

A PROVA EMPRESTADA: LIMITES E ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL

André Pinheiro Xavier¹
Luiz Eduardo Marinho Costa²

RESUMO

A prova emprestada é aquela produzida num processo para nele gerar efeitos, mas é posteriormente transportada documentalmente para outro, visando gerar efeitos em processo distinto. O tema, entretanto, tem sido objeto de intensos debates no dia a dia forense, sobretudo no que diz respeito aos limites de sua aplicação no Processo Penal. Convém, pois, analisar de forma crítica a doutrina brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito, de modo a descortinar os fundamentos, requisitos de admissibilidade e de produção da prova emprestada no processo-crime, cujo sistema probatório é pautado essencialmente nas garantias do contraditório e do juiz natural. Dessa forma, caracteriza-se como sendo um artigo ensaio, porquanto sai em defesa de um ponto de vista essencialmente crítico sobre o tema, o método de abordagem dialético e o tipo de pesquisa exploratória, tendo em vista que utiliza como forma de procedimento a análise documental e as técnicas de pesquisa jurisprudencial, doutrinária e legal. Por derradeiro, conclui que a sua aplicação em casos controversos tem como vetores hermenêuticos a proporcionalidade e o princípio do favor rei, de modo que a prova emprestada ilícita, assim entendida como aquela em violação ao requisito constitucional do contraditório, poderá sim ser utilizada desde que em benefício do réu; ao passo que sua admissibilidade resta igualmente atrelada à demonstração de sua capacidade em atingir seu desiderato no processo-destino.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova emprestada. Limites e Admissibilidade. Contraditório e juiz natural. Prova em benefício do réu. Proporcionalidade e Princípio do favor rei.

ABSTRACT

Loan proof is the result of the transportation of a proof already produced in another judicial proceeding, aiming to provide effects at the final procedure. However, its being subject of intense quarrels at daily forensic practices, mostly about the limits of its application in criminal proceedings. Therefore, it's imperative to carry out a critical sense about the Brazilian doctrine and so the judicial opinions by the Brazilian highest courts: the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, in order to reveal the loan proof foundations, then admissibility and production requirements lent in the criminal process, whose proof system is essentially based on the guarantees of the contradictory and the natural judge. Due to supports a critical and personal point of view on the subject, this study is better characterized as an essay article, the method is such the dialectical approach and exploratory research, considering that it uses as a procedure: documentary analysis and jurisprudential, doctrinal and legal research techniques. As a result, the article finds that loan proof application in hard cases must have as hermeneutical vectors the proportionality and principle of *favor libertatis*, so that illicit loan proof, thus understood as that in violation of the constitutional requirement of the Contradictory, must be used only in defendant benefit; while the remaining loan proof admissibility is also tied to the demonstration of being capable to reach its purpose at the final procedure.

¹ Estudante de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte / E-mail: andrepinheiroxavier@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte / E-mail: luluca@supercabo.com.br

Key-words: Criminal Procedure. Loan proof. Limits and Admissibility. Contradictory and natural judge. Proof in favor of the defendant. Proportionality and favor libertatis.

INTRODUÇÃO

Prova emprestada, segundo Grinover (apud RANGEL, 2010, p. 479), é “aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando gerar efeitos em processo distinto”.

Apesar da clareza da renomada autora, não é tarefa fácil o emprego do vocábulo “prova”, que comporta múltiplos significados e invoca grande dissenso doutrinário em todas as áreas do conhecimento. Das acepções jurídicas do termo, o conceito de Greco Filho (2012, p. 280) parece ser o mais abrangente possível quando afirma que “prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém” e, conquanto mereça os devidos aprofundamentos, tal afirmação já permite inferir que a finalidade da prova no processo judicial é justamente formar a convicção do órgão julgador, o destinatário da prova (LIMA, 2016).

Dessa forma, quando se fala em prova emprestada como produto do “aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram” (TALAMINI, 1998, p. 146), convém assumir especial cautela no tocante à sua adequada admissibilidade e produção a fim de que ingresse documentalmente no processo-destino com o potencial valor do meio de prova originário. Ou seja, para que o órgão julgador venha a lhe conferir o mesmo peso que esta teria caso tivesse sido originariamente produzida no processo-destino e nele efetivamente cumpra seu desiderato.

Seja como for, provar a veracidade de um fato no processo penal é algo delicado, pois nem sempre é possível atingir uma verdade real. De tal modo, por mais improvável que seja a reconstrução da realidade histórica – motivo pelo qual é inadequado falar em verdade real –, deve a prova judiciária construir uma verdade judicial pautada no sistema de garantias previsto na Constituição Federal (PACELLI, 2013).

Nessa perspectiva, segundo Brito, Fabretti e Lima (2015, p. 4), a conotação instrumental-garantista do Direito Processual Penal reafirma este ramo do direito público “como instrumento de defesa, de proteção do acusado e das garantias constitucionais, com a finalidade de alcançar a justiça e a paz social, e não como mero objeto do Estado para imposição de pena”. Em razão disso, é no processo penal que a aplicabilidade da prova emprestada toma seus contornos mais marcantes, devido uma maior intensidade do sistema de garantias do que no processo civil (TALAMINI, 1998).

E apesar de ser vasta a sua aplicabilidade no dia a dia forense, a prova emprestada não encontra disposição expressa no atual Código de Processo Penal (CPP), bem como a doutrina específica sobre o tema é escassa, motivos suficientes para suscitar controvérsias. Contudo, será demonstrado que a utilização da prova emprestada deve – além de observar sua regular produção no feito de origem, em acordo com os ditames legais –, ponderar todo um arcabouço principiológico constitucional, com fundamento na duração razoável do processo, economia e eficiência processuais e, sobretudo, na efetivação das garantias constitucionais do contraditório e do juiz natural (CESCA, 2016).

Destarte, cabe aqui discorrer acerca de sua natureza jurídica, fundamentos e valor probatório, denotando os princípios que norteiam sua aplicação, seus requisitos constitucionais e infraconstitucionais de admissibilidade e produção, assim como analisar as consequências da não obediência de tais requisitos sob o crivo da proporcionalidade e do favor rei, com um olhar crítico em relação ao posicionamento dos Tribunais Superiores.

Feito isso, vale trazer à baila duas situações massificadas no cenário jurídico brasileiro cujos limites de sua aplicação são controversos: (i) empréstimo de prova produzida em procedimento de apuração de atos infracionais no processo penal que responde o comparsa do adolescente em conflito com a lei; e (ii) empréstimo de exame de incidente de insanidade mental.

1 TEORIA GERAL DA PROVA EMPRESTADA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

1.1 Acepções jurídicas do termo Prova

No magistério de Demczuk (2012, p. 285), “o vocábulo ‘prova’ possui natureza polissêmica”. De qualquer sorte, no que diz respeito à linguagem processual, demonstram-se suficientes para apresentar como acepções do termo prova: fonte de prova, meio de prova, meio de obtenção de prova, elemento de prova e resultado probatório (CESCA, 2016).

Em primeiro lugar, a expressão “fonte de prova”, segundo a proposta de Sentís Melendo (apud CESCA, 2016, p. 21), serve para designar os “elementos probatórios que existem no processo e com independência deste”. Daí porque, segundo Lima (2016, p. 578), merecem ser classificadas em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documentos, em sentido amplo).

Em segundo lugar, “meios de prova” são os “instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo” e se trata, portanto, de uma atividade endoprocessual, realizados na fase policial apenas de forma excepcional, quando observado o contraditório, seja ele real ou diferido (LIMA, 2016, p. 579-580).

Nessa esteira, o CPP/41 disciplina os seguintes meios de prova: prova pericial, as declarações do ofendido, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação e a prova documental. Vale pontuar que, embora estejam inseridos no capítulo das provas, há controvérsias no tocante a natureza jurídica do interrogatório, da confissão, dos indícios e da busca e apreensão, as quais não são objeto do presente estudo (CESCA, 2016).

Em terceiro lugar, os “meios de obtenção de prova” ou “meios de investigação de prova” são procedimentos regulados por lei cujo objetivo é a obtenção de provas materiais, tal qual a busca e apreensão (LIMA, 2016, p. 579). Neste ponto, assevera Paolo Tonini (apud CESCA, 2016, p. 28), que “é inerente aos meios de investigação o “fator surpresa” [...], ao contrário dos meios de prova, que devem ser necessariamente produzidos sob o pálio do contraditório”.

Em quarto lugar, os “elementos de prova” são “todos os dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”. É a partir da análise de tais elementos, necessariamente em conjunto, que o julgador formará sua convicção e decidirá acerca de determinado fato (LIMA, 2016, p. 577).

Por derradeiro, o “resultado probatório” é a conclusão proveniente da análise dos elementos de prova existentes no processo, notadamente por meio da atividade intelectual do magistrado (LIMA, 2016, p. 577).

Aplicando os conceitos acima expostos, a prova emprestada pode ser entendida como sendo o elemento de prova, cujo meio de prova foi o transporte de outro feito, com a finalidade de alcançar no processo-destino o mesmo resultado que se prestava no processo originário (DEMCZUK, 2012).

1.2 Prova Emprestada versus Elementos de Informação

A esta altura, relevante distinção a traçar é entre provas e elementos de informação. O termo prova somente a deve ser empregado, em regra, aos elementos de convicção produzidos no curso do processo, com a plena participação das partes e sob o crivo do contraditório – seja ele no momento de sua produção (real) ou em momento posterior à sua formação (postergado). Por outro lado, os elementos de informação são produzidos no curso da fase policial, sem a

obrigatória participação dialética das partes. Essencialmente, o contraditório e a ampla defesa configuram condição de existência e validade das provas (LIMA, 2016).

Tal distinção encontra-se expressa no texto do Art. 155, CPP, abaixo transcrito (BRASIL, 1941):

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.

A teor do dispositivo acima, o órgão julgador não poderá fundamentar o decreto condenatório unicamente com base em elementos de informação. Sobre o tema, a Primeira Turma do STF já assentou entendimento de que tal prática vai de encontro aos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados aos acusados na Constituição Federal em seu Artigo 5º, inciso LV, vez que tais elementos não são produzidos com a obrigatória observância dessas garantias (BRASIL, 1992). Isso é o que se extrai do julgado abaixo:

[...] O inquérito policial constitui mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do ministério público. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios - precipuamente destinados ao órgão da acusação pública - Habilitá-lo-ão ao instaurar a persecutio criminis in judicio. - A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela polícia judiciária na fase preliminar da persecução penal (informatio delicti) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de **grave ofensa a garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito.** - A investigação policial - que tem no inquérito o instrumento de sua concretização - não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que e somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo.

(RE 136239, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 07/04/1992, DJ 14-08-1992) (grifos nossos)

De toda sorte, o Art. 155 do CPP faz uma ressalva no tocante às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, as quais, ainda que produzidas na fase investigatória, poderão servir como elementos de convicção ao magistrado. Segundo Lima (2016), tal ressalva se justifica porque muitas vezes a persecução criminal exige rapidez e pronta eficiência, de modo que o contraditório exercido sob essas provas poderá incidir tanto no momento de sua produção (contraditório real) quanto em momento posterior (contraditório postergado).

Isto posto, sabendo que os elementos de informação produzidos em um procedimento investigatório não são obrigatoriamente submetidos ao crivo do contraditório e ampla defesa nesta fase preliminar e, por isso, ainda não adquiriram o *status* de prova judiciária, sequer podem ser admitidos como prova emprestada em um processo (LIMA, 2016).

O mesmo não ocorre, entretanto, com as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, cujo contraditório pode ser exercido de forma postergada. Como tal, poderá ser recebida como prova emprestada em um determinado processo: exame pericial considerado prova não repetível ainda que produzido em inquérito policial distinto, haja vista que é exercido sob o mesmo o contraditório postergado, preenchendo a condição essencial de validade da prova (LIMA, 2016).

Igualmente no sentido das afirmações acima já se posicionou o STF, conforme aresto abaixo (BRASIL, 1999):

I. 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 freqüentemente 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 prover a prova de procedimento a que estranho 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. **Não é a hipótese de autos de apreensão de partidas de entorpecentes e de laudos periciais que como tal os identificaram, tomados de empréstimo de diversos inquéritos policiais para documentar a existência e o volume da cocaína antes apreendida e depositada na Delegacia, pressuposto de fato de sua subtração imputada aos pacientes: são provas que - além de não submetidas por lei à produção contraditória (CPrPen, art. 6º, II, III e VII e art. 159) - nas circunstâncias do caso, jamais poderiam ter sido produzidas com a participação dos acusados, pois atinentes a fatos anteriores ao delito.** II. Exame de corpo de delito: objeto. O exame de corpo de delito tem por objeto, segundo o art. 158 C.Pr. Penal, os vestígios deixados pela infração tal como concretamente praticado: imputando-se aos acusados a subtração e comercialização de entorpecente depositado em repartição policial, o objeto do exame de corpo de delito obviamente não poderia ser a droga desaparecida,

mas sim os vestígios de sua subtração, entre os quais as impressões digitais deixadas nos pacotes de materiais diversos colocados no depósito onde se achava a cocaína para dissimular a retirada dela. (HC 78749, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 25/05/1999, DJ 25-06-1999 PP-00004 EMENT VOL-01956-03 PP-00602) (grifos nossos)

1.3 Natureza Jurídica

Prova emprestada, como já conceituada anteriormente, é aquela regularmente produzida em um determinado feito e posteriormente é transladada documentalmente para um outro processo, a fim de neste ser valorada.

No processo-origem, sua natureza jurídica corresponde à do meio de prova que regularmente inseriu o elemento de prova no feito, como por exemplo uma prova testemunhal ou pericial.

Dessa forma, resta saber a natureza desta prova no processo-destino: se guarda a natureza originária ou se passa a ter natureza documental, vez que é transladada documentalmente para o processo-destino.

Pois bem, nestes casos o que muda é a forma da prova, que logicamente assume a forma documental, mas não a sua essência ou natureza. Em outras palavras, o fato de ser transportada pela via documental não significa dizer que foi perdida sua natureza originária.

É que todos os meios de prova devem ser documentados para que sejam concretamente incorporados a um feito – como ocorre, *v.g.*, com a transcrição do depoimento da testemunha ou pela gravação de seu áudio em uma mídia eletrônica –, sem que isso decomponha a natureza de prova testemunhal em prova documental (CESCA, 2016).

Destarte, a prova emprestada guarda a natureza jurídica originária e, portanto, caso seja em sua origem prova pericial ou testemunhal, assim deverá permanecer no processo-destino (CESCA, 2016).

Nessa linha de raciocínio, sobrevém uma questão ainda controvertida na doutrina brasileira: A prova pré-constituída, como a prova documental, pode ser reputada prova emprestada?

Segundo Cesca (2016), a resposta é que sim, desde que seja efetivado o contraditório sobre tal prova. Ora, há efetivamente o empréstimo de uma prova na hipótese de algum documento ser incorporado em um processo a partir de seu traslado de feito diverso. Trata-se

de mero esforço de lógica perceber que o transporte de prova documental produz prova documental emprestada.

A peculiaridade é que – em se tratando de prova pré-constituída –, seu regime de produção segue o mesmo para a prova documental em geral, portanto, imperioso o exercício do contraditório diferido, após seu ingresso no processo-destino. Ou seja, é imprescindível a intimação da parte contrária para se manifestar acerca do documento juntado como prova emprestada (DEMCZUK, 2012).

2 OS FUNDAMENTOS DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL

No magistério de Cesca (2016), são fundamentos da prova emprestada, no processo penal: a) a duração razoável do processo; b) a economia processual e c) eficiência processual, os quais restam necessariamente imbricados e têm por objetivo configurar o empréstimo da prova como ferramenta essencial para diminuição da duração do processo-destino.

2.1 Princípio da Duração Razoável do Processo

Na CRFB/88, foi a Emenda Constitucional 45/2004 que inseriu expressamente a duração razoável do processo, no seu Artigo 5º, o inciso LXXVIII, in *litteris*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2004).

No entanto, a incidência do preceito em referência no processo penal deve se dar de forma comedida, de modo que o aceleração da marcha processual não acarrete prejuízos às garantias do acusado, bem como não seja tão lenta que a longa duração do processo se transforme em pena (DEMCZUK, 2012).

Em outros termos, o jurisdicionado tem direito à uma solução rápida da controvérsia, desde que lhe sejam asseguradas suas garantias fundamentais, especialmente porque o tempo de duração do processo tem consequências imediatas na manutenção da prisão cautelar, porquanto o excesso de prazo da custódia provisória implica na ilegalidade da segregação, o que torna imperioso o seu relaxamento (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Nesse particular, a prova emprestada tem o condão de evitar dilações indevidas no curso do processo. A propósito, Arruda Alvim (apud CESCA, 2016, p. 49) pontua com maestria:

A repetição de uma prova já produzida (ou qualquer outro ato processual) traz prejuízos para a administração da justiça e para as partes. Perde-se tempo, e a tutela jurisdicional mais tardiamente será prestada. A repetição exige que se dispenda uma nova atividade judiciária em detrimento de outros serviços.

É o caso de analisar, por exemplo, a possibilidade do aproveitamento de exames periciais de elevada complexidade já produzidos em um determinado feito, os quais podem demorar anos para serem concluídos, ainda mais em razão da falta de estrutura dos órgãos técnicos de polícia científica, atualmente sucateados na grande maioria dos estados da federação.

2.2 Princípio da Eficiência Processual

Ainda nesse contexto, dois direitos fundamentais exsurtem do processo penal: liberdade e segurança, extraídos do art. 5º, *caput*, da CRFB/88 (BRASIL, 1998). Assim, para que um resultado no processo seja justo, é necessário efetivar ambos, com o fim de assegurar concomitantemente as garantias essenciais das partes e a eficiência processual (CESCA, 2016).

Nesse sentido, Scarance Fernandes; Almeida; Moraes (apud CESCA, 2016, p. 52) identificam as principais distinções etimológicas entre eficiência, eficácia e efetividade:

Eficiência é a ação, força, virtude de produzir um efeito; eficácia é a qualidade ou propriedade de produzir o efeito desejado, de dar um bom resultado; efetividade é a qualidade daquilo que se manifesta por um efeito real, positivo, seguro, firme, que mereça confiança.

Indo mais além, trazendo tais conceitos para o processo, o mesmo autor aduz que a

[...] eficiência do ato de citação é vista quanto a sua capacidade de ocasionar o efeito consistente na ciência, ao acusado, da acusação que lhe foi imputada (...) A citação será eficaz se realmente o acusado toma ciência da acusação que lhe foi imputada (...) Será efetiva se o acusado realmente compareceu e se defendeu. (Ibidem, 2016)

Ou seja, o conceito de eficiência é ligado ao meio empregado, à capacidade de o ato alcançar o fim desejado. E não se pode olvidar que a prova a ser emprestada deve ingressar no processo-destino de forma que o julgador lhe confira o mesmo peso que esta teria caso tivesse

sido nele produzida, considerada a particularidade de cada meio de prova e sua interação com os demais elementos de prova no processo-destino.

Seja como for, a eficiência deve caminhar de mãos dadas com a economia processual, muito embora não se confundam.

2.3 Princípio da Economia Processual

Pois bem, há frequente confusão na doutrina entre os termos eficiência e economia processual, mormente porque ambas incidem tanto no processo civil quanto no processo penal. No entanto, na medida em que a eficiência está ligada à capacidade do ato em atingir sua finalidade, a economia processual está ligada à quantidade de atos processuais.

Por exemplo, é com fundamento no princípio da economia processual que o Artigo 563 do CPP dispõe “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. No mesmo sentido, o Artigo 566 do CPP preconiza que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (BRASIL, 1941).

Em outras palavras, o princípio da economia processual tem por base o aproveitamento de atos processuais, ainda que tenham sido praticados de forma irregular, mas que tenham efetivamente atingido seu desiderato no processo em questão (MACHADO, 2009).

Ora, e se a prova emprestada se perfectibiliza como produto do “aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram” (TALAMINI, 1998, p. 146), um de seus sustentáculos é exatamente o princípio da economia processual.

3 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL

3.1 REQUISITOS CONSTITUCIONAIS

3.1.1 A garantia do Juiz Natural

A garantia do juiz natural está prevista no art. 5º, inciso XXXVII, da CRFB/88, que estabelece: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e na forma do inciso LIII, que pondera:

“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988). Trata-se de uma garantia igualmente elencada no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal (MACHADO, 2009).

Claramente, o citado preceito invoca a atuação de um juiz legalmente investido na função jurisdicional e previsto constitucionalmente em momento anterior ao fato a ser julgado. Trata-se de uma garantia estabelecida em favor dos indivíduos sujeitos à legislação penal, como uma limitação ao poder punitivo estatal, para que não seja exercido de forma arbitrária, tal qual nos Estados Autoritários ou tribunais de exceção (MACHADO, 2009).

Vale frisar que tal garantia não se confunde com o princípio da identidade física do juiz, proclamado no art. 399, § 2º, do CPP segundo o qual: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (BRASIL, 1941). Enquanto o primeiro insere no processo penal garantia ao acusado de que não será submetido à julgamento senão por julgador legalmente investido, o segundo preconiza que o magistrado que presidiu a produção da prova tem vinculados os seus poderes decisórios com relação àquele feito (MACHADO, 2009)

No que diz respeito à prova emprestada, é suficiente que a prova tenha sido validamente produzida no processo-origem, sempre respeitada a garantia do juiz natural, e tenha sido regularmente transportada ao processo-destino, que igualmente deverá ser presidido por juiz constitucionalmente competente (CESCA, 2016).

Isso porque exigir que o juiz do processo-origem seja exatamente a mesma pessoa natural do processo-destino é desnecessário e mitiga sobremaneira a aplicabilidade prática da prova emprestada.

Além disso, considerando que a prova produzida no processo-origem foi confeccionada: a) na presença da parte desfavorecida, que teve oportunidade de exercer sobre ela o contraditório e ampla defesa; e b) na presença do juiz natural daquele processo, não há óbice algum para que seja realizado o traslado desta prova para um outro feito (CESCA, 2016).

Nesse sentido, vale trazer o seguinte julgado do STF, que reconhece não haver violação à garantia do juiz natural por terem sido oportunamente submetidas a julgamento no plenário do Tribunal do Júri provas emprestadas de outro feito criminal (BRASIL, 2013):

EMENTA: HABEAS CORPUS. JÚRI. PROVA EMPRESTADA E REQUISIÇÃO DE TESTEMUNHA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA. IRREGULARIDADE NÃO DEMONSTRADA. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Não há nulidade por terem sido juntadas aos autos do processo principal - e eventualmente relevadas

em julgamento plenário do Tribunal do Júri - provas emprestadas de outro processo-crime. Precedentes. 2. Não procede o argumento de que o Conselho de Sentença possa condenar o Paciente com base apenas em levantamentos oriundos das provas juntadas, desprezando-se as demais, pois lança dúvidas sobre a capacidade dos jurados de livre apreciação das provas e do juiz-presidente de impedir abusos durante os debates, na forma prevista no art. 497 do Código de Processo Penal. **3. Além dos magistrados integrantes do 1º Tribunal do Júri de São Paulo cumulare a competência de instruir os processos-crime nas diversas salas de audiência e de presidir as sessões do Tribunal do Júri nas várias salas de plenário, improcede o argumento de que o Paciente não seria julgado pelo juiz natural, notadamente porque o Tribunal do Júri paulista está regularmente constituído segundo a organização judiciária local, que estabelece a simples divisão administrativa daquela Vara.** 4. Ordem denegada. (HC 109909, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 03-04-2013 PUBLIC 04-04-2013) (grifos nossos)

Inclusive, é possível extrair esse entendimento a partir da exegese do art. 567 do CPP, que diz: “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente” (BRASIL, 1941).

Logicamente, se até as provas inicialmente produzidas por juiz incompetente podem ser reaproveitadas, não há maior dificuldade em reconhecer como válido o transporte de provas produzidas na presença do juiz constitucionalmente competente para outro feito presidido por juiz natural distinto (CESCA, 2016).

3.1.2 A garantia do Contraditório

A garantia do contraditório está prevista no art. 5º, LV, da CRFB/88, que diz: “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” (BRASIL, 1988). Assim, acatando a ideia de um sistema processual acusatório, tal garantia confere às partes a possibilidade de participar do processo e influir nos seus resultados.

Com base nisso, Lima (2016) costuma diferenciar o contraditório em: contraditório real (para a prova) e contraditório diferido (sobre a prova).

O contraditório real é aquele exercido no momento da produção da prova – para a prova – e deve ser pleno e efetivo, na presença do órgão julgador e das partes (LIMA, 2016). Deve ser pleno, pois sua observância é obrigatória durante todo o procedimento; e efetivo porque as

partes devem estar munidas de meios suficientes para reagir e contraditar os atos processuais, tendo por corolário a paridade de armas (MACHADO, 2009).

Por seu turno, o contraditório diferido é aquele cuja atuação das partes se dá em momento posterior à formação da prova – sobre a prova – dando-lhes oportunidade de contestar seu conteúdo e debater sobre seu ato de formação anterior. Tal qual, é exercido com relação às provas periciais (não repetíveis) produzidas em sede de inquérito policial (LIMA, 2016).

Com essa configuração, o conjunto probatório tem o condão de formar a convicção do magistrado não acerca de uma verdade objetiva – na exatidão da realidade –, mas sim acerca de uma verdade que corresponde à um resultado demonstrado lógica e racionalmente por meio dos elementos expostos no decorrer da instrução (NUCCI, 2015).

Nesse ponto, é de se extrair a importância do contraditório para a formação da verdade no processo, nos ensinamentos de Ferrajoli (2002, p. 439), que assevera:

O escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade - uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida - contra o abuso e o erro.

Dessa forma, tão somente por intermédio do debate – consubstanciado na constante participação dialética das partes –, que o pleno e efetivo exercício do contraditório assegura a existência e validade das provas a serem submetidas a conhecimento do julgador, atuando na realização da própria verdade judicial (LIMA, 2016).

Por isso mesmo, o STF já havia se posicionado no sentido de serem inadmissíveis as provas emprestadas produzidas sem a devida observância da garantia do contraditório – com vistas à sua potencial ilicitude –, nos autos que versavam sobre o pedido de extradição do nacional italiano Césare Battisti, conforme aresto abaixo (BRASIL, 2011):

[...] 2. A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório, traduzindo-se em prova ilícita.

(Rcl 11243, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 04-10-2011 PUBLIC 05-10-2011 RTJ VOL-00222-01 PP-00184) (grifos nossos);

Acompanhando este entendimento, os julgados mais recentes do STJ sobre o tema passaram a determinar o desentranhamento dos autos daquela prova emprestada que não respeitou o contraditório (BRASIL, 2011):

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO DESMEMBRAMENTO DA AÇÃO PENAL. PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE E SEU DEFENSOR. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. 1. A prova emprestada tem sido admitida no processo penal pela jurisprudência desde que, no processo de origem dos elementos trazidos, tenha havido participação da defesa técnica do paciente, e, desde que não seja o único dado a embasar a motivação da decisão. 2. **In casu, busca-se não a anulação da pronúncia, mas, apenas o desentranhamento dos termos de interrogatório e de depoimentos colhidos sem o concurso da defesa do paciente, dado o risco de sua leitura em plenário do júri.** 3. **Ordem concedida para determinar o desentranhamento dos termos de interrogatório do corréu e dos depoimentos colhidos em feito no qual não compareceu a defesa do paciente.** (HC 183.571/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 13/10/2011) (grifos nossos)

Como bem se percebe, tais provas emprestadas quando produzidas sem que a parte desfavorecida tenha efetivamente exercido o contraditório no processo-origem são enquadradas como prova ilícita e – em regra –, não podem ser transladadas para o processo-destino por força do Art. 5º, LVI, da CRFB/88 (BRASIL, 1998).

Dessa forma, na hipótese de tais elementos de prova permanecerem nos autos do processo-destino, não podem servir para fundamentar uma decisão judicial, sob pena de nulidade absoluta do *decisum*.

Contudo, em que pese o contraditório ser essencialmente impulsionado pela participação dialética das partes, revela-se desnecessária a presença de exatamente as mesmas partes nos dois processos – primeiro, no processo de que se empresta a prova e, em segundo, no processo a que a prova é emprestada – sendo suficiente a participação apenas da parte desfavorecida pela prova (CESCA, 2016).

Isso porque, por exemplo, não se pode exigir que todos os 16 (dezesesseis) réus em ação penal que se pretende emprestar a prova sejam exatamente os mesmos do polo passivo da ação penal que se pretende tomar emprestada a prova, em respeito aos fundamentos da duração razoável do processo, economia e eficiência processuais.

Outrossim, não se pode exigir que o sujeito no polo ativo da ação penal seja o mesmo. É dizer que não importa se ação penal é de natureza pública – cujo titular é o Ministério Público –, ou de natureza privada – cujo titular é um particular –, pois é notadamente o réu quem se busca ver condenado (CESCA, 2016).

Desta feita, a identidade de partes exigida para que seja efetivamente observado o exercício do contraditório é tão somente no que tange àquelas partes que se encontrarem desfavorecidas pela prova. No entanto, será demonstrado adiante que é admissível o aproveitamento de provas benéficas em prol do réu, mesmo sem a sua participação no processo-origem.

3.1.3 Princípio da Proporcionalidade: Prova Emprestanda benéfica em prol do réu

O regramento constitucional disciplina de forma rígida serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, consoante o texto do art. 5º, inciso LV, CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Sem embargo, é pertinente trazer a lição de Machado (2009, p. 176), sobre a incidência do princípio da proporcionalidade no processo-crime, segundo o qual

Por força do princípio da proporcionalidade no processo penal [...] a restrição aos direitos individuais deve ser feita nos estritos limites da lei e desde que essa restrição seja proporcional às finalidades do processo, de modo que os objetivos deste último possam ser alcançados sem exageros e com o menor sacrifício possível para os acusados.

Nessa dicotomia, considerando a finalidade instrumental-garantista do processo penal, que vela pela interpretação e aplicação das normas processuais de modo a contemplar o acusado como parte mais frágil perante o aparelho repressivo estatal, sobressai o princípio do favor rei como vetor interpretativo (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015).

No tocante às provas emprestadas, convém repisar serem, em regra, inadmissíveis aquelas produzidas sem a devida observância da garantia do contraditório. Nesse particular,

tratando-se de uma violação a um requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada, o resultado é notadamente uma prova ilícita.

É preciso ponderar, contudo, a admissibilidade desta prova “ilícita” – cuja garantia do contraditório não foi observada em feito diverso –, em favor do réu. Isto porque, se o exercício do contraditório exsurge como garantia individual sob a atuação do poder punitivo estatal contra abusos e excessos do próprio Estado, não pode ao mesmo tempo servir de óbice ao aproveitamento de provas produzidas sem sua observância quando seu traslado tem unicamente o condão de beneficiar o incriminado.

Com esse esboço, o STJ já havia decidido anteriormente, no caso de um acusado que havia sido condenado anteriormente pelo crime de falso testemunho cometido em sede de ação penal que apurava a prática de um latrocínio, mas posteriormente surgiram provas novas de sua inocência em processo de justificação criminal do qual ele não era parte e, portanto, não teria exercido o contraditório sob as provas colhidas (BRASIL, 2009):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. 1. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. DEPOIMENTO QUE INCRIMINAVA O PACIENTE. ALTERAÇÃO EM SEDE DE JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL. NOVA PROVA. OCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS. RECONHECIMENTO. 2. **PROVA PRODUZIDA EM PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL EM QUE O PACIENTE NÃO FIGUROU. POSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA EM FAVOR DO RÉU. ADMISSIBILIDADE. 3. ORDEM CONCEDIDA.** 1. A alteração do teor de depoimento de testemunha que havia sido ouvida no curso da ação penal que ensejou a condenação do paciente é motivo suficiente para autorizar o conhecimento de ação revisional, por caracterizar prova nova. 2. **É possível a utilização de prova produzida em ação de justificação criminal proposta por terceiros, e que não contou com a participação do paciente, se esta lhe é benéfica** 3. Ordem concedida para determinar ao tribunal a quo que conheça da ação de revisão criminal interposta pelo paciente, analisando as provas por ele trazidas, em especial aquelas produzidas no seio de justificação criminal interposta em favor de SÍLVIO JÚNIOR GONÇALVES BUENO. (HC 55.442/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 03/08/2009) (grifos nossos)

Sem maiores dificuldades, é possível concluir que o mesmo não vale para a Acusação, haja vista não ser possível aplicar o princípio da proporcionalidade *pro societate* (CESCA, 2016). Assim entende o STF, conforme julgado a seguir (BRASIL, 1999):

[...] 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - **a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.** (HC 79512, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1999, DJ 16-05-2003 PP-00092 EMENT VOL-02110-02 PP-00308) (grifos nossos)

A controvérsia será retomada mais adiante, com relação ao empréstimo de prova produzida em procedimento de apuração de atos infracionais no processo penal que responde o comparsa do adolescente em conflito com a lei (Item 6.2).

3.2 REQUISITOS INFRACONSTITUCIONAIS

3.2.1 Respeito às formalidades legais para colheita de prova no processo-origem

Além dos requisitos constitucionais de admissibilidade, exige-se que a prova colhida no processo-origem não seja inválida. Dessa forma, resguardada a proporcionalidade, resta terminantemente proibido o transporte de prova ilícita ou ilegítima. Ao se deparar com tais provas, caso não tenham sido reconhecidas como invalidas no processo-origem, caberá ao magistrado do processo-destino desautorizar o traslado (CESCA, 2016).

Tal assertiva decorre do tratamento dado às provas ilícitas por força da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, mais especificamente no tocante às provas ilícitas por derivação, inadmitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Deveras, tomando como referencial o processo-origem, reputa-se inadmissível o reaproveitamento dessa prova no processo-destino quando ela é ilícita desde o seu nascedouro, como uma confissão obtida mediante tortura.

Convém diferenciar: nos casos de violação ao requisito constitucional do contraditório, o referencial para reconhecer a ilicitude da prova emprestada é o processo-destino. Vale dizer,

é o transporte dessa prova que não observou o contraditório para o processo-destino que chancela a sua ilicitude. Nestes casos, a prova é válida enquanto integrante do processo-origem, mas reputa-se ilícita caso seja transladada ao processo-destino para ser utilizada em desfavor de alguém que não teve oportunidade de efetivamente contradita-la.

Em sequência, necessário observar também se houve eventuais mudanças legislativas no tocante a produção da prova após a sua colheita no processo-origem e antes de seu transporte para o processo-destino (CESCA, 2016). Isso porque a regra em matéria processual é de *tempus regit actum*, claramente expressa no art. 2º, do CPP: “a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” (BRASIL, 1941).

Assim, por exemplo, antes da Reforma de 2008 no CPP, vigorava o sistema presidencialista na colheita de depoimentos em juízo. Nada impede o transporte de depoimentos sob a égide de tal sistema como prova emprestada, haja vista que na sua época, era plenamente válido (CESCA, 2016).

Apesar disso, não se pode dizer o mesmo acerca das provas periciais produzidas antes da Reforma de 2008, haja vista que não era facultado às partes requerer a oitiva dos peritos para esclarecer sobre a perícia realizada ou indicar assistentes técnicos para acompanhar a perícia ou formular quesitos (PARENTONI, 2008). Isso porque tais elementos guardam relação direta com o princípio da eficiência processual, à capacidade que essa prova terá de alcançar o fim desejado, sendo recomendável a elaboração de parecer técnico sobre o laudo em questão.

3.2.2 Respeito, no processo-destino, das normas que disciplinam sua admissibilidade em sua natureza originária

Em paralelo, é necessário que sejam atendidas as normas que disciplinam a admissibilidade do meio de prova em questão no processo-destino. Ou seja, importa verificar a pertinência legal que aquela prova emprestada tem, considerando a sua natureza originária, para atingir sua finalidade no processo-destino (CESCA, 2016).

É o caso, por exemplo, do transporte de prova testemunhal a fim de comprovar a menoridade de determinada pessoa em feito distinto. Tal meio de prova reputa-se inadmissível, haja vista que apenas é hábil para comprovar a menoridade: a certidão de nascimento ou outro documento público equivalente, por força do art. 155, parágrafo único, do CPP (CESCA, 2016).

Outrossim, importa observar se o requisito temporal previsto em lei resta igualmente respeitado com relação ao momento da juntada da prova emprestada no processo-destino (CESCA, 2016). Desta feita, caso as partes tenham intenção de produzir prova testemunhal

emprestada, em regra: a acusação deverá aproveitar a oportunidade para tanto na exordial acusatória (art. 41, CPP); ao passo que a defesa deverá requerê-la na resposta à acusação (art. 396-A, CPP), ambas sob pena de preclusão temporal (BRASIL, 1941).

Nesta oportunidade, cumpre reafirmar que a prova emprestada mantém a natureza jurídica do meio de prova originário. Portanto, é inadmissível que as partes, argumentando se tratar de prova documental, venham requerer a qualquer momento o traslado de prova testemunhal produzida em outro processo, ressalvada a hipótese do requerimento ter sido motivado por fato surgido no decorrer da instrução processual, conforme autoriza o art. 402 do CPP (CESCA, 2016).

3.2.3 Atendimento, no processo-destino, das regras de admissibilidade da prova documental

As provas documentais emprestadas seguem a mesma sistemática para as demais provas documentais no CPP. Entretanto, ainda que a parte desfavorecida já tenha exercido o contraditório sob aquele documento, é imprescindível que lhe seja oportunizado se manifestar acerca da admissibilidade e valor que tal documento deve merecer no processo-destino (TALAMINI, 1998).

Dessa forma, cumpre observar que o atual CPP admite sua juntada em qualquer fase, a teor do seu art. 231: “Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo” (BRASIL, 1941).

E a única exceção legal ao artigo supracitado diz respeito ao procedimento especial do Tribunal do Júri, o qual não admite a leitura de provas que não tenham sido juntadas em até 03 (três) dias úteis antes da sessão plenária, conforme dispõe o Art. 479, do CPP (BRASIL, 1941).

4 REQUISITOS DE PRODUÇÃO DA PROVA EMPRESTADA

No tocante aos requisitos de produção da prova emprestada, porquanto transportada documentalmente, deverá preponderar os procedimentos relativos à produção de prova documental no processo-destino (CESCA, 2016).

Isto é, convém trazer aos autos todas as peças processuais que guardem relação com a prova a ser emprestada, bem como assegurar a possibilidade de manifestação das partes acerca da documentação ora acostada, sobretudo da parte desfavorecida, que poderá impugnar de

diversas formas: desde sobre o contraditório não ter sido satisfatoriamente exercido sob aquele elemento de prova, em virtude de uma defesa deficiente; ou que não foi parte no processo-origem; ou mesmo que a prova é inválida (CESCA, 2016).

Por oportuno, vale frisar que unicamente o traslado da sentença proferida no processo-origem não é capaz de suprir todo o conteúdo da prova emprestada que – além de estar substancialmente resumido no *decisum* –, ainda resta impregnada com as convicções do julgador do feito em questão. Nessa toada, caberá tão somente ao magistrado do processo-destino tirar suas próprias conclusões com relação ao elemento de prova aproveitado, através de decisão devidamente fundamentada, é claro. (CESCA, 2016).

Não significa dizer que o traslado da referida sentença seja escusável, pelo contrário, é elemento que compõe a integralidade das peças relacionadas à prova emprestada; todavia, isoladamente, não é possível extrair todo o conteúdo da prova que se pretende transportar.

É o caso, por exemplo, de uma Ação Penal na qual o réu está sendo denunciado pelo crime de apropriação indébita majorada em razão do emprego (art. 168, §1º, III, do Código Penal) e, concomitantemente, tramita Ação Trabalhista para apurar a existência de créditos decorrentes de abusos perpetrados pelo mesmo empregador, ora vítima na ação penal.

Nessa situação hipotética, caso o empregador venha a ser condenado na ação trabalhista, o reconhecimento de tais créditos decorrentes de abuso poderá configurar a existência de pretensão legítima em favor do empregado, ora denunciado na ação penal. Nesse novo cenário, seria possível pleitear a desclassificação da Apropriação Indébita Majorada (art. 168, §1º, III, do Código Penal) para o crime de Exercício Arbitrário das Próprias Razões (art. 345, do Código Penal), com pena assaz inferior.

Ocorre que a pretendida desclassificação na Ação Penal tão somente pode ser operada através do traslado de todas as provas produzidas nos autos da Ação Trabalhista que guardem relação com a apuração do crédito apto a configurar a pretensão legítima, e não apenas com o transporte da sentença que reconhece o abuso e avalia as provas conforme a convicção do magistrado trabalhista.

Isso se deve, em particular, devido à própria sistemática dos feitos trabalhistas, cuja efetivação do contraditório sobre as provas notadamente não se dá na mesma intensidade como nos feitos criminais. Por isso, em respeito a garantia constitucional do contraditório, não só a sentença que contém o resultado da prova deverá ser transladada, mas também todos os elementos a que ela fez menção, para enfim ser oportunizado às partes – sobretudo aquela desfavorecida (empregador/ofendido) –, novamente se manifestar sobre o empréstimo e o valor daquela prova no processo-crime.

5 VALOR PROBATÓRIO

Conquanto a prova emprestada assuma a forma documental no processo-destino, deverá manter também o seu potencial valor probatório originário e, em regra, a mesma força probante que teria caso tivesse sido produzida no feito a que se destina. É o que leciona Talamini (1998, p. 147):

Eis o aspecto essencial da prova trasladada: apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário. É tal diversidade que confere à prova emprestada regime jurídico específico – o qual não se identifica com o da prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem.

Noutro giro, em que pese a prova emprestada reclamar para si o mesmo valor probatório do processo-origem, nem sempre produzirá o mesmo resultado de prova no processo-destino. Nesse ponto, vale repisar que o CPP/41 adota o sistema do livre convencimento motivado, que permite ao juiz extrair sua convicção dos elementos de prova através de decisão devidamente fundamentada, resultante de uma persuasão racional (PACELLI, 2013).

Veja-se que outra não pode ser a interpretação dada ao Artigo 155, *caput*, primeira parte, do CPP, quando preconiza: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova [...]” (BRASIL, 1941).

É com esse espírito que, como fruto das alterações trazidas pela Lei 13.105/2015, o Art. 372 do Código de Processo Civil passou a dispor expressamente sobre a prova emprestada, prelecionando que o juiz poderá admiti-la “[...] atribuindo-lhe o valor que considerar adequado [...]” (BRASIL, 2015).

Nessa esteira, sabendo ser ainda “prova atípica” no processo penal, cabe ao operador do direito aplicar o dispositivo supra por analogia, *ex vi* do art. 3º, do CPP/41: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL, 1941).

Por corolário, no processo penal deve ser garantido ao julgador do processo-destino a liberdade para atribuir o peso adequado à prova emprestada, considerando a sua interação com os demais elementos de prova existentes nos autos, desde que sempre assegurado o *in dubio pro reo* quando não houver certeza inequívoca acerca da autoria (MACHADO 2009).

Pelas razões expostas, é nocivo o entendimento encampado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que tais provas teriam um “valor precário”, conforme se extrai do aresto abaixo (BRASIL, 2014):

[...] 1. A prova emprestada, assim como as demais, é admitida no ordenamento jurídico pátrio desde que tenha sido produzida em processo no qual figurem as mesmas partes, com observância do devido processo legal e do contraditório, e não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador.

(AgRg no REsp 1171296/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014) (grifos nossos)

Ora, condicionar a admissibilidade e valor da prova emprestada à existência de outros elementos de convicção no processo-destino – portanto, para além dos requisitos legais e constitucionais anteriormente demonstrados –, é tolher a liberdade e iniciativa garantidas ao julgador pela lei processual no tocante à avaliação das provas que integram os autos.

Como se não bastasse, tal posicionamento do Tribunal de Cidadania estabelece uma espécie de hierarquia entre a prova emprestada e as demais provas, invocando um flagrante retrocesso para um fracassado e seletivo sistema de provas tarifadas.

Ao revés, não deve haver hierarquia entre a prova emprestada e as demais, pois se foram atendidos todos os ditames constitucionais e legais, caberá tão somente ao operador do direito sopesar o seu valor como qualquer outra prova, mesmo que seja transladada para o processo-destino com o fim de obter uma condenação criminal, exigindo-se apenas que tenha sido validamente produzida no processo-origem (CESCA, 2016).

6 CASOS PRÁTICOS E CONTROVERSOS NO PROCESSO PENAL

6.1 Empréstimo de Exame de Incidente de Insanidade Mental

O exame de insanidade mental – via de regra –, tão somente é apto a produzir efeitos no interior do processo em que é realizado, tendo em vista que a capacidade de compreender a

ilicitude do fato ou de se posicionar de acordo com este entendimento depende não apenas do tempo da conduta, mas também sua natureza e circunstâncias (CESCA, 2016).

Nesse quadro, vale ressaltar o contexto histórico do Rio Grande do Norte, que vive uma situação de calamidade, sobretudo no que diz respeito a deficiência estrutural dos órgãos públicos estaduais, em especial o Instituto Técnico de Polícia Científica do Rio Grande do Norte (ITEP/RN), que no presente momento resta impossibilitado de realizar os exames de insanidade mental, porque o único médico legista especialista em Psiquiatria Forense – único apto a confeccionar o respectivo laudo –, teve sua aposentadoria publicada.

Desta feita, muito se questiona acerca da admissibilidade do aproveitamento de laudos de insanidade mental em feito diverso do qual ele é produzido, cujo empréstimo deve prezar pela eficiência deste meio de prova no processo-destino.

Com efeito, o CPP trata do incidente de insanidade mental em seu art. 149, que dispõe: “Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará [...] seja este submetido a exame médico-legal” (BRASIL, 1941).

Quanto ao sistema de aferição da imputabilidade, o Código Penal adota o critério biopsicológico, de modo que é fundamental, além de aferir se o acusado possui de desenvolvimento mental incompleto, transtorno ou doença mental, demonstrar se foi em razão disso que ele teve reduzida/suprimida a sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento (LIMA, 2016).

Sendo assim, o objetivo principal do citado exame é averiguar o grau de incapacidade do acusado no momento fato delituoso, a saber se ele era: “plenamente imputável, semi-imputável ou inimputável em razão de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado [...]” (CESCA, 2016, p. 129).

Nessa perspectiva, o STJ já se posicionou no sentido de não ser possível o empréstimo desses laudos periciais quando o crime apurado no processo-destino não guarda relação com o crime apurado do processo-origem (BRASIL, 1999):

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. DIFAMAÇÃO. LAUDO PERICIAL SOBRE INSANIDADE MENTAL. APROVEITAMENTO.

III - Não é possível o aproveitamento de Laudo Pericial de Insanidade Mental feito em outro processo, se este não se relaciona como o crime praticado e com o objeto do julgamento. "Writ" denegado. (HC 8.135/RJ,

De qualquer sorte, o entendimento acima comporta ressalvas. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta a situação fática. Vale transcrever a situação hipotética magistralmente elaborada por Cesca (2016, p. 131):

Imagine-se, por exemplo, que determinada pessoa tenha praticado **furtos diversos**, em **continuidade delitiva**, o que ensejou a instauração de **inquéritos policiais múltiplos**, distribuídos a varas criminais diferentes de uma mesma comarca. **Alguns destes inquéritos foram rapidamente solucionados, retardando outros o seu término**. Em relação aos primeiros, houve **denúncias sucessivas ofertadas pelo Ministério Público**, com posterior reunião de feitos, dada a conexão.

Nestes processos, houve perícia dando conta da inimputabilidade do agente.

Após a prolação de sentença nestes autos (julgados conjuntamente), iniciou-se ação penal relativa aos outros crimes, da mesma espécie e perpetrados mediante as mesmas condições de tempo, lugar e modus operandi. (grifos nossos)

No caso acima narrado, não é difícil perceber que o laudo pericial produzido no processo-origem tem por análise fatos delituosos que guardam clara relação entre si, tanto no que diz respeito ao tempo e natureza do crime quanto às demais circunstâncias – trata-se de uma série de furtos que foram cometidos reconhecidamente em continuidade delitiva –, os quais ensejaram ações penais diversas apenas por ocasião do retardamento na conclusão de alguns inquéritos policiais em detrimento de outros.

Nesse cenário, o empréstimo do laudo pericial produzido no processo-origem para outros feitos demonstra-se viável e, pelo menos em tese, capaz de atingir seu desiderato em todos eles, sendo o próprio resultado da conjugação dos fundamentos da prova emprestada: duração razoável do processo, economia, e eficiência processuais.

Desta feita, cabe ao magistrado bem como às partes: (i) observar a existência de outros feitos em que o réu figure como polo passivo; (ii) caso existam outros feitos, analisar se há relação de tempo e natureza entre os fatos; (iii) enfim, se houve a instauração do sobredito incidente com a elaboração do respectivo laudo, seja oportunizada a manifestação das partes sobre a sua admissão no processo-destino, bem como sobre a necessidade de apenas complementar a quesitação técnica.

6.2 Empréstimo de prova produzida em Procedimento de Apuração de Atos infracionais no Processo Penal que responde o comparsa do adolescente em conflito com a lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é lei especial que se sujeitam os menores de dezoito anos, assim reconhecidos como inimputáveis, conforme redação de seu art. 104. Nessa esteira, as crianças são classificadas como as pessoas “até doze anos de idade incompletos”, e os adolescentes as pessoas “entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990).

À luz do ECA, adolescentes não cometem crimes, mas sim atos infracionais, que são descritos no seu art. 103 como sendo “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Por sua vez, as intervenções cabíveis para adolescentes que praticarem ato infracional são, isolada ou concomitantemente, a aplicação de medidas protetivas e medidas socioeducativas (BRASIL, 1990).

Nos dias atuais, é cada vez mais comum o concurso de agentes imputáveis com adolescentes, de forma que a apuração do fato ocorrido exige a instauração de dois processos: “um penal, para apuração de crime; e outro, na seara da jurisdição da infância e juventude, para elucidação do ato infracional” (CESCA, 2016, p. 137).

Desta feita, muito se questiona acerca da admissibilidade do aproveitamento no processo penal dos elementos de prova produzidos no feito que tramita perante o Juízo da Infância e da Juventude (CESCA, 2016).

No que diz respeito à prova documental oriunda do procedimento de apuração de atos infracionais (processo-origem), por ser prova pré-constituída, não há óbice algum para o seu empréstimo, desde que seja oportunizado à parte desfavorecida o direito de se manifestar sobre sua admissibilidade e valor probatório no processo penal (processo-destino), consoante já explicado alhures.

No tocante à prova pericial, igualmente não há nenhum óbice para seu empréstimo, sobretudo porque a sua produção corresponde, em regra, a um só fato probando. Em outras palavras, geralmente é produzido um único laudo pericial que é aproveitado concomitantemente nos dois feitos, exceto quando as partes apresentam quesitos diversos para o perito oficial, o que exige a confecção de dois laudos periciais (CESCA, 2016).

Noutro giro, é com relação à prova oral que surgem as controvérsias. Conforme já foi abordado anteriormente: um dos requisitos constitucionais para admissibilidade da prova emprestada no processo-destino é ter sido respeitado a garantia do contraditório, ou seja, tenha

a parte efetivamente participado de sua produção no processo-origem, sob pena de se reputar prova ilícita.

Dessa forma, como o comparsa do adolescente não participa do processo de apuração de ato infracional, que é muito mais célere do que o processo-crime, o traslado de provas orais provenientes do feito juvenil para o feito criminal é – em regra – inadmissível, ensejando seu desentranhamento do processo-origem caso já tenha sido juntada.

Em situação análoga, já havia decidido anteriormente o STJ (BRASIL, 2010):

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA APENAS EM ELEMENTOS INFORMATIVOS DO INQUÉRITO E EM PROVA EMPRESTADA. IMPOSSIBILIDADE. I - "Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial não ratificados em juízo" (Informativo-STF nº 366). II - Não obstante o valor precário da prova emprestada, ela é admissível no processo penal, desde que não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador (HC 67.707/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 14/08/1992). **Ademais, configura-se evidente violação às garantias constitucionais a condenação baseada em prova emprestada não submetida ao contraditório** (HC 66.873/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 29/6/07 e REsp 499.177/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 02/4/07), **como na hipótese de depoimento colhido, ainda que judicialmente, em processo estranho ao do réu** (HC 47.813/RJ, 5ª Turma Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 10/09/2007). III - **In casu, o e. Tribunal de origem fundamentou sua convicção somente em depoimento policial, colhido na fase do inquérito policial, e em depoimento de adolescente supostamente envolvido nos fatos, colhido na Vara da Infância e da Juventude, deixando de indicar qualquer prova produzida durante a instrução criminal e, tampouco, de mencionar que aludidos elementos foram corroborados com as demais provas do processo.** Ordem concedida. (HC 141.249/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 03/05/2010) (grifos nossos)

Contudo, já foi demonstrado anteriormente que a inadmissibilidade desta “prova ilícita” deve ficar restrita aos casos em que seu empréstimo tem a finalidade de subsidiar a pretensão condenatória, portanto, considerada como desfavorável ao réu no feito criminal.

Assim sendo, é por consequência da aplicação da proporcionalidade e do favor rei que tais provas orais podem ser excepcionalmente admitidas no feito criminal que responde o comparsa do adolescente, quando a finalidade de sua juntada no processo-destino for especialmente a de beneficiar o imputável.

CONCLUSÃO

Conforme se percebe, o empréstimo de provas poderá ter grande utilidade prática durante a marcha processual. Isso porque, foi demonstrado que a prova emprestada mantém a natureza jurídica do meio de prova originária de modo que – muito embora assuma a forma documental quando transportada –, mantém o seu potencial valor probatório no processo-destino, e não um “valor precário” consoante afirma erroneamente o STJ, em desrespeito ao sistema do livre convencimento motivado.

De qualquer sorte, o traslado de provas de um feito para outro não poderá ficar ao talante do magistrado ou das partes, devendo ser observados seus requisitos constitucionais e legais de admissibilidade e produção, sem os quais é impossível atingir os valores máximos do que Machado (2009, p. 180) vem chamar de “devido processo justo”.

Contudo, a estrita exigência de ter a parte exercido o contraditório sobre a prova no processo-origem pode ser prejudicial e deve ser vista com reservas. Nesse sentido, coube constatar que as provas decorrentes da violação desta garantia – reputadas como “ilícitas” pelo STF – de fato não são admitidas para sustentar a pretensão condenatória no processo-destino, mas podem sim ser aproveitadas pela Defesa em favor do réu.

Somente a partir deste preceito é que se põe fim às controvérsias no tocante ao empréstimo de provas orais colhidas em sede de processo de apuração de ato infracional, do qual logicamente não figura como parte o comparsa do adolescente. Nestes casos, tais provas orais (“ilícitas”) poderão ser excepcionalmente admitidas no feito criminal no qual imputável é réu, desde que para beneficiá-lo, mas nunca para fundamentar um decreto condenatório.

Por seu turno, no que diz respeito à situação especial do empréstimo dos exames de insanidade mental, coube analisar uma situação hipotética, da qual exsurge ser igualmente possível seu aproveitamento probatório em feitos diversos nos quais figura o mesmo réu, desde que os fatos delituosos neles apurados guardem entre si relação de circunstâncias, tempo e natureza.

Destarte, verificou-se que todas as respostas obtidas ao longo do estudo emergem como o próprio resultado da conjugação dos fundamentos da prova emprestada: duração razoável do processo, economia, e eficiência processuais, postulados de sua aplicação; bem assim sua admissibilidade está atrelada à demonstração de sua capacidade em atingir seu desiderato no processo-destino, com supedâneo na técnica da proporcionalidade e no princípio do favor rei como vetor hermenêutico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:**

promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. **Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus. nº 8135 da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Felix Ficher, Brasília, DF, 22 de fev. de 1999. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000102564%27>>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus. nº 141249 da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Felix Ficher, Brasília, DF, 23 de fev. de 2019. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000386286%27>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. nº 1171276 da 5ª Turma Superior do Tribunal de Justiça, Ministro Relator Marco Aurélio Belize, Brasília, DF, 02 de abr. de 2014. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000516984%27>>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 183571, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 13 de out. de 2011. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000428769%27>>.
Acesso em: 04 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 55442 da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 13 de out. de 2011. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000365730%27>>.
Acesso em: 08 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 78749, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Ministra Relatora Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 25 de maio de 1999. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000108317&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 78749, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Ministra Relatora Cármen Lúcia, Brasília, DF, 13 de abr. de 2013. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000202794&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79512, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Ministra Relatora Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 16 de jun. de 1999. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000097479&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11243, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Ministro Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF, 08 de jun. de 2011. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000180295&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 136239, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Ministro Relator Celso de Mello, Brasília, DF, 07 de abr. de 1992. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000105540&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 out. 2017.

BRITO, A.; FABRETTI, H.; LIMA, M. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CESCA, Brenno Gimenes. **Prova emprestada no processo penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DEMCZUK, Claudio. O uso da prova emprestada no processo penal. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 285-295, jan./mar., 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496593/000960404.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 set. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PARENTONI, Roberto Bartolomei. **As Alterações no Processo Penal: Breves considerações sobre o processo, teses e defesa penal**. 1. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 35, n. 140, p. 145-162, out./dez., 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426/r140-15.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.