

ASCES / UNITA
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
BACHARELADO EM DIREITO

A UTILIZAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL

MATHEUS LEVI DE SIQUEIRA LACERDA

CARUARU
2016

MATHEUS LEVI DE SIQUEIRA LACERDA

A UTILIZAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado a ASCES / UNITA, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Esp. Clodoaldo Batista de Sousa.

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovado Em: ____ / ____ / ____

Presidente: Prof. Esp. Clodoaldo Batista de Sousa

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

DEDICATÓRIA

Nesta vitoriosa etapa de minha vida contei com pessoas que foram essenciais em minha caminhada.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus e agradeço todas as oportunidades lançadas em meu caminho, à minha mãe, Ana Maria ao qual serei eternamente grato por toda dedicação, amor, incentivo e confiança e meu pai, José Jonas (In memoriam) que estará sempre presente em minhas lembranças e saudade, ao meu irmão, meus familiares, minha namorada e amigos que sempre estiveram comigo.

Um ciclo está chegando ao fim e sei que não seguirei sozinho.

AGRADECIMENTOS

Ao meu primeiro orientador, Marupiraja Ramos Ribas, pelo apoio e auxílio dado no decorrer de toda a minha graduação, tanto pela atenção, como também pela paciência, ensinamentos e orientações.

Ao meu segundo orientador, professor Clodoaldo Batista, que me orientou e aconselhou na conclusão deste trabalho; A esta Universidade, seu corpo docente, banca examinadora e todos aqueles que contribuíram para minha formação profissional.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar as características e classificação de cada tipo de prova apresentada através deste, além de seus meios e formas de uso, enfatizando a prova emprestada e seus critérios de uso e ainda como esta vem sendo utilizada de forma exagerada em muitos processos, sendo esta uma forma fácil de conduzir uma prova de um processo para outro. Entretanto, para que haja a transferência, é necessário que todas as provas estejam incluídas nos princípios regidos à prova documental e normas exigidas por lei. É fundamental destacar que a prova emprestada pode ser desenvolvida a partir de um testemunho, um documento, confissão, perícia, qualquer meio de prova. Faz-se necessário que ocorra a observação de um contraditório em sua produção, para que, desta forma, a prova consiga obter mesmo valor diante das demais dentro do processo. Sendo admitida pelo Tribunal, desde que respeite os limites de acordo com o contraditório. O entendimento deste estudo, visa compreender a importância e vantagens do uso da prova emprestada, bem como uma análise dos tipos de prova, seus meios, classificações e objetos de prova, destacando a utilidade da prova emprestada como forma de gerar economia processual e facilitar a decisão de um processo em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Prova emprestada; Processo Penal; Princípio do Contraditório.

ABSTRACT

This study aims to analyze how the borrowed test has been used in an exaggerated way in many cases, this is an easy way to conduct a test of one process to another. However, that there is a transfer, it is necessary that all events are included in the principles governed the documentary evidence and standards required by law. It is important to emphasize that the proof borrowed can be developed from a witness, a document, confession, expertise, any evidence. It is necessary that observation occurs in a mixed production, so that in this way the test can obtain the same value on the other within the process. As admitted by the Court, provided that it respects the limits in accordance with contradictory. The understanding of this study aims to understand the importance and advantages of using borrowed proof as well as an analysis of the types of evidence, your media, ratings and test objects, highlighting evidence of the utility borrowed as a way to generate procedural economy and facilitate decision of a case in question.

KEY-WORDS: borrowed Evidence; Criminal proceedings; Contradictory Principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 TEORIA GERAL DA PROVA.....	10
2.1 Classificação das Provas	10
2.2 Meios Probatórios.....	11
2.3 Objeto da Prova	12
3 DOS ELEMENTOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL.....	16
3.1 Prova Pericial.....	16
3.2 Prova Testemunhal	19
3.3 Prova Documental.....	22
4 DA PROVA EMPRESTADA.....	25
4.1 Conceito de Prova Emprestada.....	25
4.2 Natureza Jurídica	27
4.3 Hipóteses e Requisitos Legais da Prova Emprestada.....	29
5 A UTILIZAÇÃO EXAGERADA DA PROVA EMPRESTADA.....	32
5.1 Situações que Permitem o uso da Prova Emprestada.....	32
5.2 Impossibilidades de Utilização da Prova Emprestada.....	33
5.3 A Prova Emprestada na Visão Jurisprudencial do STJ.....	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

Em uma visão geral, constitui-se como prova, o conjunto de elementos expostos pelas partes, na qual irá visar o convencimento sobre a veracidade de um fato, através dos atos, circunstâncias, e fatos, objetivando uma decisão final do juiz para resolução de uma causa.

Será refletida por meio deste a utilização exagerada da prova emprestada, sendo esta produzida em um determinado processo e levada a outro, podendo ser importante em mais de um processo. Todavia, para que se possam ser transportadas, deverão estar devidamente incluídas nas regras pertinentes à prova documental.

Contudo, apesar da grande utilidade obtida em compartilhar provas entre processos, não é desejado que seu uso venha a se tornar um expediente de comodidade, inviabilizando o uso da mesma. Deve-se, portanto, haver justificativa adequada, onde seu uso será viabilizado.

É importante ressaltar que a prova emprestada poderá se mostrar através de um testemunho, um documento, uma confissão, perícia, enfim, qualquer meio de prova.

Para que esta prova possua o mesmo valor das demais dentro do processo, se faz necessária a observação de um contraditório em sua produção, onde ambas as partes deverão estar envolvidas, do contrário, terá seu valor probatório diminuído, ou ainda poderá acarretar nulidade absoluta no processo, desta forma, caso haja apelação da defesa como um recurso, poderá ser autorizada a cassação da sentença pelo tribunal.

A utilização da prova emprestada é admitida diante do tribunal desde que sejam respeitados certos limites de acordo com o contraditório, dentro do processo penal, ou ainda aquela cujos requisitos para aceitação estão de acordo com os desejados, sendo estes que tenham sido colhidos em processos entre as mesmas partes, aqueles na qual tenham sido observadas no processo anterior, as formalidades previstas em lei durante a produção da prova, que o fato provando seja o mesmo e que tenha havido o contraditório no processo do qual a prova será transferida.

Para desenvolvimento eficaz e didático da temática abordada, faremos citações e jurisprudências a respeito do tema provam emprestadas e sua relação com a utilização exagerada da mesma.

No primeiro capítulo, falaremos sobre os elementos de prova no processo penal, com ênfase nos tipos de prova, sendo estes, prova pericial, prova testemunhal, prova documental e outros tipos de prova.

Por sua vez no segundo capítulo, discorreremos acerca da prova emprestada, verificando seus conceitos, sua natureza jurídica e as hipóteses e requisitos legais da mesma.

Já no terceiro capítulo, faremos uma abordagem sobre a problemática do uso exagerado da prova emprestada.

Desse modo destacaremos as situações que permitem o uso da prova emprestada, como também a impossibilidade de uso desta. Por fim, faremos reflexões negativas para o acusado diante do exagero do uso da prova emprestada.

2 TEORIA GERAL DA PROVA

De forma geral, tem-se como conceito de prova, tudo aquilo que visa provar algo, exibir a veracidade de um fato, persuadindo algo ou alguém ao convencimento ao respeito de um determinado fato ocorrido. Será este um meio para conduzir o magistrado à análise e decisão de um processo a partir do conhecimento dos acontecimentos, onde este poderá estabelecer certezas diante dos fatos apresentados.

2.1 Classificação das Provas

Em sua classificação, estas são divididas quanto ao seu sujeito, seu objeto e sua forma. Quando o critério é o sujeito, a prova poderá se apresentar como pessoal ou real, onde a pessoal será aquela resultante de um testemunho vivenciado por alguém que tenha presenciado o fato em questão.

Já prova real, consiste na análise de uma determinada coisa que o fato probando possa expressar, como um objeto específico da vítima, um local, entre outros. “A prova real engloba provas como lugar, cadáver, arma, ou seja, provas consistentes em algo externo. Ex: fotografias, pegadas, etc.”¹

Quanto ao objeto, teremos a prova direta e indireta. Na prova direta, o objeto exposto será o próprio fato probando, ou consiste em seu mesmo fato, expõe o acontecimento de forma rápida, onde não se faz necessária uma construção lógica, como se observa em casos, por exemplo, de flagrantes e confissões. “Orienta-se no sentido de demonstrar a ocorrência dos elementos típicos de uma norma que se quer aplicar.”²

Quanto à indireta, também chamada de prova circunstancial, será aquela resultante da relação de um fato com o fato principal, onde necessita da formação lógica dos acontecimentos afim de que tais fatos possam chegar a uma conclusão diante daquilo que se quer provar. “Objetiva outros fatos, estranhos a tipicidade da

¹ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.349.

² TORNAGHI, Hélio. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 275.

norma aplicada e chega-se ao fato principal através do raciocínio da lógica ou da dedução.”³

A prova também pode ser classificada, levando em consideração, quanto ao momento de sua formação, em duas etapas: casual e pré-constituída. Prova casual é aquela cuja produção não se teve intenção objetiva de servir como prova diante de uma determinada causa, tendo como exemplo uma carta ou notas pessoais.

Já em situações onde um escrito é considerado autêntico ou formalizado dentro das normas, de acordo com os padrões determinados por lei, quando usados como meio de prova, esta será denominada prova pré-constituída, onde podemos ter como exemplos recibos e escrituras públicas.

Os critérios, tanto de provas casuais quanto de provas pré-constituídas, possuem valor quando utilizadas em casos de processo civil, processos penais ou ainda em processos trabalhistas.

2.2 Meios Probatórios

Os meios probatórios são desenvolvidos por fatos que ocorrem antes do processo e devem ser incluídos dentro do processo de acordo com as normas processuais, assim a prova deverá ser selecionada através dos meios admitidos em direito e pelo modo que a lei estabelece.

Poderá ocorrer a fixação dos fatos através de três etapas: reprodução objetiva, como exame da coisa pelo perito ou pelo juiz; da sua representação, exposto nas declarações documentais; ou da sua reconstrução histórica, visto em depoimentos de testemunhos.

As leis estabelecidas mostram que os meios de prova juridicamente admissíveis deverão ser provados, além disso, outros meios poderão ser aceitos, desde que não sejam ilícitos ou imorais.

No processo penal, o princípio da liberdade da prova sempre foi dominante, exceto quando relacionado ao estado civil das pessoas. De acordo com o artigo 155, parágrafo único CPP “Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”⁴

³ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 275.

⁴ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 155, parágrafo único.

Quanto à natureza do direito probatório, uma corrente conciliadora considera que a matéria de prova é de natureza mista, pertencendo assim tanto ao direito material quanto ao direito processual, cabendo a um a determinação da prova, a indicação do seu valor jurídico e das condições de sua admissibilidade; e ao outro fica reservado os modos de constituir a prova e de produzi-la em juízo.

Referente ao ônus probatório, é determinado que este corresponde ao encargo que irá pesar sobre as partes, de ministrar provas sobre os fatos que formam os fundamentos das pretensões existentes no processo.

O ônus da prova é o dever de provar, mas no sentido de necessidade de provar, ou de distribuir provas destinadas à formação da certeza do juiz, quanto aos fatos defendidos pelas partes.

Os fatos probandos se diferenciam em fatos constitutivos do direito, fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito.

Os fatos constitutivos são aqueles que possuem eficácia jurídica de constituir a relação litigiosa. O ônus da prova dos fatos constitutivos determina que o autor ou o réu apenas na hipótese de vir este a formular pedido contraposto na própria contestação.

Os fatos impeditivos são aqueles que impedem que o fato constitutivo tenha seus efeitos normais ou que lhe são próprios, resultando um impedimento.

Os fatos modificativos operam uma modificação no fato constitutivo exposto no processo ou pode haver eficácia de modificar o direito do autor.

Os efeitos extintivos, se mostram como aqueles que extinguem a relação jurídica material ou o direito invocado pelo autor, tendo como exemplo o perdão de uma dívida.⁵

O ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor incumbe ao réu, ou ao autor, na hipótese de vir o réu a formular pedido contraposto, na contestação.

2.3 Objeto da Prova

O objeto da prova judiciária são os fatos que são utilizados de fundamento à ação e à defesa e sobre os quais versa a lide. Alguns desses fatos necessitam e

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivaly. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

outros não, de prova. Aos que necessitam de prova, são chamados de fatos controvertidos; relevantes e determinantes.

Fatos controvertidos são quando se instaura uma controvérsia que, afirmados por uma das partes, foram negados pela parte contrária, ou seja, são os fatos julgados como não verdadeiros diante do processo.

Fatos relevantes, são capazes de influir na decisão da causa em questão, ou seja, aquelas que possuem relação com a causa ajuizada.

Fatos determinados são aqueles que se apresentam com características suficientes para diferenciá-los de outros semelhantes.

Aos que não necessitam de prova, são denominados fatos incontroversos, evidentes, impertinentes, irrelevantes, impossíveis, indeterminados, notórios e possíveis com prova impossível.

Fatos incontroversos são aqueles que foram alegados por uma das partes e que não foram contestados pela parte contrária ou porque não houve controvérsias.

Fatos evidentes são aqueles que se impõe ao raciocínio, como decorrência natural de outros. Exemplo: se um homem fala e se move, não há necessidade de se provar que este está vivo.

Fatos impertinentes são fatos que não pertencem a causa, ou seja, são estranhas a ela.

Fatos irrelevantes se referem a causa, porém não tem nenhuma relevância ou poder de influência na decisão do juiz.

Os fatos impossíveis, têm sua aceitação repugnada quanto ao bom senso, em função dos fatores de espaço e tempo.

Fatos indeterminados mostram-se como aqueles onde a sua indeterminação não permite a produção da prova.

Fatos notórios, são fatos cujo conhecimento faz parte da cultura de determinada classe social, no tempo onde a decisão deverá ser tomada. O juiz não precisa ter contato direto com o fato para que este seja considerado como notório.

Fatos possíveis com provas impossíveis são, em si mesmos, possíveis, mas a prova a seu respeito é impossível, como exemplo provar com testemunha ocular um fato ocorrido há cem anos.⁶

⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 114.

A impossibilidade da prova pode decorrer de duas formas, quanto à disposição da lei ou da natureza do fato. Por disposição de lei, são considerados impossíveis os fatos alegados ao encontro de uma presunção *iuris et de iure* de veracidade, porque a presunção subsistiria, mesmo que se provasse o contrário e também os fatos que não possam produzir consequências jurídicas em razão do seu caráter.

Pela natureza do fato, são considerados impossíveis, os fatos cuja prova é vedada por lei e também os fatos cujas condições peculiares impedem a prova por determinado meio.

Segundo Chiovenda distingue, motivos de prova, meios de prova e procedimento probatório. Os motivos de prova são as alegações ou observações que determinam imediatamente ou não a convicção do juiz.

Os meios de prova são as fontes de onde o juiz retira os motivos de prova, por exemplo, a testemunha e o local inspecionado.⁷

Procedimento probatório é a atividade necessária que coloca o juiz em comunicação com os meios de prova ou que lhe permite verificar a atendibilidade de uma prova.

Quanto ao sistema de valoração das provas se dá a partir do encerramento da instrução probatória quando a partir daí o juiz poderá colher os elementos necessários para certificar-se da veracidade dos fatos alegados pelas partes, com base nos quais chegará a certeza necessária para proferir a sentença.

Após o recolhimento das provas, o juiz procederá, a uma valoração da prova, onde se utilizará de seu raciocínio ou inteligência, obedecendo assim um determinado critério.

São três sistemas de avaliação das provas. O sistema positivo, o sistema de íntima convicção e sistema de persuasão racional. O sistema positivo vigora quando as provas têm um valor prefixado pela lei, onde o juiz aprecia de acordo com a eficácia que a lei lhes atribua.

O sistema da íntima convicção permite que a verdade buscada pelo juiz decorresse não só das provas produzidas pelas partes e sim do conhecimento pessoal que ele tem dos fatos e as suas impressões pessoais da causa, podendo julgar de acordo com a prova dos autos.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Campinas: BOOKSELLER, 2008.

Sistema da persuasão racional, procura conciliar a virtude dos dois anteriores, sendo assim um sistema misto, sem a rigidez do sistema positivo ou legal e sem o arbítrio e sem a incerteza do sistema da íntima convicção.

Este sistema resulta em garantia das partes, porque na fundamentação elas terão os melhores motivos para verificar o acerto ou desacerto da sentença.

Como o juiz não julga com base em meras alegações, e sim com bases em fatos provados, o instrumento que se coloca em disposição das partes para demonstração da veracidade de suas alegações é a prova, no sentido objetivo, criando assim uma certeza que existe ou não fatos alegados no processo no sentido subjetivo.

No processo, a verdade é estipulada segundo dois sistemas, da verdade formal e da verdade material. A verdade formal resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com a realidade, deixando o réu de impugnar determinado fato alegado pelo autor, tornando-se assim incontroverso e o autor que deveria prova-lo fica isento do ônus da prova.

Já a verdade material é aquela em que o juiz está de acordo com os fatos historicamente ocorridos e não como querem as partes que tenham acontecido.

No processo penal chega-se mais facilmente a verdade material, em face das características singulares do processo penal.

3 DOS ELEMENTOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL

A utilização da prova no processo penal objetiva contribuir na formação do convencimento do juiz quanto à autenticidade das afirmações das partes em juízo.

Assim afirma Claus Roxin, “*probar significa convencer al juiz sobre la certeza de la existência de um hecho*”⁸

A exibição da verdade dos fatos se dá por intermédio da utilização da probatória, na qual constitui como prova tudo aquilo que auxilia na formação do convencimento sobre um determinado fato ocorrido.

De acordo com Guilherme Nucci, existem três sentidos para o termo prova:

- a) Ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo, exemplo é a fase probatória;
- b) Meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, exemplo é a prova testemunhal;
- c) Resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.⁹

Desta forma, a prova poderá se mostrar de diferentes formas, sendo elas testemunhal, documental, pericial, entre outras, onde por meio destas o juiz poderá formar sua convicção diante dos fatos ocorridos.

3.1 Prova Pericial

Como determina o artigo 158 do CPP, para que a perícia possa ser realizada é preciso que o crime tenha deixado vestígios, quando o exame torna indispensável, onde a confissão do acusado não é suficiente, pois este pode confessar um crime não praticado por ele, afim de beneficiar aquele que o fez.

⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Pende**. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. p. 185.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Processual Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 386.

Eis a redação do artigo 158 do Código Processo Penal: “**Art. 158.** Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.¹⁰

Tendo um papel de destaque para a execução do processo, a prova pericial se dá por meio do perito, estando este sujeito a disciplina judiciária como regra, as perícias devem ser realizadas por um perito oficial, sendo este portador de diploma de curso superior, sendo asseguradas as suas autonomias técnicas, científica e funcional, como podemos observar no art. 2º, Lei nº 12.030/09.¹¹

A perícia oficial será o exame requisitado ao diretor da repartição, onde este irá se juntar ao laudo assinado pelo perito no processo.

Em caso de ausência do perito oficial, vale-se como autoridade os peritos não oficiais ou juramentados, devendo este possuir curso superior, terceiro grau completo e de preferência na área específica e com habilidades técnicas, capazes de realizar o exame de forma correta, como ressalta o artigo 159, §1 e §2 do CPP.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).¹²

Vale ainda ressaltar que, de acordo com o STF, sumula nº 361, será nulo aqueles exames realizados por apenas um único perito. Destacando ainda que, diante de determinada situação, a parte que se sentir prejudicada poderá em momento oportuno questionar a situação onde deverá expor a ocorrência do prejuízo.¹³

Quanto ao momento da realização da perícia, o Código do Processo Penal estabelece no artigo 161 como lei que, o exame de corpo de delito poderá ser feito qualquer hora ou dia, onde não se tem restrições quanto ao período noturno ou feriados.

¹⁰ BRASIL. **Código Processo Penal.** Artigo 158.

¹¹BRASIL. **Lei nº 12.030/09.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12030.htm. Acesso em: 20/09/2016, as 13:20.

¹² BRASIL. **Código Processo Penal.** Artigo 159, §1 e §2.

¹³ **PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL E PENAL.** Vol. 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 92.

Assim destaca o artigo 161 do CPP: “O exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora”.¹⁴

Havendo exceções para esta, onde em casos de necropsia ou autópsia, onde de acordo com o art. 162 do CPP, o exame deverá ser feito após no mínimo seis horas após a morte: “Art. 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto”.¹⁵

Por fim, o perito criminal colhe os vestígios e concretiza os exames que são importantes para instrução criminal, tudo sendo formalizado e juntado ao processo, assim podendo o juiz observar e sentenciar o caso. A prova pericial tem sua formalização por meio do laudo pericial, laudo este escrito por um perito, no qual deve constar tudo o que examinaram, como relata o art. 160 e parágrafo único, o laudo da perícia deve ser concluído dentro de um prazo de dez dias.

Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)
Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994).¹⁶

A classificação da perícia é realizada de forma direta ou indireta, sendo diretas, aquelas perícias cuja realização se dá por meio do exame do próprio corpo de delito, através da criteriosa análise realizada pelo perito. Já as perícias indiretas, classificam-se de um modo dedutivo de raciocínio, onde documentos ou outros elementos ligados ao objeto examinado serão analisados no exame.

Deve-se observar ainda que, quanto ao seu fim às perícias podem se classificar como de retratação, interpretativas ou ainda opinativas, tendo estas o objetivo de narrar detalhadamente os fatos colhidos no local de análise, a conclusão do perito após sua análise dos elementos encontrados e a união de opiniões gerando um parecer acerca de determinado assunto através do parecer de mais de um perito, respectivamente.

Quanto ao modo de realização, estas se classificam como retrospectivas e prospectivas. Para Del Campo as retrospectivas são aquelas onde os exames são realizados no presente, porém relacionados a fatos ocorridos no passado e na

¹⁴ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 161.

¹⁵ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 162.

¹⁶ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 160.

prospectiva, embora o exame seja também realizado no presente, seus efeitos se mostrarão no futuro.¹⁷

Desta forma, as perícias mostram-se de grande importância no âmbito criminal, pois através delas a veracidade dos fatos poderá ser analisada de forma criteriosa, afim de que se possa ter esclarecimento sobre um determinado crime, onde desta forma um processo poderá ser julgado de forma justa.

Para Aranha a perícia é um meio instrumental, técnico-opinativo e alicerçador da sentença.¹⁸

3.2 Prova Testemunhal

O indivíduo denominado como testemunha é aquele que diante do juiz é chamado para depor, para declarar o que sabe acerca de um fato ocorrido de forma sensorial.

Na audiência, as testemunhas são ouvidas de forma em que uma testemunha não consiga ouvir o depoimento da outra, para não existir a possibilidade de influência, a testemunha deverá fazer uma promessa de que deverá falar a verdade sobre o que lhe for perguntado, caso contrário havendo controvérsias, poderá ser processado por crime de falso testemunho.

O juiz verificando que a presença do réu pode causar humilhação, medo, vergonha ou até mesmo constrangimento à testemunha ou ao ofendido, prejudicando assim a verdade do depoimento, fará o interrogatório por videoconferência e se ainda assim não for possível determinará a retirada do réu da sala de audiências, mantendo seu defensor.

O número de testemunhas participantes em um processo pode variar de acordo com cada procedimento a ser seguido, determina-se, portanto para o procedimento comum ordinário oito testemunhas, cinco testemunhas para os casos do procedimento sumário, três testemunhas para o procedimento sumaríssimo, cinco testemunhas para a segunda fase do júri e no procedimento da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/06) cinco testemunhas.¹⁹

¹⁷ DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Medicina Legal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 192.

¹⁹BRASIL. **Lei nº 11.343/06**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 14/10/2016, as 9:10.

Por sua vez, a prova testemunhal possui características específicas, sendo elas: judicialidade, oralidade, objetividade, individualidade ou incomunicabilidade e retrospectividade.

Na judicialidade, a testemunha será aquela que perante o juiz irá realizar seu depoimento, onde estarão presentes ainda o delegado e outras autoridades.

A oralidade tem como principal característica o depoimento prestado oralmente perante as autoridades, onde as palavras faladas irão prevalecer, não devendo ser exigido a testemunha, que esta decore detalhes, mas sim a possibilidade de que seja feita uma breve consulta dos apontamentos, desta forma os momentos poderão ser reavivados, têm-se como exceção a oralidade as situações onde a testemunha é muda e surda – muda ou ainda, onde a testemunha for uma autoridade, como descreve o artigo 207 e 221 do Código Processo Penal.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. (Redação dada pela Lei nº 3.653, de 4.11.1959)

§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 2º Os militares deverão ser requisitados à autoridade superior. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 3º Aos funcionários públicos aplicar-se-á o disposto no art. 218, devendo, porém, a expedição do mandado ser imediatamente comunicada ao chefe da repartição em que servirem, com indicação do dia e da hora marcados. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)²⁰

Na objetividade a testemunha deverá relatar aquilo que a mesma apreciou, de forma objetivo, não lhe sendo permitido emitir impressões ou opiniões pessoais sobre o fato ocorrido, salvo apenas aquelas situações que forem inseparáveis da narrativa apresentada.

A Individualidade ou Incomunicabilidade mostra-se como sendo a situação na qual cada testemunha seja ouvida de forma individual, separadamente, afim de que não haja contato entre as testemunhas, ou que uma não escute o depoimento da

²⁰ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 207 e 221.

outra, para este, espaços separados são organizados antes que a audiência se inicie. Ainda que esta regra não se cumpra e a incomunicabilidade seja violada, as partes poderão prestar seu depoimento, devendo haver registros deste acontecido para que o juiz possa fazer sua análise dos depoimentos de acordo com o seu valor.

Por fim, temos a retrospectividade, onde o depoimento prestado pela testemunha deverá ser sempre sobre os fatos ocorridos no passado. Sendo assim, uma percepção pretérita, afim de que não se torne uma simples especulação.

Quando à classificação doutrinária das espécies de testemunhas, podemos observar as numeradas, como aquelas recrutadas pelas partes onde formação o número legal, extranumerárias, as que são ouvidas pela iniciativa do magistrado e de regra, deverão ser compromissadas, como relata no artigo 209 do CPP “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.²¹

Testemunhas informantes, onde não é exigido destas o compromisso com a verdade. Sendo as pessoas inclusas no art. 206 do CPP, doentes e deficientes mentais art. 208, CPP, ou ainda os menores de quatorze anos.

Eis a redação dos artigos 206 e 208 do Código Processo Penal:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obtiver-se-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.
Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.²²

Testemunha própria, no qual esta será ouvida e deverá narrar os fatos ocorridos sobre o objeto de litígio. Ou ainda a testemunha imprópria, como sendo aquela que irá prestar depoimento sobre fatos que não estão diretamente ligados ao mérito da ação penal. Desta forma a não será sobre algo que a testemunha tinha presenciado ou ouvido, mas sim sobre o ato de perseguição criminal onde este tenha participado ou assistido.

Laudadores ou também conhecidas como testemunhas de beatificação, são aquelas pessoas selecionadas para prestar declarações sobre os antecedentes do criminoso.²³

²¹ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 209.

²² BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 206 e 208.

Testemunhos da coroa, são normalmente agentes policiais, estes estarão infiltrados e disfarçados durante as investigações, o que irá lhes permitir ter uma visão favorecida dos acontecimentos.

E ainda a testemunha inócua, caracterizando-se como aquela que não sabe nada de aproveitável a respeito da causa, sendo assim, como observado no art. 209, § 2º, CPP “Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa”.²⁴

3.3 Prova Documental

A prova documental define-se como instrumentos, papéis públicos ou particulares, escritos ou até mesmo gravações sonoras, fotografias, como observado no artigo 232 do CPP.

Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.
Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.²⁵

Assim relata Marques, o documento no processo penal pode ser objeto de prova ou, então, meio de prova. É ele objeto de prova quando tem de ser determinado como fato representativo, em seus aspectos externos e no tocante ao que representa como o seu conteúdo material, notadamente para se lhe determinar a autenticidade.²⁶

Atualmente vem se considerando como documento *lato sensu* qualquer coisa que se apresente capaz de retratar um fato ocorrido, não se mostrando apenas de forma escrita, mas também através de áudios, vídeos, gravações, fotos, desenhos, entre outros, onde por sua vez irá se classificar em duas ordens, sendo elas: instrumentos e documentos *stricto sensu*, na qual estes irão se dividir em documentos públicos e documentos particulares.

Consiste como instrumento, o documento cuja confecção tem como objetivo ser prova do ato em que este se representa, sendo instrumento público aquele

²³ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.447.

²⁴ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 209.

²⁵ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 232.

²⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual**. Campinas: Millenium, 2009. p. 417.

formado perante autoridade pública, que seja capaz de lhe conferir a ideia de verdade.

Já no instrumento particular, não há auxílio de nenhum agente público em exercício de função pública. Para que haja autenticidade em sua apresentação é indispensável que a firma do subscritor seja reconhecida diante de um tabelião.

Na classificação *stricto sensu*, temos a situação onde o documento não fora constituído para servir como prova, contudo, o mesmo possa vir a ser desta finalidade em algumas situações.

Como exemplifica Fernando Capez, que documento público seriam as mensagens enviadas pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, e documento particular, uma reportagem jornalística.²⁷

Tais documentos podem ser anexos ao processo em qualquer fase do mesmo, como descreve o artigo 231 do CPP “salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”.²⁸ Todavia há exceção a esta regra descrita no artigo 479 alterado pela Lei nº 11.689/2008, onde estas devem se juntar ao processo com prazo mínimo de três dias uteis de antecedência onde sua apresentação e leitura não serão permitidas caso estas forem apresentadas durante o decorrer do julgamento.²⁹

Contudo, não será permitida ao juiz a autorização quanto a apreensão de documentos, no qual o advogado está sob poder, como descreve a Lei nº 11.767/2008³⁰, alterando o artigo 7º, II, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994³¹).

Para a determinação do valor de veracidade dos instrumentos, determina-se que os instrumentos públicos irão possuir autenticidade quando formados perante oficial público competente, possuindo um valor probante tanto para as partes, quanto para terceiros.

Quanto ao valor dos instrumentos particulares, este possuirá autenticidade quando este tiver sua firma reconhecida pelo tabelião, onde deverá ser assinado por

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 353.

²⁸ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 231.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 11.689/2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm. Acesso em: 07/09/2016, as 22:30.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 11.767/2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11767.htm. Acesso em: 02/08/2016, as 13:35.

³¹ BRASIL. **Lei nº 8.906/1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acesso em: 15/10/2016, as 23:30.

duas testemunhas, contudo, este fará referência apenas às partes e não alcançará terceiros.

Vale ressaltar ainda a respeito dos vícios dos documentos e incidentes de falsidade documental. Quanto aos vícios, estes podem ser intrínsecos quando pertinentes ao acontecimento de um ato ou fato descrito no documento. E extrínsecos quando relacionados ao descumprimento dos protocolos exigidos por lei.

Já quanto a falsidade dos documentos, são considerados aspectos materiais e ideológicos, onde a ideia da confecção de um documento adulterado, falso, ou ainda fruto de alteração de um documento original, será denominada falsidade material e a falsidade ideológica compreende a relação da substância do ato ou fato descrito no documento.

Tais determinações sobre a restituição dos mesmos podem ser observadas nos artigos 118 e 238 do CPP.

Eis a redação dos artigos 118 e 238 do CPP:

Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

Art. 238. Os documentos originais, juntos a processo findo, quando não exista motivo relevante que justifique a sua conservação nos autos, poderão, mediante requerimento, e ouvido o Ministério Público, ser entregues à parte que os produziu, ficando traslado nos autos.³²

Quando há motivos para permanência dos documentos originais nos autos, ao fim do processo estes poderão ser restituídos, onde ficarão anexadas apenas cópias destes.

³² BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 118 e 238.

4 DA PROVA EMPRESTADA

Quando falamos em prova emprestada, podemos notar que existem diversos argumentos e opiniões diante os tribunais pátrios.

Podemos mencionar dois entendimentos para prova emprestada, de um lado podemos destacar que a prova emprestada para ser valorada tem que ser produzida em processo que tenha como referida parte, aquele que se pretende valer a prova, e por outro lado, entende que a prova não é necessária ser produzida com participação da parte receberá seus efeitos, de modo que respeite o princípio do contraditório.

Dessa forma faremos uma abordagem doutrinaria e jurisprudencial sobre os principais pontos da prova emprestada no Processo Penal.

4.1 Conceito de Prova Emprestada

Na linguagem processual, podemos destacar alguns significados para o termo prova, significados estes que vão servir para desdobrar o conceito de prova emprestada.

Elemento de prova, está relacionado aos dados objetivos que afirmam ou negam a proposta a respeito de um fato; Meio de prova, é o conjunto dos procedimentos por meio do qual os elementos de prova são incorporados ao processo; Já a fonte de prova é a forma de ligar a pessoa ou a coisa no qual poderá conseguir o elemento de prova; e por fim, o resultado da prova, que será o meio de conclusão extraído através dos elementos existentes de prova.

A partir destes conceitos, podemos discorrer sobre o tema prova emprestada, onde o elemento de prova foi obtido por meio do empréstimo, através de um outro processo.

Entende-se como prova emprestada, aquela cuja produção foi originada em um determinado processo, sendo transferida a outro de forma documental, onde por sua vez irá gerar efeitos diante destes. Desta forma, podemos perceber que a prova poderá ser útil em mais de um processo.

Segundo destaca Nucci:

É aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida.³³

Contudo, Nestor Távora e Rosmar afirmam, “compartilhar provas entre processos pode ser de grande utilidade, mas não pode se tornar um expediente de comodidade. Havendo justificativa plausível, o empréstimo seja oportunizado”.³⁴

Para Luiz Flávio Gomes, “o principal fundamento para o empréstimo da prova é, sem dúvida, a economia processual. Seu escopo maior é impedir a repetição desnecessária de atos processuais”.³⁵

Observamos ainda que seu uso em tais processos irá depender de fatores e requisitos para que só assim a admissão ao empréstimo probatório seja concedida.

Objetiva-se, portanto, a inclusão dos requisitos para o uso da prova emprestada, situações onde os processos possuem as mesmas partes em comum, tanto no processo original como no processo onde esta será importada. Assim não será permitido de forma alguma que a prova emprestada surta efeitos contra quem não tenha participado do processo originário.

Mesmo fato probando, onde o fato em destaque para decisão, mostra-se de forma relevante em ambos os processos, caso contrário, haverá suspensão seja de defesa ou de acusação;

Que haja o contraditório no processo onde a prova for transportada, Paulo Rangel ressalta, “se no processo do qual se vai transferir a prova, não houver o contraditório, a ela não se tem eficácia nenhuma e deve no processo para o qual for transferida, ser a ele submetida, sob pena de não poder ser motivada pelo juiz em sua sentença, pois, se caso for, haverá *error in procedendo*”.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Processual Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 386.

³⁴ TAVOR, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.349.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Comentários sobre a admissibilidade da prova emprestada em sede de Processo Penal**. Disponível em: http://www.fg.com.br/public_html/article.php?story=20070611444847177&mode=print. Acesso em: 28/06/2016, as 21:13.

Os requisitos formais de confecção probatória tenham sido atendidos no processo emprestado, desta forma, serão submetidas apenas as provas que estejam rigorosamente incluídas nas normas regentes para o empréstimo da mesma.

Quanto aos tipos de prova, Norberto Avena destaca que “a prova emprestada poderá ser um testemunho, um documento, uma perícia, enfim, qualquer prova. Todavia, para que seja acostada ao processo para o qual se quer transportá-la, deverão ser observadas as regras atinentes à prova documental”.³⁶

4.2 Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica da prova emprestada, são certos que os meios de prova previstos em lei do art. 158, 250 do CPP, não se mostram suficientes, portanto, existem outros meios que não estão fundamentados em lei.

De acordo com os princípios do sistema do livre convencimento, da verdade processual e do contraditório, podemos afirmar que sua natureza é de um meio de prova indefinida, que quanto a sua forma deverá ser sempre documental.

Para a fundamentação da prova emprestada, são seguidas bases de fundamentos de acordo com os princípios da duração razoável da unidade de jurisdição e do processo.

Em relação a economia processual é indicado que haja uma otimização do direito utilizando o mínimo emprego de exercícios processuais, desta forma observamos que o art. 5º, LXXVIII, da CF recebe uma incorporação textual, ganhando relevo a respeito desta economia processual.

Lopes Junior e Badaró destacam que “O processo penal reclama tempo suficiente para a satisfação, com plenitude, de seus direitos e garantias processuais”.³⁷

A prova emprestada pode ser transferida desde um processo civil, até mesmo para um processo criminal. Para se obter o empréstimo da prova, é necessário que alguns requisitos sejam atendidos; Quanto às partes: tanto no processo original,

³⁶ NOBERTO, Avena. **Processo Penal: esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 459.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 134.

quanto no processo para o qual a prova será transferida, as partes em questão deverão ser as mesmas.

O fato probando: em ambos os processos, o fato probando em destaque deve se mostrar considerável, um exemplo disso é que o fato provado, não importando qual seja, demonstrando a presença do indivíduo no determinado local do crime, servirá tanto para o processo pelo homicídio, quanto para um outro processo pro descaso de cadáver, tal fato é importante para a análise dos dois crimes, considerados em feitos diversos.

Em relação ao contraditório: este deverá ser sempre respeitado dentro do processo que a prova foi transferida, ou seja, as provas só poderão ser submetidas ao empréstimo, se produzidas sob análise do contraditório.

Destaca-se ainda, a necessidade de que os requisitos formais de produção probatória sejam seguidos no processo em que a prova emprestada será anexada, onde todas as normas existentes deverão ser devidamente obedecidas para que haja a autorização do empréstimo.³⁸

Não havendo nível entre as provas, a prova emprestada poderá ser tão importante quanto qualquer outra, não obtendo razão para desprezá-la.

Desta maneira a prova emprestada pode assumir função de evitar uma transferência indevida no decorrer do processo, onde os requisitos constitucionais de admissibilidade devem ser analisados de forma criteriosa. Portanto, assumirá um pressuposto para que haja o empréstimo de prova o princípio da unidade da jurisdição onde deverá haver a análise da prova por juiz diverso daquele que regeu sua produção. Em sua essência, a prova emprestada assume ainda um destaque quanto a forma e valor a ela atribuída, no qual sua forma será sempre documental e irá assumir o mesmo valor probatório existente no processo original do qual esta foi transportada.

Segundo Talamini: a doutrina destaca, no entanto, que a atribuição do valor de sua essência à prova emprestada é apenas potencial.³⁹ Dessa forma, entende-se que existindo outro fator de incompatibilidade do valor da prova, o juiz poderá analisar a prova emprestada da menor eficácia probatória. Ainda sobre o valor da prova, cabe ressaltar que, estando incluídos em todos os princípios e requisitos para

³⁸ GINOVER, Ada Pellegrine. **Prova Emprestada**. Vol. 1. N. 4. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, out. / dez. 1993. pp. 60-69.

³⁹ TALAMIRI, Eduardo. **Prova Emprestada no Processo Civil e Penal**. Vol. 35. N. 140. Brasília: Revista de Informação Legislativa, out./dez. 1998. p. 147.

a autorização de admissão desta, passará assim a possuir o mesmo valor de qualquer outra de espécie originária.

Cabe ressaltar ainda, que mesmo sendo incluída no segundo processo de forma documental, a prova emprestada não deve ser válida apenas como um simples documento, tendo a competência de assumir o mesmo valor probatório existente no processo do qual se teve origem. Tal característica concede à prova emprestada um estatuto jurídico específico, onde este não se equivale nem a prova que se emprestou, nem com a prova documental, em seu sentido original.

4.3 Hipóteses e Requisitos Legais da Prova Emprestada

Para que haja admissão da prova emprestada no processo penal, é necessário que esta obedeça alguns requisitos, onde poderemos observar também hipóteses que podem surgir diante das provas emprestadas; Mostra como hipóteses para a prova emprestada, ser admitida situações onde, a prova é originária de um processo penal e foi produzida em incidente probatório, ou na fase de batimento, se os termos de depoimento forem provenientes de um processo civil, onde a sentença tenha feito coisa julgada; se a prova por natureza e em face das particularidades for irrepetível.

Determinados termos de declarações podem ser empregados na fase dos debates se ocorrerem acordo entre as partes. Para haver a valoração da prova emprestada, alguns requisitos devem ser seguidos, sendo o primeiro destes, o princípio do contraditório, onde este irá possuir duas concepções no processo penal, correspondente a valores de verdade e garantia.

O contraditório destaca-se como sendo a melhor maneira para se obter a verdade, em que, por meio do procedimento de provas e contraprovas, há a aquisição de instruções sobre os fatos em questão do processo, desta forma, pode-se conseguir ou não a hipótese da inocência da acusação. Na segunda concepção haverá a informação à respeito dos atos e conteúdo existentes no processo, como também a possível contrariedade da similaridade de armas com a parte ex-adversa.⁴⁰

⁴⁰ ARRUDA, Alvin. **Prova Emprestada**. vol. 202. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez. 2011. p. 405.

Relacionado à prova emprestada, não se mostra como uma situação viável a transposição de elemento de prova para a ação penal, ocorrências onde o contraditório se mostra apenas como mera oportunização como aquelas onde o advogado embora tenha sido devidamente intimado, não participou da audiência, mas a prova em questão foi colhida durante o acontecimento da mesma.

Em âmbito probatório, o princípio do contraditório, se destaca por ser o direito da atuação das partes no exercício instrutório, possibilitando assim, um meio de motivar a certeza do magistrado.

Podemos destacar como objetivos para o determinado estudo, a nulidade da prova produzida sem a presença do magistrado ou das partes em questão; O impedimento da validação das provas fora dos princípios do contraditório ou sem o antecedente intermédio das partes; O comprometimento com as partes à respeito do uso dos meios de provas que sejam necessárias para a validação de suas considerações, em condições de igualdade para exigir a produção da prova e sem discrepância entre os critérios para sua aceitação; O asseguramento de que serão consideradas todas as provas, no decorrer do julgamento, todas as provas integradas ao processo, em destaque, as que são produzidas a seu requerimento.⁴¹

Desta forma, não será permitido o uso da prova emprestada como um meio para modificar as exigências do princípio do contraditório.

O segundo requisito a ser seguido, é o princípio do juiz natural, o qual deve seguir três regras de proteção.

Primeira regra a ser destacada é que, só serão considerados os órgãos jurisdicionais estabelecidos pela constituição;

Segundo, nenhuma pessoa poderá ser julgada por órgão constituído após o acontecimento do fato em questão;

Terceiro, entre os magistrados pré-constituídos, prevalece uma ordem constitucional, restrito à experiência que anulam quaisquer alternativas relacionadas à discricionariedade de qualquer parte.

Relata Ada Pellegrini Grinover que, “o contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda

⁴¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 114.

causa”.⁴² A prova só será válida se produzida sob os critérios do contraditório, das partes e do juiz.

Conforme dispõe o art. 155, caput, do CPP:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos na investigação, ressalvadas as provas cautelares não repetíveis e antecipadas.⁴³

O juiz não poderá utilizar para o seu conhecimento, exclusivamente, as provas conseguidas nos inquéritos policiais ou qualquer tipo de procedimento administrativo, mesmo que tenham sido realizados por meio de um outro juiz.

Os elementos obtidos no inquérito policial podem servir para formar a *opinio delict* do membro do ministério público para o oferecimento da denúncia ou até mesmo para o juiz convencer-se do seu recebimento, não podendo justificar uma condenação quando não divulgados em outras evidências produzidas sob o crivo do contraditório. Outros requisitos podem ser mencionados ao respeito da admissibilidade da prova emprestada.

Sendo o primeiro deles, os fatos destacados semelhantes em ambos os processos; Segundo, ser produzida em processos onde as partes presentes são as mesmas; terceiro, a análise do procedimento diante da natureza original da prova e por fim, o cumprimento do procedimento sobre a prova documental.

⁴² GRIVONER, Ada Pellegrine. **Prova Emprestanda**. Vol. 1. N. 4. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, out. / dez. 1993. p. 66.

⁴³ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 155.

5 A UTILIZAÇÃO EXAGERADA DA PROVA EMPRESTADA

A prova emprestada é bastante utilizada para otimizar as provas já produzidas diante o ordenamento jurídico, para evitar a demora, a repetição dos atos e alguns custos indispensáveis, como também é utilizada quando a prova já produzida não pode ser mais repetida, seja por qualquer motivo.

Por isso e alguns outros fatores há uma exagerada utilização da prova emprestada, pois a prova emprestada satisfaz vários princípios constitucionais.

5.1 Situações que Permitem o uso da Prova Emprestada

O acolhimento da prova emprestada em determinado processo mostra-se válido mesmo quando usado em diferentes ramos do direito.

O principal fundamento para a utilização desta, se destaca no princípio da economia processual e seguimento do mesmo, no qual procura-se evitar a duplicidade de atos processuais já analisados anteriormente, ou ainda para situações onde, por algum motivo, haja impossibilidade de uma nova produção de prova, ou sua renovação, tendo como exemplo a impossibilidade de interrogar uma testemunha existente no processo de origem, devido seu falecimento.⁴⁴

Desta forma, busca-se a máxima otimização das provas já analisadas e comprovadas pela jurisdição, de modo que a repetição desnecessária de atos processuais seja evitada, ou ainda que as provas necessitem passar por um novo processo de comprovação, agilizando, portanto, o seguimento e finalização do processo em questão.

Ainda como questão pertinente de observação relacionada a celeridade do processo, observa-se que além do consumo maior de tempo, nos casos onde haja necessidade de um novo processo de comprovação da prova ou renovação desta, como ainda o aumento financeiro das despesas processuais.⁴⁵

⁴⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual**. Campinas: Millenium, 2009. p. 417.

Tal princípio mostra-se eficaz ainda como uma forma de favorecer a resolução do litígio mais rapidamente, visando a finalização do conflito entre as partes.

Acerca do tema, Ribeiro destaca:

Convém salientar, outrossim, que não só a impossibilidade de produção da prova permite que ela seja emprestada, também a difícil reprodução permite o seu empréstimo, em atenção ao princípio da economia processual, pois o processo deve inspirar-se no ideal de propiciar às partes uma justiça barata e rápida, isto é, deve-se obter o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego de atividades processuais.⁴⁶

Vale destacar que a transferência das provas entre os processos, não se limita à um único campo do direito, a vedação de transferência entre os campos se mostra inexistente, podendo ser transferida de um Processo Civil para um Processo Criminal e vice-versa, desde que os requisitos e normas para o uso destas sejam respeitados.

Diante de tais observações descritas acima, entende-se que o uso da prova emprestada será sempre permitido de forma que venha contribuir positivamente para o decorrimento de um processo em questão, onde os princípios e requisitos para seu uso deverão ser rigorosamente avaliados e respeitados.

5.2 Impossibilidades de Utilização da Prova Emprestanda

É direito à todo indivíduo, o acesso ao devido processo legal e da ampla defesa, onde poderá lançar mão de provas a favor de sua defesa, decorrendo o direito de não ser injustamente acusado com base de provas ilícitas.

Antônio Alberto Machado destaca que:

A admissibilidade de qualquer tipo ou meio de prova é a regra no processo penal. A busca da verdade histórica, o princípio do processo acusatório, da ampla defesa e por fim, o princípio da liberdade, na produção da prova determina que sejam admitidos em juízo quaisquer meios de comprovação do fato probando, executando-se, porém, aqueles meios que possam de alguma forma contrariar o direito.⁴⁷

Desta forma, o uso da prova emprestada mostra-se impossibilitado quando os princípios e requisitos de admissibilidade não são devidamente obedecidos ou ainda nos casos onde diante do processo penal são denominadas como ilegais ou ilícitas.

⁴⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 114.

⁴⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 480.

As provas ilegais caracterizam-se por ser aquelas cuja exclusão ocorre devido a presença de confrontos com o direito material.

Paulo Rangel afirma que:

São irregularidades as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram acolhidas com infringência das formalidades legais existentes. Quer se dizer, embora a lei processual admita um determinado tipo de prova, ela exige, para sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas.⁴⁸

Tal conceito mostra-se evidente ainda na CF, art. 5º, LVI, o qual estabelece que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.⁴⁹

A prova ilícita pode ainda ser denominada como ilegal, vedada ou proibida, em verdade, serão aquelas que, confrontam as liberdades públicas que irão compor o núcleo ético dos estados democráticos de direito, ou ainda que, direta ou indiretamente, violam os princípios da Constituição Federal.

Outra espécie que se destaca entre os tipos distintos de prova, será a prova ilícita por derivação, caracterizada as provas que, contudo lícitas, tornam-se viciadas por serem produtos de uma prova ilícita anterior ou de uma situação de ilegalidade. Por fim, as provas ilegítimas, sendo aquelas produzidas ou obtidas com afrontas a disposições legais, sem reflexo em nível constitucional, sendo vedadas a partir de critérios jurídicos processuais.

O uso de determinadas provas é explicitamente obstruído pela lei processual não necessariamente por estas serem ilícitas, mas por não se mostrarem suficientes para a comprovação de um fato ou ainda por agredirem a isonomia processual. Relacionando a prova emprestada, o descumprimento dos critérios constitucionais para admissão da mesma, se dá pela semelhança com o regime das provas ilícitas.

As provas produzidas que confrontarem os princípios do contraditório e do juiz natural, levam a ideia de uma ineficácia do ato ou inexistência jurídica, onde terão seu valor probatório reduzido ou ainda poderá acarretar sua nulidade absoluta.

Baseado em tais conceitos, a impossibilidade do uso da prova emprestada não poderá se unir aos autos do processo, se de forma inadequada for transferida, esta deverá ser desmembrada do mesmo, ou em caso de permanência, esta não poderá ser levada em consideração diante do julgamento, ou ainda, em caso de vir a ser utilizada pelo juiz, a decisão condenatória poderá ser comprometida, podendo

⁴⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 431.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição Federal**. Artigo 5º, LVI.

ocorrer sua nulidade absoluta, onde, através de uma revisão criminal, poderá ser desconstituída.

Devem ser levadas em consideração as situações onde a prova emprestada é classificada como indevida para sua admissão, sendo elas: casos onde as regras da prova são desrespeitadas diante de sua originalidade do processo inicial, ou ainda, nos casos onde as regras mostram-se desobedecidas diante do processo para o qual será destinada, e por fim, o desrespeito aos limites e requisitos para a junção dos documentos usados para compor a prova.

Portanto vê-se que, diante do processo, a prova ilícita não poderá ser aceita, não devendo ser produzida ou nos casos onde for, esta deverá ser desentranhada dos autos e inutilizadas por decisão do magistrado, como observado no art. 157, § 3º do CPP.

Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.⁵⁰

Nos casos onde a prova ilícita ainda permaneça incluída no processo, esta não poderá ser lida durante o julgamento. Com relação ao projeto do novo CPP, podemos destacar alguns pontos positivos, como a fixação do prazo para que a parte contrária possa se expressar e o estabelecimento de um contraditório prévio sobre a prova emprestada.

Também destacamos alguns pontos negativos, como por exemplo, a redução da garantia do contraditório à participação contra aquele no qual será utilizada a prova emprestada, e o empréstimo para o processo penal de prova originária em processo administrativo, assim sem a referida presença do juiz.

Encontramos na jurisprudência decisões que possibilitam uma valoração contida da prova que foi indevidamente emprestada, *in 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

⁵⁰ BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 157, § 3.

testemunhal emprestada, não foi ela a *única* a fundamentar a sentença de pronúncia.⁵¹

Fernando Pedroso em sua doutrina também relata sobre o mesmo entendimento citado acima, com relação a impossibilidade de utilização da prova emprestada:

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.⁵²

5.3 A Prova Emprestada na Visão Jurisprudencial do STJ

Na visão jurisprudencial do STJ, admite-se a utilização da prova emprestada no processo penal, desde que o direito do contraditório possa ser exercido sobre as duas partes envolvidas no caso. De acordo com o STF, os princípios constitucionais do processo não sofrem alteração nos casos onde a prova emprestada, vinda de um outro processo criminal, é transferida para este de forma lícita.

A importância do princípio do contraditório mostra-se ainda, junto com o princípio do juiz natural, como sendo o empecilho mais significativo tanto para a transferência da prova empresta no processo, como para determinar o valor que esta possui.

É determinado pelo Tribunal que as situações onde o contraditório não for devidamente apresentado, a prova emprestada não poderá ser transferida para o processo, como observado no art. 5º LV e LVI da constituição, onde, em tais condições se caracteriza como uma prova ilícita. Levando em consideração que são admitidas apenas provas emprestadas que se apresentem respeitando os princípios do contraditório.⁵³ Caso a prova venha a ser utilizada, violando tais princípios constitucionais, sua eficácia jurídica mostra-se nula diante do Processo Penal.

Vale destacar que, desde que nos processos onde haja contribuição da defesa técnica do cliente, as provas emprestadas poderão ser inclusas no processo

⁵¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, HC no 67.707, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, v.u., j. 07.11.1989, DJ 14.08.92.

⁵² PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal: Doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 148.

⁵³ BRASIL. **Constituição Federal**. Artigo 5º, LV e LVI.

penal pela jurisprudência, transferidas de um determinado processo inicial, para o atual processo em questão e desde que tais dados não sejam os únicos determinantes para esta decisão.

Quando ao poder de decisão, as jurisprudências dos tribunais superiores ressaltam que, o uso apenas da prova emprestada não terá valor suficiente para exercer o poder definitivo para condenação diante de um processo, devendo ser aliada e utilizada como auxiliar afim de que o julgador possa determinar suas conclusões diante do processo em questão.⁵⁴

O STJ afirma ainda que: “não há nulidade em se admitir prova emprestada da ação penal como indício de autoria para eventual sentença de pronuncia”. Podemos concluir assim, que a jurisprudência dos tribunais superiores aceita as provas emprestadas no processo penal, quando estas se mostram inclusas no princípio do contraditório ou ainda nos casos onde a mesma não seja submetida como única fonte de prova para a construção do convencimento do julgador.⁵⁵

⁵⁴ ARRUDA, Alvin. **Prova Emprestada**. vol. 202. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez. 2011. p. 405.

⁵⁵ **PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL E PENAL**. Vol. 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 92.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De modo geral, como dito em seu próprio nome, entende-se como prova, o conjunto de elementos expostos que terão por finalidade o ato de provar algo e expor os fatos ocorridos em questão, influenciando no poder de convencimento sobre um determinado fato, onde estes irão fazer parte do processo, para que partir daí o juiz possa analisar e tirar suas conclusões para finalização de um caso. O ato de provar a veracidade de um fato é indispensável para que o magistrado possa chegar à uma decisão final.

Em sua classificação, a prova pode ser dividida quanto ao seu sujeito, seu objeto e sua forma, onde cada uma apresentará sua particularidade. Havendo ainda os meios probatórios pelo qual a mesma poderá se apresentar e os objetos de prova, onde serão apresentados os fundamentos para ação e defesa.

Observamos ainda os elementos de prova no processo penal, o qual as provas podem se mostrar como testemunhais, documentais, periciais, entre outras. Seguindo sua forma de exposição, estas irão auxiliar no poder de convicção para o veredito do juiz perante os fatos ocorridos.

Dentro do conceito de prova empresta, observamos que esta será originada de um determinado processo e transferida para outro de forma documental, onde por sua vez irá gerar efeitos diante deste.

A prova emprestada é constantemente utilizada. Sendo transferida através de um empréstimo de outros processos, esta irá constituir o princípio da economia processual, auxiliando na resolução de casos de forma rápida, prática e mais econômica, visto que evitará custos desnecessários, já custeados anteriormente.

Deve ainda respeitar os princípios regidos por lei para seu devido uso, tais como o embasamento do princípio do contraditório, onde as partes em questão deverão ser envolvidas e o qual se faz necessário para que a prova passe a possuir o mesmo valor que os demais presentes no processo, ou ainda que seja destacado o mesmo fato probando e as mesmas partes em questão em ambos os processos.

Caso as provas utilizadas não estejam de acordo com os princípios e normas determinantes para seu devido uso, as mesmas não terão validade ou valor probatório significativo, sendo consideradas nulas ou sem valor diante do processo,

podendo haver suspensão de seu uso perante o magistrado, sendo incluídas apenas aquelas provas que estejam rigorosamente adequadas dentro dos padrões e princípios exigidos por lei para sua utilização legal.

Diante de tais considerações, podemos concluir que o uso racional e adequado para a utilização da prova emprestada pode auxiliar de forma significativa na resolução de um processo, onde todos os seus princípios e normas devem ser seguidos de forma criteriosa, exercendo as devidas funções, para sua transferência e uso diante da influência para a decisão de um caso.

Devemos ressaltar que seu uso não deve ser exagerado ou abusivo, mas sim empregados de forma adequada para que seus benefícios sejam colhidos de forma que venha facilitar o decorrimento, repetição desnecessária de atos e custos pertinentes e agilidade na decisão final tomada pelo juiz para concluir o fechamento de um processo e sua posterior sentença final.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARRUDA, Alvin. **Prova Emprestada**. vol. 202. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez. 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivaly. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Código Processo Penal**. Artigo 155, parágrafo único.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Campinas: BOOKSELLER, 2008.

Constituição Federal. Artigo 5°.

DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Medicina Legal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Comentários sobre a admissibilidade da prova emprestada em sede de Processo Penal**. Disponível em: http://www.fg.com.br/public_html/article.php?story=20070611444847177&mode=print. Acesso em: 28/06/2016, as 21:13.

GRIVONER, Ada Pellegrine. **Prova Emprestada**. Vol. 1. N. 4. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, out. / dez. 1993.

Lei nº 11.689/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/l11689.htm. Acesso em: 07/09/2016, as 22:30.

Lei nº 11.767/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11767.htm. Acesso em: 02/08/2016, as 13:35.

Lei nº 8.906/1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acesso em: 15/10/2016, as 23:30.

Lei nº 11.343/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 14/10/2016, as 9:10.

Lei nº 12.030/09. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12030.htm. Acesso em: 20/09/2016, as 13:20.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal.** 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual.** Campinas: Millenium, 2009.

NOBERTO, Avena. **Processo Penal: esquematizado.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Processual Penal e Execução Penal.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal: Doutrina e jurisprudência.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Pende.** Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

Supremo Tribunal Federal, HC no 67.707, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, *v.u.*, j. 07.11.1989, DJ 14.08.92.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TALAMIRI, Eduardo. **Prova Emprestada no Processo Civil e Penal**. Vol. 35. N. 140. Brasília: Revista de Informação Legislativa, out./dez. 1998.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.