

O uso da prova emprestada no processo penal

Claudio Demczuk

Sumário

1. O conceito de prova emprestada. 2. Os fundamentos da prova emprestada. 3. Forma e valor da prova emprestada. 4. Requisitos de admissibilidade da prova emprestada. 4.1. Garantias constitucionais ligadas a sua validade. 4.2. Outros requisitos (divisão clássica). 5. Os efeitos da ilegitimidade da prova emprestada. 5.1. Inobservância dos requisitos constitucionais. 5.2. Inobservância dos requisitos de legalidade da prova. 6. A prova emprestada no projeto do Novo Código de Processo Penal. 7. A prova emprestada com “valor precário”. 8. A interceptação telefônica como prova emprestada.

1. O conceito de prova emprestada

Prova emprestada é aquela tomada de um processo, em que foi originalmente produzida, para também gerar efeitos em outro processo, em atenção ao direito à prova das partes ou em razão de economia processual.

É preciso ter em conta, no entanto, que o vocábulo *prova* possui natureza polisêmica. Não só no discurso jurídico, mas também na linguagem comum, filosófica ou científica. Seguindo a lição de Gomes Filho (2005, p. 307-308), três seriam as suas principais acepções nesses campos: prova como demonstração, prova como experimentação ou prova como desafio.

Para o emprego do termo prova na linguagem processual, destaca o autor, ainda,

Claudio Demczuk de Alencar é advogado e Consultor Legislativo do Senado Federal. Foi Chefe de Gabinete do Ministro de Estado da Justiça (2003-2006).

os seguintes significados: a) *elemento de prova*, correspondente a cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato; b) *meio de prova*, enquanto o procedimento por intermédio do qual os elementos de prova são incorporados ao processo; já a expressão c) *fonte de prova* é utilizada para designar a pessoa ou a coisa da qual se pode obter o elemento de prova; e, por fim, o d) *resultado da prova* está a significar a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes.

Aplicando tais conceitos, podemos desdobrar o instituto da prova emprestada como sendo o elemento de prova, cujo meio de prova foi o empréstimo de outro processo, capaz de alcançar, no processo de destino, o mesmo resultado de prova que indicou no processo de origem.

2. Os fundamentos da prova emprestada

Fixamos como fundamentos da disciplina da prova emprestada os princípios da duração razoável do processo e da unidade de jurisdição.

Com a incorporação ao texto constitucional da garantia da duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII, da CF), ganhou especial relevo o postulado da economia processual, que já preconizava o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

Ainda assim, é importante repisar que o processo penal não pode ser tão rápido, de modo a acarretar o atropelo das garantias do acusado, nem tão lento de forma que o próprio processo se transforme em pena pela estigmatização do acusado. Como bem acentuam Lopes Júnior e Badaró (2009, p. 134): “O processo penal reclama tempo suficiente para a satisfação, com plenitude, de seus direitos e garantias processuais”.

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.

Em outra frente, 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 com 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 de prova.

3. Forma e valor da prova emprestada

O traço marcante da disciplina da prova emprestada é exatamente a contraposição entre sua forma e valor probatório. Embora ingresse sempre no processo de destino como documento, a prova emprestada terá o mesmo valor do meio de prova de origem. Assim, por exemplo, a prova testemunhal emprestada valerá como autêntico testemunho e não como mera declaração por escrito (prova documental).

A doutrina destaca, no entanto, que a atribuição do valor de sua essência à prova emprestada é apenas potencial¹. Ou seja, diante de algum outro elemento incompatível com a manutenção desse valor, e apenas diante de circunstância tal, poderia o juiz motivadamente conferir à prova emprestada menor eficácia probatória.

Imagine a ocorrência de dois testemunhos diametralmente colidentes, um produzido no próprio processo, em que uma testemunha afirma um alibi em favor do acusado, e outro emprestado, em que outra testemunha reconheça o acusado como o

¹ “Terá a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida” (TALAMINI, 1998, p. 147).

autor do crime que presenciou. Em situação desse jaez, seria possível a absolvição do acusado, reconhecendo-se menor valor à prova emprestada, fundamentada no prejuízo à imediação das partes e do juiz².

Ainda assim, o mais recomendável seria o juiz determinar a repetição da produção da prova que se pretendia emprestar no próprio processo de destino, o que, aliás, será sempre o remédio preferível para corrigir controvérsias acerca do empréstimo de prova.

Até porque desnecessário repisar que a regra geral é a produção dos elementos de prova no próprio processo, sendo, portanto, excepcional o uso da prova emprestada.

E a edição da Lei nº 11.719 de 2008, com a adoção da identidade física do juiz e consequente revogação do parágrafo único do art. 502 do Código de Processo Penal, em nada alterou a possibilidade de o juiz encarregado da sentença determinar a repetição de provas já produzidas, e com mais razão também as excepcionalmente emprestadas, porque essa faculdade continua lhe sendo assegurada pelo art. 132, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil, aplicável por analogia ao processo penal.

Vale ressaltar, entretanto, que o recurso à repetição da prova 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.

Ademais, há que se salientar a irrelevância, no direito brasileiro³, dos possíveis destinos do processo primitivo para a admissibilidade e eficácia da prova emprestada. Com razão Talamini (1998, p. 156), quando assevera que:

“O que se transporta de um processo para o outro não é a convicção a que

² Note-se que a situação não é exclusividade da prova emprestada, podendo ocorrer em outros casos semelhantes, como a prova produzida por carta precatória.

³ O direito italiano, por exemplo, exige o trânsito em julgado da ação civil para que seus depoimentos sejam emprestados ao processo penal.

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.”

Acerca do valor da prova emprestada, destarte, admite-se se falar em potencialidade apenas enquanto tema sobre o qual deva incidir a livre apreciação do juiz, limitada pelo dever de motivar, como ocorre em toda matéria probatória. Porém, se devidamente atendidos os inúmeros requisitos para a admissão do empréstimo, como se verá a seguir, seu valor deverá ser sempre o correspondente a uma prova plena, exatamente como outra de sua espécie originária.

4. Requisitos de admissibilidade da prova emprestada

4.1. Garantias constitucionais ligadas a sua validade

4.1.1. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório possui dupla concepção para o processo penal, podendo corresponder a um valor de verdade, bem como a um valor de garantia. No primeiro passo compreende-se o contraditório enquanto o melhor método para a pesquisa da verdade, em que, por meio da sucessão de provas e contraprovas, há a obtenção de conhecimento sobre os fatos objeto do processo para além de qualquer dúvida razoável, fazendo ceder (ou não) a presunção de inocência do acusado. No segundo, assegura-se às partes a informação sobre os atos e conteúdo do processo e a possibilidade de contrariá-los em situação de paridade de armas com a parte *ex adversa*.

Note-se que, no processo penal, o exercício da contrariedade há de ser pleno e efetivo, devendo o mesmo ser estimulado

pelo juiz, enquanto, no processo civil, tem se aceitado apenas a oportunidade para contraditar. E aí já temos uma primeira anotação quanto à prova emprestada: é inviável a transposição para ação penal de elemento de prova colhido com mera oportunidade do contraditório, como aquela colhida em audiência de que não participou o advogado da parte, embora devidamente intimado de sua realização.

O princípio do contraditório em matéria probatória se expressa pelo contraditar provando e por meio de contraprovas. É o direito de participação das partes na atividade instrutória, entendido não como simples presença, mas como real possibilidade de influenciar o convencimento do magistrado. Entre seus diversos corolários, podemos destacar, para os objetivos do presente estudo, os seguintes:

a) a invalidade da prova produzida sem a presença das partes ou do juiz;

b) a impossibilidade de valoração das provas obtidas fora do contraditório judicial ou sem a prévia intervenção e manifestação das partes;

c) a obrigação de assegurar às partes a utilização dos meios de prova necessários para a comprovação de suas alegações, em igualdade de condições para pleitear a produção da prova e sem disparidade nos critérios para a sua admissão; e,

d) a garantia de ver consideradas, no momento do julgamento, todas as provas constantes do processo e, em especial, aquelas produzidas a seu requerimento.

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).

É que a advertência acima indicada ganha destaque diante da simplificação operada pela doutrina e jurisprudência, segundo a qual o requisito referente ao contraditório para a admissão da prova

emprestada estaria satisfeito com a participação, no processo de origem, da parte que suportará seus efeitos e sobre a qual falaremos mais à frente.

4.1.2. Princípio do juiz natural

A Constituição Federal estabelece que ninguém será *processado* nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF). Em matéria de prova emprestada, no entanto, há divergência na doutrina quanto aos efeitos do princípio do juiz natural sobre sua disciplina.

O conceito da garantia do juiz natural, como sabemos, desdobra-se em três regras de proteção: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; e entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem constitucional taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem que seja.

Ada Pellegrini Grinover (1993, p. 66), interpretando a terceira regra acima, estabelece para a admissão da prova emprestada a necessidade de “que contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa”, pois apenas a presença concomitante das partes e do juiz pode dar validade à prova e porque, especialmente em se tratando de prova originariamente oral, o princípio da imediação torna indispensável o contato direto do juiz com a fonte de prova para corretamente proceder à sua valoração.

Eduardo Talamini (1998, p. 150-151), por sua vez, argumentando com a disciplina do aproveitamento dos atos não decisórios, prevista no art. 567 do Código de Processo Penal, entende possível a utilização como prova emprestada dos elementos de prova colhidos por juiz incompetente para o julgamento da ação penal de destino.

Em obra coletiva, Grinover, Magalhães e Scarance (1997, p. 118) também chegam a admitir essa possibilidade, fazendo a

seguinte advertência: “o juiz do segundo processo, percebendo não ser o órgão judiciário, perante o qual a prova foi produzida em contraditório, o juiz constitucionalmente competente para a segunda causa, deverá tomar as maiores cautelas no aproveitamento da prova emprestada.”

Diante de tal quadro, temos como preferível assentar apenas a impossibilidade do empréstimo para o processo penal da prova produzida sem a presença do juiz⁴, atraindo à discussão do tema igualmente os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (art. 5º, XXXV e LIV, da CF).

Com efeito, estando assegurada às partes a produção da prova perante magistrado imparcial e independente, é razoável que a estrita competência do juízo para processar a prova⁵ possa ceder diante do princípio da economia processual, e com mais razão até, em regime que erigiu a duração razoável dos processos a preceito constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF).

4.2. Outros requisitos (*divisão clássica*)

É tradicional (ARANHA, 2006, p. 256; INELLAS, 200, p. 118), na doutrina sobre a prova emprestada, fazer referência a quatro requisitos para a admissibilidade do empréstimo. São eles: a) serem os fatos apurados semelhantes; b) ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem lhe suportará os efeitos; c) a observância do procedimento sobre a natureza originária da prova; e d) a observância do procedimento sobre a prova documental.

Passemos à análise pormenorizada de cada um deles.

⁴ Ou em procedimento de natureza inquisitória ainda que presidido por um magistrado, como são os disciplinares envolvendo integrantes do Poder Judiciário.

⁵ Frise-se: cede apenas a competência para processar a prova, já que em matéria de prova emprestada o julgamento continuará a cargo do juiz natural.

4.2.1. Fatos semelhantes

A identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos pode ser entendida como expressão do pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para a admissão de qualquer meio probatório (TALAMINI, 1998, p. 153).

A nosso sentir, no entanto, não é apenas isso. É necessário 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.

Em regra, poderemos empregar a prova emprestada entre processos de natureza sancionatória, como entre uma ação civil de improbidade administrativa e uma ação penal. Em outros casos, porém, a divergência no escopo de apuração dos processos deverá obstar o empréstimo, como, por exemplo, entre uma ação do direito de família em que existe a notícia do uso de entorpecente por um dos genitores, às vezes até eventualmente confessada, e uma ação penal instaurada para apurar crime da Lei de Drogas contra essa mesma pessoa.

4.2.2. Em processo contra a mesma parte

O requisito de ter sido a prova emprestada originalmente produzida em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova constitui simplificação para efeitos didáticos da própria observância do princípio constitucional do contraditório, em muito facilitada pelo fato de que no processo penal um dos polos da ação é quase sempre ocupado pelo Ministério Público.

Desse modo, é importante que o operador do direito não perca de vista as demais implicações da observância do contraditório para a disciplina da prova emprestada, como acima se pontuou.

Pode ocorrer, por exemplo, de se pretender emprestar prova colhida em processo de jurisdição voluntária, como um

inventário, para processo de jurisdição contenciosa, como uma ação penal. Em casos tais, ainda que presente a mesma parte nos dois processos, não se poderá admitir o empréstimo, sob pena de vulnerar o contraditório, com intensidades distintas, diante do menor grau de cognição exigido pelo processo originário (TALAMINI, 1998, p. 149).

4.2.3. *Observância das regras sobre a natureza originária da prova*

A observância das regras previstas para a produção da prova, vista em sua natureza jurídica original, deve ser apurada tanto no processo primitivo, quanto no processo de destino.

A esse respeito, merecem destaque as normas sobre a produção da prova testemunhal (art. 202 e ss. do CPP), em especial a que prevê os impedimentos para funcionar como testemunha (art. 206 do CPP), e que deverão ser analisados perante os réus do primeiro e do segundo processo. Também, assim, as regras sobre as demais provas típicas, como reconhecimento de pessoas e coisas (art. 226 e ss. do CPP) e a acareação (art. 229 e 230 do CPP).

É de se ressaltar que algumas vezes o empréstimo da prova restará impossível em razão do contraste entre as disposições do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal. Imagine-se, por exemplo, a produção de uma perícia em uma ação civil por perito nomeado nos termos do art. 421 do CPC. Embora a produção na origem seja regular, a sua eventual transposição para uma ação penal como prova emprestada acabará obstada diante da disposição do art. 159 do CPP, que exige a realização da perícia por perito oficial, salvo se o laudo da perícia do cível estiver subscrito por duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior (§§ 1º e 2º do art. 159 do CPP).

Outra questão interessante sobre o tema diz respeito à prova documental. Devida-

mente estabelecida a distinção entre documento e documentação⁶, é de se notar que o traslado de documento pré-constituído já apresentado em outro processo não constitui prova emprestada, mas nova produção da mesma prova documental, sendo irrelevante, portanto, a sua produção válida ou inválida no primeiro processo.

4.2.4. *Observância do procedimento sobre a prova documental*

Como já salientado, a prova emprestada ingressa no processo de destino sempre na forma de sua documentação. 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.

Isso porque, como acentua Talamini (1998, p. 153), “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”.

Para tanto, ainda, é indispensável que a parte que propõe o empréstimo apresente a documentação de todo o *iter* probatório. No caso de prova testemunhal, por exemplo, deve ser juntado não só o termo de declarações, mas também a assentada em que pode estar registrada eventual contradita ou outro fato relevante sobre a credibilidade da testemunha.

⁶ Em apertada síntese, o documento constitui fonte de prova, em geral pré-constituída, enquanto a documentação representa a forma como a prova é registrada ou como se materializa.

5. Os efeitos da ilegitimidade da prova emprestada

5.1. Inobservância dos requisitos constitucionais

A inobservância dos requisitos constitucionais para a admissibilidade das provas emprestadas guarda analogia com o regime das provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CF). Em verdade, tratando de infração a normas de conteúdo processual, ainda que inseridas no texto constitucional, a terminologia mais correta é prova ilegítima.

Para Grinover (1993, p. 64-65), a prova produzida ao arpejo dos princípios do contraditório e do juiz natural traduz hipótese de inexistência jurídica e ineficácia do ato, significando uma não prova, porque eivada de nulidade absoluta⁷, a excluir qualquer possibilidade de se configurarem meras irregularidades sem sanção.

Assim, a prova emprestada inconstitucional: 1º) não poderá ser anexada aos autos do processo; 2º) se indevidamente juntada, terá de ser desentranhada; 3º) caso permaneça nos autos, não poderá ser considerada no julgamento; 4º) se utilizada pelo juiz, acarretará a nulidade absoluta da decisão condenatória, podendo ser desconstituída mediante revisão criminal. Em grau de apelação, no entanto, o tribunal poderá proferir nova decisão, desconsiderando a prova *contra constitutionem*, sem incorrer em supressão de instâncias.

Convém destacar, por oportuno, que a eventual repetição da prova no segundo processo não constitui saneamento do empréstimo, mas nova produção autônoma da prova em si.

⁷ Em se tratando de nulidade absoluta, destarte, não há que se perquirir a respeito da demonstração do prejuízo e tampouco sobre a parte que eventualmente lhe tenha dado causa, porque a prova depois de inserida nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz, segundo o princípio da comunhão da prova.

5.2. Inobservância dos requisitos de legalidade da prova

Como é curial, os efeitos da ilegitimidade da prova emprestada variam de acordo com a natureza do vício verificado. No tocante aos requisitos de legalidade da prova, é de se distinguir, portanto, as causas de admissão indevida da prova emprestada das hipóteses de produção indevida do empréstimo.

5.2.1. Admissão indevida da prova emprestada

São causas de admissão indevida da prova emprestada: a) o desrespeito às regras da prova em sua natureza original no processo primitivo; b) o desrespeito às regras da prova em sua natureza original no processo de destino; e c) a inobservância dos limites e condições para a juntada da prova documental. A todas essas hipóteses corresponde a sanção de desentranhamento da prova e providências sucessivas, na mesma forma do que ocorre com a prova emprestada inconstitucional.

No primeiro caso, é de ser ressaltado que não há como corrigir, no segundo processo, os vícios ocorridos no primeiro, sendo viável, entretanto, novo requerimento pela admissão da prova emprestada depois de sanados os vícios na origem. Na segunda hipótese, igualmente, diante das tarifações legais de prova, também não há o que fazer.

O terceiro caso, por sua vez, demanda uma explicação adicional. É a hipótese sobre a admissibilidade da prova documental, pensada nos termos do art. 479⁸ do Código de Processo Penal, que estipula no procedimento dos crimes contra a vida uma condição para a leitura de documento

⁸ Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

no plenário do Tribunal do Júri. Descumprido o prazo indicado, de três dias úteis, a prova emprestada consubstanciada em documento deverá ser desentranhada; caso permaneça nos autos, não poderá ser lida no plenário; caso o júri dela tome conhecimento, deverá ser dissolvido; e assim sucessivamente, também a exemplo das provas ilícitas.

5.2.2. *Produção indevida do empréstimo*

No caso da produção indevida do empréstimo, ou seja, de inobservância das regras sobre a produção da prova documental no processo de destino, procede-se na forma da disciplina geral das nulidades com a repetição de atos processuais, quando necessário.

Se não se deu conhecimento à parte contrária da juntada da prova emprestada, basta se proceder à citada intimação para convalidar o empréstimo, desde que antes de sua apreciação pelo órgão julgador.

6. *A prova emprestada no projeto do Novo Código de Processo Penal*⁹

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.

Embora também não constasse do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas presidida pelo Min. Hamilton Carvalhido, a redação final aprovada pelo Senado Fe-

deral se propôs ao enfrentamento do tema da prova emprestada.

Infelizmente, no entanto, o avanço foi pequeno e os possíveis retrocessos, expressivos. Como pontos positivos, podemos destacar apenas a fixação do prazo para manifestação da parte contrária e a estipulação de um contraditório prévio sobre a admissibilidade da prova emprestada, segundo o que se pode depreender da disposição constante do § 1º do art. 169 do Projeto de Lei nº 8.045 de 2010.

Entre os pontos negativos, está a redução da garantia do contraditório à fórmula da mera participação daquele contra o qual será utilizada a prova emprestada, a que já nos referimos, e a preocupante possibilidade de empréstimo para o processo penal de prova produzida em processo administrativo e, portanto, sem a indispensável presença do juiz.

A nosso sentir, essa última disposição, caso ao final venha a ser convertida em lei, será inconstitucional por afrontar os princípios do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, LIII e XXXV, da CF).

Há tempo, contudo, para uma correção de rumos já que a competente revisão do projeto pela Câmara dos Deputados recém se iniciou. Nesse passo, seria de todo recomendável o recurso ao direito comparado, em que a nova disciplina da juntada de *verbali* do processo penal italiano merece destaque, até porque relativamente recente, tendo sido alterada em março de 2001.

7. *A prova emprestada com "valor precário"*

Como já se ressaltou, a ausência dos requisitos constitucionais para a admissão da prova emprestada importa seu desentranhamento dos autos por analogia à proibição de emprego das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF).

Não é incomum, entretanto, encontrar na jurisprudência decisões admitindo uma

⁹ 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.

valoração mitigada da prova indevidamente emprestada, *verbis*:

“PROVA EMPRESTADA - INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO - VALOR PRECÁRIO - PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO.

- A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório. Embora admissível, é questionável a sua eficácia jurídica. Incorre, contudo, cerceamento de defesa, se, inobstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a *única* a fundamentar a sentença de pronúncia” (Supremo Tribunal Federal, HC nº 67.707, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, *v.u.*, j. 07.11.1989, DJ 14.08.92).

Também na doutrina não é difícil verificar a ocorrência do mesmo entendimento:

“Se o réu não participou ativamente na produção do elemento instrutório que se empresta, deixando dessa maneira de exercer seu direito à contrariedade, essa prova terá valor precário ou de simples adinículo. Vale dizer: sozinha, não encontrará ensanchas para respaldar um decreto de preceito condenatório, porque não foi colhida sob o crivo do contraditório; complementada e corroborada, contudo, por outros elementos da instrução, poderá servir de orientação ao magistrado para a formação de seu livre convencimento” (PEDROSO, 2005, p. 148).

Ora, semelhante construção acaba por tornar utilizável prova reconhecidamente inconstitucional. E pior. Como anota Talamini (1998, p. 160), ou bem esses outros elementos de prova já seriam suficientes para fazer ceder a presunção de inocência do acusado, e aí a prova indevidamente emprestada seria mesmo dispensável, ou é exatamente a conjugação desses elementos

com a prova inconstitucional que vai permitir a prolação do decreto condenatório, fazendo determinante a prova ilegítima.

8. A interceptação telefônica como prova emprestada

A própria Constituição Federal estabelece, entre os direitos e garantias individuais, ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de *investigação criminal* ou *instrução processual penal*” (art. 5º, XII, da CF).

A doutrina se dividiu na interpretação do dispositivo constitucional. Enquanto Talamini (1998, p. 158), Gomes (1997, p. 76-74) e Greco Filho (2009, p. 23) têm como impossível o empréstimo das gravações obtidas por interceptação telefônica para procedimento de natureza não penal, Barbosa Moreira (apud TALAMINI, 1998, p. 157), Grinover, Scarance e Magalhães (1997, p. 183) admitem o transporte da prova nas mesmas circunstâncias, porque, uma vez rompida a intimidade, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar.

Mais recentemente, contudo, a controvérsia foi, ao menos parcialmente, enfrentada também pelo Supremo Tribunal Federal, que admitiu o empréstimo das provas obtidas pela disciplina da Lei nº 9.296/96 para procedimento administrativo disciplinar instaurado contra magistrados, *verbis*:

“Tendo isso em conta, embora salientando não ser possível encontrar, como tese de alcance absoluto, esse interesse legitimante nos objetos dos processos meramente civis em que haja disputa sobre bens ou interesses privados e disponíveis, considerou-se não afrontar à Constituição Federal ou à lei o entendimento de que a prova decorrente de interceptação

lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submetido, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar” (BRASIL, 2011).

Nesse julgamento, ficou vencido apenas o Min. Marco Aurélio, que pontuou: “É cedo, demasiadamente cedo, para haver a extensão pretendida. O procedimento que corre no Supremo é embrionário; não existe sequer ação penal em curso”.

Fazemos o registro de tal trecho da divergência para salientar que o STF permitiu o compartilhamento das interceptações telefônicas ainda na fase do inquérito policial e antes que fosse exercido o contraditório diferido sobre os elementos de prova coligidos no procedimento de origem.

Essa constatação importa na necessidade de oportunizar o contraditório também no procedimento de destino, inclusive sobre a legalidade da própria interceptação, o que sempre será mais custoso para o acusado longe do juízo que a determinou.

É bem verdade que a Lei nº 9.296/96 não disciplinou adequadamente um rito próprio que garantisse a efetividade do contraditório, ainda que diferido. Previa apenas um incidente de apensação, no parágrafo único de seu art. 8º, que, se já se mostrava insuficiente, acabou completamente esvaziado com a instituição dos novos procedimentos pela Lei nº 11.719/08.

Ademais, o compartilhamento com a esfera administrativa da prova obtida por interceptação telefônica não é indispensável ou urgente, pois constituirá efeito da condenação criminal a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nos termos do art. 92, I, do Código Penal.

Por essa razão, entendemos ser possível vislumbrar, na pressa para compartilhar

os dados probatórios, um componente de abrandamento das garantias processuais, entre as quais merece destaque a perda de eventual foro por prerrogativa de função, propiciada pela expedita condenação na esfera disciplinar.

Vale registrar, por derradeiro, que, no processo penal italiano, segundo Tonini (2002, p. 252), “os resultados das interceptações são utilizáveis como prova somente no âmbito do procedimento em que são determinadas”, sendo viável, no entanto, seu uso enquanto mera *notitia criminis* para permitir tão somente a abertura de nova investigação.

Referências

AMBOS, Kai, CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

ANTUNES, Carla Heidrich et al. Prova emprestada: algumas considerações. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 1, n. 5, p. 28-37, maio/jun. 2000.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 175-208, mar./abr. 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2.424. Interceptação telefônica e transferência de dados: 3. Relator: Ministro Cezar Peluso. Diário da Justiça Eletrônico, Rio de Janeiro, n. 203, 20 out. 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo464.htm#Interceptação Telefônica e Transferência de Dados - 3](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo464.htm#Interceptação%20Telefônica%20e%20Transferência%20de%20Dados)>. Acesso em: 2 abr. 2012.

COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 85-120, mar. 2006.

- DEMERCIAN, Pedro; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DEMO, Roberto Luís Luchi. Direito penal e outros ramos do direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visão holística aos diversos planos do direito a partir do direito penal. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 52, n. 324, p. 89-113, out. 2004.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio. Finalidade da interceptação telefônica e a questão da "prova emprestada". *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 4, p. 76-74, 2 quin. fev. 1997.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.
- _____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. *Da prova em matéria criminal*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.
- MACHADO, Agapito. Prova emprestada: interceptação telefônica: validade? *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, Fortaleza, v.1, n. 3, p. 19-25, out. 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e execução penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2009.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
- SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A flexibilização no uso da prova emprestada. *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 2, p. 77-71, 2 quin. jan. 2011.
- STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (Coord.). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.
- TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p.145-162, out./dez. 1998.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

