

ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Setembro/Dezembro
V. 23 - n. 3 - Ano 2021

Rio de Janeiro

Repensando a Prova Emprestada no Processo Penal – Da Admissão à Valoração

Antonio Carlos Pontes

Curso Faculdade de Direito na UNESA e Letras na UNIRIO. Atualmente é professor de Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Autor de livros e artigos jurídicos.

SUMÁRIO: 1. Conceito e natureza jurídica da prova emprestada 2. Requisitos de admissibilidade 2.1. Prova produzida em processo formado pelas mesmas partes 2.2. Prova produzida sob contraditório 2.2.1 Conclusão acerca da admissibilidade da prova emprestada perante as mesmas partes e produzidas sob contraditório 2.3. Prova produzida perante o mesmo juiz natural 2.4. O fato probando deve ser o mesmo em ambos os processos 3. O valor da prova emprestada 4. Cadeia de custódia da prova emprestada 5. A prova emprestada no projeto do novo CPP 6. Conclusão 7. Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Prova emprestada. Requisitos. Admissão e Valoração. Contraditório.

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA PROVA EMPRESTADA

O conceito de prova emprestada não é novidade em nosso ordenamento nem comporta grandes dificuldades de compreensão. É aquela prova produzida em um processo ou procedimento anterior e depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto.

Desse conceito, extrai-se a sua natureza jurídica de prova documental, não pelo seu valor ou por seu meio de produção originário, mas sim pela forma como foi trasladada para o segundo processo que se pretende utilizar por empréstimo.

Frise-se, e isso será abordado com mais detalhes adiante, que o seu valor probatório corresponde à sua forma genética, tal como produzido no primeiro processo ou procedimento. A sua natureza documental, repita-se, leva em consideração apenas a forma de transporte da prova de um processo para o outro e nada mais.

A admissão da prova emprestada encontra respaldo no princípio da economia processual, que, ao fim e ao cabo, nada mais é do que um corolário do princípio constitucional da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da CRFB/88¹, garantindo celeridade à prestação jurisdicional.

Contudo a grande dificuldade que se impõe na utilização da prova emprestada é que não há qualquer dispositivo normativo que a regulamente no âmbito do processo penal², seja estipulando seus requisitos, seja dispondo sobre suas consequências e sua admissibilidade, o que acaba por ficar a cargo da doutrina e jurisprudência³. Ocorre que sempre que se está diante de uma situação como essa, invariavelmente reina a divergência de entendimentos⁴.

1 Em igual sentido, caminha a jurisprudência do STJ: “A admissão da prova emprestada decorre da aplicação dos princípios da economia processual e da unidade da jurisdição, almejando máxima efetividade do direito material com mínimo emprego de atividades processuais, aproveitando-se as provas colhidas perante outro Juízo. Pode-se dizer, ainda, que a admissibilidade da prova emprestada hodiernamente também encontra amparo na garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), inserida como direito fundamental pela Emenda Constitucional n. 45 (Reforma do Judiciário), porquanto se trata de medida que visa a dar maior celeridade à prestação jurisdicional”. (EDcl no AgRg no REsp 1343856/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016).

2 Mesmo o Código de Processo Civil de 2015 contém apenas um artigo sobre o tema e se limita a determinar a observância do contraditório: “Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Não há qualquer óbice à aplicação analógica na seara processual penal (art. 3º do CPP). O problema, todavia, persiste, porquanto o artigo não diz muito, ou quase nada.

3 Diferentemente do *Codice de Procedura Penale* italiano, que regulamenta a prova emprestada em seu artigo 238.

4 Há quem, de forma extrema, vede por completo a possibilidade de prova emprestada no processo penal, por entender que a violação ao juiz natural e ao contraditório é insuperável. Nesse sentido, e de forma minoritária na doutrina: “Por fim, tem-se o princípio do juiz natural, a impedir, por exemplo, o aproveitamento de qualquer ato processual instrutório que tenha sido presidido ou determinado por outro juiz

2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

O ponto nevrálgico deste trabalho cinge-se à abordagem dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada. Isso porque uma das juristas pioneiras a analisar o tema no direito pátrio, professora Ada Pellegrini Grinover, traz uma quantidade de requisitos tão abundante, que praticamente impede o seu uso no processo penal. Com isso, doutrinadores mais modernos e ainda a jurisprudência dos Tribunais Superiores vêm abrاندando o número de exigências e tornando viável a utilização, na prática, da prova emprestada.

Nada obstante a reformulação desses requisitos, fato é que ainda não se tem uma doutrina consolidada e concatenada no estabelecimento de quantos e quais são eles, pelo que este estudo analisa os principais tópicos dessas vicissitudes.

Em primeiro plano, elenca-se os requisitos estipulados pela professora Ada Pellegrini Grinover para garantir a sua lícita admissibilidade no processo⁵. São eles: 1) a prova deve ter sido produzida em processo originário formado pelas mesmas partes do segundo; 2) a prova deve ter sido produzida licitamente em ambos os processos e respeitando todos os princípios constitucionais a ela inerente, mormente o contraditório; e 3) a prova deve ter sido produzida perante o mesmo juiz natural dos processos. Acresça-se, ainda, outro requisito comumente encontrado na doutrina, qual seja, 4) que o fato probando seja o mesmo em ambos os processos⁶.

Passamos à análise de cada um deles individualmente.

2.1 Prova produzida em processo formado pelas mesmas partes

Talvez seja esse o requisito de maior divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema em apreço. Isso porque, há

que não o juiz competente para o processo. De igual modo, e pelas mesmas razões, não pode ser admitida, em processo penal, a chamada prova emprestada, mesmo que tenha sido produzida num outro processo, com as mesmas partes, e com as garantias do contraditório e ampla defesa." (DÜCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 405)

5 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Prova emprestada. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 62.

6 Por todos, RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 404.

corrente doutrinária que exige, de forma bastante restrita, que a prova emprestada somente pode ser admitida se produzida em processo em que figuram nos seus polos, quer ativo, quer passivo, exatamente as mesmas partes principais.

Vaticina a professora Ada Grinover que: “o primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes”⁷. Ainda nesses mesmos termos, o Des. Guilherme Nucci ensina que: “é preciso respeitar o contraditório e a ampla defesa, somente se podendo admitir a introdução legítima da prova emprestada se as partes participaram da sua formação em feito diverso”⁸.

Esse entendimento, com a devida vênia, praticamente inviabiliza a produção da prova emprestada, devendo ser ponderado sem, contudo, perder o foco do direito ao contraditório das partes.

Assim é que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88) exigem que as provas sejam produzidas imediatamente perante aqueles que serão atingidos por seus efeitos. Dessa forma, ainda que não haja identidade plena entre as partes dos processos originário e secundário, é preciso que, ao menos, a parte que será afetada tenha figurado em algum dos polos de ambas as ações.

Em defesa desse entendimento, o professor Gustavo Badaró leciona ser “necessário que em ambos os processos o contraditório tenha se desenvolvido entre as mesmas partes ou, pelo menos, que no processo originário tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova emprestada”⁹. Seguindo mesma diretriz: “a maioria da doutrina admite a possibilidade de utilização da prova emprestada desde que aquele contra quem ela será utilizada tenha participado do processo onde tenha sido obtida”¹⁰.

7 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 62.

8 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 33.

9 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 442.

10 DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 614.

Exemplificamos: em uma ação de guarda de uma criança que tramitou na vara de família, foi produzida prova pela genitora no intuito de provar que o genitor do menor a abandonou, deixando de cuidar dela e de alimentá-la. Por sua vez, na ação penal pública, movida posteriormente pelo Ministério Público contra esse pai, pelo crime de abandono material (art. 244 do Código Penal), será possível utilizar a prova produzida contra ele no processo civil.

Veja que não há uma identidade total de partes, uma vez que na ação familiar figuram como autor e réu a mãe e o pai da criança, enquanto que no processo criminal serão partes o Ministério Público e o pai. Todavia aquele que suportará os efeitos da prova, no caso o genitor/réu, figurou em ambos os processos e pôde contraditá-las oportunamente.

No exemplo supracitado, a parte que será alcançada pela prova em nenhum momento teve seu contraditório violado, uma vez que participou da produção probatória – e a contraditou – tanto no processo de origem quanto naquele que a receberá de forma emprestada.

No direito alienígena também se vislumbra a solução supra-explicitada. Eis as palavras de Kai Ambos analisando a situação, sob a perspectiva do direito germânico: “para nós, nenhuma dificuldade haverá, em se tratando do mesmo acusado nos dois processos, tendo sido aquela prova obtida mediante o crivo do contraditório, podendo, assim, ser utilizada a interceptação como prova emprestada”¹¹.

Durante anos, esse foi o entendimento consolidado do nosso Superior Tribunal de Justiça em relação à prova emprestada, tanto no processo penal como também em processos extrapenais¹². Trata-se do melhor entendimento que não inviabiliza por

11 AMBOS, Kai. e LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 177.

12 “(...) 9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório.

No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto

completo a utilização da prova emprestada, mas não vulnera em nenhum momento o contraditório e a ampla defesa da parte afetada pela prova.

Ocorre que houve uma guinada jurisprudencial, e atualmente o mesmo STJ vem admitindo reiteradamente a prova emprestada, mesmo que no processo de origem não tenha figurado como parte nenhuma das partes do processo secundário para o qual será trasladada a prova¹³.

O caso concreto, de forma adaptada para servir como exemplo didático: Henrique figurou como réu no processo 01 e, durante a instrução, foi interceptada a sua comunicação telefônica. Por meio dessa interceptação, captou-se conversa em que Henrique dialoga com Carlos acerca do crime investigado. Nesse processo 01, Henrique é condenado. Posteriormente, o Ministério Público denuncia Carlos no processo 02 e junta, como prova emprestada, a degravação da conversa oriunda da interceptação realizada no processo 01. Ou seja, Carlos não figurou como parte no processo 01 e será afetado pela prova produzida naquele processo. Como se tratou de uma hipótese de encontro fortuito de provas (serendipidade), o STJ entende que a prova emprestada poderá ser utilizada no processo 02, ainda que o réu desse processo não tenha participado do processo 01.

Assim sendo, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça vem atropelando toda a doutrina especializada no assunto, para remover dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada a necessidade de que a pessoa atingida pela prova do segundo processo deva ter participado no contraditório do primeiro processo.

é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo". (EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014).

13 ("...") 6. Não prosperam as alegações de que é nula a interceptação telefônica realizada no inquérito policial originário, autorizada pela Justiça Federal, e de que se cuida da utilização de prova emprestada não relacionada às mesmas partes, pois se trata do fenômeno do encontro fortuito de provas, que consiste na descoberta imprevista de delitos que não são objeto da investigação, admitida pela jurisprudência deste Superior Tribunal. 7. Recurso em *habeas corpus* improvido". (RHC 50.011/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014). No mesmo sentido, na 5ª Turma: HC 477.012/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019.

O que se passa a analisar, nada obstante, é se essa posição do Superior Tribunal de Justiça é, de fato, violadora do princípio do contraditório. E, com isso, interliga-se o primeiro requisito com o segundo, para, após, concluirmos.

2.2. Prova produzida sob contraditório

A garantia do contraditório é fundamental porque a busca pela verdade encontra limites no processo, o que impede que ela seja alcançada de forma plena e absoluta. Nessa toada, para que se verifique a probabilidade lógica dos enunciados fáticos trazidos ao processo, é preciso submetê-los à possibilidade efetiva de contraposição ou contraprova da outra parte.

De um lado, milita a favor da defesa a institucionalização do poder de refutação da acusação¹⁴, e de outro, o próprio órgão persecutório deve contribuir com seus argumentos para formação da convicção do juiz (verificabilidade da hipótese acusatória).

De conformidade com o contraditório, para que uma hipótese seja considerada verdadeira, ela deve ser confrontada com argumentos e/ou provas contrários, resistindo e garantindo a lógica dos dados virtualmente disponíveis no processo.

Friso que o direito positivo cada vez mais realça o papel do contraditório no processo, que antes era visto apenas sob o binômio informação/reação, e agora é entendido pelo trinômio informação/reação/influência. A esse respeito, menciono o art. 10 do CPC/15, que instalou verdadeiro *contraditório participativo*, senão vejamos: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Por se tratar de norma materialmente constitucional, principiológica que é, não há óbices à sua aplicabilidade ao processo penal, ou, pelo menos, pelo uso da analogia, como autoriza o artigo 3º do CPP.

14 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

Contudo é preciso estabelecer uma crucial distinção entre a prova constituída (ou pré-constituída) e a prova constituenda, cujo momento da produção, e conseqüentemente, da observância do contraditório é distinto, o que afeta integralmente o objeto deste estudo¹⁵.

A *prova pré-constituída* é aquela produzida antes de ser trazida ao processo (extraprocessual), como, por exemplo, uma perícia ou um documento. Veja que, nessas hipóteses, as provas não são concebidas dentro do processo, mas sim fora dele, e apenas posteriormente à sua confecção é que são juntadas aos autos. Com isso, nota-se que o contraditório nas provas pré-constituídas se dá no momento da valoração, *a posteriori*, e não por ocasião da sua produção. Por isso, chama-se “contraditório fraco”, já que não são produzidas em contraditório, mas sim submetidas ao contraditório em fase vindoura.

Fortalecendo essa ideia, Vitor de Paula Ramos afirma, em relação ao contraditório da prova documental, que: “é em geral limitado ao próprio documento e o seu conteúdo, possibilitada a contraprova”¹⁶. Tal limitação acontece justamente porque à outra parte cabe apenas a manifestação acerca de um documento já produzido e juntado aos autos.

Diametralmente oposta é a *prova constituenda*, que é aquela produzida dentro do processo, como, por exemplo, uma prova testemunhal ou o interrogatório do réu. Nessas hipóteses, a prova é engendrada em contraditório direto e imediato perante o julgador e as partes, por isso é alcunhado de “contraditório forte”¹⁷.

Essa distinção é crucial em suas conseqüências¹⁸. Isso porque, no caso das provas pré-constituídas, não há participação dialógica ou combativa na sua produção. A prova é produzida extraprocessualmente, e a parte apenas a analisa posteriormente

15 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 437.

16 RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 40.

17 UBERTIS, Giulio. *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, In UBERTIS, Giulio. *Argumenti di procedura penale II*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 17.

18 Como bem ponderou o professor Gustavo Badaró: “A diferença de regime de produção leva também a uma diversidade do próprio regime de admissão de tais provas” (BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 198).

e se lhe garante o direito de rebatê-la. Nessas hipóteses, não há qualquer óbice em que se utilize uma prova emprestada em um processo secundário, oriunda de um processo originário que o réu não figurou como parte¹⁹.

Não há barreira legal, muito menos epistemológica, em se permitir que o contraditório *a posteriori*, que em nada interferirá na produção da prova, apenas na valoração, seja feito diretamente no processo secundário pelas partes desse processo. Até porque a valoração da prova em relação a Carlos (usando o exemplo do item anterior) somente será feita pelo julgador, por óbvio, do processo em que Carlos for réu.

Diferente é a hipótese da prova constituenda. Essa conta com o contraditório das partes já no momento da sua produção, de forma que admitir a prova emprestada sem oportunizar que a parte do processo secundário tenha se manifestado oportuna e imediatamente na produção da prova no processo primário é aceitar uma prova produzida com violação flagrante da garantia constitucional do contraditório.

2.2.1 Conclusão acerca da admissibilidade da prova emprestada perante as mesmas partes e produzidas sob contraditório

Com isso, conclui-se que a prova emprestada deve ter como requisito a obrigatoriedade de que a parte do processo secundário, que será afetada pela prova emprestada, tenha também figurado como parte no processo primitivo, desde que se trate de uma prova constituenda, produzida sob o “contraditório forte”. De outra banda, sendo um caso de prova pré-constituída, não há necessidade da identidade de partes nos processos, já que o “contraditório fraco” é naturalmente realizado posteriormente e poderá ser exercido no processo secundário²⁰. No mesmo

19 Entendimento diverso, sem distinguir o momento do contraditório da prova e inadmitindo todas aquelas que não forem produzidas em contraditório já no primeiro processo, professa Tourinho Filho que: “a prova emprestada não submetida ao contraditório no processo para o qual foi trasladada não tem nenhuma valia, não podendo formar validamente a convicção do julgador”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237).

20 De maneira similar, Aury Lopes Jr. assevera que: “como regra, não há problema em utilizar documentos juntados em um processo para fazer prova em outro, até porque não há qualquer prejuízo para a acusação ou defesa (em havendo, o tratamento deve ser diverso)”. E continua, por outro lado: “Quanto à prova tes-

sentido, Nucci conclui que: “solução diversa iria ferir o devido processo legal”²¹.

Admite-se, de forma excepcional, que a prova constituída possa ser emprestada sem que tenha havido o contraditório, quando se tratar de forma irrepitível, ou seja, aquela que por algum motivo superveniente e imprevisível se perdeu com o tempo²². Exemplo: testemunho de uma pessoa que, apesar de saudável no momento do seu depoimento no primeiro processo, vem a falecer antes da sua oitiva no segundo processo. Trata-se, inclusive, de exceção à necessidade de a prova ser colhida em contraditório judicial, nos termos do artigo 155 do CPP²³.

Por fim, voltando à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o caso trazido ao debate versava sobre uma prova pré-constituída (degravação de uma interceptação telefônica), razão pela qual não se vislumbra nenhuma violação de princípios constitucionais em seu teor.

2.3 Prova produzida perante o mesmo juiz natural

O terceiro requisito elencado pela doutrina mais rigorosa é a obrigatoriedade de a prova emprestada ter sido produzida perante o mesmo juiz natural do processo primário. Defende-se que o juiz do primeiro processo deve ser o mesmo julgador que irá valorar a prova emprestada do segundo processo, uma vez que o princípio da imediação da prova torna indispensável que o juiz da causa tenha contato direto com as provas para poder valorá-las devidamente²⁴.

temunhal ou técnica tomada emprestada de processo diverso, a limitação é insuperável” (LOPES Jr. Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 616).

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 338.

22 Comungamos do mesmo entendimento de BADARÓ. Gustavo. *Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim 106, 2014. p. 177.

23 “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”.

24 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Prova emprestada. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 63.

Ocorre que há muito essa exigência já não se sustenta no ordenamento pátrio. Isso porque, como explicitado no tópico anterior, haverá submissão da prova emprestada ao princípio do contraditório no segundo processo, para o qual ela foi transferida. Assim sendo, o juiz natural do segundo processo terá o contato imediato com a prova, bem como com a refutação oferecida pela parte por ela afetada.

A imediação da prova: “consiste na contemporânea e contínua interação comunicacional entre juiz, partes e provas (pessoais), a fim de que o julgador possa conhecer pessoal e diretamente as alegações das partes e o acervo probatório(...)”²⁵. A contemporaneidade, com efeito, deve ser verificada quando do ingresso da prova no processo, sendo certo que o juiz natural do segundo processo terá contato direto e imediato com a prova emprestada tão logo ela seja trasladada, bem como terá acesso ao contraditório imediatamente às manifestações das partes.

É de se dizer, juiz natural não significa identidade física do juiz, razão pela qual basta que a prova seja produzida perante o juiz natural do processo no qual ela foi extraída por empréstimo.

Avançando no tema, hodiernamente, é comum que se aceite a prova emprestada que sequer foi produzida perante um processo judicial, mas tão somente em um procedimento administrativo.

É o caso de elementos de informação produzidos em uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, nos termos do artigo 58, § 3º, da CRFB/88, que ao investigar um fato determinado, política e socialmente relevante, pode, posteriormente, emprestá-los a um processo criminal sem que haja qualquer óbice de índole legal e epistemológica para sua admissibilidade²⁶. Salienta-se que, igualmente nessa hipótese, é preciso fazer a diferença entre prova pré-constituída e constituenda, somente a primeira sendo admitida.

25 GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 244.

26 BADARÓ, Gustavo. *Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim 106, 2014. p. 177.

Frise-se, nesse particular, que as comissões parlamentares de inquérito nada mais são do que investigações preliminares que dão suporte – justa causa – ao autor da ação penal, com as peculiaridades constitucionais previstas no artigo 58, § 3º, da CRFB/88. Dessa forma, não se vislumbra óbice para aceitação da prova emprestada de outras investigações preliminares, incluindo, o inquérito policial.

Com a mesma ordem de ideias, o professor Paulo Queiroz leciona que: “Também as “provas” produzidas no inquérito policial, especialmente as cautelares, antecipadas e irrepetíveis (CPP, art. 155) são passíveis de utilização nos autos de outro inquérito ou de processo, a exemplo de perícias, documentos etc”²⁷. Isso se dá porque as provas irrepetíveis e cautelares têm expressa autorização legal para serem produzidas com contraditório diferido, nos termos do artigo 155 do CPP²⁸, tese que, inclusive, conta com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal²⁹.

E o inverso também é vislumbrável, ou seja, é possível que haja uma prova colhida em um processo judicial e emprestada para um procedimento administrativo, como um procedimento administrativo disciplinar – PAD, por exemplo. Esse exemplo, de tão pacífico na jurisprudência dos Tribunais, acabou por se tornar o verbete nº 591 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”.

O alvo das discussões que envolvia a edição dessa súmula era o meio de obtenção da prova da interceptação telefônica. Nos termos do artigo 5º, XII, da CRFB e do artigo 1º da Lei 9.296/96, a interceptação telefônica somente pode ser admitida mediante

27 QUEIROZ, Paulo. *Prova emprestada*. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/prova-emprestada/>. Acesso em 11 de julho de 2021.

28 No mesmo sentido, aceitando que a prova irrepetível colhida durante o inquérito policial possa ser usada como prova emprestada: LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Volume único. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 608. Igualmente: TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 864.

29 RHC 122806, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014.

autorização judicial “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Assim sendo, resta notório que, em um procedimento administrativo disciplinar, não se pode haver a interceptação telefônica. Ocorre que, muitas vezes, o réu de uma ação penal tem sua comunicação telefônica interceptada, licitamente, diga-se, e posteriormente a gravação dessa conversa é trasladada de forma emprestada para um eventual procedimento administrativo disciplinar de que ele seja parte. Alguns doutrinadores afirmavam que essa prova emprestada era ilícita, por se tratar de uma burla ao comando constitucional e legal, que proíbe a prova emprestada em casos que não sejam para ações ou investigações penais. Dentre seus expoentes, Geraldo Prado afirma que tal conduta “fere a metódica constitucional”³⁰, já que a interceptação, para essa doutrina, é um estado excepcional no tempo em que sua liberdade resta atingida.

Venceu, todavia, na jurisprudência³¹, a tese da possibilidade de uso da prova emprestada nos PADs, uma vez que a limitação constitucional é apenas para a sua quebra. Uma vez interceptada licitamente a comunicação telefônica, e devassada a intimidade da pessoa, essa prova poderia ser transportada de forma emprestada para um procedimento administrativo.

30 PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 24. Trilhando o mesmo caminho, Greco Filho afirma que “os parâmetros constitucionais são limitativos” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 474).

31 O Supremo Tribunal Federal trilha o mesmo caminho da Súmula 591 do STJ, senão vejamos: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA DO PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE COMPROVADA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RMS 34786 ED-Agr, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/06/2018). No mesmo sentido, julgado do Tribunal Pleno do STF: “PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (Inq 2424 QO, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007).

Conclui-se, portanto, que a prova emprestada poderá ser utilizada no segundo processo se for colhida perante o juiz natural do processo primitivo e apresentada ao juiz natural do segundo, não havendo necessidade de que seja o mesmo juiz (não há identidade física do juiz). Além disso, é possível que haja o uso de elementos de convicção colhidos em procedimentos administrativos, como a Comissão Parlamentar de Inquérito, como prova emprestada em processos judiciais, e a recíproca é verdadeira, podendo uma prova colhida perante o contraditório judicial servir de prova emprestada em um procedimento administrativo.

2.4 O fato probando deve ser o mesmo em ambos os processos

Por fim, o requisito derradeiro de admissibilidade da prova emprestada é que ela seja transportada com a finalidade de demonstrar no segundo processo o mesmo objeto da prova do processo originário. Nas palavras de Paulo Rangel: “o fato objeto de prova deve ser idêntico tanto no processo onde a prova foi produzida quanto no processo para o qual será transferida”³².

Esse requisito é importante para que não use uma prova *en passant* do primeiro processo para ser emprestada como prova crucial do segundo processo. Muitas vezes alguns dados são trazidos a alguns processos, mas sem maiores graus de relevância, e por isso não há contraditório ou ampla defesa sobre eles, porquanto não se dá maior valor àquela prova. Não pode, pois, esse dado coadjuvante, secundário, ser transportado para o segundo processo com o objetivo de comprovar algo³³.

Assim sendo, o objeto da prova (*thema probandum*) deve ser o mesmo em ambos os processos, para que se dê o enfrentamento – contraditório – adequado e eficiente em ambos os processos.

32 Por todos, RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 404.

33 Faz-se um adendo para salientar que não se nega que a decisão do juiz “não verte somente sobre os assim chamados fatos principais (ou seja, fatos qualificados juridicamente), mas também sobre os fatos secundários (ou simples)” (TARUFFO, Michele *Uma simples verdade. O juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 227). Todavia o tema se restringe ao uso da prova emprestada que apenas mencionou um fato de somenos importância em um processo e será levada para um segundo processo para servir de prova cabal. Essa última hipótese que não pode ser aceita.

Por exemplo: em um processo de guarda de menor entre os genitores, a mãe alega que o filho deve ficar com ela porque o pai é usuário de drogas. Não pode essa prova ser emprestada para o processo penal, uma vez que o *thema probandum* de uma é a relação com o filho de educação, sustento, alimentação, etc., e na outra, um fato ilícito específico, limitado pela data, local e *modus operandi*. Assim, o fato probando dos processos não é o mesmo, ainda que tangencie uma alegação central comum.

Aqui cabe um último comentário. Alguns doutrinadores defendem que o âmbito de cognição dos processos deve ser o mesmo, razão pela qual não aceitam uma prova emprestada vinda de um processo cautelar para um processo de conhecimento, já que naquele a cognição é rarefeita, enquanto neste a cognição é exauriente³⁴.

Com a devida vênia, pensamos o contrário. O âmbito de cognição do processo em nada afeta a produção da prova e seu contraditório, desde que, por óbvio, a prova não tenha sido produzida *inaudita altera parte*. O que se restringe nesse momento é o grau de confirmação de um enunciado fático trazido ao processo, já que, no processo cautelar, basta que se apresentem indícios para se conseguir o pleito liminar, enquanto, no processo de conhecimento (ação penal principal), exige-se um *standard* de prova deveras elevado, conhecido como o “além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*).

Imagine que em um pedido cautelar incidente de sequestro de um proveito do crime (art. 125 do CPP), uma testemunha confirma que uma pessoa foi até sua loja para vender uma suposta bolsa antiga de família, que, em verdade, foi produto de roubo. Nada impede que essa prova seja utilizada na ação penal principal pelo Ministério Público. O mesmo se diga se estivermos diante de um processo cautelar no âmbito do processo civil.

Dessarte, o âmbito de cognição não afeta a admissibilidade da sua prova, mas sim a força probante que ela precisa ter para obter uma decisão em favor daquele que a produziu, sendo o mo-

34 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 441.

mento da valoração o mais condizente para resolver essa discrepância de conhecimento entre os primeiro e segundo processos.

3. O VALOR DA PROVA EMPRESTADA

Outra questão divergente que precisa ser discutida é o valor que a prova emprestada terá no segundo processo.

Como dito em tópicos acima, a natureza jurídica da prova emprestada conserva a sua natureza originária. Nesses termos, *v.g.*, se a prova emprestada é o depoimento de uma testemunha, sua natureza será igualmente de prova testemunhal. O mesmo se diga se for um documento, um objeto, um interrogatório, uma perícia, etc. O fato de ser transportada via documental em nada altera a sua natureza e seu valor, cabendo ao julgado, no caso concreto, motivar a sua convicção diante da prova produzida no segundo processo.

Com razão Guilherme Madeira Dezem, ao lecionar que: “não há sentido em restringir a validade desta prova. Vale dizer: se a prova testemunhal foi produzida em juízo e houve contraditório, qual é o sentido de se restringir sua eficácia?”³⁵.

Seguindo essa toada, se uma prova testemunhal ou pericial ou documental pode servir de prova plena e unicamente embasar uma condenação no primeiro processo, não vemos sentido em restringir sua valoração no segundo processo. A natureza jurídica, repita-se, é a mesma, de forma que se pode ser prova plena no primeiro processo, pode também ser prova plena no segundo. Por outro lado, se a prova precisa de corroboração, como é o caso da confissão, como quer o artigo 197 do CPP³⁶, então ela será igualmente apenas semiplena em um segundo processo para o qual for trasladada³⁷.

Em que pese o acima explicitado, o Superior Tribunal de Justiça, de maneira inexplicável, consolidou sua jurisprudência

35 DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 616.

36 “Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e, para a sua apreciação, o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

37 TAVARES, Juarez. CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 93.

no sentido de que a prova emprestada, em que pese válida, não pode ser prova única a embasar uma sentença condenatória³⁸. Por todo o exposto, respeitosamente discordamos.

Derradeira questão, quanto à valoração da prova emprestada, diz respeito à validade da prova se o primeiro processo, onde ela foi originalmente produzida, vier a ser anulado posteriormente. Aqui a solução vai depender de quando e do porquê da anulação. Se a anulação do primeiro processo se deu, por exemplo, por incompetência do juízo, a prova emprestada igualmente deverá ser anulada, uma vez que o requisito do juiz natural do processo originário não foi preenchido. Se, de outra banda, a anulação se deu por questões que passam ao largo da produção probatória (e.g. ausência de alegações finais), então a prova foi lícitamente produzida e deve sustentar sua validade no segundo processo para o qual foi transferida.

4. CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA EMPRESTADA

Em palavras breves, por não ser o foco deste estudo, a prova serve, fundamentalmente (mas não unicamente), para a busca da verdade. Ocorre que só se pode investigar a verdade dos enunciados fáticos lançados no processo se as provas nele apresentadas forem as mesmas colhidas em momento anterior. Trata-se de um *controle de entrada* da prova³⁹ nos autos, com nítido viés epistêmico, que evita distorções entre a prova colhida e aquela entregue à análise processual.

Assim, o esquema de ingresso do elemento probatório no procedimento deve ser resguardado, para se garantir a *fiabilidade probatória*. É preciso, pois, que se assegure a preservação das

38 “Esta Corte superior entende não haver nulidade na admissão de prova emprestada de processo cindido em razão da evasão do acusado que antes figurava como coautor, mormente quando colhida originariamente sob o crivo do contraditório e quando a prova alienígena não for o único elemento probatório produzido nos autos, assumindo caráter meramente complementar, conforme ocorreu no presente caso. Precedentes”. (AgRg no HC 447.336/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 13/06/2019). No mesmo sentido, a 5ª Turma: “Não há nulidade em se admitir prova emprestada da ação penal como indício de autoria para eventual sentença de pronúncia, sobretudo na espécie, onde foi colhida originariamente, sob o crivo do contraditório, em processo cindido no qual o Paciente figurava como acusado”. (HC 155.202/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011).

39 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 88.

fontes da prova, como verdadeira condição de validade para sua avaliação dentro do processo⁴⁰.

É o que a doutrina chama de *mesmidade*⁴¹ da prova (*ley de la mismidad*⁴²), em que há um sistema fundamentado no princípio universal da autenticidade da evidência, que determina que o *mesmo* que se encontrou na cena do crime é o *mesmo* que se estará utilizando para tomar uma decisão judicial, com base na noção de integridade da prova.

Nota-se que a fiabilidade probatória demanda uma avaliação de legalidade anterior à valoração da prova. É certo, pois, que somente pode ser valorada uma prova admitida licitamente no processo, de forma que o controle e fiscalização da cadeia de custódia é uma *prova sobre prova*⁴³, em que se antecede a valoração do elemento probatório para determinar, primeiramente, a sua legalidade e fiabilidade – ou seja, determinar se da coleta até o descarte da prova não houve qualquer manipulação indesejada. Somente feito *ex ante* esse controle de entrada acerca da prova, é que se pode passar para a sua valoração nos termos do livre convencimento motivado.

Estabelecida essa premissa, fica claro que para que a prova emprestada possa ser admitida e valorada no segundo processo, ela precisa ser trasladada em sua integralidade, resguardando assim a cadeia de custódia da prova produzida no processo originário, sem que se tenha perdido parcialmente o seu conteúdo. Somente com o transporte inteiriço da prova é que se garante a sua mesmidade na análise pelo juiz natural do processo secundário.

Compartilha-se, portanto, o entendimento do professor Gustavo Badaró ao exemplificar que: “no caso de transporte de uma prova pericial, não se pode levar apenas o laudo inicial,

40 LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 409-410.

41 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no proceso penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 87.

42 BAUTISTA, Juan Carlos Urazán. *La cadena de custodia en el nuevo código de procedimiento penal*. Artigo publicado no periódico Faceta Jurídica, Editorial Leyer, Bogotá, Enero de 2005, disponível em <https://fundacionluxmundi.com/custodia.php>, acesso em 25/05/2021.

43 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no proceso penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 90.

deixando de transportar a resposta aos quesitos complementares ou os esclarecimentos orais dos peritos⁴⁴. Ou ainda, dando um exemplo bastante corriqueiro nas sessões do Superior Tribunal de Justiça: uma vez feita a transcrição das conversas oriundas de uma interceptação telefônica, deve-se dar acesso integral do documento à defesa, sob pena de violação da cadeia de custódia. Logo, se houver transporte dessa gravação para um processo secundário, esse traslado deve se dar de forma integral⁴⁵.

5. A PROVA EMPRESTADA NO PROJETO DO NOVO CPP

Em que pese o clamor da sociedade jurídica pela disciplina da prova emprestada, via lei, no âmbito do processo penal, fato é que, até o momento, as notícias não são animadoras. Isso se dá em razão de o Projeto de Novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8.045/2010), em trâmite no Congresso Nacional, prever a prova emprestada em apenas um artigo, assim redigido, *in verbis*:

Art. 199. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada.

44 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 445.

45 Nesse sentido: "RECURSO ESPECIAL. ART. 305 DO CPM. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. FALTA DE ACESSO À INTEGRALIDADE DAS CONVERSAS. EVIDENCIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A EXISTÊNCIA DE ÁUDIOS DESCONTINUADOS, SEM ORDENAÇÃO, SEQUENCIAL LÓGICA E COM OMISSÃO DE TRECHOS DA DEGRAVAÇÃO. FILTRAGEM ESTABELECIDADA SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR. NULIDADE RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. RECURSOS PROVIDOS. DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019). 2. É dever do Estado a disponibilização da integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades de persecução de partes dos áudios interceptados. 3. A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizada apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa. 4. Reconhecida a nulidade, inegável a superveniência da prescrição, com fundamento no art. 61 do CPP. 5. Recursos especiais providos para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício". (REsp 1795341/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019).

§1º Deferido o requerimento, o juiz requisitará o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada à autoridade responsável pelo processo em que foi produzida.

§2º Na hipótese de a parte contra quem se produz a prova emprestada não ter participado da colheita original, os elementos de cognição serão admitidos como documento, e ela será intimada a manifestar-se no prazo de três dias, podendo produzir prova complementar.

É fato que o artigo coloca uma pá de cal em algumas discussões, como a possibilidade de prova emprestada oriunda de procedimento administrativo, bem como a necessidade de a parte contra quem a prova emprestada for usada ter que participar, via de regra, da colheita originária, e, de forma excepcional, aplicar-se-á o §2º.

Todavia, por todo o exposto neste estudo, nota-se que há clara insuficiência legislativa na abordagem do assunto, podendo ser mais específica em sua disposição, o que, sem dúvidas, garantiria maior segurança jurídica, além de ser amplamente debatido no âmbito legislativo, como a forma constitucional e democrática exige. Do contrário, continuaremos a dar soluções jurisprudenciais ao tema.

6. CONCLUSÃO

Depois de estabelecidos o conceito e a natureza jurídica da prova emprestada, nos quais, diga-se, não se cogitou qualquer novidade, passou-se à análise dos requisitos da sua admissibilidade no processo penal brasileiro.

Uma parte da doutrina impõe como requisito obrigatório de admissibilidade da prova emprestada que ela tenha sido produzida em processo primitivo no qual figuraram como partes as mesmas pessoas que atuaram no processo secundário, para o qual a prova foi transportada, ou pelo menos a parte contra a qual a prova será utilizada.

Além disso, exige-se que a prova tenha sido produzida sob o crivo do contraditório, tanto no primeiro quanto no segundo processo.

Ocorre que tais exigências devem se submeter a um filtro epistemológico, sem perder de vista os princípios constitucionais que circundam o tema.

Nessa toada, é crucial estabelecer se a prova emprestada é de caráter pré-constituída ou constituenda. A primeira é aquela produzida antes e fora do processo, como os documentos em geral, e que, portanto, não são produzidas sob o contraditório, mas, sim, há uma submissão *a posteriori* da prova ao contraditório das partes (contraditório fraco). A segunda, por sua vez, é aquela produzida dentro e durante o processo, como o depoimento do ofendido ou da testemunha, em que as partes se valem do contraditório, imediatamente, para a própria produção do conteúdo da prova (contraditório forte).

Por tudo que foi exposto, a exigência dos requisitos do contraditório e da necessidade da presença das mesmas partes em ambos os processos deve ser repensada. Isso porque, nas provas pré-constituídas, as partes não têm qualquer influência na produção do seu conteúdo, de forma que não tem qualquer utilidade político-garantista ou epistemológica a participação (contraditório participativo) da parte no primeiro processo.

Assim sendo, concluiu-se que – pedindo vênias para repetir – a prova emprestada deve ter como requisito a obrigatoriedade de que a parte do processo secundário, que será afetada pela prova emprestada, tenha também figurado como parte no processo primitivo, desde que se trate de uma prova constituenda, produzida sob o “contraditório forte”. De outra banda, sendo um caso de prova pré-constituída, não há necessidade da identidade de partes nos processos, já que o “contraditório fraco” é naturalmente realizado posteriormente e poderá ser exercido no processo secundário.

Por isso, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, em uníssono, que gravações de interceptações telefônicas (provas pré-constituídas) feitas no processo original podem ser utilizadas como prova emprestada em processo secundário, mesmo que figurem como partes pessoas totalmente distintas.

Em sequência, analisou-se a questão sob a ótica do princípio do juiz natural, e restou estipulado que a prova pode ser emprestada mesmo que não tenha sido colhida perante o mesmo juiz natural do processo secundário, e que, inclusive, sequer precisa ser produzida em processo judicial, podendo ser trasladada de um procedimento investigativo preliminar, como, *e.g.*, comissões parlamentares de inquérito, inquéritos policiais, procedimentos administrativos disciplinares, etc.

Encerrando os requisitos, estudou-se que a prova emprestada deve ter por objeto o mesmo fato probando, não precisando necessariamente ser de processos com o mesmo grau de profundidade (cautelar x conhecimento).

No tocante ao valor da prova emprestada, não há qualquer diferença em relação ao seu valor originário quando produzida no processo primitivo. Assim sendo, o depoimento de uma testemunha transportada para outro processo terá o valor de uma prova testemunhal como qualquer outra, sujeita às restrições inerentes a sua natureza. Logo, pode ser prova plena, apta a embasar sozinha uma condenação. O inverso também é verdadeiro, pelo que uma confissão, que não pode ser prova única a subsidiar um édito condenatório, ao ser emprestada, igualmente não poderá basear sozinha uma sentença condenatória.

Não há qualquer razão, portanto, para se limitar o valor da prova emprestada e lhe conceder valor de semiplena, exigindo prova de corroboração, como constantemente afirma o Superior Tribunal de Justiça.

Concernente à cadeia de custódia da prova emprestada, concluiu-se que para garantir a mesmidade da prova produzida no processo primitivo, sem que ela perca a sua fiabilidade durante o transporte, é preciso que haja o traslado integral da prova, não se podendo suprimir páginas de um documento, trechos de um depoimento, etc.

Por fim, analisou-se o tema da prova emprestada sob as luzes do projeto de novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8.045/2010), em trâmite nas Casas do Congresso Nacional.

Há previsão apenas em um único artigo (artigo 199), que resolve algumas questões controversas na doutrina e jurisprudência, contudo deixa em aberto diversas outras questões que podiam ser solucionadas, gerando maior segurança jurídica sobre o tema.

O mundo está a cada dia mais dinâmico, e diversos mecanismos tornam o processo mais célere, inclusive com metas a serem batidas pelos juízes e servidores, no intuito de acabar de vez com aquele ranço cultural de que o processo judicial é demorado e custoso. Com isso, o uso do instituto da prova emprestada vai ao encontro dos anseios democráticos de um processo penal que anda em uma duração razoável, como quer a nossa Constituição Federal.

Por isso, seu estudo é de extrema relevância, e, a julgar pela timidez legislativa que nos aguarda, a doutrina e a jurisprudência continuarão a exercer papel de protagonismo para sanar as inúmeras questões que surgem diariamente nesse campo. Este pequeno estudo é apenas uma tentativa de ajudar a sistematizar alguns pontos sobre o assunto.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. e LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BADARÓ, Gustavo. *Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim 106, 2014.

BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020.

BAUTISTA, Juan Carlos Urazán. *La cadena de custodia en el nuevo código de procedimiento penal*. Artigo publicado no periódico *Faceta Jurídica*, Editorial Leyer, Bogotá, Enero de 2005, disponível em <https://fundacionluxmundi.com/custodia.php>, acesso em 25/05/2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução. Prova emprestada*. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Volume único. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES Jr. Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

QUEIROZ, Paulo. *Prova emprestada*. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/prova-emprestada/>. Acesso em 11 de julho de 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental*. Salvador: Juspodivm, 2021.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

TARUFFO, Michele *Uma simples verdade. O juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TAVARES, Juarez. CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UBERTIS, Giulio. *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, In UBERTIS, Giulio. *Argomenti di procedura penale II*. Milano: Giuffrè, 2006.