogado defendendo os interesses do réu.

O motivo da realização da pesquisa se justifica em um assunto bastante discutido frente ao processo penal, gerando questionamentos sobre a eficácia da prova testemunhal emprestada, porém, a prova emprestada é de suma importância no âmbito jurídico, visto que existem autores, que alegam que a prova testemunhal emprestada não tem a mesma eficácia que no processo a qual foi produzida, sendo que para ter eficácia há de obedecer a alguns requisitos, e posicionamento de outros, que afirma o Juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, para saber se houve o indispensável devido processo legal.

Por essas considerações e divergências doutrinárias, será desenvolvida a temática para agregar a discussão no trabalho a ser apresentado.

A metodologia de pesquisa consiste, precipuamente, no levantamento bibliográfico e documental. A pesquisa teórica se baseia no método dedutivo, por meio da bibliografia pré-selecionada, além dos acréscimos necessários. As técnicas utilizadas para tanto são a análise textual, cuja finalidade é propiciar a esquematização dos textos lidos mediante prévia visão panorâmica da matéria tratada.

Divide-se o trabalho em alguns tópicos, o primeiro aqui denominado Introdução apresentou o objetivo do trabalho, sua justificativa e a problemática que envolve a prova emprestada no processo penal. O segundo tópico apresentará a prova no direito penal, inicialmente, é apresentado o histórico das provas, posteriormente seus conceitos e por fim, seus procedimentos.

Já no terceiro tópico discute a prova emprestada através da análise dos autores clássicos do Direito brasileiro, assim como, de jurisprudências. Enfatiza-se a legalidade da aceitação da prova emprestada. Por fim, é apresentada as considerações finais do trabalho mostrando quando ela deve ser aceita sem infringir nenhum princípio constitucional.

2. As provas no processo penal

Neste item apresenta-se o estudo sobre a história das provas, seus procedimentos e princípios constitucionais que estão interligados à aceitação ou rejeição delas. Por meio desse estudo tenta-se externar que as provas são de suma importância para demonstrar a veracidade dos fatos contidos no processo devido.

2.1. Histórico da utilização das provas

Baseando-se em Mittermaier (1997, p. 16) tem-se que “no período que antecede o Cristianismo, a prova era somente utilizada na busca da verdade formal, apoiando-se em motivos de pura fórmula”. A busca da verdade passava pelo sobrenatural, diante de crenças nos diversos deuses que intervinham nos assuntos humanos.

Para Grinover (1982, p. 28), o processo Hindu e o Hebraico assemelhavam-se, pois ambos possuíam caráter essencialmente acusatório, onde o autor e o réu litigavam em audiência pública, sem haver qualquer atividade suplementar desenvolvida pelo órgão julgador, para a produção de provas. Já no antigo Egito predominava o sistema inquisitório, sendo a administração da justiça confiada aos sacerdotes, em procedimento sigiloso e escrito, sem a possibilidade de produção de provas, somente a palavra dos sacerdotes em relação ao acusado como efeito jurídico.

Segundo Rangel (2000, p. 4), “na Grécia, como na comunidade Hebraica, adotou-se o procedimento oral, público e contraditório, com características de um sistema acusatório”. Foram encontrados em Atenas indícios de tortura como meio de prova, praticada contra escravos, sendo que a estes não era permitido prestar juramento de verdade. Em documento datado de 1750 a.C., o Código de Hamurabi, tem-se um regramento pertinente a produção de provas.

Ensina Lopes (2000, p. 38) que, nos tribunais atenienses, as provas poderiam ser escritas. Nos arbitrais eram informais. Os juízes podiam testemunhar sobre os fatos quando deles tivessem conhecimento, e sua decisão não precisava confinar-se nas provas trazidas pelas partes, pois como tinham conhecimento do ocorrido, julgavam pela sua consciência, não tendo o *in dubio pro reo*, sem a possibilidade de defesa do acusado, bastando apenas à posição dos juízes. Aristóteles deixou uma classificação das provas que fazia sentido nesse sistema:

Ou eram naturais, ou artificiais. Naturais no sentido da existência da lei, testemunhas, contratos, juramentos, ou seja, evidências empíricas. Já as artificiais eram fornecidas pela invenção e descoberta, provindas do raciocínio; indícios e presunções pelos quais passamos daquilo que sabemos, ou provavelmente sabemos, para aquilo que não sabemos. A eloquência fornece estas provas (LOPES, 2000, p. 38).

Para Meira (1975, p. 13), durante o período da República, na Roma Antiga, tinha-se como fonte de direito:

Os costumes, as leis, os *senatusconsultos*, os editos dos magistrados e a jurisprudência, sendo que os costumes tiveram maior relevância durante o início da República. A codificação do Direito só veio a efetivar-se com a elaboração da lei *decenviral*. As leis provindas da Realeza não satisfaziam mais a nova ordem estabelecida com a queda da monarquia *terquinia*. E o que se aproveitou dessas leis depois reapareceu nas XII Tábuas.

Tendo as disposições da lei romana sobre a prova em matéria criminal, certifica-se de que nenhuma regra especial fez parte do sistema de processo seguido durante a República. Neste período não era coisa possível uma apreciação jurídica das provas, pois era o povo reunido que pronunciava, nos comícios por centúrias ou por tribos. As pessoas responsáveis pelo julgamento em si não tinham noções jurídicas, muito menos como equivaler às provas para a condenação ou absolvição do réu.

Conforme ensina Lopes (2000, p. 56), gerando controvérsias em relação da base do processo criminal no antigo direito germânico, se recepcionavam um sistema legal de provas. Completa o autor:

Não havia um sistema de provas como hoje o entendemos. A preocupação principal não era a de buscar a verdade material, e tampouco importava se as testemunhas fossem interrogadas com escrúpulo e consciência. O acusado tinha o direito de justificar-se pelo juramento; então os conjuradores, que representavam a família, a associação ou a antiga comunidade vinham assisti-lo em juízo; os juízos de Deus, as ordálias e o duelo decidiam do bom e mau fundamento da imputação. Esta prática de barbárie consistia em provas de água fervente e de ferro em brasa. Como tais provas eram puramente formais, acreditava-se na intervenção direta da divindade ou em crenças da mesma natureza. O predomínio da prova formal estendeu-se até a Idade Média.

Leciona Meira que, sobre a influência da Igreja Católica, na Idade Média, “surge a maior força operante de natureza universalista. O Direito Romano-Canônico exerceu um papel de relevância na evolução jurídica dos povos, pois assimilou o Direito Romano e adaptou este às novas condições sociais” (MEIRA, 1975, p. 61). Meira ainda diz que:

O Direito Canônico do século XIII, sob o ponto de vista processual, determinou a adoção do processo escrito, extinguindo o duelo judiciário e o ritualismo excessivo, introduzindo a prova escrita com o reconhecimento notorial, e sobressaindo a figura do juiz, que deve inquirir as partes e interrogar as testemunhas (MEIRA, 1975, p. 62).

O método de averiguação das provas se tornou mais humano com a entrada da Igreja Católica, pois extinguiu os métodos de tortura até então utilizados. Os juízes escolásticos julgaram de acordo com a lei, acabaram os doutores canônicos, aos poucos, guiados pelo método escolástico, desenvolvendo um sistema de interação de regras de mandamentos bíblicos com passagens dos juriconsultos romanos (MEIRA, 1975, p. 62).

Conforme ensinamentos de Gomes Filho, o sistema probatório europeu-continental, em sua estruturação, cujos traços essenciais ainda influenciam os ordenamentos contemporâneos, esta fundamentalmente ligada à crise da sociedade feudal e das primeiras monarquias ocidentais; os reis, interessados na repressão dos delitos como forma de fazer prevalecer sua autoridade sobre a dos senhores feudais, não

podiam empenhar-se pessoalmente ou através de seus procuradores nos mecanismos de provas até então utilizados (GOMES FILHO, 1997, p. 20).

O objetivo primordial do procedimento inquisitório, segundo Gomes Filho (1997, p. 20), era a confissão do acusado, pois somente ela podia fornecer a certeza moral em relação aos fatos investigados, sendo que o instrumento utilizado para esta confissão era a tortura. Entretanto, é evidente o vício epistemológico, pois o inquisidor era alguém comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade que procurava demonstrar, sendo que a pesquisa cada vez mais cedia a confirmação da verdade previamente estabelecida. O réu era obrigado a confessar o que os inquisidores queriam escutar, ou eram torturados até o momento de não agüentarem mais ou confessarem a autoria do delito.

Conforme Mirabete (1991, p. 38), com o iluminismo, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal, no fim do século XVIII, inicia-se o denominado Período Humanitário do Direito Penal, onde o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. A nova ciência se desenvolve em torno do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas.

Os depoimentos eram prestados pelas testemunhas de viva voz³, tanto perante o júri de acusação como o de julgamento, e os jurados, embora tivessem acesso a determinadas peças escritas dos autos, jamais poderiam consultar as transcrições de testemunhos tomados nas fases precedentes.

À luz da teoria contratualista de Rousseau e das novas idéias a respeito da organização do poder, institutos fundamentais do sistema penal e processual do ancien régime, como a pena de morte e a tortura, passaram a ser continuamente contestados, em nome de uma nova concepção das relações entre o Estado e o cidadão, como testemunha o clássico opúsculo *Dei Delitti e delle pene*, de Beccaria. (GOMES FILHO, 1997, p. 29)

Como se observa, a doutrina elaborou a teoria das provas legais negativas⁴ que estabelecia restrições ao livre convencimento quando se tratasse de condenar, em oposição à teoria das provas legais que tinha, até então, seu valor reconhecido, embora com seus exageros (GOMES FILHO, 1997, p. 32).

À preocupação garantista dos clássicos contrapôs-se o pensamento de autores ligados à denominada Escola Positiva e a outras correntes posteriores, que enfatiza a orientação do direito penal e do processo penal para a defesa da sociedade contra os criminosos. Assim, a partir das últimas décadas do século passado, desenvolveu-se expressiva corrente doutrinária, cuja ideologia estava centrada na repressão e que teve influencia na codificação fascista de 1930 e, por reflexo, no nosso estatuto processual-penal de 1941.

Neste próximo item far-se-á uma verticalização e aprofundamento do conteúdo das provas.

³ Pessoa ou parte presente durante o julgamento.

⁴ A teoria das provas legais negativas determina que o juízo pessoal do julgador só poderá ser utilizado em benefício do réu

2.2. Prova no direito processual penal brasileiro

Tendo como parte essencial dentro do processo penal, as provas assumem um papel importantíssimo sobre as questões a serem tratadas no processo, pois é pela prova que se firma a certeza e o convencimento do juiz acerca dos fatos expostos.

Em âmbito criminal, podem ser considerados como provas todos os itinerários pelos quais a verdade pode chegar ao espírito, incluindo-se nela, impropriamente, o caso em que a verdade se apresenta diretamente à percepção do juiz (MIRABETE, 2004, p. 274).

O Código de Processo Penal Brasileiro trata das provas em seu Título VII, distribuído em dez capítulos, abrangendo do art. 155 ao art. 239.

A palavra prova é um termo polissêmico, que abrange uma multiplicidade de sentidos. Vem do étimo latino *probatio*, tendo como significado verificação, demonstração, exame, argumento. Em contexto jurídico, a prova assume uma gama de significados, entre eles:

É o centro do processo, é através dela que as partes convergirão ao juiz, na tentativa de convencê-lo da verdade do fato já ocorrido; serve também para expressar várias direções e momentos da mesma, isto é, a matéria a provar; seu objeto; seus meios empregados na busca da verdade de um fato ou de uma conclusão; e finalmente o resultado da prova, sua eficácia, seu valor (MARQUES, 1998, p. 78).

Existem várias definições a respeito de provas judiciais dadas pelos juristas, algumas das quais reproduzidas abaixo, no propósito de compará-las. Sustenta Chiovenda (2000, p. 109), que provar significa “formar a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo”.

Nicola Framarino Dei Malatesta (2001, p. 90) diz que a prova é “a relação particular e concreta entre a verdade e a convicção racional”. Para Frederico Marques (2000, p.330), a prova é “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”.

Afirma Tourinho Filho (1996, p. 370) que, provar é, antes de tudo, “estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”. Já Mirabete (2000, p. 398) ensina que a prova é “a demonstração a respeito da veracidade ou falsidade da imputação, que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento”.

Nem todos os fatos constantes dos autos exigem prova. É desnecessário provar as evidências e os fatos notórios. O conceito de notoriedade é um tanto relativo, pois o que é evidente para uns, pode ser duvidoso para outros, em função de tempo, lugar e grau de cultura.

Nos fatos incontroversos, o juiz deve formar sua convicção baseado no próprio exame das provas, e não da conclusão das partes. Já os fatos presumidos, em regra, não precisam ser provados, havendo duas distintas espécies de presunções: a absoluta (*juris et de jure*), que não admite prova em contrário, e a presunção relativa (*juris tantum*), que pode ser afastada quando há prova que a contraria.

Tendo em mente que provar é demonstrar a verdade ou a afirmação de um fato, e o objetivo do processo penal é restituir o fato ora considerado criminoso e não apontar culpados tem-se que a busca do processo penal é a busca da verdade real.

A busca da verdade real deve basear-se nos princípios constitucionais que norteiam o processo penal, pois a finalidade das provas é ajudar o juiz a formar sua convicção a respeito da verdade real dos fatos ou de uma situação, baseando-se nas provas.

No Código de Processo Penal não há como prever todas as hipóteses de provas, sendo o direito processual penal brasileiro ilimitado no meio probatório. Temos como exemplo o art. 155 do Código de Processo Penal que assim define: “No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil”.

Por ter adotado o sistema misto inquisitório e acusatório na fase investigativa, o Código de Processo Penal Brasileiro concede esta ampla liberdade na busca da certeza processual, como podemos analisar no art. 6º, III: “Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”.

A prova tem por finalidade a formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o desfecho da causa. Leciona Tornaghi (1978, p.266) que “a convicção do juiz, no processo inquisitório, é seu escopo único”. Na parte acusatória, a prova visa demonstrar ao juiz a falsidade ou veracidade da imputação feita ao réu, das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e da periculosidade, na individualização das penas e na aplicação das medidas de segurança.

O juiz realiza a apreciação da prova, para pesar o valor das mesmas, medir-lhes a força probatória, adicionando ou removendo partes e aproveitando outras.

A convicção não deve ser a expressão de uma condição subjetiva do juiz. Esta convicção há de ser de tal forma que com os fatos e provas submetidos e seu julgamento, se submetessem ao juízo desinteressado de qualquer outro homem de razão, deveriam produzir também nesta aquela mesma certeza produzida no juiz.

A problemática consiste em determinar a existência de um fato, passado e atual, e estabelece outro problema prévio: determinar se o fato é possível ou impossível de existir. Parte-se da premissa de que todo fato, até ser provado, é possível de existir.

Segundo a etimologia, verossímil não é o que pode ser uma verdade real, mas o que tem semelhança com ela; é verossímil o que nos parece simplesmente possível, mas o que, por uma razão mais ou menos determinada, nós nos inclinamos a julgar real (MIRABETE, 2004, p. 301).

Em todo processo penal, no que diz respeito ao conjunto de provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. As provas de probabilidade no processo criminal, conjuntas, podem levar a uma nova prova possível de certeza, que seja capaz de legitimar uma condenação.

O ordinário se presume, o extraordinário se prova. Com este princípio regulador da prova, relaciona-se especificamente o ônus da prova relativo ao dolo e à culpa. No processo penal condenatório, oferecida denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato e autoria, e ainda, as causas aumentadoras das penas (qualificadoras, agravantes); ao acusado, cabe a prova da causa excludente da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade e das causas de diminuição das penas (atenuantes causas privilegiadoras). (CAPEZ, 1998, p. 243).

Esta regra, transcrita no art. 156, não é absoluta, pois no curso da instrução, ou antes, de proferir a sentença, o juiz, não pacificado seu convencimento, poderá excepcionalmente determinar diligências nesse sentido.

Vendo do ponto de vista do sujeito, a prova apresenta-se em duas espécies: afirmação da coisa ou prova real e afirmação de pessoa ou prova pessoal (CAPEZ, 1998, p. 245).

As provas reais estão vinculadas a uma causa que, quando tenham produzido um fato, podem servir para sua prova. A esta espécie de provas, no sujeito a que se ligam, algumas causalidades do fato pertencem todas as provas indiretas que no processo penal compreende os indícios de causalidade do delito (MIRABETE, 2004, p. 304).

Nos crimes que consistem na palavra, como injúria e ameaça, a palavra construtiva do crime, por suposição seja pronunciada diante do juiz, não será mais que uma prova real. Trata-se de um fato típico, cuja substância de fato está na materialidade do pensamento.

O estudo das provas é o centro do processo, uma vez que, é através das provas que o julgador reúne as condições necessárias para uma interpretação autêntica, concretizando o direito em abstrato.

2.3. Procedimentos

O procedimento probatório refere-se ao modo de realização da prova e a quem deve fazê-lo. Disciplina a forma de coletar prova, o momento e o lugar de sua produção, além de estabelecer regras sobre o ônus da prova e os poderes do juiz na produção desta (LOPES, 1999, p. 25).

O juiz, ao despachar, determina que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, momento este previsto no art. 331 do Código de Processo Civil:

[...] Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará a audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir (CAHALI, 2001, p. 477).

Nesta audiência, visa-se, além da tentativa de conciliação, fixar os pontos controvertidos e a especificação das provas.

São três os momentos decisivos pelo qual passa o procedimento probatório: proposição da prova; admissão da prova; execução ou produção da prova (MARQUES, 1998, p. 347).

No pedido inicial, o autor fundamenta nas provas que pretende produzir, demonstrando os fatos alegados (art. 282, III e VI do Código de Processo Civil), enquanto que o réu, na contestação, impugna o pedido do autor, contrariando os fatos, fundamentando-os em provas a serem produzidas.

Ao juiz compete examinar a admissibilidade e a relevância do pedido, para que seja realizado o ato probatório, cujo momento principal para seu deferimento é o despacho saneador, observando-se que também pode determiná-lo de ofício.

Deve-se atentar ao Código de Processo Civil que estabelece quais os meios legais de prova e os moralmente legítimos, embora não especificados, que provem a verdade dos fatos que fundamentam a ação ou a defesa (art. 332, Código de Processo Civil), porém o fato que seja notório, não pertinente, irrelevante, incontroverso e coberto por presunção legal de existência ou veracidade (art. 334, Código de Processo Civil), não necessita ser provado.

O terceiro momento probatório é a produção da prova, cuja audiência de instrução e julgamento é o instante mor, quando as partes são ouvidas em depoimento pessoal, as testemunhas inquiridas e as provas periciais apresentadas (MARQUES, 1998, p. 349).

Quanto à prova documental, seu momento é peculiar, pois é produzida com a petição inicial do autor e com a defesa do réu, ou em qualquer outra fase do processo, respeitando-se as disposições legais.

O momento da produção de provas deve obedecer aos princípios da imediatidade, da oralidade e o da identidade física do juiz, pois o mesmo que instrui o processo deve ser o que deverá julgá-lo, para que não haja qualquer comprometimento para a formação de seu convencimento (MARQUES, 1998, p. 349).

Quanto à prova na fase recursal, esta não se realiza, em face de os princípios de imediatidade e de identidade física do juiz prevalecer na instância inicial, excepcionando o princípio da oralidade, que é facultado às partes, ao sustentar suas razões, embora os recursos subam devidamente instruídos e arrazoados e, quando necessário, com novas instruções, é na primeira instância que se cumpre.

Excepcionalmente, há situações que possibilitam o aproveitamento de prova já produzida em outros processos e/ou juízos, podendo ou não ser valorada, conforme justificável relevância ao juiz da presente causa. Esta é chamada prova emprestada e será comentada no item seguinte.

3. Da prova emprestada no processo penal

Por muitos anos a doutrina brasileira se dividiu acerca da admissibilidade processual das provas ilícitas, não só no direito penal, mas também no direito civil, no direito de família, com a apresentação de fitas cassete, fotografias e outros meios de provas que eram admitidos. Diante disso, o presente tópico busca discutir se a prova emprestada no processo penal é legal ou não.

3.1. Definição e natureza jurídica

A prova emprestada é a transladação de prova realizada em outro juízo e processo, admitida pelo art. 136, II, Código Civil: “[...] Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante [...]; II – Atos processados em juízo [...]” (CAHALI, 2001, p. 222).

Segundo Eduardo Talamini (1998, p. 145) a prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro e no aproveitamento de atividade probatória anteriormente produzida mediante traslado dos elementos que a documentaram. Assim, ingressa no segundo processo sob a forma de documento.

A prova emprestada encarta a definição de atos de produção da prova já consumados em outros processos, e, em virtude disso, depreende-se que o mesmo não ocorre coma prova documental. Até porque o documento pode servira vários processos e, nem diante dessa situação, transmutar-se-á para o sentido da prova emprestada, vez que ele não se formou no processo anterior, ele era precedente.

O uso de prova pericial emprestada, feita no curso de outro processo penal, que serviu de base para o oferecimento da denúncia, confere maior credibilidade à materialidade delitiva, eis que realizada perante autoridade judiciária, em substituição da perícia feita na esfera policial”. (TRF, 2001, p. 156).

Nesse passo, por ser a prova emprestada reprodução de um documento, deve o juiz apreciá-la com o mesmo peso que esta teria se houvesse sido produzida originariamente no segundo processo. Ressalte-se a expressão de Eduardo Talamini (1998, p. 149): “Eis o aspecto essencial da prova trasladada: apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário”.

Por outro lado, existem outras posições para concebê-la como mera prova documental. Contrapondo essas duas posições, Aranha (1996, p. 68) entende que ambas as correntes têm suas verdades. Para ele, toda prova deve ser examinada sob dupla ótica: forma e essência. Ora, a prova emprestada é formalmente uma prova documental, pois trazida aos autos como verdadeiro documento, porém, na essência, não perde a natureza originária.

Por derradeiro, a prova emprestada, formalmente, obedece às prescrições legais para a prova documental, por ser trazida aos autos mediante um meio gráfico de reprodução, um documento. Nesse sentido, a prova emprestada é aquela que foi constituída em outro processo, portanto, oriunda de prova oral, pericial ou inspeção judicial.

Os princípios fundamentais do direito probatório referem-se à necessidade da prova e a sua contradição. O princípio da necessidade da prova, defendido por Silva (1999, p. 346), entende que o juiz não pode pronunciar uma decisão sem que os fatos estejam estabelecidos por escrito ou por testemunhas, e assegurados pelo princípio do contraditório, apresentando, assim, dois aforismos: “[...] a) que o juiz só pode decidir com base nos fatos alegados e provados pelas partes; [...] b) o que não está no processo não está no mundo [...]”.

Já princípio da contradição da prova refere-se ao princípio da bilateralidade da audiência, onde ninguém será condenado sem antes ser ouvido com a devida possibilidade de defesa adequada, tendo o direito de impugná-la e produzir contraprova, a fim de invalidá-la.

3.2. Possibilidade de admissão da prova emprestada

O ordenamento jurídico brasileiro admite a “Prova Emprestada” para comprovação de aspectos importantes do processo. A utilização de depoimentos de testemunhas em outros processos e que tenham relação comum fato, podem ser emprestados a outros processos durante a persecução criminal.

[...] A prova emprestada tem como primeiro requisito de admissibilidade o fato de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes, ou, ao menos, em feito no qual tenha figurado aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova. Isso porque, para que tenha valia, a prova emprestada precisa ter sido colhida em seu processo de origem, sob o crivo do contraditório e possibilitada a ampla defesa. [...] (HC Acórdão 203856-8 – Rel. Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção - J. 19/1/2010).

Há necessidade, no caso da prova emprestada, que o depoimento da testemunha tenha sido feito na presença do acusado e seu defensor, estabelecendo-se assim o contraditório. Não é cabível a prova emprestada entre júzcos diferentes, isto é, um depoimento no cível não pode servir de prova emprestada no crime. Há necessidade da participação do representante do Ministério Público naquele ato, acarretando ofensa ao princípio do contraditório; sem reperguntas, este depoimento como prova emprestada em pouco servirá, pois não poderá servir realmente como prova, e sim, como mera informação e de pouca importância. Para Tourinho Filho (1999, p. 354):

Prova Emprestada, como o próprio nome está a indicar, é aquela colhida num processo e trasladada para outro. Ora é um

testemunho, ora uma confissão, uma perícia, um documento, enfim, uma prova qualquer produzida num processo e transferida para outro. Não há dúvida quanto a essa possibilidade. Contudo, vigorando entre nós os princípios do contraditório e da ampla defesa, parece claro que o valor probatório dessa “prova emprestado” fica condicionado à sua passagem pelo crivo do contraditório; do contrário, ela se torna ilícita, porque obtida com violação de princípios constitucionais.

O princípio do contraditório, constante no art. 5º, inciso LV, do Texto Constitucional, informa que ao réu (dentro do âmbito do processo, ultrapassada a fase investigativa), deverão obrigatoriamente serem feitas todas as medidas de informação e comunicação de todos os atos do processo e, entre eles, principalmente, que ele está sendo oficialmente acusado perante um órgão jurisdicional, devendo esta acusação ser clara, específica, taxativa e compreensível e, inequivocamente, dela se conseguir extrair os fundamentos de fato (conduta e provas, basicamente) e os fundamentos de direito (indicando quais os artigos de lei que ele acusado seria incurso) (NUCCI, 2004, p. 157).

Decorre do princípio do contraditório o direito de o réu ser cientificado da acusação contra ele imputada e, também, de contrariá-la, evitando que venha a ser condenado sem ser ouvido previamente. Este movimento dialético – tese acusatória rebatida pela antítese defensiva – caracteriza o princípio do contraditório.

A garantia constitucional do contraditório – ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural – é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranha a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que – não fora o seu traslado para o processo – nele se devesse produzir no curso da instrução, contraditória, com a presença e a intervenção das partes”. (STJ, 1999, p. 4).

[...] A prova emprestada de outra ação penal somente pode ser valorada se ambas as partes tiveram integral ciência e a possibilidade do exercício do contraditório. (...) (STJ, 2007, p. 378).

[...] A prova emprestada é incompatível com os princípios constitucionais, tendo em vista que sua produção é feita na ausência do réu, sem o contraditório e a ampla defesa. Inexistindo prova segura a indicar a participação de Atayde nos roubos em questão, sua absolvição deve prevalecer. (Recurso de Apelação 63406/2008 – Des. Rel. PAULO DA CUNHA – J. 2008)

Do princípio do contraditório extraem-se duas importantes regras. A primeira é a da igualdade processual, pela qual as partes encontram-se num mesmo plano e têm os mesmos direitos, também chamado de princípio da isonomia, onde as partes devem ter as mesmas condições de tratamento. Deste modo, tanto a acusação quanto a defesa residem no mesmo plano processual, não devendo haver, portanto, desigualdades entre os iguais e nem igualdade entre os desiguais – aos iguais tratamento igualitário, entre os desiguais tratamento desigual, na busca do nivelamento. A segunda regra é a da liberdade processual, segundo a qual o acusado tem a faculdade, entre outras, de nomear o advogado que escolher, apresentar provas lícitas que julga convenientes, arrolar testemunhas e formular ou não reperguntas a elas (NUCCI, 2004, p. 158).

Um dos casos de melhor aplicabilidade da testemunha emprestada é nos julgados que envolvem o crime organizado, nessa situação a prova emprestada é de grande valia, uma vez que, em todas as fases da instrução, os defensores e acusados estão presentes. O fato imputado é comum a várias pessoas da organização criminosa e assim sendo, inclusive a interceptação telefônica (MALATESTA, 2001, p. 102).

O que ocorre é que um terminal telefônico acaba centralizando as atividades e os demais servem de veículo para os seus interlocutores. Diante deste fato estamos observando toda uma estrutura e os seus possíveis integrantes. Os crimes imputados são praticamente os mesmos, uma vez que cada um, dentro daquela organização, tem a sua atividade e as suas ordens a cumprir. São todos partícipes de uma estrutura de comando, com tarefas definidas e reportando-se a uma ou duas pessoas responsáveis pela chefia. Neste caso, os depoimentos das testemunhas, ou posteriores delatores daquela organização criminosa, acabam por servir de testemunhas contra os demais integrantes e muitas vezes indicam a conduta delituosa de cada um dos seus membros (MALATESTA, 2001, p. 102).

É perceptível na doutrina e jurisprudência a aceitação da prova emprestada, desde que obedecidos os princípios citados nesse capítulo, conforme jurisprudência nesse sentido:

Ementa: I. Recurso extraordinário. Descabimento. Falta de pré-questionamento da matéria constitucional suscitada no RE CF, art. 5º, LV. II. Recurso extraordinário, pré-questionamento e habeas corpus de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a discussão em torno de requisitos específicos, qual o do pré-questionamento, sempre que – evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção seja possível a concessão de habeas corpus de ofício (Cf., RE273. 363, 1ª T. 5.9.2000, Pertence, DJ 20.10.2000). III. Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório – ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural – é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir à prova de procedimento a que estranho à parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se cuida de prova que – não fora o seu traslado para o processo – nele se devesse produzir no curso da

instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes. Não é a hipótese dos autos: aqui o que se tomou de empréstimo ao processo a que respondeu co-ré da recorrente, foi o laudo de materialidade do tóxico apreendido, que, de regra, não se fazem juízo e a veracidade do qual nada se opõe. (RE328138/MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 17-10-2003 – p. 21 1ª Turma).

A prova emprestada tem um valor probante e não pode ser utilizada como meio para outras ações diversas e contra outras pessoas. Ela não poderá gerar efeitos contra quem não tenha participado do processo ou daquela conduta. Se a prova emprestada for transportada de maneira indevida, para o segundo processo, violando o princípio constitucional do contraditório, transformar-se-á em uma prova ilícita.

3.3. Confronto com os princípios constitucionais

Após a Constituição Federal de 1988, através do seu art. 5º, o qual trata das garantias constitucionais individuais, foi posto fim a algumas práticas muito comuns nas décadas de 70 e 80 pelas “arapongas” do extinto Serviço Nacional de Informação, especialistas em grampos e fotografias comprometedoras, práticas estas flagrantes do direito de imagem e sigilo telefônico (GRECO FILHO, 1991, p. 73).

No Brasil foi adotado o Sistema Acusatório e, assim sendo, o ônus de provar o fato imputado é de quem acusa. A Constituição Federal de 1988 recepcionaram este princípio no seu art. 5º, inc. LVII, onde consta que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (GRECO FILHO, 1991, p. 73).

Atualmente existindo a previsão legal para a quebra de uma garantia constitucional em uma lei, há necessidade de uma autorização do magistrado. O problema deve ser delimitado e não pode ser utilizado de forma diversa àquela que lhe originou o pedido (GRECO FILHO, 1991, p. 74).

A doutrina e jurisprudência pátrias, na sua maioria, adotam posição que reconhece a utilização da prova ilícita quando esta é a única capaz de demonstrar a inocência do acusado. Assim, as provas ilícitas são admissíveis no processo quando necessárias na defesa do réu. Em razão dos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência, admite-se, excepcionalmente, que a prova ilicitamente sirva para uma absolvição.

O princípio da ampla defesa, também previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, engloba a autodefesa e a defesa técnica. Se houver conflito entre o acusado e o defensor o juiz irá valorar a tese mais ampla e depois a outra, mas todas devem ser valoradas, sob pena de nulidade do processo (GRECO FILHO, 1991, p. 75).

De acordo com Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, a falta de defesa técnica é causa de nulidade se causar prejuízo ao réu. Já a autodefesa poderá ser dispensada. Segundo Vicente Greco Filho:

Para o desenvolvimento e estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a da

ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar. Consiste a ampla defesa na oportunidade de o réu contraditar a acusação, através da previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa, com já se disse. Ampla defesa, porém, não significa oportunidades ou prazos ilimitados. Dentro do que a prática processual ensina, a lei estabelece os termos, os prazos e os recursos suficientes, de forma que a eficácia, ou não, da defesa dependa da atividade do réu, e não das limitações legais. O réu é também obrigado a cumprir os prazos da lei, nada podendo argüir se os deixou transcorrer sem justo motivo. A ampla defesa se traduz, em termos objetivos, englobando a instrução contraditória, em algumas soluções técnicas dentro do processo, as quais, na verdade, tornam efetiva a garantia. Entre elas podemos citar: a adoção do sistema acusatório, a apresentação formal da acusação, a citação regular, a instrução contraditória, o princípio da verdade real e o exercício da defesa técnica (1991, p. 72-73).

A ampla defesa consiste na oportunidade de o réu ter conhecimento claro da imputação e contraditar a acusação; poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; ter defesa técnica por advogado; e poder recorrer da decisão da decisão desfavorável.

Ao acusado devem ser garantidas as condições necessárias o pleno exercício do seu direito de defesa, abrangidas a autodefesa e a defesa técnica, esta exercida através do defensor legalmente habilitado, seja ele constituído pela parte ou nomeado pelo juízo, garantido o acesso à justiça pela assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

A prova emprestada é questionada sobre a produção de seu contraditório. Fica a critério do juiz considerá-la válida ou carecedora de relevância para seu convencimento, considerando-se que somente as provas casuais podem ser emprestadas, as pré-constituídas não, visto seu valor probatório ser sempre o mesmo, qualquer que seja a natureza do processo em que ela se produza.

Processual penal. Habeas corpus. Absolvição sumária. Inimputabilidade. Recurso. Novo laudo. Prova emprestada pronúncia. Nulidade. Absolvido o réu por ser considerado inimputável, a modificação desta sentença em grau de recurso deve fundar-se em prova lícita, demonstrativa de sua higidez mental. Laudo pericial realizado em outro processo e anexado por cópia na fase recursal constitui prova emprestada, qualificada como prova ilícita, porque produzida com inobservância dos princípios do contraditório e do devido processo legal, não se prestando para embasar sentença de pronúncia. Habeas corpus concedido. (HC-14216/RS – Rel. Mini. Vicente Leal – DJ12. 11.2001. T6 – 6ª Turma).

É comum a utilização da prova emprestada nos processos acumulados por conexão ou dependência ou acessoriedade.

Estas provas são admitidas em caráter excepcional e em casos extremamente graves, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores fundamentais contrastantes. Assim, quando estiverem em confronto direitos fundamentais, como o direito à intimidade, à liberdade, à vida, deve prevalecer aquele em que o bem jurídico tutelado é mais relevante, aplicando-se o critério da proporcionalidade (FREGADOLLI, 1998, p. 147).

Previsto no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, o princípio do devido processo legal assegura que a culpabilidade de acusado deverá ser apurada na forma da lei - “direito a defesa técnica, publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal” (MORAES, 2001, p.112) -, tendo como corolários direitos a ampla defesa e o contraditório.

O princípio do devido processo legal, informado pela ampla defesa e contraditório, impõe que uma pessoa só poderá sofrer restrições ou sanções de efeito penal, após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória emanada pelo órgão jurisdicional competente.

O princípio do devido processo legal banha o interrogatório judicial com todas as garantias do processo penal, tornando-o ato público e obrigatório sempre que possível, de universo amplo para a defesa do acusado, a ele sendo permitidos e garantidos todos os meios legais para apresentar sua narrativa e justificação dos fatos (NUCCI, 2004, p. 33).

O juiz em face de uma prova ilícita ou ilegítima, deve expungir-la dos autos, tendo presente, também, o que estabelece o art. 332 do CPC aplicável por analogia (TOURINHO FILHO, 1999, p. 355).

A eficácia da prova emprestada mantém a eficácia do processo em que foi colhida, e, quando de natureza oral, tem sua eficácia equivalente à produzida por precatória. Mas, para seu reconhecimento, deve-se observar se sua produção atendeu às formalidades previstas em lei.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVA EMPRESTADA DE PROCESSO-CRIME NO QUAL NÃO CONSTA NO PÓLO PASSIVO O MESMO RÉU DO PRESENTE FEITO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA ROBUSTA PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO. AUTORIA NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

1. A prova emprestada somente surtirá efeito se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes.
2. Se o conjunto probatório carreado aos autos não se extrai um juízo de certeza acerca da autoria do fato criminoso, impõe-se a manutenção da sentença absolutória.

3. Apelação conhecida e não provida. (TJPR, 2007).

Desta forma, a prova emprestada é admissível, desde que seja produzida em processo envolvendo as mesmas partes, que neste tenha se observado o contraditório e que “[...] não seja possível sua reprodução ou renovação [...]”, além de se considerar “[...] idênticos os fatos provados e probandos [...]” (LOPES, 1999, p.157).

4. Considerações finais

No processo penal, o contraditório deve ser real efetivo, até porque, na avaliação do conjunto probatório, o juiz observa sob a vertente da presunção da inocência. Surgindo dúvida, o julgador decidirá contra a acusação.

A prova emprestada no processo não ocasiona dispensa de outras provas ou manifestação sobre esse fato probando. Em função disso, deverão ser carreados outros elementos de convencimento, de acordo com os momentos de requerimento e instrução, até em obediência ao devido processo legal e ao direito à prova constitucionalmente assegurada.

Diante do exposto, a plausibilidade da utilização da prova emprestada é perfeitamente possível em processo penal em que surge interesse em seu uso. Em verdade, trata-se de evitar, com isso, a repetição inútil de atos processuais, otimizando-se, ao máximo, as provas já produzidas perante a jurisdição.

Por fim, não se pode esquecer a admissibilidade da prova emprestada sob perspectiva constitucional, pois, conforme demonstrado no desenvolvimento desse trabalho a investigação probatória tem de ser compatibilizada com a série de princípios condensados na fórmula do devido processo legal.

Segue ainda que a atuação jurisdicional por meio do processo não se dá só com a prestação da tutela final, mas também com a incidência das garantias fundamentais no curso do processo como forma de atuação de ordem jurídica. Assim, a presença das partes e do juiz é imprescindível para a validade e eficácia das provas.

Nesse sentido, o que é importante destacar é o princípio basilar da aceitação da prova emprestada, qual seja o contraditório efetivamente exercitado, não bastando a simples oportunidade de defesa, sendo esta garantia constitucional para as partes que litigam em processo, seja judicial ou administrativo, com o escopo de exercer a defesa de igualdade processual, bem como dos direitos fundamentais.

5. Referências bibliográficas

ARANHA. Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 20.372/SP - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - DJ de 11.06.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, HC 78.749, DJU de 25.06.1999, p. 4

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. ACR 3794490 PR 0379449-0 – Rel. Des. José Carlos Dalacqua – 29/11/2007.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Rel. João Pedro Gebran Neto, Ap. Crim. 1998.04.01.034902-1, DJU de 21.02.2001, p. 156.

BRUTTI, Roger Spode. **A eficácia da prova testemunhal nos delitos de embriaguez ao volante**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1899, 12 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11716>> . Acesso em: 3 jul. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FREGADOLLI, Luciana. **O Direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípio da insignificância**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Bookseller, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Bookseller, 1998.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Curso de direito romano: histórias e fontes**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à lei nº 7.210, 11-7-1984**, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Manual de direito penal: parte especial**, arts. 235 a 361 do Código Penal. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NEVES, Getúlio Marcos Pereira. **Valoração da prova e livre convicção do juiz**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 401, 12 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5583>>. Acesso em: 3 jul. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996.