

AMBRA UNIVERSITY
SCHOOL OF LEGAL STUDIES
MASTER OF SCIENCE IN LEGAL STUDIES
MASTER'S THESIS

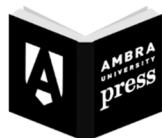
JULIO MARIANO FERNANDES PRASERES

**O INSTITUTO DA PROVA EMPRESTADA ATRAVÉS DE UM ESTUDO
COMPARADO ENTRE OS RAMOS DO DIREITO PROCESSUAL
CIVIL E PENAL BRASILEIRO NAS CORTES SUPERIORES**

ORLANDO, FL

2021





Copyright 2021 © by

Julio Mariano Fernandes Praseres.

All rights reserved.

Publisher: Ambra University Press.

First edition: February 2021 (Revision 1.0a)

Author: Julio Mariano Fernandes Praseres

Title: O Instituto da Prova Emprestada Através de um Estudo Comparado entre os Ramos do Direito Processual Civil e Penal Brasileiro nas Cortes Superiores

Type of publication: Master's Thesis

Program: Master of Science in Legal Studies

Institution: Ambra University (Orlando, FL).

Date of public defense: February 26, 2021.

E-book format: PDF

ISBN: 978-1-952514-09-8 (e-book – PDF)

Ambra is a trademark of Ambra Education, Inc. registered in the U.S. Patent and Trademark Office.

Ambra University Press is a division of Ambra Education, Inc.

Orlando, FL, USA

<https://thesis.ambra.education> • <https://press.ambra.education/> • <https://www.ambra.education/>



Copyright License

(<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>)

Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International

(CC BY-NC-ND 4.0)



Citation APA

Praseres, J. M. F. (2021). *O instituto da prova emprestada através de um estudo comparado entre os ramos do direito processual civil e penal brasileiro nas cortes superiores* (ISBN No. 978-1-952514-09-8) [Master's thesis, Ambra University]. <https://thesis.ambra.education>

Citation ABNT

PRASERES, Julio Mariano Fernandes. **O Instituto da Prova Emprestada Através de um Estudo Comparado entre os Ramos do Direito Processual Civil e Penal Brasileiro nas Cortes Superiores**. 2021. Dissertação (Mestrado em ciências jurídicas) - School of Legal Studies, Ambra University, Orlando, Flórida, 2021.

The translation below is for convenience only. In case of any conflict, English text in the previous page prevails.

A tradução abaixo é somente por conveniência. Em caso de quaisquer conflitos, o texto em inglês da página anterior prevalece.

Copyright 2021© por

Julio Mariano Fernandes Praseres.

Todos os direitos reservados.

Editora: Ambra University Press

Primeira edição: fevereiro de 2021 (Revisão 1.0a)

Autor: Julio Mariano Fernandes Praseres

Título: O Instituto da Prova Emprestada Através de um Estudo Comparado entre os Ramos do Direito Processual Civil e Penal Brasileiro nas Cortes Superiores

Tipo de publicação: Dissertação de mestrado

Programa: Master of Science in Legal Studies

Instituição: Ambra University (Orlando, FL).

Data da defesa pública: 26 de fevereiro de 2021

Formato e-book: PDF

ISBN: 978-1-952514-09-8 (e-book – PDF)

Ambra é uma marca da Ambra Education, Inc. registrada no U.S. Patent and Trademark Office.

Ambra University Press é uma divisão da Ambra Education, Inc.

Orlando, FL, EUA

<https://thesis.ambra.education> • <https://press.ambra.education/> • <https://www.ambra.education/>



Licença de Copyright

(https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.pt_BR)

Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional

(CC BY-NC-ND 4.0)



Citação APA

Praseres, J. M. F. (2021). *O instituto da prova emprestada através de um estudo comparado entre os ramos do direito processual civil e penal brasileiro nas cortes superiores* (ISBN No. 978-1-952514-09-8) [Master's thesis, Ambra University]. <https://thesis.ambra.education>

Citação ABNT

PRASERES, Julio Mariano Fernandes. **O Instituto da Prova Emprestada Através de um Estudo Comparado entre os Ramos do Direito Processual Civil e Penal Brasileiro nas Cortes Superiores**. 2021. Dissertação (Mestrado em ciências jurídicas) - School of Legal Studies, Ambra University, Orlando, Flórida, 2021.

JULIO MARIANO FERNANDES PRASERES

O INSTITUTO DA PROVA EMPRESTADA ATRAVÉS DE UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE OS RAMOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PENAL BRASILEIRO NAS CORTES SUPERIORES

Master's thesis approved by the evaluation board below as one of the requirements towards the Master of Science in Legal Studies degree by the School of Legal Studies at Ambra University.

Dissertação de mestrado aprovada pela banca de avaliação abaixo como um dos requisitos para a obtenção do título de Master of Science in Legal Studies da School of Legal Studies da Ambra University.

Date of the defense: February 26, 2021

Data da defesa: 26 de fevereiro de 2021.

Evaluation board:

Banca avaliadora:

fevereiro 26, 2021 | 11:09 AM PST

DocuSigned by:

Daniel Brantes Ferreira

F2D3497C2C674CA...

Prof. Dr. Daniel Brantes Ferreira

fevereiro 26, 2021 | 11:13 AM PST

DocuSigned by:

Antonio Eduardo Ramires Santoro

7DF03346257943C...

Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro

fevereiro 26, 2021 | 2:13 PM EST

DocuSigned by:

Milton Delgado Soares

55554E3DFB48456...

Prof. Dr. Milton Delgado Soares

fevereiro 26, 2021 | 11:10 AM PST

DocuSigned by:

Iris Saraiva Russowsky

8AE78D4653224A2...

Profa. Dra. Iris Saraiva Russowsky

Orlando, Florida
Fevereiro de 2021

LISTA DE SIGLAS

CP – Código Penal

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CFRB – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Quantidade de julgados sobre a prova emprestada no STJ.....	49
Tabela 2 – Quantidade de julgados sobre a prova emprestada no STJ com aplicação do CPC/1973 e CPC/2015.....	50
Tabela 3 – Quantidade de julgados sobre a prova emprestada no STJ com aplicação do CPP/41	84
Tabela 4 – Quantidade de julgados sobre a prova emprestada no STF	115
Tabela 5 – Recursos com questionamento sobre a prova emprestada no STF.....	115

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Quadro sinóptico do uso da prova emprestada no CPC/1973 e CPC/2015 - STJ.	80
Quadro 2 – Quadro sinóptico do uso da prova emprestada do CPP/41 - STJ.....	112
Quadro 3 – Quadro sinóptico do uso da prova emprestada no CPC/1973 e CPC/2015 - STF	123
Quadro 4 - Quadro sinóptico do uso da prova emprestada no CPP/41 - STF.....	149

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A PROVA.....	11
1.1 Teoria Geral da Prova	12
1.1.1 Conceito de prova.....	12
1.1.2 Da definição de prova	15
1.1.3 Dos meios de prova.....	16
1.1.4 Finalidade e objeto da prova	17
1.2 Ônus da prova.....	20
2 A PROVA EMPRESTADA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PENAL BRASILEIRO.....	23
2.1 No direito processual civil.....	23
2.1.1 Princípios processuais aplicados à prova.....	23
2.1.1.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	23
2.1.1.2 Princípio do dispositivo	25
2.1.1.3 Princípio da verdade real.....	27
2.1.1.4 Princípio da isonomia	27
2.1.1.5 Princípio da proibição da prova ilícita.....	28
2.1.2 A prova emprestada no CPC	29
2.2 No direito processual penal	34
2.2.1 Princípios processuais aplicáveis à prova	34
2.2.1.1 Princípio da autorresponsabilidade das partes	34
2.2.1.2 Princípio da aquisição ou comunhão da prova.....	34
2.2.1.3 Princípio da oralidade.....	36
2.2.1.4 Princípio da verdade real.....	37
2.2.1.5 Princípio da liberdade probatória	41

2.2.1.6	Princípio do <i>nemo tenetur se detegere</i> (vedação da produção de prova contra si próprio, princípio da não autoincriminação ou <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>) ...	42
2.2.1.7	Princípio da presunção de inocência.....	43
2.2.1.8	Princípio da audiência contraditória.....	45
2.2.2	A prova emprestada no CPP.....	45
3	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: A PROVA EMPRESTADA E O STJ E STF	49
3.1	A prova emprestada na jurisprudência do STJ.....	49
3.1.1	Análise jurisprudencial da prova emprestada no CPC.....	50
3.1.1.1	Primeira Turma.....	51
3.1.1.2	Segunda Turma.....	55
3.1.1.3	Terceira Turma	64
3.1.1.4	Quarta Turma	67
3.1.1.5	Quinta Turma	70
3.1.1.6	Sexta Turma	71
3.1.1.7	Primeira Seção.....	74
3.1.1.8	Terceira Seção	78
3.1.1.9	Corte Especial.....	79
3.1.2	Quadro sinóptico do uso da prova emprestada no CPC/1973 e CPC/2015	79
3.1.3	Análise jurisprudencial da prova emprestada no CPP	83
3.1.3.1	Segunda Turma.....	85
3.1.3.2	Terceira Turma.....	88
3.1.3.3	Quarta Turma	90
3.1.3.4	Quinta Turma	91
3.1.3.5	Sexta Turma	96
3.1.3.6	Primeira Seção.....	105
3.1.3.7	Terceira Seção	107
3.1.3.8	Corte Especial.....	108

3.1.4	Quadro sinóptico do uso da prova emprestada do CPP/41	112
3.2	A prova emprestada na jurisprudência do STF	114
3.2.1	Análise jurisprudencial da prova emprestada no CPC.....	116
3.2.1.1	Primeira Turma.....	116
3.2.1.2	Segunda Turma.....	120
3.2.1.3	Tribunal Pleno	121
3.2.2	Quadro sinóptico do uso da prova emprestada do CPC/1973 e CPC/2015	123
3.2.3	Análise jurisprudencial da prova emprestada no CPP.....	124
3.2.3.1	Primeira Turma.....	124
3.2.3.2	Segunda Turma.....	130
3.2.3.3	Tribunal Pleno	135
3.2.4	Quadro sinóptico do uso da prova emprestada do CPP/41	149
4	APLICAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA ENTRE OS RAMOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PENAL BRASILEIRO	151
4.1	Admissibilidade da prova emprestada – Perspectiva Constitucional	151
4.2	Outros requisitos de admissão e produção legítimas	154
4.3	Prova produzida mediante interceptação telefônica autorizada	157
5	ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA NO DIREITO BRASILEIRO.....	160
	CONCLUSÃO.....	164
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	173

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro contempla vários meios para obtenção de prova e suas formas de valoração, entre elas se encontra a prova emprestada cujo se trata de uma prova já valorada em um determinado processo migrando para outro processo, porém sem reprodução do conteúdo ou contexto probatório, sendo somente documental.

Tratar sobre esse aspecto probatório é dirimir dúvidas sobre as formas possíveis de se utilizar a prova emprestada. Atenta-se que a prova emprestada apesar de possuir valoração probatória própria, criada no seu processo originário, a documentação posterior fornecida sobre a prova deve seguir ritos próprios.

Assim, importante destaque ocorre quando a prova emprestada se migra para outro ramo do direito, por exemplo, de um processo-crime para um processo civil, cujo exige poder indenizatório, ou ao contrário, que no processo penal se espera uma decisão no processo civil para que a prova ali produzida favoreça o acusado.

Têm-se nesses casos, questões prejudiciais que são obrigatórias e/ou facultativas, deste modo implica no uso correto da prova emprestada, já que poderá inibir ou desconsiderar a prova originária de outro processo. Diante disso, a pesquisa deve abarcar o sistema de transposição probatória, como o juízo singular transfere a um juízo superior, provas que ali se originaram.

Nesse aspecto, é de salutar que a prova por si só não pode ser um fator determinante da existência de um fato, será necessário em determinado ramo do direito se avaliar o contexto do acontecimento para que se possa, em complemento, o uso da prova emprestada para corroborar aquele fato pretérito.

Portanto, a pesquisa passa a ser clara no sentido de demonstrar que o uso da prova emprestada necessita da observância de regras e nas peculiaridades de valoração, até porque a forma de migração de um processo para outro, de um tribunal para outro, de um país para outro, com interesse público ou particular, necessita de cumprir determinados requisitos.

Nessa alusão, também se note que na literatura e jurisprudência há divergências sobre a possibilidade do uso da prova emprestada, em um primeiro momento a prova emprestada seria possível quando as partes forem as mesmas do processo originário, cujo teve sua produção probatória e consequente respeito aos princípios processuais.

Outrossim, a prova emprestada deixaria de ser útil ao processo quando as partes do processo forem diferentes do processo originário, em que haja somente uma das partes, o que tornaria inválido o seu uso, como também se ambas as partes forem diferentes do processo originário.

A prova demonstra a evidência de fato pretérito ou presente de uma determinada ação, assim, descrever sobre sua derivação é demonstrar que a prova pode ser vista sob outro ângulo, aproveitando-se para limitar o seu uso e o modo de utilização. Veja-se que ao se tratar de prova se busca a comprovação (in)direta de um determinado fato.

Assim, entender a sua forma de aplicação e uso é necessário para que se possa avaliar se as cortes superiores estão em sintonia. Dessarte, a prova emprestada quando passa a cumprir determinados requisitos de admissão em processo ulterior, demonstra o cumprimento das regras de uso e justifica seus modos em que são consideradas emprestadas.

Diante disto, busca-se encontrar a resposta de como a prova emprestada poderá ser utilizada, se somente pode ser utilizada entre pessoas que fizeram parte do processo originário ou se as partes podem ser distintas, também abarcando qual o grau de valoração dada pelo juízo diante da prova emprestada.

Ademais, quais seriam os critérios utilizados para realizar a transposição da prova entre os ramos do direito processual civil e penal brasileiro, quais os requisitos exigidos e suas eventuais consequências em face de uma possível anulação posterior das provas utilizadas no processo originário.

Nesse sentido, será utilizado a metodologia bibliográfica e jurisprudencial, em que se verificará o posicionamento do Superior Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça dada a prova emprestada nos ramos do direito processual civil e penal, em atenção as atualizações significativas da legislação, incluído o novo código de processo civil e atualizações na legislação penal, na literatura busca o entendimento sobre o uso da prova emprestada entre processos.

Destarte, analisar o modo da circulação da prova emprestada entre os ramos do direito brasileiro perante as cortes superiores possibilitarão entender a correta forma de uso, especialmente sobre a possibilidade de as partes da ação originária ser ou não diferentes.

Assim, no primeiro capítulo será apresentado os conceitos sobre a prova e suas exigências processuais, demonstrando a forma de valorização que é dada na produção probatória, como o juízo mensura sua qualidade, entendendo-a como uma prova apta a demonstrar a existência dos fatos ou inoperante diante da imputação realizada.

Já no segundo capítulo, será apresentado a especificidade da prova emprestada, contudo, entende-se mais adequado haver a distinção entre o ramo do direito processual civil do ramo do direito processual penal, pois ambos possuem princípios próprios que são aplicados a prova emprestada, apesar da similitude principiológica se torna necessário apresentar os principais

princípios utilizados, já que a ofensa a um pode tornar a prova emprestada ineficaz, inclusive poderá torná-la nula.

No terceiro capítulo, trata sobre o posicionamento das cortes superiores, Superior Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, será demonstrado a evolução da utilização da prova emprestada, acompanhando as atualizações legislativas e posicionamentos das turmas de cada corte superior, trazendo situações retrógradas significativas no uso da prova emprestada, que possivelmente estabeleceram critérios para a utilização da prova emprestada.

No quarto capítulo, busca-se discutir sobre as formas de admissibilidade da prova numa perspectiva constitucional, outros requisitos de admissão e a prova mediante interceptação telefônica autorizada.

No quinto capítulo haverá uma análise crítica sobre o uso da prova emprestada no direito brasileiro, demonstrando pontos considerados relevantes na jurisprudência das cortes superiores.

Deste modo, diante da apresentação das situações ora elencadas será possível compreender como as cortes superiores determinam o uso da prova emprestada e qual a evolução da prova emprestada nos ramos do direito processual civil e direito processual penal.

1 A PROVA

A prova demonstra a comprovação da existência de um fato e de sua comprovação, porém, “ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse limitar-se a dizer o direito e a ela aplicável”. (Greco, 2003-2004, p.213-214)

Apesar da impossibilidade da reconstrução fática, a convicção do julgador é formada pelas provas apresentadas no processo, corroborando com as afirmativas apresentada pelas partes, com respeito aos preceitos fundamentais e regras legais.

Segundo Avena (2017, p.315), a “prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”.

Nota-se que o processo detém somente dos meios e o modo de conhecimento dos fatos necessários para decisão judicial, embora a importância no processo se dá para o cumprimento das regras jurídicas, sendo observadas, pode-se compreender que o resultado não terá muito valor, já que poderá estar bem distante da realidade.

Desta feita, a indiferença do resultado com os fatos demonstra que o processo se justifica, de acordo com Greco (2003-2004, p.214) na inspiração divina da decisão judicial, aceita desde a Antiguidade grega, ou no poder absoluto do soberano, “que substituiu na Idade Moderna o poder divino, ou no individualismo da livre convicção liberal, em que o juiz emanava a lei do caso concreto, mas seguramente não satisfaz aos ideais democráticos do Estado contemporâneo, que assenta a legitimidade política do poder dos juízes na credibilidade das suas decisões”.

Para Avena (2017, p.315), “[...] a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo. Não se destina, portanto, às partes que a produzem ou requerem, mas ao magistrado, possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação”.

Assim, a reconstrução pretérita dos fatos não pode ser feita de qualquer forma, mas sendo necessário à sua clarificação coletiva que considera os caminhos corretos, já que o fato pretérito reconstruído irá formar uma convicção do julgador, considerada justa.

Portanto, sendo a prova é necessária para averiguação da existência de fatos pretéritos, apesar da impossibilidade da reconstrução idêntica aos fatos pretéritos, as provas apresentadas no processo devem subsidiar e fundamentar a convicção do julgador.

1.1 Teoria Geral da Prova

A prova como objeto de investigação científica segundo Pacelli (2020, p.416) “haverá sempre de ser geral, no sentido de examinar integralmente o conteúdo e a essência daquele objeto”.

Dito isto, será visto nos tópicos seguintes o conceito da prova, sua definição, os meios de obtenção, finalidade e quem possui o ônus da prova.

1.1.1 Conceito de prova

O conceito de prova deve ser extraído não apenas do campo do direito, mas sim de todos os ramos que faz buscas de soluções e que tentam demonstrar a verossimilhança sobre a pesquisa que se realiza com o resultado obtido.

Assim, pretende-se fazer menção aos ramos do direito processual civil e processual penal concomitantemente, uma vez que a similitude conceitual possibilita a mesclagem, mantendo somente as adversidades processuais específicas entre os ramos, porém sem a realização de corte na explanação do conteúdo.

De início, prova é por demais diverso no direito processual, segundo Rangel (2020, p. 421), “face à sua múltipla utilização, [...], significa ‘aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente’.”.

Para Nucci (2020, p.231), “o termo prova origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar”.

Veja-se que ao se tratar de prova, o sentido se torna amplo, pois pode ser aplicado por diversos ramos da ciência, em especial as que utilizam meios de experimentos e de objetividade jurídica, partindo de uma premissa em que o resultado pretendido só se tornará eficaz com apresentação de uma resposta, comprovadamente.

Neste sentido, Silva e Gomes (2006, p.319) aduzem que a palavra prova é apresentada com significados:

“[...] podendo ser em uma linguagem vulgar, como também aquela utilizada por juristas e cientistas, como exemplificação define que as ciências experimentais

realizam uma confirmação do experimento ou fenômeno, cujo objeto tenha sido utilizado em uma investigação científica. De tal modo, na ciência jurídica, a palavra prova dentro de um processo se adere a um sentido de respeito de um determinado fato que existiu.”

Verifica-se que, a prova pode partir de determinada ciência e terá um reflexo sobre o pretendido, pode-se dizer que a prova que busca uma solução para um determinado problema de saúde, terá como reflexo a confirmação de que determinada ação é (in)eficaz, conquanto que no ramo jurídico, a prova, como fumaça do bom direito, se tornaria uma comprovação do fato.

“[...] o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado se submetia a determinada provação física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova.” (Pacelli, 2020, p.416)

Ademais, apesar do campo do direito atribuir a prova para comprovação de fatos, a palavra prova poderá se referir a situações específicas, como a confirmação de que os fatos que é apresentado pelo autor de uma demanda são verdadeiros ou se as informações apresentadas que fundamentaram a demanda não consistem na existência do fato, situação que leva o direito a ser declarado favorável ou não para o autor.

Segundo Rangel (2020, p.421), “no campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos da ação e de defesa”.

De tal sorte, aquele que ocupe o polo passivo da demanda pode arguir a existência do fato, mas demonstrando divergência quanto as ações realizadas que incidiram a demanda, como também realizar a negativa daquilo que foi apresentado pelo demandante, até mesmo apresentar uma situação impeditiva, prescritiva ou extintiva, e modificativa do fato que foi apresentado na inicial.

“É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é

convencer o magistrado, por meio do raciocínio, de que a *sua* noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais *falsa*, que é um “juízo não verdadeiro.” (Nucci, 2020, p.231)

Deste modo, deve-se buscar as categorias de provas que são aceitas pelo juízo, a aplicação de elementos que poderão ser utilizados e permitam um arrimo daquilo suscitado em um processo, e o uso da apresentação de provas sobre o fato.

De acordo com Pacelli (2020), “por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional.”

“[...] Monopolizada a jurisdição, com a rejeição de qualquer forma de solução privada e unilateral dos conflitos (sociais, coletivos ou individuais), impõe-se a atuação do Direito, sempre que presente uma questão penal, entendendo-se por essa a prática de determinada conduta, por alguém, definida em Lei como crime, porque suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido.” (Pacelli, 2020, p.416)

Para Nucci (2020, p.231) “sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma “certeza incerta”, o que é um contrassenso. Para haver condenação, exige-se que o magistrado tenha chegado ao estado de certeza, não valendo a mera probabilidade (juízo que enumera motivos convergentes e divergentes acerca da ocorrência de um fato, prevalecendo os primeiros)”.

Portanto, o conhecimento do instituto da prova demonstra que pode ser originada de diversos modos e métodos, através de seu compartilhamento entre processos, ramos do direito e tribunais possuem limitações, não sendo possível a sua utilização de qualquer jeito, e sim com atribuições legais que possibilitem a comprovação da existência do fato. Contudo, evitando-se do uso de prova maculada, aquela forjada ou preparada, o que tornaria a prova inútil ao processo (consoante o princípio da “arvore envenenada”).

1.1.2 Da definição de prova

A definição de prova, segundo Marinoni (2011, p.57) “reproduz a ideia de uma reconstrução, inclusive, uma averiguação de um fato, que faz com que o juiz tenha certeza sobre o acontecimento, o que lhe possibilitará exercer a sua função”.

Assim, a prova deve buscar uma afirmação sobre como ocorre a estrutura processual sobre a prova, cujo modo de utilização realiza o convencimento do juízo sobre a ocorrência dos fatos, ou possibilita que fique demonstrado a inexistência dos fatos, sendo estes realizados pelas partes ou apresentados em material próprio, através de decisão judicial com garantia da eficácia da prestação jurisdicional.

Para Gomes Filho (2005, p.303) o tema da prova é dos mais “importantes da ciência do processo, na medida em que a correta verificação dos fatos em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa”.

Adentrando-se a prova processual, será necessário aderir o conceito de Carnelutti (2003, p.81), cujo “processo probatório se difere da busca da verdade material, isto é, há uma diferença sobre a estrutura”.

Para Carnelutti (2003), “essa diferenciação, pelo que concerne à estrutura, o aspecto estrutural, o processo probatório não é mais que um processo típico ou um meio de busca da verdade dos fatos controvertidos, o qual parece apto para alcançar a finalidade (a verdade) geralmente”.

Já Marinoni (2011, p.61), “a busca pela certeza e pela verdade ideal sempre será o alvo do juiz na averiguação dos argumentos probatórios envolvidos no processo”.

Observa-se que a busca de uma certeza ou de uma verdade ideal faz com que o juízo pondere os argumentos que são apresentados pelas partes de um processo, consiste em aperfeiçoar os mecanismos processuais e avançar no instituto da prova.

Neste norte, entende-se que o juízo deve considerar que a formação do convencimento estará ligada a prova que se encontra no processo, e então se possa emitir a decisão judicial. Para Carnelutti (2003) “a prova deve ser valorada como uma verdade legal de um fato, demonstração da verdade de um fato dada com os meios legais”.

Assim, compreender o sentido da prova através de um controle da verdade se torna essencial para delimitar quais proposições podem ser utilizadas, desde que corrobore a afirmação do fato. Destarte, a verdade de fatos pretéritos.

1.1.3 Dos meios de prova

A atribuição de uma decisão judicial deve ser determinante pela prova que consta no processo, sendo em qualquer seara, levando-se em consideração a diferenciação dos ramos do direito, público ou privado. Para Malatesta (2016) a prova analisada em um processo penal é diferente da prova analisada em um processo civil, pois este analisa somente o que se encontra presente nos autos, avalia uma confirmação ou não, conquanto que aquele se busca uma verdade real, aviltando o comparativo das provas, isto é, fazendo com que a análise não seja sobre documentos acostados, mas sim se o fato ora imputado realmente ocorreu, transparecendo a verdade dos fatos.

Atenta-se que é necessária uma discussão a respeito de que tipo valorativo a prova pode se desenvolver no processo, pois em um processo cuja análise se baseia somente em documentos deve ser avaliado se essa prova poderá ser utilizada em outro processo como meio próprio de confirmação de fatos ou se a prova que deverá transparecer uma verdade independentemente da existência de documentos acostados deve prevalecer a subjetivação da verdade.

Para Gomes Filho (2005, p.317), “os meios de prova referem-se a uma atividade *endoprocessual* que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo”.

Segundo Nucci (2020, p. 232), “todas as provas, que não contrariem o ordenamento jurídico, podem ser produzidas no processo penal, salvo as que disserem respeito, por expressa vedação do art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao estado das pessoas (casamento, menoridade, filiação, cidadania, entre outros)”.

Nesse sentido, no dispositivo supramencionado faz-se acatar o que dispõe a lei civil, já que o estado de casado, “como regra, se faz com a apresentação da certidão de registro civil, de nada valendo outro meio probatório”. (Nucci, 2020, p. 232)

Para Nucci (2020, p.232-233), há algumas restrições na lei civil que não valem no processo penal, por exemplo, a lei processual civil autoriza o juiz a indeferir a produção de prova testemunhal, quando versar:

“[...] sobre fatos “já provados por documento ou confissão das partes” ou quando “só por documento ou por exame pericial puderem ser provados” (art. 443 do CPC/2015). Tal restrição não vige em processo penal, pois, não dizendo respeito ao estado das pessoas – única limitação admitida – pode a parte pretender ouvir testemunhas, ainda

que seja para contrariar algo constante em qualquer documento ou mesmo para confirmar ou afastar a credibilidade da confissão, cujo valor é relativo na esfera criminal. De outra parte, como o magistrado não está atrelado ao laudo pericial (art. 182, CPP), também podem ser ouvidas testemunhas para derrubar a conclusão do perito.”

No ordenamento jurídico brasileiro se possui várias formas de apresentação e obtenção de provas, assim, essa pesquisa demonstrará o uso da prova emprestada entre os ramos de direito civil e penal brasileiro, e como o Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal entendem sobre o uso da prova emprestada.

1.1.4 Finalidade e objeto da prova

A finalidade para Nucci (2020, p.233) “é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Busca-se a *verdade processual*, ou seja, a verdade *atingível* ou *possível* (probable truth, do direito anglo americano)”.

Já Coelho (2020, p.369) aduz que o “objeto da prova são os fatos imputados, porém não está correto. É que o que é provado (ou não) no processo são as alegações das partes em relação aos fatos”.

Deste modo, é impossível a reconstrução no “processo da veracidade ou da falsidade de um fato, razão pela qual o que interessa é a confirmação de uma afirmação acerca de um fato. Devendo se ater que o conteúdo da denúncia é exatamente uma afirmação acerca de um fato criminoso (supostamente) e o objeto da prova é a veracidade ou a falsidade desse fato”. (Coelho, 2020, p.369)

De acordo com Filho (2005, p.316), o objeto de prova são “os fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial. Com isso, pretende-se colocar em especial evidência a circunstância de que a atividade probatória não se destina a informar o juiz sobre as normas de direito positivo, mesmo porque tal conhecimento pelo juiz é presumido”.

Para Hartmann (2020, p.339), “a prova deve recair sobre fatos que normalmente são pretéritos, ou seja, aqueles que já ocorreram”.

Segundo Filho (2005, p.316-317), “a prova não objetiva simplesmente reconstruir uma realidade fática como tal, mas na medida em que os fatos a serem provados constituam pressuposto para a aplicação judicial do direito”.

Em similitude, tem-se o posicionamento de Nucci (2020, p.233-234), que expressa:

“O objeto da prova são, primordialmente, os fatos que as partes pretendem demonstrar. Excepcionalmente, a parte deve fazer prova quanto à existência e ao conteúdo de um preceito legal, desde que se trate de norma internacional, estadual ou municipal (nestes últimos dois casos, caso se trate de unidade da Federação diversa daquela onde está o magistrado), bem como no que toca a estatutos e regras internas de pessoas ou personalidades jurídicas. Provam-se, ainda, regras de experiência, porque, na essência, são fatos reiterados.”

Observa-se que o objeto da prova é a revelação da existência ou não do fato, assim, há algumas situações relevantes que devem ser ponderadas, no processo penal segundo Coelho (2020, p.269), “nem todas as alegações fáticas precisam ser provadas [...], ou seja, não é necessário provar os fatos notórios, axiomáticos, inúteis, irrelevantes e as presunções legais não precisam ser provadas, já que não são objeto de prova”.

Nesse sentido, Nucci (2020, p.234) aduz que, “são fatos que independem de prova: a) fatos notórios, que envolvem os evidentes e intuitivos; b) fatos que contêm uma presunção legal absoluta; c) fatos impossíveis; d) fatos irrelevantes ou impertinentes”.

Destarte, mesmo entre os fatos relevantes, no processo civil de igual forma se tem alguns que não precisam ser comprovados. Para Gonçalves (2020, p.68), o CPC, no art. 374, os enumera:

“a) Os notórios: aqueles de conhecimento geral, na região em que o processo tramita. Não é preciso que o fato seja de conhecimento global, bastando que seja sabido pelas pessoas da região, no tempo em que o processo tramitava. É fato notório, por exemplo, para quem vive na Grande São Paulo, que a região tem sérios problemas de violência urbana e criminalidade, e que o trânsito não flui com rapidez. Em uma cidade do interior, pode ser considerado notório o fato de o rio que corta a cidade provocar inundações frequentes nas casas da região ribeirinha.

b) Os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária: não há necessidade de prova dos fatos incontroversos. A confissão a que alude esse dispositivo pode ser aquela expressa pela parte, ou a ficta, que advém da revelia ou do descumprimento do ônus da impugnação especificada dos fatos (CPC, art. 341), quando eles produzirem efeitos.

c) Os admitidos, no processo, como incontroversos: há certa superposição entre esta hipótese e a anterior, porque os fatos confessados, expressa ou fictamente, são incontroversos. Mas há fatos incontroversos que dependem da produção de provas. São aqueles enumerados nos incisos do art. 341 e no art. 345, em que a revelia não produz efeitos. Nesse caso, mesmo que não haja contestação ou impugnação especificada dos fatos, o juiz determinará a produção de provas. Portanto, nem sempre a incontrovérsia a dispensará.

d) Aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade: há casos em que o legislador faz presumir, de maneira absoluta ou relativa, a veracidade de determinados fatos. A presunção relativa, *juris tantum*, é aquela que admite prova em contrário, e a absoluta, *juris et de jure*, não.”

Portanto, condizem os autores sobre a inutilidade de prova de determinados fatos, já que não valorizam a descoberta da veracidade do fato, mas sim, afasta uma visão mais próxima das provas que realmente possuem importância, logo, o entendimento é útil no processo penal, mas diverge no processo civil, já que deverá haver uma comprovação documental, como exemplo, a imposição de recurso em instância superior torna necessário a apresentação de feriado municipal, logo, a não comprovação enseja na prescrição do prazo processual.

“A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, consequentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial como justa.” (Rangel, 2020, p.421)

Conforme Nucci (2020, p.234), “os fatos notórios são os nacionalmente conhecidos, não se podendo considerar os relativos a uma comunidade específica, bem como os atuais, uma vez que o tempo faz com que a notoriedade se esmaça, levando a parte à produção da prova”.

“Dentre os notórios, situam-se, ainda, os evidentes – extraídos das diversas ciências (ex.: lei da gravidade) – e os intuitivos – decorrentes da experiência e da lógica (ex.: o fogo queima). Os fatos que contêm presunção legal absoluta são os que não comportam prova em sentido contrário (ex. o menor de 18 anos é penalmente inimputável). Os

fatos impossíveis são aqueles que causam aversão ao espírito de uma pessoa informada (ex.: dizer o réu que estava na Lua no momento do crime). Por derradeiro, os fatos irrelevantes ou impertinentes são os que não dizem respeito à solução da causa (ex.: verificação do passatempo preferido da vítima, se não guarda correspondência com o fato imputado ao réu).” (Nucci, 2020, p.234)

De igual modo, Rangel (2020, p.421), esclarece que “a irresignação das partes em aceitar como expressão da verdade a decisão judicial fundamentada em determinado material probatório é queira, em princípio, motivar o exercício ao duplo grau de jurisdição. Assim, primordialmente, as provas destinam-se ao juiz e, secundariamente, às partes”.

Quanto ao objeto da prova, para Rangel (2020, p.421) “é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versas o caso penal. Ou seja, é o *thema probandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público. É a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as suas circunstâncias”.

De acordo com Rangel (2020, p.422), não pode confundir o objeto da prova com objeto de prova. “Este significa que fatos ou coisas devem ser provados, pois, os fatos notórios não necessitam ser provados, como, por exemplo, se o dia 25 de dezembro é ou não Natal. Por fato notório entendemos aquele que é do conhecimento de qualquer pessoa medianamente informada, v.g., que Lampião foi o rei do cangaço do Brasil”.

Deste modo, “o melhor, portanto, é afirmar que o objeto de prova não são os fatos nem as alegações de fato, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes, ou de ofício pelo próprio juiz”. (Neves, 2016, p.990)

Portanto, o objeto de prova seria o que se precisa provar, se é fato ou o direito.

1.2 Ônus da prova

O ônus da prova recai para aquele que possui o dever de produzir a prova. “Ônus são aquelas atividades que a parte realiza no processo em seu próprio benefício. A lei não obriga as partes a fazer prova, mas, se elas o fizerem, obterão a vantagem de demonstrar suas alegações, e, se se omitirem, sofrerão as consequências da ausência disso”. (Gonçalves, 2020, p.70)

No direito processual civil, segundo Gonçalves (2020, p.70), “antes do ônus de provar, as partes têm o de alegar. Incumbe ao autor, na petição inicial, mencionar os fatos que são

constitutivos do seu direito; e ao réu, na contestação, invocar eventuais fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor”.

Segundo Hartmann (2020, p.344), “compete a cada parte o ônus de comprovar os fatos que apresentarem em juízo, o que também abarca, por óbvio, a responsabilidade de arcar com os encargos financeiros para a produção da aludida prova, que deverão ser recolhidos antes de se produzir a mesma”.

Para Neves (2016, p.997), “o ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória”.

Como se observa, o magistrado passa a criar sua convicção com as provas apresentadas pelas partes. Assim, quem apresenta as provas possuem o condão de prová-la, pois são fatos constitutivos de seu direito, e o réu deve provar os fatos que possam desconstituir a alegação da parte autora.

“A discussão sobre a existência de um verdadeiro ônus probatório no processo penal tem-se revelado difícil, especialmente em razão das tentativas de transposição pura e simples de conceitos fixados para o processo civil.” (Gomes Filho, 2008, p.256)

No direito processual penal, o ônus da prova possui simetria, o “termo ônus provém do latim – *onus* – e significa carga, fardo ou peso. Assim, ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus é dever, em sentido formal, pois este não se constitui em obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção autônoma”. (Nucci, 2020, p.234)

Para Filho (2008, p.256), “no processo penal, a regra de julgamento baseada na repartição de tal ônus revela-se insuficiente, pois, como lembrou Giovanni Verde, o seu objetivo não é simplesmente o de alcançar a paz entre os litigantes, mas atingir, se possível, a verdade e a justiça”.

Segundo Dezem (2020, p.608) “o ônus da prova é tema que ainda precisa ser melhor (re)pensado por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras que, não raro, aparentam neste ponto manter verdadeiro diálogo de surdos”.

“Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca o faça de maneira absoluta. Imagine-se que afirme ter matado a vítima, embora o tenha feito em legítima defesa. É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo

atribuição da acusação fazê-lo, como regra, até porque o fato e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado, vale dizer, não foram investigados previamente pelo órgão acusatório. Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, do *in dubio pro reo*. Com isso, alegada alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feito prova razoável pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado. Assim, embora a acusação tenha comprovado o fato principal – materialidade e autoria –, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da existência da justificativa, deve beneficiar a defesa. Lembremos constituir dever da acusação provar que o réu cometeu um crime, o que envolve, naturalmente, a prova da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.” (Nucci, 2020, p.234)

O CPP traz em seu artigo 156, *caput*, que a parte que alega o fato deve realizar a prova de sua existência, já que na ausência o juízo não irá crer na argumentação, rejeitando a alegação face a insuficiência probatória.

Para Badaró (2019, p.173), o ônus da prova se trata de uma

“[...] posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos: para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito.”

Deste modo, Dezem (2020, p.608) explica que a maioria da doutrina, baseada no disposto no art. 156, bem como em influências de direito processual civil, afirma “que o ônus da prova cabe à acusação quanto à autoria e à materialidade, cabendo ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pela acusação”.

Assim, o ônus da prova tem o condão de ser provado pela parte que a alegar, isto é, àquele que dispõe sobre os fatos, sob pena de inexistência e desconsideração da alegação pleiteada, acarretando a perda probatória e oportunizando a parte contrária a veracidade das informações apresentadas no processo.

2 A PROVA EMPRESTADA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PENAL BRASILEIRO

A prova emprestada abarca vários métodos para que se transfira para outro processo, nesse apreço poderá se entender que essa prática de empréstimo tem impacto significativo e pode ser o fator que determine o convencimento do julgador, situação diversa caso não houvesse o empréstimo da prova.

Assim, para uma melhor interpretação sobre o uso da prova emprestada entre os ramos do direito processual civil e penal brasileiro se entende mais adequado uma divisão dos conteúdos, pois cada ramo possui uma essência própria, diversificada, apesar da sintonia entre princípios e sistemática processual.

Deste modo, pretende-se nesse capítulo demonstrar quais os princípios aplicados à prova encontrados na literatura, com isto compreender se o uso da prova emprestada está em harmonia com o ordenamento jurídico.

2.1 No direito processual civil

2.1.1 Princípios processuais aplicados à prova

Os princípios norteiam o sistema jurídico, já que possuem regras básicas de uma ciência. Para Silva (1987, p.87), faz-se alusão a “princípios norteadores da compreensão do fenômeno jurídico, como simples instrumento para solucionar qualquer problema jurídico”.

Por consequência, os princípios refletem a legalidade da utilização de prova emprestada entre processos, resguardando direitos e garantias legais.

Portanto, abaixo discorrerá sobre princípios apresentados em concordância na literatura, como também a diversificação que há entre autores, pois alguns deixaram de acrescentar determinados princípios aplicáveis à prova.

2.1.1.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa dispõe às partes sobre os atos processuais, oportunizando a realização de defesa, que poderá ser feita ou não, caso assim o desejarem, em conformidade com o art. 5º, LV da CF, que dispõe “aos litigantes, em processo

judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

“É preciso dar ciência ao réu da existência do processo, e às partes, dos atos que nele são praticados, permitindo-lhes reagir àqueles que lhes sejam desfavoráveis. As partes têm o direito de ser ouvidas e de expor ao julgador os argumentos que pretendem ver acolhidos.” (Gonçalves, 2020, p.67)

Para o autor supramencionado há uma diferença na aplicação do princípio do contraditório no processo civil e penal, este coloca em jogo a liberdade das pessoas, por isso deve ter de ser real e efetivo, independente se o réu não quiser se defender, torna-se necessário que o faça, conquanto que aquele, possui menor amplitude, pois “basta a ciência das partes do que se acontece no processo, oportunizando sua reação, caso não se defenda ou manifeste sofrerá as consequências de sua inércia, não podendo o juiz força-la”. (Gonçalves, 2020, p.67)

Desta forma, também se depara com uma distinção entre os princípios, pois o princípio do contraditório segundo Theodoro Júnior (2009, p.27-28) “consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo”.

De igual modo, Burgarelli (2000, p.41) entende que o “contraditório diz respeito à igualdade de oportunidade, já que em determinada circunstância, para a qual se exige a participação de duas ou mais pessoas, ainda que em conflito, quanto a determinado interesse”.

Para Burgarelli (2000, p.41), “o princípio da ampla defesa se difere pela possibilidade de pôr a parte contrária o uso de mecanismos diversos para defender-se”.

Assim, segundo Destefenni (2006, p.20), os dois princípios não podem ser confundidos, pois:

“A melhor forma de garantir às partes essa ampla defesa é por meio do respeito ao contraditório, pois esse princípio é que vai garantir a dialeticidade da relação processual, de forma que tanto autor quanto o réu possam ser ouvidos antes de qualquer decisão acerca de suas diferentes pretensões.”

Destarte, tais princípios agem diretamente na produção de provas, pois, sendo elas documentais, testemunhas ou periciais, há a necessidade de a outra parte ter conhecimento para que possa, querendo, defender-se.

2.1.1.2 Princípio do dispositivo

O princípio dispositivo, encontra-se com previsão no CPC em seu artigo 262, impondo que todas as iniciativas do processo devem ser tomadas pela parte. Assim, Luiz Fux (2008, p.45), expressa que “a autonomia da vontade no direito privado, ramo a que pertencem, em regra, as relações litigiosas, impõe ao Judiciário somente agir quando provocado pelas partes e nos limites da provocação”.

Houve uma evolução nesse conceito, assim deve ser considerado dois aspectos fundamentais, o primeiro, ajuizamento das ações, já o segundo, a iniciativa da investigação dos fatos e das provas que foram produzidas.

“Como o processo civil, em regra, versa sobre interesses disponíveis, que dizem respeito à esfera privada do indivíduo, sempre prevaleceu o entendimento de que competia às partes a iniciativa para a propositura da demanda e a exclusividade na produção de provas. O juiz era duplamente inerte: não tinha poder para dar início ao processo, nem para determinar as provas que entendesse necessárias para a sua convicção. Ficavam ressalvados os processos que tratassem de interesses indisponíveis.” (Gonçalves, 2020, p.83)

Observa-se que o juiz não tinha o condão de iniciar o processo, muito menos para determinar quais provas realmente seriam úteis para formação de sua convicção.

Em tempo, Santos (2007, p.76) aduzia que o princípio dispositivo “na regra conforme a qual o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à afirmação e prova dos fatos em que se fundam os pedidos”.

Quando se relacionava o princípio dispositivo com a prova, dar-se-á maior atenção, já “que a regra é a iniciativa das partes, já que são sujeitos processuais que estão em condições ideais de averiguar mais os meios válidos e eficientes para provar suas alegações”. (Theodoro Júnior, 2009, p.27)

Deste modo,

“Daí concluíam-se que, no processo civil, a busca era pela verdade formal: o juiz decidia de acordo com os elementos instrutórios que haviam sido trazidos pelas partes. Não tinha poderes para determinar outras provas, ainda que estas lhe parecessem imprescindíveis, para julgar adequadamente. Quando os elementos trazidos pelas

partes não fossem suficientes, deveria o juiz decidir conforme as regras do ônus da prova: se nada ficou demonstrado, ele julgava em desfavor daquele que tinha o ônus de provar. Vigorava, pois, o princípio dispositivo, não só naquilo que se relacionava à propositura da demanda, mas à produção das provas. E isso constituía uma grande diferença entre o processo civil e o penal, no qual vigorava o princípio inquisitivo, com a possibilidade de o juiz investigar livremente, na busca da verdade real.” (Gonçalves, 2020, p.83)

Portanto, o processo civil trouxe uma forma mais dinâmica, retirando a imagem que havia do juiz como um mero espectador, pois apenas observava o que as partes apresentavam no processo.

Parafraseando Gonçalves (2020), torna-se necessário distinguir a iniciativa para a propositura da ação ainda é das partes, pois cabe a elas decidirem qual o momento oportuno para tanto.

“No entanto, proposta a ação o processo corre por impulso oficial, e o juiz, como destinatário das provas, deve ter participação ativa na sua produção. Deve indeferir as provas requeridas pelas partes, quando impertinentes ou desnecessárias, e, ainda, no silêncio delas, determinar as que lhe pareçam necessárias para um julgamento mais justo. Está ultrapassada a ideia de que, no processo civil, o juiz deve contentar-se com a verdade formal, quando a verdade real pode ser alcançada. O CPC, no art. 370, não deixa dúvidas a respeito, atribuindo ao juiz os mesmos poderes instrutórios que à parte.” (Gonçalves, 2020, p.83)

Neste ínterim, Theodoro Junior (2009), entende que “o princípio dispositivo é importante, pois em regra, impõe limitações na iniciativa probatória em vários dispositivos legais que autorizem o uso de prova, dispondo ao juízo a faculdade de apreciar a iniciativa probatória”.

“Quanto à produção de provas, melhor seria dizer que vale o princípio inquisitivo, tendo o magistrado a possibilidade de investigar e determinar livremente as provas que entenda pertinentes.” (Gonçalves, 2020, p.84)

Deste modo, observa-se uma breve diferença entre os princípios, já que o princípio dispositivo deve as partes impulsionem o processo, conquanto que o princípio inquisitivo

autoriza que o juiz o faça. Portanto, na matéria de provas deve preponderar o princípio dispositivo.

2.1.1.3 Princípio da verdade real

A busca da verdade real ou material deve ser buscada nos processos em geral, já que a motivação da decisão do juízo irá fundar-se, na verdade, dos fatos que promoveram o litígio, e não em uma verdade presumida criadas por um padrão de avaliação sobre as provas apresentadas.

Segundo Ribeiro e Ribeiro (2005, p.269), “busca-se, incessantemente, na relação processual, a verdade real dos fatos que deram origem ao litígio”.

De acordo com Theodoro Júnior (2009, p.31), “não elimina o seu compromisso com a verdade real, pois, antes de acolher qualquer presunção, a lei sempre oferece à parte oportunidade de alegar e provar a efetiva veracidade dos fatos relevantes à acolhida da ação ou defesa”.

Conforme visto, o princípio da busca da verdade real ou material dos fatos é de grande importância para o direito probatório, pois o juízo deve motivar sua decisão acerca da composição do litígio.

2.1.1.4 Princípio da isonomia

A Constituição Federal em seu art. 5º, *caput*, deixou expresso que todos são iguais perante a lei. De igual modo, o CPC traz em seu art. 139, I, que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento”.

O artigo em comento trata sobre a aplicabilidade da isonomia entre as partes, apresenta expressa determinação de assegurar às partes esse tratamento igualitário, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Neste íterim, a igualdade que deve haver entre as partes está atrelada ao princípio constitucional da isonomia, que para Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p.59), tem o significado de que “as partes e os seus procuradores possam ser tratados iguais, sem diferenças, dispondo das mesmas garantias processuais”.

De tal maneira, Gonçalves (2020, p.56) dispõe que “sob o ponto de vista processual, a isonomia revela-se pela necessidade de dar às partes tratamento igualitário, ficando-lhes

assegurada a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais (art. 7º do CPC)”.

Logo, “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (Nery Junior, 2004, p.72)

“O juiz deve conduzir o processo de maneira tal que garanta a igualdade das partes, dando-lhes as mesmas oportunidades de manifestação, e decidindo a questão posta em juízo de forma que assegure a isonomia. A busca da igualdade substancial vai exigir do julgador que, muitas vezes, seja mais tolerante com um dos litigantes, desde que observe desequilíbrio econômico ou técnico entre eles. Deve o juiz ser mais paciente com pequenas falhas formais que a parte mais fraca ou o seu advogado perpetrem e examinar com mais condescendência as provas por ela produzidas. Não se trata, evidentemente, de perder a imparcialidade. Muito ao contrário, é por meio desse tratamento desigual que o magistrado poderá assegurar um resultado mais justo, o que mostra que os princípios da igualdade e da imparcialidade interagem.” (Gonçalves, 2020, p.57)

Deste modo, é necessário que se busque uma igualdade substancial, que seja possível fazer com que os sujeitos de diferentes condições sociais ou econômicas consigam se igualar, isto é, que possibilite um equilíbrio processual entre as partes na relação processual.

2.1.1.5 Princípio da proibição da prova ilícita

O princípio da proibição da prova ilícita possui previsão constitucional em seu art. 5º inciso LVI, prevendo a inadmissibilidade, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Atenta-se que o princípio se refere a proibição da forma de obtenção probatória, isto é, em caso de prova obtida por meio ilícito, logo, tornar-se-á ilícitas, sendo nulas.

Para Didier Jr. (2011, p.33), “o conceito de prova ilícita é amplo, alcançando aquela prova que ‘contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto os bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito”.

Tal princípio não é absoluto, apesar de consubstanciado pela CF, uma vez que há possibilidade de se admitir o uso de provas ilícitas.

Entende-se que, a prova ilícita deve ser utilizada para comprovar fatos que comprovem a verdade real, de outro lado, a prevalência do princípio da proporcionalidade para a solução do conflito.

Para Nery Junior (2004, p.198), deve-se garantir que “o princípio da proporcionalidade seja aplicado no uso da prova ilícita, contudo, que o bem da vida, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova”.

Ademais, aplica-se o entendimento do CPC/2015, em seu art. 372, em que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Deste modo, o uso da prova ilícita se torna válido quando for para comprovar um fato, situação que na ausência de sua apresentação a parte que precisasse provar o fato teria risco iminente de prejuízo, já que os fatos iniciais se tornariam irrefutáveis em contestação, atribuindo valor probatório a convicção do juízo.

2.1.2 A prova emprestada no CPC

A prova em regra deve ser realizada dentro do processo em que será utilizada para convicção do juízo. Assim, a prova emprestada segundo Pinho (2020, p.752), “é aquela que, tendo sido produzida em determinado processo (comunhão interna), ingressa em outro, para o qual não foi originalmente produzida (comunhão externa), como prova documental, mas tem potencialidade de utilização e convencimento de sua natureza originária (testemunhal, pericial, etc.)”.

Segundo Neves (2016, p.1015) “em determinados casos, entretanto, em respeito ao princípio da economia processual, é possível aplicar no processo prova já produzida em outro processo, em fenômeno conhecido por “prova emprestada””.

O CPC trouxe em sua atualização de 2015 a previsão expressa da prova emprestada no art. 372, embora aceite na doutrina e jurisprudência, não havia previsão no CPC de 1973. Assim, o artigo supracitado dispôs que, “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Para Neves (2016, p.1017), “por não prever expressamente se o contraditório exigido diz respeito ao processo de origem, de destino, ou a ambos, a divergência doutrinária e a tendência jurisprudencial já existentes não tiveram modificações”.

Sendo assim, a prova emprestada será transportada de forma documental com valor originário, como se produzida no processo primitivo.

Destaca-se que o CPC na atualização de 2015 manteve a utilização de prova atípica, que em regra aceita a atipicidade dos meios de prova, situação diversa do CPP, que não possui previsão sobre a utilização de prova atípica, mas que a prova emprestada poderá ser utilizada por analogia, no Código de Processo Penal em seu art. 3.º.

“Cada um dos meios tem seu modo e o momento oportuno para sua produção. Discute-se, hoje, sobre a possibilidade de produção de provas atípicas. São as que não estão previstas no ordenamento jurídico, ainda que lícitas. O nosso art. 369 não permite dúvidas a respeito: o rol de provas mencionado na lei é *numerus apertus*. Como exemplos de provas atípicas podem ser citados a prova emprestada, as constatações feitas por oficial de justiça e até, em casos excepcionais, o comportamento extraprocessual das partes, como entrevistas concedidas à imprensa, que, a princípio irrelevantes, podem eventualmente ajudar na formação da convicção judicial”. (Gonçalves, 2020, p.83)

“E ainda que vozes, diga-se, isoladas, defendam a taxatividade, não é o que prevalece, até mesmo porque a limitação dos meios de prova afrontaria a ampla defesa, princípio com sede constitucional.” (Pinho, 2020, p.753)

Ressaltava-se a importância de dispor as partes a possibilidade de confronto, já que a prova atípica em processo civil disponibiliza as partes todos os meios legais, bem como os legítimos, ainda que não sejam especificados no CPC.

Para Pinho (2020, p.753), “as provas atípicas têm valoração livre, mas condicionada à motivação do julgador. Nem o Código de Processo Civil de 1973, tampouco o Código de Processo Penal vigente, dispensam tratamento sobre a prova emprestada”.

Portanto, não se verifica no CPC taxatividade para produção da prova emprestada, porém, com restrições impostas pela doutrina e jurisprudência limitando o seu alcance. Como exemplo, a Súmula 591 do Superior Tribunal de Justiça, dispõe: “É permitida a “prova emprestada” no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”.

Assim, a prova emprestada busca aproveitar fatos probatórios, evitando sua reprodução, gerando economia processual, já que numa eventual reprodução os fatos não serão de igual modo o que justifica o uso da prova emprestada.

Ademais, o juízo possui deliberação para valorar a prova emprestada, ou seja, é livre para atribuir o valor que entender razoável, não se vinculando ao que fora produzido no

processo originário, como também poderá não valorar a prova emprestada, desqualificando-a para o seu convencimento, caso se entenda pela sua inutilidade probatória.

Hartmann (2020, p.338), aduz que “o CPC (art. 372) passa a admitir, expressamente, o uso da “prova emprestada”, que é uma expressão utilizada quando se junta no processo judicial prova que tenha sido produzida em outro processo ou procedimento administrativo”.

Entretanto, o CPC em seu art. 372 só exige que haja observância do contraditório na produção da prova emprestada, com isto, tem-se a previsão na CF em seu art. 5º, inciso LV e no art. 9º do CPC, este princípio ao ser negligenciado pode-se dizer que não haverá processo, já que não houve contraditório.

“Apesar da inegável importância da possibilidade aberta às partes de se aproveitarem de prova já produzida em outro processo, há corrente doutrinária que afirma ser imprescindível que a prova tenha sido produzida entre as mesmas partes, sob pena de infração ao princípio do contraditório.” (Neves, 2016, p.1016)

De tal modo, Pinho (2020, p.754) expõe que “a importância do princípio do contraditório valorizou-se ainda mais com o seu prestígio pelas Cortes Internacionais que, em sua jurisprudência, vêm considerando o princípio do contraditório como parte integrante dos direitos humanos”.

Observa-se uma valoração ao respeito do princípio do contraditório, pois impõe a necessidade de dispor as partes do processo o acesso às provas que estão a ser produzidas, propondo oportunidade de defesa.

“Parece correto entender que o contraditório é o limite da utilização da prova emprestada, mas esse limite deve ser analisado no caso concreto, sendo admissível que a parte que não participou da produção da prova pretenda utilizá-la contra a parte que o fez. O contraditório é justamente a conjugação da informação + possibilidade de reação + poder de influência, e caso a parte abra mão dessa reação nada haverá de irregular ou viciado. Imagine-se uma ação civil pública movida pelo Ministério Público contra uma empresa de petróleo em razão de poluição ambiental em alguma região litorânea. A perícia realizada é francamente favorável ao Ministério Público, indicando a poluição e a responsabilidade da empresa. Caso os pescadores da localidade tenham ações individuais contra a empresa poluidora cobrando seus prejuízos em razão do mesmo fato, é inegável que poderão emprestar a prova pericial produzida em processo do qual não participaram.” (Talamini *apud* Neves, 2016, p.1016).

“Esse princípio impõe que, ao longo do procedimento, seja observado verdadeiro diálogo, com participação das partes. Representa, então, a garantia não apenas de ter ciência de todos os atos processuais, mas de ser ouvido, possibilitando a influência na decisão”. (Pinho, 2020, p.754)

De acordo com Hartmann (2020, p.338), “logo, apresentado aos autos a prova emprestada, ou seja, aquela produzida em outro processo ou procedimento administrativo, o magistrado intimará a parte contrária para que se manifeste sobre a mesma, preservando o contraditório exigido pelo novel dispositivo”.

De acordo com Pinho (2020, p.745), ainda se tem muitos pontos de tensão no que se refere à prova emprestada. Pois, “as provas documentais podem ser facilmente trasladadas, inclusive nos casos em que há partes diferentes no processo do qual foi emprestada, pois, se trata de prova pré-constituída”.

“[...] Nesse caso, não há autêntica prova emprestada. As provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento preexistentes ao processo, sendo criadas em procedimentos extraprocessuais. Posteriormente, são apenas juntadas aos autos e submetidas ao contraditório. E as provas constituídas são constituídas e produzidas com atos do processo, sendo formadas em contraditório de partes e perante um juiz terceiro e imparcial. É o caso da prova oral, da pericial e da inspeção judicial. O empréstimo das provas constituídas deve ser apreciado com acuidade.” (Pinho, 2020, p.754)

Observa-se que se houver contraditório entre as partes no processo na qual a prova foi produzida, assim, não se terá problema em seu empréstimo. Ocorre que, se nessa transposição a prova foi produzida entre partes diferentes, surge uma complexidade.

Interessante ressaltar, que Pinho (2020, p.755) traz o entendimento de Pellegrini Grinover, cujo aduz a necessidade de preservação de dois princípios, que se traduzem em requisitos.

Para o autor acima, o primeiro requisito será o de “admissibilidade da prova emprestada, onde sua produção deve ser oriunda de processo formado com as mesmas partes, já que na ausência de uma das partes recai em ofensa ao contraditório, uma vez que as partes possuem o direito de participar de sua produção, em conformidade ao art. 5º, inciso LV da CF”.

Ademais, a CF em seu art. 5º, inciso LIII, traz a presença do princípio do juiz natural, assim, em similitude, o contraditório deve ser realizado no processo originário perante o juiz que também deverá ser o julgador da segunda ação.

Outrossim, além da observância dos princípios que regem a prova, seja no processo originário que teve a produção da prova, sendo testemunha, documental, pericial, etc., como no processo ulterior o respeito aos princípios que orienta a prova documental, ao processo que lhe foi transferida.

De acordo com Pinho (2020), na prova emprestada há uma ponderação que deve ser realizada, verifica-se que há situações que podem ocorrer em seu traslado:

“[...] como o caso de os litigantes serem iguais, um dos litigantes ser diferente ou ambos os litigantes são diferentes. Nessa primeira situação, não se terá qualquer controvérsia sobre o uso da prova emprestada, na segunda hipótese, no caso de um dos litigantes ser diferente não deverá ter eficácia, pois a parte contrária não teve participação em sua produção, mas pode ser utilizada como adminículo probatório que aja na convicção do magistrado, por fim, quando os litigantes forem diferentes, logo, não deve ser admitida.” (Pinho, 2020, p.756)

É salutar que Pinho (2020) se posiciona de forma mais permissiva, adere à posição de que somente a parte que será prejudicada pela prova emprestada deve figurar nos dois processos. Assim, no caso da prova colhida em que não houve a participação da parte que será prejudicada por ela, o juiz deve avaliar se a sua valoração probatória deve ser relevante face o baixo grau de contraditório. Portanto, o magistrado não deve limitar o uso da prova quando houver participação idêntica das partes e objeto da prova, pois o instituto da prova emprestada entraria em xeque. Diferente de Neves (2016) e Gonçalves (2020), que não demonstram a posição favorável ao processo.

Portanto, em atribuição perfunctória se percebe que a parte que será prejudicada poderá suscitar nulidade da prova, isso se acaso não tiver sido parte do contraditório no processo originário, considerando mais adequado a posição que fora adotada por Pinho (2020), uma vez que se as partes do processo forem diferentes no processo em que teve a elaboração da prova o contraditório ficará fragilizado, pois, já houve a produção probatória e não será possível realizar questionamentos a respeito dos meios para obtenção do resultado.

2.2 No direito processual penal

2.2.1 Princípios processuais aplicáveis à prova

No entendimento de Dezem (2020, p.596) “vários são os princípios aplicáveis às provas no processo penal. É importante notar que estes princípios não se excluem mutuamente. Embora analisados separadamente, estes princípios devem ser aplicados de maneira conjunta na solução dos temas referente à prova”.

Portanto, abaixo discorrerá sobre princípios apresentados em concordância na literatura, como também a diversificação que há entre autores, pois alguns deixaram de acrescentar determinados princípios aplicáveis à prova.

2.2.1.1 Princípio da autorresponsabilidade das partes

A autorresponsabilidade das partes atribui que cada parte que alega um fato deverá provar, isto é, a parte será responsável pela produção da prova.

Nesse sentido Dezem (2020, p.596), aduz que “tal princípio leva em conta a ideia da prova como ônus e, então, significa que cada um dos sujeitos processuais é responsável pelas consequências de sua inatividade”.

Demais autores pesquisados não trouxeram este princípio relacionado a produção probatória. Embora, entendem que tal princípio possui relação com os ritos processuais, assim, verifica-se uma diretiva mais acertada de Dezem (2020), pois o princípio demonstra que a parte deve arcar com o ônus da sua inatividade, erros e negligência, já que deverá realizar em juízo a comprovação daquilo que entenda necessário.

2.2.1.2 Princípio da aquisição ou comunhão da prova

Trata-se de um princípio de que a prova não é exclusiva de apenas uma das partes, assim, Dezem (2020, p.596) aduz que, “em verdade, a prova colhida serve ao processo e, portanto, serve tanto à acusação, à defesa e ao juiz”.

Para Rangel (2020, p.426), a “palavra comunhão significa ato ou efeito de comungar, participação em comum em crenças, ideias ou interesses”.

“Se considerarmos que a conexão implica reunião das infrações penais para julgamento simultâneo, a prova passará a integrar o mesmo processo. Logo, se o caso penal de determinado processo é composto por dois crimes conexos, ainda que a medida probatória restritiva de direitos fundamentais seja determinada para apurar apenas um dos crimes, é inevitável que o material probatório ingresse no processo regido pelo princípio da comunhão da prova, de modo que passará a ser “prova do processo”, podendo ser utilizada por ambas as partes e em relação a todos os fatos lá apurados.” (Lopes Jr., 2020, p.621)

“Referindo-se à prova, portanto, quer-se dizer que a mesma, uma vez no processo, fica disponível aos sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante ter sido levada apenas por um deles.” (Rangel, 2020, p.426)

De acordo com o autor supra, a Lei nº 11.719/2008 excepciona a prova testemunhal: se o Ministério Público arrola Tício como testemunha, pode desistir de sua oitiva sem o consentimento da parte contrária e vice-versa, salvo o juiz que poderá ouvir a testemunha, se quiser (art. 401, §2º, CPP).

“Uma vez trazidas aos autos, as provas não mais pertencem à parte que as acostou, mas sim ao processo, podendo, desse modo, ser utilizadas por quaisquer dos intervenientes, seja o juiz, sejam as demais partes. Em nome dessa sistemática, por exemplo, é que não se pode, em tese, admitir a desistência da oitiva de testemunha arrolada por um dos polos sem a anuência do outro, pouco importando se quem a arrolou foi a acusação ou a defesa.” (Avena, 2017, p.317-318)

Merece atenção ao fato de que a prova faz parte do processo, pois qualquer das partes poderá produzir, assim, ao ser inserida ao processo qualquer das partes poderá utilizar, prevalecendo o princípio da comunhão da prova.

Neste íterim, Rangel (2020, p.426) alude que o princípio da comunhão da prova “é um consectário lógico dos princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico-processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado aos autos”.

Portanto, a lei possibilita que o magistrado ouça quem quiser, mesmo se as partes desistirem da oitiva. Rangel (2020, p.426) traz um exemplo:

“A parte (autor ou a defesa, não importa) junta aos autos um documento que, a princípio, é-lhe favorável. Porém, após determinada reflexão, percebe que aquele documento poderá lhe acarretar prejuízos. Nesse caso, não tem o direito de retirar o documento dos autos sem o consentimento da parte contrária, e, mesmo que com o assentimento desta, pode o juiz resolver avaliar o documento para posterior valoração.”

Deste modo, são poucos autores que discorrem sobre o princípio, assim, tem-se uma relação os princípios da verdade processual e da igualdade das partes, já que as provas que forem produzidas ou inseridas, serão compartilhadas entre as partes e terá uma prevalência pelo magistrado, estabelecendo a aplicação do princípio da comunhão das provas.

2.2.1.3 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade segundo Dezem (2020, p.597) “é formada por outros quatro princípios: (i) princípio da imediação; (ii) princípio da concentração dos atos processuais; (iii) identidade física do juiz; (iv) irrecorribilidade das decisões interlocutórias”. Tem-se uma junção de princípios para a formação do princípio da oralidade.

Assim,

“Com as reformas trazidas pelas Leis n.º 11.719/08 e Lei nº 11.689/08, a oralidade também passou a ser regra dentro do procedimento comum, repercutindo inclusive no âmbito do sistema probatório. Com base nesse postulado, a regra é que as provas serão produzidas oralmente, na presença do juiz, devendo ser observada a **identidade física do juízo (art. 399, parágrafo 2º do CPP)**, aplicável ao processo penal.” (Coelho, 2020, p.337)

O art. 399, §2º do CPP, positiva o princípio da identidade física do juiz o processo penal, inexistente antes da lei 11.719/2008. Segundo Dezem (2020, p.597), trata-se de salutar “inovação do legislador, de há muito requerida pela doutrina e pela própria jurisprudência”.

Portanto, a aproximação da produção da prova probatória com o magistrado do caso, possibilita uma dinamicidade com a instrução processual.

“Além do já mencionado (sub)princípio da identidade física do juízo, podemos destacar a (i) concentração, segundo a qual as provas deverão ser prioritariamente produzidas em única audiência ou no menor número possível (art. 400, §1 do CPP), a (ii) imediatidade ou imediação, segundo a qual o juiz deve ter contato direto com as provas no momento de sua produção, além também da (iii) irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Essa última é uma regra estabelecida para evitar sucessivas e constantes interrupções de marcha processual. De modo a compatibilizar isso com a ampla defesa, deve-se ter em mente ser possível atacar tais decisões através de ações autônomas de impugnação (ex.: habeas corpus e mandado de segurança) ou mesmo de trazer tais irresignações em preliminares de eventual futura apelação criminal.” (Coelho, 2020, p.337)

Neste ínterim, “tanto quanto possível, as provas devem ser realizadas oralmente, na presença do juiz. Isto existe para que, nos momentos relevantes do processo, predomine a palavra falada, possibilitando-se ao magistrado participar dos atos de obtenção da prova”. (Avena, 2017, p.317)

Destarte, o princípio da oralidade em conectividade ao princípio da identidade física do juiz, estabelece que este irá realizar a instrução e deverá sentenciar, positivando o princípio da oralidade.

2.2.1.4 Princípio da verdade real

O princípio da verdade real aclara o fato praticado como uma rememoração, em idêntico acontecimento, trazendo consigo uma verdade a qual necessita ser exposta, pois sem ela não haveria fato a ser enfrentado em uma acusação.

Para Dezem (2020, p.598) “a questão da verdade real normalmente é vista a partir da lição clássica de distinção entre verdade material (real, substancial) e sua dicotomia com a verdade formal”.

Assim, segundo Coelho (2020, p.312), “o valor “verdade real”, paulatinamente, galgou importância superior à proteção da liberdade individual, legitimando o juiz instrutor, que investigada, fragilizando a imparcialidade”.

Segundo Pacelli (2020, p.422), “o chamado princípio da verdade real ainda rende inúmeros frutos aos aplicadores do Código de Processo Penal, geralmente sob o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal. A gravidade das questões penais seria

suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil”.

Para o autor supramencionado, “a busca da verdade real, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade”.

“Com o advento da CF de 1988, essa verdade real, material ou substancial não mais encontra guarida, em face da adoção do Sistema Acusatório no processo penal, exigindo-se o redimensionamento de vários institutos ligados à produção da prova, sobretudo no que respeita à iniciativa probatória do juiz. A separação das funções, a gestão da prova e a imparcialidade do julgador são pedras angulares do sistema acusatório, demandando uma nova conformação da ideia de verdade.” (Coelho, 2020, p.312)

Nesse sentido, Lima (2020, p.70), aduz que, no processo penal, “vigorava o princípio da verdade material, também conhecido como princípio da verdade substancial ou real. A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado.”

Para Lima (2020) essa busca da verdade material se justificava com a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual.

Outrossim, Coelho (2020) e Lima (2020) retratam a verdade real como verdade material ou substancial, que por ora foi utilizada no processo penal na época em que predominava o sistema inquisitivo, atualmente se entende que há um equívoco ao se equiparar com a verdade material, já que esta está presente no conjunto probatório apresentado nos autos, inseridos pelas partes do processo, especificadamente na seara civil, diversa do direito penal.

Neste sentido, Lopes Jr. (2020, p.423-424) clarifica que:

“Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 341, CPC/2015), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete

à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material.”

Desta forma, a verdade real tornou-se relativizada, já que não é possível ter a verdade absoluta, pois os fatos não podem ser reproduzidos de igual forma, o que leva a se utilizar a expressão da verdade possível.

Assim, “desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica”. (Pacelli, 2020, p.422)

Acerca da inutilidade na distinção entre verdade material e verdade formal comporta registrar a lição de Marco Antonio de Barros (*apud* Dezem, 2020, p.598):

“Já não se atribui sentido lógico e útil ao emprego das expressões ‘princípios da verdade material’ e ‘princípio da verdade formal’, notadamente porque destituídos de base científico que justifique a distinção por eles enunciada. Tais princípios perderam aquele encanto que seduziu intensamente a doutrina antiga, pois, seja no processo civil, seja no processo penal, interessa hoje pura e simplesmente descobrir a verdade, atributo de um juízo racional no qual firma-se a certeza do julgador. E a verdade possível de ser descoberta na ação penal é apenas e tão somente a ‘verdade processual’.”

De tal modo Lopes Jr. (2020, p.564):

“[...] há o mito da verdade real, pois é intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor). O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade.”

Assim, Dezem (2020, p.600) se posiciona em admitir que é impossível uma “reconstrução história dos fatos tais como se deram, eleva a responsabilidade das partes na produção probatória. Assim, em análise sobre o que está a ser produzido no processo, pode-se dizer que não se chegará à verdade real, mas sim a uma verdade substancial que eleva a convicção do magistrado sobre os fatos”.

Neste sentido, tem-se o entendimento de Ferrajoli (*apud* Lopes Jr., 2020, p.564):

“[...] que a verdade substancial, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognoscitivismo ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.”

Destarte, a legitimação da verdade será formal ou processual, já que é necessário o respeito das regras que considere as circunstâncias, no aspecto penal, relevante.

“A verdade formal surge em contraposição à verdade material e encontra a sua melhor expressão no brocado latino *quod non est in actis non est in mundo*, que significa o que não está nos autos não está no mundo. Diante princípio da verdade formal, a decisão do juiz deve se pautar pela prova constante nos autos processuais. Parece que a verdade formal é aquela espelhada no processo – nas provas coligidas –, que pode ou não ter correspondência com os fatos que aconteceram no mundo externo ao processo.” (Grubba, 2017, p.273)

Segundo Grubba (2017, p.273), “a noção de verdade formal é própria do processo penal acusatório, no qual a gestão das provas está nas mãos das partes – ministério público e defesa – e a sentença deve se fundar nessas provas coligidas”.

“A verdade processual não pretende ser a verdade. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial.” (Ferrajoli *apud* Lopes Jr., 2020)

De acordo com Grubba (2017, p.283), “parece ser possível afirmar que o processo penal, enquanto instrumento de garantia, não busca uma verdade formal ou material, mas busca um conhecimento proposicional bem justificado para ancorar a decisão judicial”.

Deste modo, não se pretende realizar a distinção entre os aspectos conflitantes doutrinários, mas sim esclarecer que por mais que não se atinja a verdade absoluta não quer dizer que há impossibilidade de se ter uma direção correta no processo, o que ocasiona o reconhecimento da verdade sobre os fatos.

2.2.1.5 Princípio da liberdade probatória

A atuação do princípio traz um duplo aspecto, pois age no objeto da prova e em seus mecanismos probatórios.

Segundo Rangel (2020, p.426) o princípio da liberdade da prova “é um consectário lógico do princípio da verdade processual, ou seja, se o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, óbvio nos parece que tem toda a liberdade de agir, com o fim de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica que for cabível”.

Em acordo com Eugênio Florian (*apud* Dezem, 2020, p.600), “todos los objetos pueden ser llevados a prueba en el proceso y con cualquier medio probatorio, con tal que no lo prohíba la ley ni se opongan a él los principios de nuestro sistema jurídico o las leyes de la moral social”. Também Cafferata Nores afirma que no princípio da liberdade probatória tem-se a ideia de que “em el proceso penal todo puede ser probado y por cualquier medio de prueba”¹.

Verifica-se que a prova pode ser produzida por qualquer meio no processo, possuindo seu valor probante e valorativo pelo juízo, aplicando-se os princípios constitucionais em garantia de uma ordem social, o que garante as partes a legítima garantia de que poderá produzir as provas que lhe achar necessárias.

De igual modo, Coelho (2020, p. 338) aduz que o “princípio da liberdade probatória não se trata de um mandamento absoluto, ao contrário, comporta – importantes – exceções. Em sua essência, tem-se que a carga probatória recai entre as partes do processo penal”.

¹ Tradução livre: todos os objetos podem ser testados no processo e com qualquer evidência, desde que a lei não o proíba ou os princípios do nosso ordenamento jurídico ou as leis da moral social se oponham a isso”. Também Cafferata Nores afirma que não existe o princípio da liberdade probatória devido à ideia de que “no processo penal tudo pode ser provado e por qualquer meio de prova”.

Destarte, deve-se ponderar que não há uma ampla e irrestrita liberdade probatória, mas sim que deve quem acuse detenha de um maior grau, conquanto que quem se defende possua menor grau, nas limitações probatórias.

Assim, destaca-se “como limitações probatórias o uso da prova ilícita e a violação das chamadas *privileges*, por exemplo, o privilégio do sigilo na relação advogado cliente”. (Dezem, 2020, p.600)

“A liberdade da prova, portanto, não é absoluta, pois muitas vezes o juiz estará coarctado em sua pesquisa sobre a verdade dos fatos. O fundamento dessa limitação está em que a lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato, mesmo que seja ilícito. Pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito.” (Rangel, 2020, p.426)

Observa-se que essa liberdade possui restrição, o juiz poderá com base na lei intervir na produção de provas ilícitas, garantido as partes um processo justo.

De toda forma, “a carga probatória recairá prioritariamente entre as partes no processo penal, não havendo que se falar em limitação às modalidades e espécies probatórias expressamente previstas na legislação vigente”.

Portanto, estará diante de uma prova que fora admitida no processo, mas é contrária aos preceitos constitucionais, especialmente ao da dignidade da pessoa humana.

2.2.1.6 Princípio do *nemo tenetur se detegere* (vedação da produção de prova contra si próprio, princípio da não autoincriminação ou *nemo tenetur se ipsum accusare*)

Tal princípio não está expresso na Constituição, mas em interpretação sistemática se observa sua previsão no art. 5º, LXII, o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado.

De acordo com Pacelli (2020, p.483), “o princípio atua ainda na tutela da integridade física do réu, na medida em que autoriza expressamente a não participação dele na formação da culpa. Atua no controle da qualidade e idoneidade do material probatório, bem como no controle da motivação das decisões judiciais, sobretudo as condenatórias”.

Segundo Dezem (2020, p.602) “não é possível obrigar o indiciado ou o acusado de qualquer crime a submeter-se coercitivamente a exames de DNA. Bafômetro e todos os demais que dependam de sua colaboração”.

Do mesmo modo, Coelho (2020, p.325), o princípio possui o significado de que “ninguém pode ser obrigado a colaborar para sua própria destruição, o que no âmbito processual deve ser compreendido como a colaboração para comprovar sua autoria, participação ou materialidade delitiva”.

Outrossim, “do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado”. (Lopes Jr., 2020, p.154-156)

Portanto, trata-se de um princípio de fácil atenção, pois dispõe ao indiciado ou acusado o direito de não se incriminar, isto é, de não fazer prova contra si, já que quem acusa deverá apresentar as provas contundentes e robusta sobre o delito ora imputado, de outra forma, o sujeito passivo ao se omitir na colaboração não poderá sofrer nenhum prejuízo jurídico, já que está a exercer o seu direito de silêncio.

2.2.1.7 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência está expresso na Constituição, em seu art. 5º, LVII, considerando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, também é tema debatida em convenções e tratados internacionais, com inúmeras repercussões e debates.

Segundo Bechara (2011, p.318), “o princípio deve ser entendido como a garantia de que o estado geral de inocência somente será quebrado a partir da observância do devido processo legal e de todas as garantias incidentes sobre a disciplina do processo”.

Para Coelho (2020, p.316), “a Constituição exige o tratamento como “não culpável” até o trânsito em julgado, ao passo que a Convenção Americana de Direitos Humanos trata a presunção de inocência até que seja legalmente comprovada a sua culpa”.

Tem-se a ideia de que se trata do duplo grau de jurisdição, cujo limite da duração dessa presunção de inocência cessará ao passo do trânsito em julgado da condenação.

Ademais, “implica uma restrição cognitiva, na medida em que veda qualquer afirmação definitiva de culpabilidade senão após o trânsito em julgado da condenação e a consequente observância dos respectivos efeitos principais e secundários”. (Bechara, 2011, p.318)

Assim, o objetivo, “primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu *estado natural*, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu”. (Nucci, 2020, p.7)

No direito processual penal, teve atenção ao momento da possibilidade de prisão do acusado, visto que a sua presunção de inocência cederia diante de provas ou fatos que lhe aponte autor do delito.

A lei n.º 12.403/2011, alterou a redação do art. 283² do CPP, impede que se tenha a prisão em decorrência da sentença penal condenatória, necessário o trânsito em julgado, ou que no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Houve uma modificação no artigo supramencionado pela lei n.º 13.964/2019³, conhecida como pacote anticrime, em que altera parte do texto legal. De acordo com Rangel (2020, p.21), “a constituição não presume a inocência, mas declara que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (art. 5º, LVII)”.

Nesse sentido, para o autor supra o que difere é a certeza da culpa, o que não coloca o acusado presumidamente inocente.

Para Dezem (2020, p.607), “em verdade não há presunção alguma. Melhor se mostra falar em *status* de inocência, ou seja, o acusado mantém o *status* de inocente durante todo o processo, até que haja o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

“[...] a presunção de inocência deve conduzir a uma pré-ocupação dos espaços mentais decisórios do juiz, gerando uma respectiva preocupação, por parte do juiz, em assim tratar o acusado até que a acusação derrube a presunção, comprovando a autoria e a materialidade do crime. Sempre recordando que no processo penal não existe distribuição de cargas probatórias, senão atribuição, exclusiva, ao acusador. Não há que se fazer analogias com o processo civil, uma vez mais advertimos.” (Martins *apud* Lopes Jr., 2020, p.590)

² CPP. Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403/2011)

³ CPP. Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Assim, a presunção de inocência demonstra ser um *status* sobre o acusado, pois até que venha sentença condenatória definitiva não poderá ser classificado como culpado.

2.2.1.8 Princípio da audiência contraditória

Trata-se do princípio que admite uma contraprova e na literatura utilizada somente por Dezem (2020, p.608) trouxe esse princípio em relação à prova, dispondo que “não sendo admissível a produção de qualquer prova sem o conhecimento e a atuação da parte contrária”.

Assim, possui relevância processual, pois as partes devem ter conhecimento de que tipo de prova está sendo juntada ao processo, uma vez que a sua ausência de conhecimento também ofenderia o princípio do contraditório.

2.2.2 A prova emprestada no CPP

A prova emprestada é aquela “tomada de um processo, em que foi originalmente produzida, para também gerar efeitos em outro processo, em atenção ao direito à prova das partes ou em razão de economia processual” (Demczuk, 2012, p.285)

Segundo Lopes Jr. (2020, p.614), “a prova emprestada entende-se aquela obtida a partir de outra, originariamente produzida em processo diverso”. De tal modo, Pacelli (2020, p.465), “a prova emprestada é a prova obtida a partir de outra produzida em processo distinto”.

Para Dezem (2020, p.614), dispõe que “prova emprestada designa a utilização da prova em um processo que fora produzida em outro processo. Este transporte da prova de um processo para o outro é feito pela forma documental”.

“Como prova emprestada compreende-se aquela que, produzida originariamente em um determinado processo, vem a ser apresentada, documentalmente, em outro. Para que seja admissível, é preciso que ambos os feitos envolvam as mesmas partes e que, na respectiva produção, tenha sido observado o contraditório. Satisfeitas estas duas condições, terá a prova emprestada o mesmo valor das demais provas realizadas dentro do processo. Ausentes, contudo, perderá muito de seu valor probatório, devendo ser considerada como simples indício.” (Avena, 2017, p.326)

De acordo com Coelho (2020, p.371), “quando falamos em **prova emprestada** estamos a nos referir àquela utilizada em processo diverso daquele em foi efetivamente produzida. Nesse cenário, a prova emprestada ostentará sempre a **forma documentada**” (sic).

Para Nucci (2020, p.232) a prova emprestada “é aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão.”

De tal modo, Rangel (2020, p.447) diz que a prova emprestada “é aquela que foi produzida em um processo e trasladada (transferida) para outro”.

Veja, que há uma manutenção conceitual no empréstimo da prova, trata-se de uma transferência das provas produzidas em um processo findo ou em andamento para outro que se encontra em andamento.

Segundo Nucci (2020), 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 em que a prova foi efetivamente produzida. Ex.: o depoimento de uma testemunha pode ser extraído de um feito e juntado em outro, mas torna-se indispensável saber se se tratava das mesmas partes envolvidas, pois, do contrário, deve a testemunha ser novamente inquirida, permitindo-se que a parte ausente promova as suas reperguntas. Solução diversa iria ferir o devido processo legal.”
(Nucci, 2020, p.232)

Interessante o posicionamento de Nucci, pois apresenta que é necessário o conhecimento estar a conhecimento do juiz a origem da prova, e suas peculiaridades que fora produzida no processo, ou seja, deve além da apresentação da prova de outro processo, torna-se obrigatório o conhecimento de como essa prova teve sua produção probatória, já que é possível que o devido processo legal tenha sido sucumbido ou despercebido por uma das partes, ensejando, desde logo, a nulidade da prova no processo em que se apresenta.

Ademais, aplica-se o entendimento do CPC/2015, em seu art. 372, em que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

De tal modo, também se entende que terá uma transferência documental entre processos, pois a prova produzida ingressará noutro processo, sem necessidade de a prova ser reproduzida

para uma reanálise fática, assim contém a força valorativa do juízo, apesar de que o juízo não necessariamente é obrigado a dar o idêntico valor que teve nos autos que foi produzida.

Contudo, a prova emprestada no CPP não é utilizada de qualquer modo, sendo necessário o preenchimento para procedibilidade, seguindo requisitos em que poderá se transportar noutro processo. Para Rangel (2020, p.447) “é necessário a aplicação de requisitos à prova emprestada, pois a prova ao ser transportada para o processo no qual se quer fazer a prova não tem a mesma eficácia que teve no processo do qual é originária”.

Destarte, Coelho (2020, p.371) também alude sobre a exigência de alguns requisitos, sendo:

- (i) a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante o juiz natural;
- (ii) a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo;
- (iii) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos;
- (iv) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo.

De acordo com Rangel (2020) “o uso da prova emprestada para ter a mesma eficácia é necessário exigir alguns requisitos, mormente quando se tratar de prova oral (testemunhos, interrogatórios, esclarecimentos orais dos peritos etc.)”.

“No caso do processo penal e de ação penal de iniciativa pública, deve ser entre o Ministério Público e o réu, digamos, Tício. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada, deve ser entre o ofendido e o réu, digamos, a título de exemplo, Caio. Pois, se a ação for proposta pelo representante legal do ofendido, pensamos não se tratar das mesmas partes. A lei processual penal, em seu art. 34, legitima o ofendido *ou* seu representante legal, portanto, dois são os legitimados. Nesse caso, se a ação originária foi proposta pelo ofendido em face de Caio e se quer transportar a prova para outro processo que foi instaurado pelo representante legal do ofendido em face de Caio, não temos as mesmas partes. Apenas o réu é o mesmo, porém o autor não. Tratando-se de partes diferentes, a prova emprestada não tem a mesma eficácia que tinha no processo original e, por isso, deve se submeter, no processo para o qual foi transferida, ao crivo do contraditório. Se a prova for testemunhal, o juiz deve marcar audiência para a oitiva dela para que as partes possam contraditá-las, pois o contraditório que houve no

processo original (de onde foi transferida) não foi entre as mesmas partes. Do contrário, servirá apenas como indício.” (Rangel, 2020, p.447)

Outro exemplo é citado por Pacelli (2020, p.465), em uma ação penal instaurada contra determinados réus:

“[...] é possível, por exemplo, que, no caso de morte de uma testemunha, a acusação obtenha uma certidão de inteiro teor do depoimento por ela prestado em outra ação penal, envolvendo os mesmos fatos e outros acusados. Essa prova, assim obtida, seria denominada emprestada, porque produzida efetivamente em outro processo.”

Em alusão, faz mais sentido a necessidade de as partes ser idênticas, pois transparece não existir ofensa aos principais princípios aplicados a prova. Veja-se, o princípio ao contraditório de uma testemunha, em que pese a instrução ter respeitado os princípios, a parte em que terá que abarcar a prova emprestada restará impossibilitada do contraditório, salvo, de uma nova oitiva, conforme preleciona Rangel.

Sendo essas polêmicas enfrentadas sobre a observância ao contraditório, para Coelho (2020, p.372), “como se pode considerar uma prova testemunhal o depoimento de uma testemunha que uma das partes não pôde contraditar, fazer o exame cruzado? Isso não seria possível!”.

Deste modo, a prova emprestada será um elemento de convicção quando as partes do processo tiveram participado de sua produção no processo em que fora produzida originariamente, resguardado o contraditório e o devido processo legal, logo, estando em consonância aos preceitos constitucionais e legais.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: A PROVA EMPRESTADA E O STJ E STF

3.1 A prova emprestada na jurisprudência do STJ

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é composto por, no mínimo, 33 ministros, distribuídos em 6 turmas, atua no cumprimento da legislação infraconstitucional, resguarda a correta aplicação das leis e consolida suas jurisprudência.

Na atualidade, o STJ possui 6 (seis) turmas, (1) uma primeira seção e (1) uma corte especial, considerados órgãos julgadores, com atuação de 33 ministros distribuídos.

A forma utilizada para pesquisa no site do STJ ocorreu do modo a seguir, no primeiro momento realizou-se uma pesquisa ampla, sem especificação do ramo processual, objeto de estudo da pesquisa, no campo de busca inseriram-se somente as palavras prova empresta. Com isso obtivemos 624 julgados⁴, todos distribuídos nas turmas, seções e corte especial.

Verifica-se a distribuição abaixo.

Tabela 1 – Quantidade de julgados sobre a prova emprestada no STJ

Primeira Turma	43
Segunda Turma	106
Terceira Turma	36
Quarta Turma	26
Quinta Turma	181
Sexta Turma	127
Primeira Seção	48
Terceira Seção	45
Corte Especial	12
TOTAL	624

Fonte: STJ, 2021.

Os julgados encontrados demonstram a totalidade de processos que tiveram apreciação sobre o uso da prova emprestada, sem delimitação temporal ou processual.

Assim, a pesquisa visa esclarecer o posicionamento adotado pelo STJ sobre o uso da prova emprestada no ramo do direito processual civil e penal. Importante destaque é que será

⁴ Consulta realizada na data de 30/janeiro/2021, no site www.stj.jus.br.

analisado o entendimento sobre o uso da prova emprestada com a aplicação do CPC de 1973 e o novo CPC de 2015, modificações significativas na seara processual civil, o CPC de 1939 não teve retorno de julgados. De tal modo, será realizado a análise do CPP/1941, embora haja constantes modificações processuais se buscará analisar os julgados considerados mais relevantes sobre o tema, com isto, compreender qual o entendimento aplicado pelo STJ com as modificações legislativas perante as turmas, seções e corte especial.

3.1.1 Análise jurisprudencial da prova emprestada no CPC

A análise do uso da prova emprestada com base no CPC traz um estudo sobre a jurisprudência do STJ, uma vez que o CPC que será apreciado será o de 1973 e o novo CPC de 2015, destaque que o CPC de 1939 não retornou dados sobre a existência de julgados com relação ao uso da prova emprestada.

Assim, no site do STJ utilizou-se no campo de pesquisa as palavras - prova emprestada – com a delimitação processual no campo de pesquisa avançada, ou seja, inserido no campo específico da busca em jurisprudência a limitação para o CPC/1973, posteriormente para o CPC/2015, cujo trouxeram julgados com a devida limitação processual.

Destarte, houve o retorno dos dados conforme tabela abaixo.

Tabela 2 – Quantidade de julgados sobre a prova emprestada no STJ com aplicação do CPC/1973 e CPC/2015

CPC/1973		CPC/2015	
Primeira Turma	11	Primeira Turma	2
Segunda Turma	47	Segunda Turma	5
Terceira Turma	27	Terceira Turma	1
Quarta Turma	14	Quarta Turma	3
Quinta Turma	28	Quinta Turma	13
Sexta Turma	3	Sexta Turma	3
Primeira Seção	3	Primeira Seção	1
Terceira Seção	6	Terceira Seção	-
Corte Especial	1	Corte Especial	1
TOTAL	140	TOTAL	29

Fonte: STJ, 2021.⁵

⁵ Consulta realizada na data de 30/janeiro/2021, no site www.stj.jus.br.

Em atenção aos dados obtidos no site do STJ, observa-se que houve redução significativa de casos analisados sobre o uso da prova emprestada. Assim, será analisado o posicionamento de cada uma das turmas, seções e corte especial, por fim, avaliará se as turmas seguem o mesmo posicionamento adotado na aplicação e uso da prova emprestada ou se há divergências.

3.1.1.1 Primeira Turma

A primeira turma do STJ de acordo com a pesquisa realizada, julgou 11 processos com a aplicação do CPC/1973 e 2 processos com a aplicação do CPC/2015.

Assim, será realizado uma análise crescente, apresentando julgados mais antigos, considerados relevantes, até os julgados mais recentes.

O primeiro⁶ julgado não se relaciona com o uso da prova emprestada, pois se trata de ação tributária em que o relator dispõe de que a interpretação que deverá ser emprestada de determinada lei, veja que está diante de uma analogia e não de empréstimo de prova que irá propor a solução da lide.

Houve o primeiro entendimento pela turma sobre o uso da prova emprestada no CPC/1973 em 18/03/2004. Trata-se de uma ação rescisória⁷ em que a parte buscava anulação

⁶ EDcl no REsp 273.765/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2001, DJ 04/02/2002, p. 297.

⁷ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. EXCEPCIONALIDADE. FALSIDADE APURADA ANTERIORMENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO RESCISÓRIA, SEM CONTRADITÓRIO E COM INFIRMAÇÃO DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA (ART. 474, DO CPC). SEGURANÇA JURÍDICA QUE IMPÕE PARA A DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO A EXATA TIPICIDADE ENTRE A HIPÓTESE DE CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA (ART. 485, VI, DO CPC). FALSIDADE COMPROVÁVEL EM PROCESSO CRIMINAL OU NO CURSO DA AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO BASEADA UNICAMENTE NA PROVA FALSA. INOCORRÊNCIA.

1. A ação rescisória é instrumento excepcional posto romper a coisa julgada, instrumento consubstanciador da promessa constitucional da "segurança jurídica". 2. Ação de ressarcimento procedente posto comprovada a fraude na alienação de ações com notável prejuízo para a entidade pública. 3. Alegação de prova falsa existente anteriormente à propositura da ação rescisória, obtida sem contraditório, por isso que unilateral e tardia. 4. Revelando-se instrumento de estrita utilização é mister para o acolhimento do *iudicium rescindens* que a prova seja produzida em processo criminal de falsidade ou no curso da ação rescisória, atributos que não ostenta a prova inquisitorial precedente à ação rescisória. 5. Fraude objetivamente atestada e imputável ao advogado da Prefeitura e irmão do prefeito, o que justificaria, no *iudicium rescisorium* a imputação da responsabilidade *in eligendo*. 6. Deveras, a sentença rescindenda baseou-se em outros documentos que não o supostamente falso, desconfigurando a causa petendi eleita para a ação rescisória, mercê de a referida e suposta prova falsa não ter sido produzida nem em processo criminal nem no curso da rescisória, por isso que imperiosa a prevalência da regra do art. 474, do CPC (*tantum iudicatum quantum disputatum debebat*) quanto à conclusão da ação rescisória, cuja condenação se pretende desconstituir. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp 471.732/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2004, DJ 19/04/2004, p. 154) (Grifei)

de sentença que utilizou prova forjada pelo Oficial de Justiça à época, na ação rescindenda o Ministério Público, autor da ação, aduziu que a parte beneficiada com a sentença rescindida pelo tribunal de justiça deveria ser revista, posto que o decreto condenatório não se baseou na prova emprestada.

O relator entendeu que “essa prova não foi realizada nem no curso da rescisória, nem em processo criminal conclusivo. Repita-se: a suposta prova que, aliás, conclui ter havido a fraude que sustentou a procedência da ação de ressarcimento, foi realizada em inquérito sem contraditório, tendo, *in casu*, a natureza de prova emprestada, unilateral e tardia.”

Interessante o posicionamento no sentido de que a rescisão da sentença, só será possível (art. 485, VI, do CPC/1973) “quando a condenação tiver sido efetivamente baseada no documento cuja falsidade possa ser comprovada na própria ação rescisória ou por força de sentença criminal”.

Assim, teve-se a primeira aplicação do uso da prova emprestada pela primeira turma do STJ, a parte teve contra si investigação criminal com confecção de prova falsa, esta utilizada em uma ação civil, embora a prova tenha sido falsa, assevera a parte que não teve o contraditório, ofensa aos princípios constitucionais, com isto deveria ter acarretado a nulidade da prova emprestada que fora analisada no processo condenatório, uma vez que a convicção do magistrado na seara civil se dá por todas as provas apresentadas, e que, possivelmente a prova falsa gerada em uma investigação criminal e utilizada em um processo civil, induziu o magistrado a erro.

Na presente ação rescindenda o relator discriminou a necessidade de averiguação do decreto condenatório, pois “só é possível se a condenação tiver sido efetivamente baseada no documento cuja falsidade possa ser comprovada na própria ação rescisória ou por força de sentença criminal”.

Assim, a primeira turma de forma implícita, trouxe que para utilização da prova emprestada a parte prejudicada deveria ser a mesma do processo ulterior, como também a possibilidade de uma condenação na seara civil sem o contraditório no processo criminal, apesar da prova produzida ser originada em fase investigatória inquisitiva.

Destarte, a primeira turma do STJ em 2007⁸ trouxe o entendimento de que as partes deveriam ser iguais ou ao menos ser detentor do contraditório, em sede de apreciação de voto vencido a parte prejudicada alegou o inconformismo do uso da prova pelo tribunal de justiça,

⁸ REsp 933.345/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 20/09/2007, p. 262

pois a prova emprestada havia sido produzida em processos em que nem a recorrente e nem seus antecessores tomaram parte, por evidente que nenhum valor tem aquela prova frente a eles.

Em voto vencido, o ministro José Delgado acatou a ilegalidade do uso da prova emprestada, com entendimento de que as partes devem ser idênticas no processo, como também teriam o condão de participar do contraditório.

Outra decisão importante pela primeira turma foi o reconhecimento prescricional de juntada da prova emprestada, em 2014 a turma acatou a posição de que a prova emprestada deveria ser ofertada na petição inicial e contestação⁹, não o fazendo, há a preclusão temporal (art. 183, CPC/1973).

Posteriormente, houve mais 5 julgados com aplicação do CPC/1973, decisões ocorridas até o ano de 2019, mantendo o posicionamento apresentado. Ademais, ainda há ações pendentes que foram protocoladas antes da vigência do CPC/2015, tudo indica a permanência dos entendimentos acima explanados.

Após a vigência do CPC/2015, conforme a pesquisa realizada no site do STJ houve o retorno de 2 (dois) julgados sobre o uso da prova emprestada, protocolados após a sua vigência. Esses 2 (dois) casos se relacionam com o ramo do direito administrativo.

O primeiro julgado ocorreu em 03/10/2017 e se trata de agravo interno¹⁰ em recurso ordinário em mandado de segurança, em que a parte autora requereu pedido de aposentadoria

⁹ ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PROVA EMPRESTADA DA ESFERA PENAL. AUSÊNCIA DE JUNTADA NA CONTESTAÇÃO. PROVA CUJA CIÊNCIA O DEMANDADO TINHA MUITO TEMPO ANTES DA APRESENTAÇÃO DA SUA DEFESA. PRECLUSÃO. ART. 300, 396 e 397 DO CPC. PROVA NÃO SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INVALIDADE. PRECEDENTES STJ. INVERSÃO DO JULGADO, IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não há omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. 2. Embora se admita no âmbito das ações por improbidade administrativa a juntada de prova emprestada da seara criminal, essa modalidade probatória não está imune aos efeitos da preclusão (CPC, arts. 396 e 397). 3. Na espécie, a decisão criminal transitou em julgado mais de um ano antes do prazo para a apresentação da contestação pelo demandado. 4. **Prova emprestada que, além de preclusa, não foi submetida, conforme assentado pelo acórdão recorrido, ao contraditório e à ampla defesa, condições sem as quais não ostenta nenhum efeito probante.** Precedentes STJ. 5. A inversão desse juízo demandaria, necessariamente, novo escrutínio do acervo probatório dos autos, providência que não se mostra possível na via especial por força do enunciado sumular 7/STJ. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 296.593/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 11/02/2014) (Grifei)

¹⁰ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. NÃO CABIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. SANIDADE MENTAL. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE. NÃO OBRIGATORIEDADE. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. 1. Na atual sistemática processual não há previsão para a instauração de incidente de uniformização de jurisprudência. Além de os arts. 118 e 119 do RISTJ terem sido revogados pela Emenda Regimental n. 22 de 2016, os arts. 926 a 928 do CPC/2015, não obstante tragam disposições acerca da necessidade de serem respeitadas a uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da

compulsória, pois houve instaurado contra si processo administrativo disciplinar, envolvido em operação da Polícia Federal, que resultou em sua demissão. O uso da prova emprestada se originou quando a Comissão optou por solicitar à 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro cópia do interrogatório lá prestado pelo recorrente nos autos de ação penal a que respondia, utilizando o documento como prova emprestada.

Houve o entendimento da legalidade do uso da prova emprestada, com a seguinte redação no relatório “admite-se, no processo administrativo disciplinar, a utilização de prova emprestada, extraída de feito em curso na esfera criminal, não havendo que se falar em óbice à utilização de tal prova pela Comissão Processante”.

Assim, a turma julgou em unanimidade denegando o pedido do autor e aceitando o uso da prova emprestada de processo-crime, este em que o autor era réu.

Atenta-se na permanência do entendimento firmado na vigência do CPC/1973 em que o uso da prova emprestada deveria ocorrer somente em processos que detinham de parte idêntica no processo questionado que fora prejudicada, como também só haveria nulidade se a sentença fosse baseada unicamente na prova emprestada, e esta deveria ser falsa, o que no caso acima a prova era legal e parte prejudicada era a mesma no processo originário, como também aqui, houve o contraditório.

O segundo julgado¹¹ ocorreu em 17/02/2020 e também tratou do ramo do direito administrativo, em que a parte autora buscou a nulidade do processo administrativo disciplinar, que de igual modo, o processo administrativo disciplinar teve embasamento em provas produzidas em processo-crime em que a parte figura como réu.

A relatora assinalou em seu voto que a parte participou da apuração dos fatos no processo administrativo disciplinar, ouviu testemunhas com defesa técnica, a realizou apreciação das provas emprestadas do processo-crime em que era réu.

jurisprudência, não estabelecem nenhum incidente de uniformização. 2. Consoante entendimento desta Corte, não havendo dúvida razoável acerca da sanidade mental do servidor, não está a comissão processante obrigada a instaurar o incidente. 3. Hipótese em que a questão foi efetivamente submetida à autoridade superior, que concluiu não haver dúvida razoável acerca da sanidade mental do acusado, motivo pelo qual indeferiu o pedido de instauração do incidente. 4. Pelos mesmos fatos apurados no processo administrativo disciplinar, o servidor respondeu a processo criminal onde prestou normalmente seus depoimentos, sendo certo que naquela sede não houve nenhuma arguição de sua inimizabilidade ou requerimento de instauração de incidente de sanidade mental. 5. **Admite-se, no processo administrativo disciplinar, a utilização de prova emprestada, extraída de feito em curso na esfera criminal, não havendo que se falar em óbice à utilização de tal prova pela Comissão Processante.** Precedentes. 6. Agravo interno desprovido. (AgInt no RMS 44.643/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 29/11/2017) (Grifei)

¹¹ AgInt no RMS 60.208/MS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2020, DJe 20/02/2020

Destarte, a primeira turma entende ser legal o uso da prova emprestada em que a parte que será prejudicada tenha participado do processo de origem, manteve o posicionamento da turma após atualizações legislativas.

3.1.1.2 Segunda Turma

A segunda turma teve o maior número de decisões que se relacionaram ao uso da prova emprestada, resultou 47 julgados com base no CPC/1973, assim, será discorrido sobre decisões que tiveram relevância temática, com interesse de identificar a evolução e modificação de entendimento da presente turma.

De início, analisa-se o primeiro julgado¹² realizado em 1996, recurso especial que discutiu a possibilidade do uso da prova emprestada de forma tácita, isto é, trouxe o uso da prova emprestada com advento de cópias da sentença, do acórdão prolatados nos autos dos embargos de terceiro.

O ministro relator Ari Pargendler traz o entendimento de que no CPC/1973 deve em processo do mesmo ramo de direito processual seja as partes idênticas, como também que tivesse o contraditório entre as partes.

Atenta-se, ao trazer as cópias de sentença e acórdão como prova emprestada em um recurso especial, é alegar a utilização das cópias em processo diverso, mas do mesmo ramo de direito processual.

Portanto, tem-se o entendimento inicial da necessidade de que as partes sejam idênticas no processo originário em que houve a produção probatória, assegurado o contraditório.

Em 2004 teve 2 (duas) decisões¹³ que relacionaram sobre o uso da prova pericial emprestada, e em ambas decisões se constatou a exigência implícita de partes idênticas aos processos que originaram a produção probatória, com respeito ao contraditório.

¹² PROCESSO CIVIL. 1. PROVA. QUEM PENSA TER ADQUIRIDO A PROPRIEDADE PLENA DE VEICULO AUTOMOTOR, E SE VE SURPREENDIDO PELA APREENSÃO JUDICIAL DO BEM, QUE SE ENCONTRAVA GRAVADO COM RESERVA DE DOMINIO, SO PRECISA INSTRUIR A AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O ESTADO COM O CERTIFICADO DE REGISTRO FORNECIDO, SEM QUALQUER RESSALVA, PELO DETRAN. 2. FATO, E NÃO PROVA EMPRESTADA. A SENTENÇA E O ACORDÃO, QUE NOS EMBARGOS DE TERCEIRO, RESULTARAM NA PERDA DA PROPRIEDADE E POSSE DO VEICULO, CONSTITUEM, NO CONTEXTO DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, FATO, E NÃO PROVA EMPRESTADA, A SER ELIDIDO PELO ESTADO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 21.503/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/1996, DJ 29/04/1996, p. 13401)

¹³ REsp 586.221/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2004, DJ 03/05/2004, p. 136
MC 7.921/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 21/06/2004, p. 178

No ano de 2007, houve decisão¹⁴ similar ao ano de 2004, neste caso a parte prejudicada não teve sua prova pericial emprestada avaliada pelo tribunal de justiça, assim, a ministra relatora Eliana Calmon proferiu o voto no sentido de determinar a apreciação da prova pericial emprestada. Atenta-se que a prova foi produzida no processo originário que teve as mesmas partes, respeitado o contraditório e mantendo o entendimento pela turma.

Já no ano de 2010 houve processos que implicaram no empréstimo da prova de outro ramo do direito, com isto, observou-se diferenças sensíveis implícitas, trata-se do recurso especial 1.122.177¹⁵, de relatoria do ministro Herman Benjamin, cujo teve o empréstimo de uma prova oriunda de um processo-crime, assim, de início ao relator aduziu descaber a análise da legalidade de decisão que determinou a interceptação telefônica no ato investigatório.

Verifica-se que há posicionamento em outras turmas que aplicaram o CPC/1973 com o uso da prova emprestada de processo de ramo diverso. Segundo o relator “embora a

¹⁴ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO ? ICMS ? EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL ? NATUREZA DO PRODUTO EXPORTADO: FERRO-GUSA OU AÇO ? **PROVA PERICIAL EMPRESTADA NÃO LEVADA EM CONSIDERAÇÃO NO JULGAMENTO** ? NULIDADE. 1. Existência de violação do art. 460 do CPC, porque a análise da questão relativa à natureza do produto exportado, se ferro-gusa (produto semi-elaborado) ou se aço (produto industrializado), para fins de determinação da incidência ou não do ICMS, nos termos da LC 65/91, constou de pedido expresso na petição inicial dos autores e foi embasado em prova pericial emprestada, a qual não foi levada em consideração no julgamento da lide. 2. Recurso especial provido. (REsp 734.610/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 11/09/2007, p. 210) (Grifei)

¹⁵ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. IMPROBIDADE. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. SEQÜESTRO CAUTELAR DOS BENS. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. SÚMULA 83/STJ. 1. A recorrente insurge-se contra acórdão do Tribunal Regional Federal, que manteve recebimento da petição inicial de Ação Civil Pública por improbidade administrativa relacionada a suposto esquema de corrupção constatado na Procuradoria do INSS de Mato Grosso, envolvendo o favorecimento de advogados e empresas devedoras da referida autarquia com a emissão indevida de certidões negativas de débito, ou positivas com efeitos negativos. [...] 5. A Lei da Improbidade Administrativa exige que a petição inicial seja instruída com, alternativamente, "documentos" ou "justificação" que "contenham indícios suficientes do ato de improbidade" (art. 17, § 6º). Trata-se, como o próprio dispositivo legal expressamente afirma, de prova indiciária, isto é, indicação pelo autor de elementos genéricos de vinculação do réu aos fatos tidos por caracterizadores de improbidade. 6. O objetivo do contraditório prévio (art. 17, § 7º) é tão-só evitar o trâmite de ações, clara e inequivocamente, temerárias, não se prestando para, em definitivo, resolver - no preâmbulo do processo e sem observância ao princípio in dubio pro societate - tudo o que haveria de ser apurado na instrução. Precedentes do STJ. 7. Se não se convencer da inexistência do ato de improbidade administrativa, da flagrante improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, o magistrado deve receber a petição inicial (art. 17, § 8º). 8. Inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em inquérito policial, as quais deverão ser submetidas ao contraditório durante a fase instrutória. 9. **Embora a determinação judicial de interceptação telefônica somente caiba no âmbito de inquérito ou instrução criminal (Lei 9.296/1996), isso não impede que, a partir da sua realização, haja pertinente utilização como prova emprestada em Ações de Improbidade que envolvem os mesmos fatos, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.** 10. Entendimento que segue a mesma lógica da jurisprudência do STJ e do STF, que admitem o aproveitamento da interceptação telefônica em processos administrativos disciplinares. 11. A decisão do Juízo de 1º grau especificou a determinação de seqüestro de bens apenas do Procurador do INSS que figura como réu, faltando interesse recursal pela empresa recorrente nesse ponto. [...] 13. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ). 14. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011) (Grifei)

determinação judicial de interceptação telefônica somente seja admitida no âmbito de inquérito ou instrução criminal, tal não impede que, a partir da sua realização, haja pertinente utilização como prova emprestada em Ações de Improbidade envolvendo os mesmos fatos, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório”.

Tal posicionamento esclarece que o uso da prova emprestada poderá ser derivado de outro processo em que a parte tenha sido parte, desde que assegurado o seu direito à ampla defesa. Neste ínterim, quando se fala da parte prejudicada não está se falando que devem ser partes iguais do processo, mas apenas a parte prejudicada, esta que participou da produção probatória.

Assim, na decisão o relator entende inexistir “violação aos dispositivos legais, tampouco há óbice à instrução da Ação de Improbidade com prova emprestada de processo criminal decorrente de interceptação telefônica, por não se confundir a possibilidade de deferimento da medida com a utilização do resultado de sua execução, conforme bem salientado no acórdão recorrido”.

Em atenção ao uso da prova emprestada de processo-crime em processo de improbidade, tem-se o posicionamento similar das demais turmas sobre as partes do processo, visto nas primeiras análises dos julgados da presente turma que as partes deveriam ser iguais, ou seja, tanto a parte autora quanto a requerente, mas em processos que seriam do mesmo ramo do direito.

Nesta decisão, observa-se a possibilidade de a parte prejudicada estar sozinha na ação em que foi originada a prova probatória, ou seja, foi parte no outro processo em que houve a produção probatória da prova, mas isto está implícito, pois não se percebe a existência de partes iguais na ação em que fora produzida a prova e na ação de improbidade.

Assim, passou a acatar o posicionamento de que os resultados da interceptação telefonia determinada por um juízo criminal poderá servir como prova emprestada em uma ação de improbidade.

O relator ainda vai além, expressa que se encontra em discussão a possibilidade da instrução com o resultado da escuta telefônica no âmbito penal, assim, agora não se poderia antecipar a regularidade da instrução processual, nem de eventual condenação com base em tal prova.

A turma teve a primeira posição sobre o uso da prova emprestada oriunda de um processo-crime em que a parte prejudicada foi parte na produção probatória da prova, deixou de forma implícita a desnecessidade da igualdade de partes entre os processos, isto em ramos

diferentes do direito, por exemplo, empréstimo entre o ramo do direito penal para o ramo do direito civil.

No mesmo ano, teve-se uma decisão similar, porém, com aplicação da prova emprestada no mesmo ramo do direito, isto é, prova produzida em ação civil emprestada para outra ação civil, respeitado o contraditório na produção probatória.

Pode-se dizer que este processo mudou a forma de uso da prova emprestada na aplicação do CPC/1973 nesta turma. Trata-se de recurso especial¹⁶ que analisou a assinatura em documento público em decisões diversas.

A prova emprestada utilizada demonstra a ocorrência de perícia sobre documento público que tivera a falsificação da assinatura, mas em julgados análogos, em julgados com partes diferentes.

Destaque o entendimento sobre a legalidade do uso da prova, independentemente da existência de partes, torna válida que as partes sejam diversas nos processos. Veja-se que o

¹⁶ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. PONTAL DO PARANAPANEMA. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REGULARIDADE DA CITAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. NÃO-CONHECIMENTO. REGISTROS PÚBLICOS. PRESUNÇÃO RELATIVA. PROVA EMPRESTADA. CABIMENTO. DOCUMENTO FALSO. COMPROVAÇÃO DE POSSE. IMPOSSIBILIDADE. USUCAPIÃO COM BASE EM LEGISLAÇÃO ESTADUAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 340/STF. 1. Inviável o conhecimento da impugnação ao saneamento do processo (indeferimento de perícia) e à valoração das provas, pois os dispositivos supostamente violados (arts. 535, 126 e 454 do CPC) são estranhos à matéria. Ademais, o Tribunal de origem apreciou extensa e pormenorizadamente as questões trazidas à sua apreciação. [...] 7. **Não se conhece da suposta nulidade das provas emprestadas, pois os recorrentes não apontam o dispositivo legal que teria sido violado, tampouco indicam prejuízo ou violação do contraditório. Ademais, o STJ entende ser possível a apreciação de prova emprestada, desde que garantido o contraditório, o que foi observado in casu. Haveria ofensa à legislação federal se o Tribunal de origem não tivesse examinado as provas, conforme precedentes do STJ.** 8. O acórdão recorrido consignou que a natureza das terras (devolutas) foi comprovada a contento, em razão dos vícios na cadeia dominial e da inexistência de usucapião. 9. Ainda que se admita a possibilidade de usucapião de terras públicas no período anterior ao Código Civil de 1916, inafastáveis os requisitos específicos dessa modalidade aquisitiva. A posse não se presume, vedação essa que vale tanto para a prova da sua existência no mundo dos fatos como para o dies a quo da afirmação possessória. 10. **A certidão (de 1856) cuja letra e assinatura não pertencem a quem se faz supor (Frei Pacífico) é, para todos os fins, documento inexistente e, portanto, incapaz de convalidação.** Tampouco o decurso do prazo transforma o inexistente em existente, ou mesmo em documento putativo. 11. Se o registro inicial da cadeia dominial apresentado pelo particular (a certidão firmada por Frei Pacífico) é realmente falso (e esse juízo fático cabe às instâncias ordinárias), dele não pode defluir nenhum efeito jurídico válido, seja quanto aos seus aspectos substantivos diretos, seja quanto a presumir o dies a quo da posse, isto é, 14 de maio de 1856, data de sua lavratura. 12. O debate sobre a boa ou má-fé, nesse contexto jurídico, é irrelevante. O que importa é que o imóvel, por ser terra pública, não podia ser objeto de usucapião, qualquer que fosse o estado de espírito do pretendente. A boa-fé (fato jurídico de conotação individual) não tem o condão de invalidar proibição legal expressa, de ordem pública, lavrada em favor da coletividade. [...]. 14. Recurso Especial de Wilson Rondó Júnior e outros não conhecido. Recurso Especial de Ponte Branca S/A e outro parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Recursos Especiais de Antônio dos Santos Vardasca, Willian Branco Peres e outros conhecidos e não providos. (REsp 617.428/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJE 27/04/2011) (Grifei)

entendimento é sobre a validação do uso da prova emprestada originada em processo diverso em que as partes não fizeram parte.

O relator transcreveu trecho do recurso especial, far-se-á necessário registrar.

“Sobretudo - aqui um parêntesis - quando nos autos se utiliza do duvidoso expediente da prova emprestada (duvidoso porque, em suma, é fato não preencher seus requisitos de "empréstimo", pois oriunda de outros processos, sem as mesmas partes, enfim, sem contraditório substancial), a impor, amanhã, a perplexidade de se pretender também emprestar uma prova deste feito para fazer prova, no outro, da não posse sobre a área. Em suma, corre-se o risco, no tocar da carruagem, de se pretender, no futuro, emprestar prova para fazer prova negativa (de que os particulares não tem posse).”

O ministro relator aduziu a forma abstrata e genérica sobre a impugnação da prova emprestada. Regrou apenas sobre a falta de dispositivo específico em legislação para impugnação.

Esclarecendo que a prova emprestada não se trata de uma prova ilícita, já que no processo em que se originou houve o contraditório entre as partes, embora, parte diferentes.

Percebe-se que esta turma aceita com maior liberalidade o uso da prova emprestada, ou seja, independente se são processos diversos e partes diferentes, poderá utilizar a prova de forma emprestada.

Realce o entendimento de que a prova emprestada poderá ser de processo distinto com partes diferentes, que supostamente teve o seu contraditório assegurado, mas a parte do processo que está a utilizar a prova emprestada não realizou nenhum contraditório na produção probatória.

Assim, teve a compreensão de que não se poderia fazer com que todos que utilizassem da prova emprestada reavivassem novamente a sua instrução probatória. Para o ministro relator se trata de “um atentado à economia processual exigir a repetição – desnecessária, procrastinatória e ineficiente – de atos e fatos já perfeitamente produzidos em demandas diversas e, ainda assim, submetidas ao contraditório, no novo processo”.

Com isso, há um posicionamento diversificado que poderá surtir efeitos nas ações que serão analisadas, aqui já se percebe uma alteração significativa sobre o uso da prova emprestada, pois abriu portas para buscar provas produzidas em processos diversos em que a parte prejudicada não participou do contraditório, mas apenas poderá confrontar com outras provas a invalidação dessa prova.

Indaga-se, acaso essa prova emprestada que por ora foi colocada a crivo do contraditório e ampla defesa em sua produção probatória e em recurso posterior vier a ser anulada qual seria o reflexo emitido na decisão que validou a prova emprestada no processo que obteve o empréstimo, com partes diversas sem a possibilidade de contraditório em sua produção. Baseando-se no posicionamento da turma, entende-se sobre a insurgência de uma nova ação rescindenda, mas com uma análise análoga à egrégia PRIMEIRA TURMA é possível a validação da prova se a nulidade se basear em processo ou procedimento, porém, trata-se de uma nulidade do processo e não da prova, assim, surge, apesar de rudimentar, esclarecer que há aqui uma situação não enfrentada no uso da prova, mas há uma inclinação de acolhimento da validade da prova emprestada e não de sua nulidade, ou seja, independente da prova ser anulada no processo originário em que houve a produção probatória assegurado o contraditório, se juntada antes de sentença terminativa ela será considerada válida para auxiliar no convencimento do juízo, mas se for invalidada antes de ser emprestada, por uma análise lógica, não irá ser aceite em processo diverso, já que haveria uma rediscussão sobre a produção probatória e aqui poderia se afirmar um atentado à economia processual.

No mesmo ano teve um julgado que possui um aspecto procedimental relevante, no recurso especial¹⁷ houve análise sobre a ausência da autorização de escuta telefônica, assim, o

¹⁷ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. LICITUDE. ÓRGÃO JULGADOR COM FORMAÇÃO MAJORITÁRIA DE JUÍZES CONVOCADOS. NULIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ENQUADRAMENTO, NA INICIAL, DAS CONDUTAS NOS ARTS. 9º, 10 E 11 DA LEI N. 8.429/92 (LIA). PREJUÍZO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE EM RELAÇÃO AO ART. 11 DA LIA.. INDISPONIBILIDADE DE BENS E SEQUESTRO. DEFERIMENTO NOS AUTOS DA AÇÃO PRINCIPAL, A TÍTULO LIMINAR. POSSIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça não tem a missão constitucional de interpretar dispositivos da Lei Maior, cabendo tal dever ao Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual não se pode conhecer da dita ofensa aos diversos artigos da Constituição da República vigentes arrolados no especial. 2. Improcede a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, tendo em vista que a origem analisou a questão da alteração subjetiva e objetiva da lide - embora contra as pretensões do ora recorrente -, afastando, desta forma, a ausência de prestação jurisdicional. Trechos do acórdão recorrido. 3. **Esta Corte Superior possui entendimento pacificado no sentido de que é possível o uso emprestado em ação de improbidade administrativa do resultado de interceptação telefônica em ação penal. Precedentes do STJ e do STF.** 4. **A decisão deferindo a interceptação deve constar necessariamente dos autos da ação penal, e não da ação na qual o resultado da medida probatória figurará como prova emprestada, daí porque inexistente a nulidade por ausência do referido provimento judicial nestes autos.** 5. O STF, apreciando o HC 96.821/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 8.4.2010 (noticiado no Inf. n. 581/STF), manifestou-se pela inocorrência de violação ao princípio do juiz natural e das regras dele derivadas em razão de julgamento conduzido majoritariamente por juízes convocados, optando pela conformação desta situação à realidade fática dos Tribunais ao princípio da duração razoável do processo. 6. Inexiste a ofensa aos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 e 165 e 458 do CPC, pois o réu se defende dos fatos, e não de sua capitulação jurídica. Precedente. 7. Além disto, o STJ tem firme posicionamento no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, ainda que fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedente. 8. É pacífico nesta

entendimento foi de que a autorização que deferiu a interceptação deve constar “nos autos da ação penal, e não da ação na qual o resultado da medida probatória figurará como prova emprestada, daí porque inexistente a nulidade por ausência do referido provimento judicial nestes autos”.

Assim, manteve o entendimento sobre a possibilidade de uso da prova emprestada em processo de ramo diverso e que não há necessidade de comprovar a legalidade da prova, já que por ora teve assegurado o contraditório e ampla defesa no processo-crime em que a parte prejudicada era réu.

Em agravo regimental no agravo em recurso especial¹⁸ em que a parte prejudicada “afirma que a prova emprestada só poderia ser admissível entre as mesmas partes, o que não foi observado no presente caso”.

Corte Superior entendimento segundo o qual, para o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92 (tipo em tese cabível à presente hipótese concreta), é despcienda a caracterização do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. Precedentes. 9. Ante sua natureza acautelatória, a medida de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa pode ser deferida nos autos da ação principal sem audiência da parte adversa e, portanto, antes da notificação a que se refere o art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92. Precedentes. 10. Recurso especial não provido. (REsp 1163499/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010) (Grifei)

¹⁸ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR PERDA DE SAFRA. PERÍMETRO IRRIGADO ICÓ-LIMA CAMPOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. CABIMENTO DE PROVA EMPRESTADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. REVISÃO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. 1. Discute-se nos autos a indenização a ser paga pelo Dnocs e pela Cogerh ao autor, em razão dos prejuízos sofridos pelo demandante com a perda da safra agrícola, no perímetro irrigado Icó-Lima Campos, durante o período de estiagem. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. No presente Regimental, o Dnocs reitera a tese de violação do art. 535 do CPC, alegando a não apreciação da matéria ventilada nos Embargos de Declaração, concernente à contradição entre o reconhecimento decisivo do evento força maior e caso fortuito e o reconhecimento da responsabilidade dos órgãos públicos. 4. No julgamento dos aclaratórios, o Tribunal a quo afastou expressamente a contradição alegada pelo Dnocs ao asseverar (fl. 420/STJ): "No que atine ao art. 393 do CPC, lembro que o acórdão vergastado já se pronunciou acerca da matéria, posicionando-se conforme jurisprudência assentada pelo pleno desta Egrégia Corte, no sentido de que "mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado subsiste se, aliada àquela, verifica-se omissão da administração na realização de um serviço" (TRF 5a. R. - EINFAC 99.05.36998-8 - Pleno - DJ Data - 30.3.2001). Portanto, o Tribunal estadual analisou integralmente todas as questões levadas à sua apreciação, inclusive em Embargos de Declaração. 5. **Quanto à violação dos artigos 330 e 332, ambos do CPC, o entendimento do STJ é no sentido de que não há cerceamento de defesa pela utilização de prova emprestada se esta tiver sido produzida com a observância do contraditório e do devido processo legal.** 6. Sobre a utilização da prova emprestada, a Corte de origem asseverou (fl. 385/STJ): "Embora alegue a nulidade, o recorrente não traz aos autos nenhuma evidência que invalide o decisor, não logrando demonstrar prejuízo na utilização da prova emprestada, antes ao inverso, utiliza nas razões recursais vários trechos dos testemunhos juntados aos autos". 7. In casu, o Tribunal a quo afastou o alegado cerceamento de defesa, sob o argumento de que não houve comprovação, por parte da autarquia, da existência de prejuízo em razão da utilização da prova emprestada, capaz de ensejar a nulidade do decisor. Ocorre que o recorrente não impugnou essas razões, que são aptas para manter a decisão impugnada, o que faz incidir a Súmula 283/STF, in verbis: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." 8. Ademais, **verifica-se que a Corte de origem amparou-se nas provas dos autos para negar a dilação probatória, ao reconhecer a validade da prova emprestada.** Desse modo, analisar se deve ser reaberta a fase de instrução probatória no presente feito implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que atrai a aplicação do óbice da Súmula 7/STJ. 9. Agravo Regimental não provido. (AgRg no

O ministro relator Herman Benjamin esclareceu que o “STJ firmou o entendimento de que não há cerceamento de defesa pela utilização de prova emprestada se esta tiver sido produzida com a observância do contraditório e do devido processo legal”.

Ficou demonstrado que “a Corte de origem não analisou a tese de que no presente caso era incabível a utilização de prova emprestada, por envolver diversidade de partes”. Entretanto, conforme visto acima, o STJ validou a possibilidade do uso da prova emprestada em processos que as partes sejam diversas.

Deste modo, o permanece o entendimento da turma sobre a possibilidade do uso da prova emprestada quando o processo originário teve partes diversas, isto é, a parte prejudicada não participou do processo em que houve a produção probatória.

Diante dos demais recursos analisados perseverou o entendimento sobre o uso da prova emprestada, tendo como base o CPC/1973¹⁹, assim, a seguir será analisado se houve modificação ou continuação do entendimento com o novo CPC/2015, após a vigência do novo CPC/2015 houve somente 5 (cinco) julgados.

O primeiro julgado²⁰ trouxe o entendimento já aplicado no CPC/1973 em que permite que a prova emprestada seja produzida no processo originário com partes diferentes.

AREsp 302.741/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 13/09/2013) (Grifei)

¹⁹ PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA PREVISTA NO ART. 120 DA LEI 8.213/1991. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. QUESTÃO DEFINITIVAMENTE DECIDIDA. COISA JULGADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O acórdão recorrido apreciou fundamentadamente a controvérsia dos autos, decidindo, apenas, de forma contrária à pretensão do agravante, não havendo, portanto, omissão ensejadora de oposição de embargos de declaração, pelo que, deve ser rejeitada a alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015. 2. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, ainda que se trate de matéria de ordem pública, não é possível nova análise de matéria já definitivamente apreciada, sob pena de ofensa à coisa julgada. 3. Segundo o princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, previsto nos artigos 130 e 131 do CPC/1973, mantidos nos artigos 370 e 371 do CPC/2015, cabe ao magistrado dirigir a instrução probatória, analisando livremente as provas produzidas nos autos, bem como rejeitar as diligências requeridas, caso entenda protelatórias. **No caso concreto, foi de acordo com as circunstâncias específicas que o Tribunal de origem decidiu pela desnecessidade da produção de outras provas, valendo-se de prova emprestada de outro processo para o deslinde da controvérsia.** 4. O acórdão recorrido decidiu em sintonia com a jurisprudência do STJ no sentido de que cabe ao magistrado determinar a produção das provas necessária à instrução do processo, indeferindo as diligências que considerar inúteis ou meramente protelatórias. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1687153/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018) (Grifei)

²⁰ PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA PREVISTA NO ART. 120 DA LEI 8.213/1991. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. QUESTÃO DEFINITIVAMENTE DECIDIDA. COISA JULGADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O acórdão recorrido apreciou fundamentadamente a controvérsia dos autos, decidindo, apenas, de forma contrária à pretensão do agravante, não havendo, portanto, omissão ensejadora de oposição de embargos de

O julgado mais relevante na aplicação do CPC/2015 foi o agravo interno no recurso especial 1605192, de relatoria do ministro Francisco Falcão que traz a posição sobre o uso da prova emprestada independente de sentença na ação em que a prova foi produzida.

Para o ministro relator não há ilegalidade no “uso de prova emprestada derivada de processo sem trânsito em julgado, tendo em vista a independência existente entre as instâncias cíveis, administrativa e criminal, salvo em casos excepcionais, o resultado de uma não contamina a conclusão da outra”.

Tem-se uma nova forma de visualização do uso da prova empresta, pois, além de possibilitar que a prova emprestada venha de um processo em que a parte prejudicada não foi parte, passa a ser permitido a desnecessidade de conclusão processual no processo originário da produção probatória.

Esbarra-se em situações inusitadas que poderão ser insanáveis, pense que a prova que por ora é produzida com o contraditório no decorrer processual essa prova venha a ser anulada por falha ou outro aspecto procedimental, porém, houve seu empréstimo a processo distinto, com pessoas distintas, que auxiliou a convicção do juízo, para a turma o entendimento é pela legalidade do uso da prova.

Adentra a discussão sobre os parâmetros probatórios possíveis, pois se há possibilidade de a prova emprestada ser utilizada em processo em que a parte prejudicada não participou da produção probatória no processo originário, deverá ter uma atenção redobrada sobre o contraditório e ampla defesa. Entretanto, agora a parte prejudicada além de não participar do processo em que houve a produção probatória poderá ter essa prova em seu processo antes da apreciação pelo juízo de origem.

Dessarte, há aqui a crítica sobre tal possibilidade, pois poderá ser essa prova produzida desconsiderada ou declarada nula e no processo em que foi emprestada, sem contraditório pela parte prejudicada, considerada válida.

declaração, pelo que, deve ser rejeitada a alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015. 2. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, ainda que se trate de matéria de ordem pública, não é possível nova análise de matéria já definitivamente apreciada, sob pena de ofensa à coisa julgada. 3. Segundo o princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, previsto nos artigos 130 e 131 do CPC/1973, mantidos nos artigos 370 e 371 do CPC/2015, cabe ao magistrado dirigir a instrução probatória, analisando livremente as provas produzidas nos autos, bem como rejeitar as diligências requeridas, caso entenda protelatórias. **No caso concreto, foi de acordo com as circunstâncias específicas que o Tribunal de origem decidiu pela desnecessidade da produção de outras provas, valendo-se de prova emprestada de outro processo para o deslinde da controvérsia.** 4. O acórdão recorrido decidiu em sintonia com a jurisprudência do STJ no sentido de que cabe ao magistrado determinar a produção das provas necessária à instrução do processo, indeferindo as diligências que considerar inúteis ou meramente protelatórias. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1687153/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018)

Deste modo, o entendimento da turma prevalece em que o uso da prova emprestada pode ser realizado em processos em que as partes sejam iguais, tanto no mesmo ramo de direito ou diferente; as partes também podem ser distintas, não há necessidade de decisão no processo em que a prova foi produzida, assegurado o contraditório e ampla defesa.

3.1.1.3 Terceira Turma

A terceira turma teve o primeiro posicionamento sobre o uso da prova emprestada no ano de 1999 ao julgar recurso especial²¹ em que a parte agiu de modo perspicaz ao burlar ritos próprios do sistema processual. Uma das partes deixou de arrolar testemunhas dentro do prazo legal, buscou reconhecer a oitiva das testemunhas em delegacia e trazer os depoimentos como prova emprestada.

Com a perda do prazo processual o juízo entendeu pela impossibilidade de oitiva no transcurso do processo, mas acatou o pedido de inclusão da prova emprestada, dos depoimentos das testemunhas ouvidas em delegacia.

Observa-se que houve uma manobra utilizada pela parte para inserir ao processo depoimentos de testemunhas, contudo, sem qualquer contraditório pela parte prejudicada.

O juízo ao considerar a prova emprestada como legítima, teve a modificação perante o STJ em que avaliou a impossibilidade do uso da prova emprestada em que a parte prejudicada não participou diretamente na produção probatória com o contraditório e ampla defesa.

Assim, o entendimento inicial é de que as partes devem ser iguais, isto é, que a prova emprestada que será usada na ação deverá conter as mesmas partes na ação em que foi originada, resguardando o contraditório.

Em recurso especial²² teve o entendimento pela inexistência de prova emprestada quando a prova produzida foi realizada em inquérito policial ou boletim de ocorrência. Para o

²¹ PROCESSUAL CIVIL - PROCEDIMENTO SUMÁRIO - INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE - PRECLUSÃO - DEPOIMENTOS PRESTADOS NA POLÍCIA CIVIL SEM O CRIVO DO CONTRADITÓRIO - INADMISSIBILIDADE COMO PROVA.

I - Admitir como prova depoimentos prestados na Delegacia Policial, sem o crivo do contraditório, por testemunhas das autoras, cujo direito à prova testemunhal precluiu anteriormente, constitui verdadeira burla à norma do art. 276 do CPC, que diz ser dever do autor, junto com a inicial, apresentar desde logo o respectivo rol, mormente quando tal procedimento causou evidente prejuízo à parte adversa. II - Recurso especial conhecido e provido. (REsp 158.192/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/1999, DJ 04/10/1999, p. 53) (Grifei)

²² PROCESSO CIVIL - ÔNUS DA PROVA - ART. 333, I E II, DO CPC - PROVA EMPRESTADA - CONCEITO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL - INQUÉRITO POLICIAL E BOLETIM DE OCORRÊNCIA - VALIDADE COMO MEIO DE PROVA. 1. A sistemática do ônus da prova no Processo Civil Brasileiro (CPC; art. 333, I e II) guia-se pelo interesse. Regula-se pela máxima: "o ônus da prova incumbe a quem dela terá

ministro relator Humberto Gomes de Barros a doutrina construiu o conceito de que a prova emprestada é somente aquela trasladada e oriunda de outro processo judicial. Portanto, as cópias do inquérito policial e do boletim de ocorrência não são provas emprestadas. Também não há nenhuma vedação ao seu uso.

Atenta-se um entendimento diverso do proferido antes, pois era necessário que as partes fossem iguais nos processos, assegurado o contraditório, e neste julgado a prova produzida em fase inquisitorial ou relatada em boletim de ocorrência policial não é vista como prova emprestada por não ser produzida em outro processo judicial.

Há aqui uma contradição relevante, prevalecia o entendimento de que a prova produzida em fase investigatória por não ter contraditório não poderia ser usada como prova emprestada, no novo posicionamento a prova produzida não é considerada como prova emprestada, mas podendo ser utilizada em qualquer processo como prova originária, mesmo sem contraditório.

Refuta-se o posicionamento adotado sobre a produção probatória em fase investigatório inquisitiva, pois não há resguardo ao contraditório e ampla defesa, como também a parte prejudicada só terá conhecimento da prova que já fora produzida após ter o ingresso no processo, sem poder, inclusive, de realizar o contraditório.

Assim, no recurso especial 683.187²³ a prova empresta para utilizar a prova emprestada as partes deveriam ser idênticas ao processo em que houve a produção probatória, assegurado o contraditório.

A prova emprestada foi oriunda de outros autos em que a parte prejudicada realizou perícia, esta foi trazida aos autos na forma documental. Assim, para a ministra relatora Nancy Andrighi, na hipótese de prova pericial, uma vez trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental. E embora o laudo pericial produzido na

proveito". 2. No conceito construído pela doutrina e jurisprudência prova emprestada é somente aquela trasladada e oriunda de outro processo judicial. 3. Recurso não conhecido. (REsp 311.370/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2004, DJ 24/05/2004, p. 256) (Grifei)

²³ Civil e Processual civil. Recurso Especial. Ação de cobrança de indenização securitária por invalidez permanente. Disacusia. Doença progressiva. Laudo pericial utilizado como prova emprestada. Categoria de prova documental. Autenticidade não questionada. Violação ao art. 332 do CPC. Inocorrência. Prazo prescricional. Questionamento da validade do laudo pericial produzido em ação acidentária. Requerimento de produção de prova pericial. Termo a quo. Contagem a partir no novo laudo pericial. - A jurisprudência do STJ é no sentido de que a disacusia é doença progressiva, que se agrava no tempo. - **A prova pericial trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental.** - O termo a quo para contagem do prazo prescricional de ação de segurador contra seguradora deve ser o momento em que o segurado obteve ciência inequívoca de estar acometido de moléstia incapacitante. - Se a ré questiona a validade do laudo pericial produzido em ação acidentária movida pelo autor contra o INSS e requer a produção de prova pericial, não pode, por isso mesmo, pretender que a prescrição seja contada da data da realização daquele exame. Recurso especial não conhecido. (REsp 683.187/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 15/05/2006, p. 203)

ação acidentária movida pelo recorrido contra o INSS tenha sido utilizado como prova emprestada para a prova de fatos pretéritos à presente demanda, o foi sob forma de documento, isto é, como prova documental, cuja autenticidade poderia a recorrente, se quisesse, ter questionado nos termos do art. 390 do Código de Processo Civil, mas que, contudo, não o fez.

A relatora expõe a possibilidade de novo contraditório, pois poderia a parte prejudicada ter questionado a confecção da prova pericial emprestada, apesar de ter participado diretamente nos autos em que houve a produção da prova probatória.

Assim, no recurso especial 836.158²⁴ teve a delimitação sobre o uso da prova emprestada, as partes deveriam ser idênticas na ação em que a prova emprestada foi produzida e assegurado o contraditório, mas somente recebida de forma documental, possibilidade de oposição de perícia realizada no outro processo.

Outro julgado²⁵ relevante trouxe sobre o uso da prova emprestada do ramo do direito penal para o ramo do direito civil, em que as partes eram idênticas em ambos processos, aproveitando a prova colhida na fase investigativa.

²⁴ Execução. Escritura de compra e venda de ferro gusa. Adiantamento. Garantia hipotecária. Título executivo. Prova emprestada. Cerceamento de defesa. Honorários de advogado. Multa do art. 535, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte. 1. A escritura de compra e venda de ferro gusa com garantia hipotecária é título executivo hábil para instruir a execução. **2. É admissível a utilização de prova emprestada, recebida no caso como documental, produzida em processo entre as partes em curso no mesmo Juízo, tendo sido respeitado o contraditório.** 3. Não há falar em cerceamento de defesa quando as provas pretendidas são repelidas, com a devida fundamentação, considerando a existência de provas suficientes, incluída a escrita contábil da empresa e documento em que se constata a existência da dívida objeto da execução, presente o livre convencimento do Juiz, estando maduro o processo para julgamento. 4. Não é pertinente acolher a impugnação da verba honorária quando a fixação foi baseada em ampla análise das circunstâncias de fato sobre a atuação do advogado e estabelecida dentro dos parâmetros legais permitidos, considerando a disciplina do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil. 5. Não são protelatórios os embargos de declaração quando surge necessidade de esclarecimento, objetivamente apontado, e que levou o Tribunal local a explicitar o tema, embora tenha rejeitado os embargos. 6. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp 836.158/ES, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2006, DJ 20/08/2007, p. 274) (Grifei)

²⁵ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO IRRECORRÍVEL. SUSTENTAÇÃO ORAL. RESTRIÇÃO REGIMENTAL. ACIDENTE DE VEÍCULO COM DUAS VÍTIMAS FATAIS. AÇÕES COM SORTES DIVERSAS. PRESTABILIDADE DA PROVA EMPRESTADA DO PROCESSO PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Inadmissível agravo regimental de decisão do Relator convertendo agravo de instrumento em recurso especial retido no Tribunal "a quo". (Pet 1.134/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, DJ 08.09.03) 2. "Não haverá sustentação oral no julgamento do agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar" (art. 159 do RISTJ). **3. Não há se falar em coisa julgada, se é exatamente sobre a possibilidade de admissão da prova emprestada da ação penal, que versam o acórdão recorrido e o recurso especial correspondente.** 4. Sendo o Superior Tribunal de Justiça um tribunal de precedentes, a própria ratio da concepção do permissivo constitucional, que admite o ascenso de recurso especial pela divergência interpretativa entre os tribunais, implica em dar a mesma solução para casos análogos. 5. Evento danoso e com duas vítimas, inadmissível sob qualquer ótica, que a ação proposta por uma família restasse vitoriosa, tomando em conta um elemento de prova, e a outra ação, proposta pela outra família, tivesse sorte diversa, em razão da recusa do mesmo elemento probatório, tido em consideração. 6. A declaração de prestabilidade da prova emprestada, não implica em reapreciação da prova, mas tão-somente em sua admissibilidade, não extrapolando a vedação da Súmula 7/STJ. 7. Agravo regimental conhecido, em parte, e nessa

Deste modo, permaneceu que as partes sejam idênticas tanto no processo que irá utilizar a prova emprestada quanto ao processo em que a prova teve sua produção probatória, assegurado o contraditório.

O que põe em questão é a possibilidade do uso da prova emprestada vinda de um processo-crime na fase investigatória, que antes não era prova emprestada, mas sim como documento probatório próprio.

Verifica-se uma aversão de entendimentos sobre as formas de uso da prova emprestada, mas se reparou que há a inclinação no entendimento da identificação das partes.

Já com a vigência do CPC/2015 teve a análise de recurso especial²⁶, embora o recurso tenha sido protocolado na vigência do CPC/1973, passou a ser seguido o entendimento aplicada pelas demais turmas, isto é, a possibilidade de usar a prova emprestada em processo em que há partes diversas, assim a parte prejudicada não participou na produção probatória no processo que a produziu.

Deste modo, não há um consenso a respeito do uso da prova emprestada, mas sim um aumento gradual de exigência que vem se consolidando, se na turma há o entendimento da necessidade de as partes serem idênticas nas ações, assim, passou ao entendimento de que as partes sejam diferentes e não assegura o contraditório.

3.1.1.4 Quarta Turma

parte improvido. (AgRg no AgRg no Ag 699.977/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 09/02/2010)

²⁶ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PROPOSTA POR MENORES DE IDADE, VÍTIMAS DE DELITOS SEXUAIS. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA DO JUÍZO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO. REDUÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. DESCABIMENTO. FIXAÇÃO EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. **É assente o entendimento desta Corte Superior sobre a admissibilidade de prova emprestada, uma vez observado o devido contraditório, ainda que as partes não tenham participado do feito para o qual a prova será trasladada** (EResp n. 617.428-SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 17/6/2014). 2. **No caso, além de haver identidade substancial de partes e o objeto da prova ser o mesmo, a exigência do contraditório foi observada, uma vez que os réus foram intimados e ofereceram suas respectivas contestações, por meio das quais puderam se pronunciar sobre a prova emprestada, insurgindo-se, inclusive, contra os seus efeitos. Desse modo, é de se ressaltar a desnecessidade da produção de prova testemunhal e de depoimento pessoal dos ora recorrentes, na medida em que a discussão sobre o crime praticado não necessitaria ser repetida nos presentes autos.** 3. Diante da relativa independência entre as instâncias cível e criminal (CC, art. 935), nem mesmo a absolvição no Juízo criminal tem o condão de vincular o Juízo cível, salvo quando for reconhecida a inexistência do fato ou ficar demonstrado que o demandado não foi o seu autor. [...] 8. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1333528/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2019, DJe 22/08/2019) (Grifei)

A primeira análise sobre o uso da prova emprestada ocorreu no recurso especial 41.264²⁷, teve a discussão sobre a valoração dada a prova, com entendimento do ministro relator Sálvio de Figueiredo Teixeira de que não se pode modificar a verdade dos fatos proferidos naquela sentença, em referência ao art. 469, II, do CPC/1973, assim, a verdade dos fatos é decorrente da apreciação da prova, dessumindo-se o caráter pessoal da interpretação, que não pode ser transferida a outro magistrado.

As partes eram idênticas nos processos, embora, a ação ulterior seja intentada pelo seu descendente em face do falecimento do autor.

No recurso especial 772.595²⁸ tratou sobre o uso da prova emprestada no formato documental, mas com partes iguais entre os processos, nessa ação tratou sobre a prova pericial emprestada, sendo realizada outra perícia para indicar se teve agravamento ou não da perícia anterior realizada.

Já no recurso especial 678.143²⁹ verificou-se a relevância pelo fato de alternar o empréstimo da prova entre os ramos do direito, isto é, prova produzida em processo-crime

²⁷ PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. INOCORRENCIA. VERDADE DOS FATOS. CPC, ART. 469-II. PROVA "EMPRESTADA". DOUTRINA E PRECEDENTE DA CORTE. INTERPRETAÇÃO DA PROVA PELO JUIZ. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. I - A CONCLUSÃO A QUE CHEGOU ACORDÃO NO SENTIDO DA EXISTENCIA DE CONTRATO EM AÇÃO POSSESSORIA COM PRETENSÃO ACOLHIDA, NÃO SE REVESTE DE MANTO DA COISA JULGADA, POR SE TRATAR DE VERDADE DOS FATOS ESTABELECIDADA COMO FUNDAMENTO DA DECISÃO. II - A APRECIÇÃO DA PROVA COMPETE AO JUIZ DO PROCESSO. DESTARTE, **A VERDADE DOS FATOS A QUE CHEGOU UMA DECISÃO ATRAVES DA INTERPRETAÇÃO DA PROVA NÃO PODE SER ESTABELECIDADA COMO PREMISA EM OUTRO PROCESSO.** III - AUSENTE A MANIFESTAÇÃO DO COLEGIADO ESTADUAL QUANTO A MATERIA TIDA COMO VIOLADA E SUSCITADA NO RECURSO ESPECIAL, IMPEDE O CONHECIMENTO DESTE POR FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. (REsp 41.264/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/05/1996, DJ 10/06/1996, p. 20333) (Grifei)

²⁸ REsp 772.595/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 16/02/2009

²⁹ RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PENAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMUNICABILIDADE NO JUÍZO CÍVEL DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO, ANTE O RECONHECIMENTO SUPERVENIENTE, NO JUÍZO CRIMINAL, DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. AFASTAMENTO DOS EFEITOS PRINCIPAIS E SECUNDÁRIOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A executoriedade da sentença penal condenatória (CPP, art. 63) ou seu aproveitamento em ação civil ex delicto (CPP, art. 64; CPC, arts. 110 e 265, IV) depende da definitividade da condenação, ou seja, da formação da coisa julgada criminal, até mesmo pela máxima constitucional de que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII). 2. Na hipótese em exame, a sentença penal condenatória não transitou em julgado para a defesa, pois foi, supervenientemente, substituída por acórdão em apelação criminal que extinguiu a punibilidade, em decorrência do reconhecimento da prescrição retroativa. **3. A sentença penal condenatória, não transitada em julgado, não possibilita a excepcional comunicabilidade entre o juízo cível e o criminal, prevista no art. 1.525 do Código Civil de 1916 (atual art. 935 do Código Civil de 2002) e nos arts. 63 e 65 do Código de Processo Penal.** 4. Segundo delinea a doutrina de direito penal, a prescrição retroativa, da maneira como disciplinada pela reforma de 1984 (CP, art. 110, §§ 1º e 2º), constitui forma de prescrição da pretensão punitiva, e não apenas da pretensão executória. Por isso, quando reconhecida, extingue o jus puniendi, e não apenas

emprestada para ação civil, sendo acrescido que o processo-crime afastou a culpabilidade do réu face à prescrição, assim o ministro relator entendeu sobre a legalidade da prova emprestada face seguir os parâmetros já estabelecidos pela turma, embora haja a absolvição do processo-crime, a prova teve o contraditório.

Adentra ao questionamento sobre a legalidade da prova emprestada, pois se a ação em que foi originada a produção probatória teve a absolvição do réu, independente da análise absolutória, essa prova insurge em processo diverso com outra valoração, nem sequer é analisado o resultado da ação que a originou.

Posicionamento mantido com a aplicação do CPC/1973, e na vigência do CPC/2015 houve somente 1 (um) julgado³⁰ que analisou o uso da prova empresta, houve a mudança no

o poder-dever do Estado de impor concretamente a sanção penal (jus executionis). 5. O reconhecimento da prescrição retroativa, por se referir à forma de prescrição da pretensão punitiva, extingue a punibilidade afastando todos os efeitos principais (aqueles concernentes à imposição das penas ou medidas de segurança) e secundários da sentença penal condenatória (custas, reincidência, confisco, etc.), incluindo-se nesses últimos o efeito civil de que trata o art. 91, I, do Código Penal. **6. Afastado o obrigatório aproveitamento da sentença penal condenatória que não transitou em julgado, deve o juízo cível, no âmbito de sua livre convicção, pautar-se nos elementos de prova apresentados no âmbito de todo o processo, inclusive em eventual prova emprestada do processo criminal do qual tenha participado o réu (garantia do contraditório), a fim de aferir a responsabilidade da parte ré pela reparação do dano.** 7. Recurso especial parcialmente provido, com retorno dos autos ao colendo Tribunal a quo, para novo julgamento da apelação cível. (REsp 678.143/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 30/04/2013) (Grifei)

³⁰ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PROPOSTA POR MENORES DE IDADE, VÍTIMAS DE DELITOS SEXUAIS. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA DO JUÍZO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO. REDUÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. DESCABIMENTO. FIXAÇÃO EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. **1. É assente o entendimento desta Corte Superior sobre a admissibilidade de prova emprestada, uma vez observado o devido contraditório, ainda que as partes não tenham participado do feito para o qual a prova será trasladada** (EResp n. 617.428-SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 17/6/2014). 2. No caso, além de haver identidade substancial de partes e o objeto da prova ser o mesmo, a exigência do contraditório foi observada, uma vez que os réus foram intimados e ofereceram suas respectivas contestações, por meio das quais puderam se pronunciar sobre a prova emprestada, insurgindo-se, inclusive, contra os seus efeitos. Desse modo, é de se ressaltar a desnecessidade da produção de prova testemunhal e de depoimento pessoal dos ora recorrentes, na medida em que a discussão sobre o crime praticado não necessitaria ser repetida nos presentes autos. 3. Diante da relativa independência entre as instâncias cível e criminal (CC, art. 935), nem mesmo a absolvição no Juízo criminal tem o condão de vincular o Juízo cível, salvo quando for reconhecida a inexistência do fato ou ficar demonstrado que o demandado não foi o seu autor. 4. Sob esse enfoque, desinfluyente que o REsp n. 1.046.316/SP, sob a relatoria do eminente Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 2/10/2018, tenha sido provido para declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, porquanto, a extinção da punibilidade, em função da prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, não vincula o Juízo cível na apreciação de pedido de indenização decorrente do ato delituoso, o qual deverá, no âmbito de sua livre convicção, guiar-se pelos elementos de prova apresentados no âmbito de todo o processo, inclusive em eventual prova emprestada do processo criminal do qual tenha participado o réu, com observância ao contraditório, a fim de aferir sua responsabilidade pela reparação do dano, assim como ocorreu no caso em análise. 5. Decorre da interpretação do art. 63 do CPP que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pressuposto, tão somente, para a sua execução no Juízo cível, não sendo, portanto, impedimento para que o ofendido proponha ação de conhecimento com o fim de obter a reparação dos danos causados, com amparo nos arts. 64 do CPP e 935 do CC, 6. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em regra, a revisão do quantum arbitrado para a indenização por danos morais encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ, somente

sentido de a prova emprestada ser usada em processo que as partes sejam diferentes nos processos, assim, a parte prejudicada não participou do processo que originou a produção probatória, sem contraditório, mas que tenha contraditório perante as partes que se encontravam no processo originário.

Deste modo, o entendimento da quarta turma é sobre o uso da prova em processo de diferentes ramos, podendo ser as partes idênticas ou não, assegurado o contraditório.

3.1.1.5 Quinta Turma

A quinta turma atua no direito criminal, embora a pesquisa tenha apresentado recursos com aplicação do CPC/1973 sobre o uso da prova emprestada, assim, começa com um entendimento um pouco inusitado, o recurso especial 499.436³¹ houve pelo juízo de primeiro grau o acatamento de prova emprestada produzida de uma justificação judicial, a parte prejudicada participou da produção probatória. Assim, o juiz recusou a produção de provas testemunhais por estar por satisfeito com a prova emprestada apresentada aos autos, exarando sentença.

Para o ministro relator Felix Fischer “a irresignação posta no recurso especial, merece amparo quanto à alegada violação aos arts. 130 e 332 do CPC. Isso porque não poderia o juiz singular ter negado a ora recorrente a oportunidade de produzir as provas testemunhais que entendesse necessárias”.

sendo possível superar tal impedimento nos casos de valor irrisório ou exorbitante. No presente caso, em que a indenização pelos danos morais foi arbitrada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a cada uma das vítimas, ante a gravidade dos fatos envolvidos, não se verifica a exorbitância que justificaria a sua revisão. 7. A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do desprovimento do agravo interno em votação unânime. A condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória, o que, contudo, não se verifica na hipótese. 8. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1333528/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2019, DJe 22/08/2019)

³¹ ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO MILITAR. DISPOSITIVOS NÃO PREQUESTIONADOS. PROVA EMPRESTADA. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAIS. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. I - Não se conhece do recurso especial no que diz respeito à matéria que não foi especificamente enfrentada pelo e. Tribunal a quo, ante a ausência do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF). II ? **A prova obtida mediante justificação judicial, por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária do qual não resulta declaração de relação jurídica, pode ser utilizada em ação de conhecimento contra terceiro desde que submetida ao contraditório.** III ? **Tendo o MM. Juiz indeferido o pedido de produção de provas testemunhais, por entender que as provas colhidas em justificação judicial seriam suficientes para o julgamento da lide, incorreu em cerceamento de defesa.** Recurso conhecido em parte, e nesta extensão, provido. (REsp 499.436/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2003, DJ 30/06/2003, p. 303) (Grifei)

Destarte, a parte prejudicada teve negado o direito da produção probatória face já constar nos autos prova emprestada que enseja o convencimento pelo juízo. Portanto, no caso se o juízo tivesse autorizado a produção probatória não haveria ilegalidade em relação à prova emprestada.

Outro julgado delimitador sobre o uso da prova emprestada decorreu do recurso especial 925.223³² em que as partes eram idênticas no processo em que teve a prova emprestada e no processo originário em que houve a produção probatória, assegurado o contraditório.

Assim, o entendimento sobre o uso da prova emprestada com base no CPC/1973 ocorre quando as partes são idênticas nos processos, assegurado o contraditório, os demais julgados demonstram que houve entendimento de interpretação diversa do empréstimo de mesmo dispositivo, isto é ratificado nos julgados após a vigência do CPC/2015, permanecendo o entendimento supramencionado.

3.1.1.6 Sexta Turma

A sexta turma é conhecida como a turma criminal do STJ, porém, a pesquisa trouxe 3 julgados conforme a delimitação processual aplicada.

O primeiro julgado se relaciona diretamente ao Habeas Corpus 219482, que teve a aplicação do CPC/1973 no que tange a ofensa ao princípio de natureza processual, nas hipóteses elencadas no art. 132 do CPC/1973. Assim, o julgado corrobora o posicionamento na seara criminal sobre a utilização da prova emprestada, portanto, aqui se depara somente com o prequestionamento da parte a respeito da ofensa ao princípio de natureza processual e do juiz natural.

³² DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO. LOCAÇÃO VERBAL. EXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE JULGA PROCEDENTE A AÇÃO COM BASE NA SIMPLES ALEGAÇÃO DO AUTOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Compete ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito. Inteligência do art. 333, I, do CPC. 2. **A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à "prova emprestada", não havendo suscitar nenhuma nulidade quando respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo anterior.** 3. Hipótese em que o Tribunal de origem não decidiu a controvérsia com base em "prova emprestada" da anterior ação reivindicatória ajuizada em desfavor da recorrente, mas única e exclusivamente nas alegações da parte autora deduzidas no referido processo, acerca das quais não foi produzida nenhuma prova. 4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 925.223/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2008, DJe 02/02/2009) (Grifei)

O segundo julgado³³ ocorreu no ano de 2014, a parte prejudicada era igual ao processo originário, teve contraditório, a discussão foi sobre a possibilidade de empréstimo da prova, cujo produzido em um processo-crime iria instruir um inquérito civil público.

Já no terceiro julgado³⁴, tem-se o questionamento sobre ofensa ao princípio da colegialidade, já que o ministro relator denegou monocraticamente o pedido, sendo motivado o voto que não infere violação ao referido princípio, já que o CPC/1973 em seu art. 557, traz a possibilidade de negar seguimento ao recurso quando manifestamente improcedente ou em confronto com jurisprudência dominante do STJ.

Aqui a parte prejudicada era a mesma no processo originário, teve contraditório, questionou-se sobre a possibilidade de utilização de prova produzida em processo-crime, na seara cível, para fins de apuração de improbidade administrativa.

Observa-se que o entendimento do uso da prova emprestada ocorre quando a parte prejudicada for igual ao processo que originou a prova, com contraditório.

Com o advento do CPC/2015, houve mais 3 julgados realizados. O primeiro³⁵ e segundo³⁶ julgados trataram de questões processuais, o STF solicitou no primeiro processo a manifestação do STJ sobre decisão proferida em recurso com repercussão geral pela possibilidade do uso da prova emprestada em procedimento fiscal, entendendo sobre sua vedação no âmbito penal, sem discorrer sob os aspectos do CPC, já no segundo processo, houve a permanência do entendimento sobre a vedação da prova emprestada no âmbito criminal.

³³ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PROCESSO PENAL. PROVA PRODUZIDA EM AÇÃO PENAL EMPRESTADA PARA INSTRUÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. INEXISTÊNCIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não há falar em violação do princípio da colegialidade se a decisão monocrática foi proferida com fundamento no caput do artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. 2. **A autorização de compartilhamento de prova obtida em ação penal para fins de instrução de inquérito civil público que investiga os mesmos fatos não importa em ofensa a direito líquido e certo do investigado.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 44.825/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014) (Grifei)

³⁴ AgRg no RMS 39.533/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015

³⁵ REsp 1373498/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017

³⁶ REsp 1402649/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017

O agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial 387.891³⁷ decidiu sobre a legalidade no uso da prova emprestada vinda do exterior, rechaçada pela defesa pela sua impossibilidade, em um primeiro momento em face da ausência de autorização americana do empréstimo, em segundo que não houve contraditório e ampla defesa.

Veja que há a utilização da prova em que são partes diferentes, sem contraditório, obtida em outro país, entendimento diferente dos demais recursos analisados pela turma.

Assim, a sexta turma entende, em questão processual civil que a parte prejudicada não precisa ser igual no processo originário, conforme o último julgado, no caso da produção probatória ser brasileira deverá assegurar o contraditório, conquanto que em prova emprestada alienígena não há necessidade do contraditório e ampla defesa, desde que a decisão não seja embasada somente na prova emprestada.

³⁷ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURADA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CABIMENTO. PROLATADA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INDEFERIMENTO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ILICITUDE DA PROVA. INADMISSIBILIDADE. **POSSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL.** NULIDADE PELA FALTA DE CONHECIMENTO DE PROVA PELO REVISOR DA APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVOS IMPROVIDOS. 1. Embargos de declaração, com efeitos infringentes, devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade. 2. A incidência da Súmula 7/STJ impede o exame do dissídio jurisprudencial deduzido nas razões do recurso especial. 3. Não configura negativa de prestação jurisdicional, quando o Tribunal de origem decide a controvérsia de forma fundamentada, concluindo de forma contrária aos interesses da defesa. 4. Incabível o exame da alegação de inépcia da denúncia, pois superada a apreciação da viabilidade formal da persecução, se já existe acolhimento formal e material da acusação pelo Tribunal de origem. 5. "O art. 400, § 1º, do CPP, autoriza o Magistrado a indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, uma vez que é ele o destinatário da prova", não se relevando, portanto, cerceamento de defesa o seu indeferimento fundamentado (AgRg no RHC 113.646/PA, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, DJe 8/10/2019). 6. Nos termos do art. 80 do Código de Processo Penal, processos conexos podem ser desmembrados em nome da conveniência da instrução penal (AgRg no REsp 1807081/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019). **7. Admite-se o compartilhamento de prova em processo conexo, mormente porque não houve a demonstração da ilicitude do material probatório nos autos originários, sendo certo que eventual irregularidade procedimental demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível a teor da Súmula 7/STJ.** 8. Concluindo o Tribunal de origem, soberano na análise probatória, pela autoria do delito atribuída aos agravantes, a alteração do julgado, para fins de absolvição ou mesmo para reconhecer a participação de menor importância, demandaria revolvimento de provas, o que não se admite a teor da Súmula 7/STJ. 9. Constatado pelo Tribunal de origem que os documentos juntados na fase recursal na apresentava nenhuma novidade ou influência neste feito, de modo que a reversão das premissas fáticas do acórdão recorrido encontra óbice na Súmula 7/STJ. 10. A valoração negativa da culpabilidade, assim considerada o maior ou o menor grau de reprovabilidade da conduta, porquanto baseada em fato concreto, consubstanciado no modus operandi que ocasionou grave prejuízo, justifica a exasperação da pena-base. 11. A adoção de fundamentação própria pelo Tribunal de origem, sem alteração da sanção imposta, não enseja reformatio in pejus. 12. Agravos regimentais improvidos e Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (AgRg no AgRg no AREsp 387.891/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 13/08/2020)

3.1.1.7 Primeira Seção

A egrégia PRIMEIRA SEÇÃO teve somente 3 julgados que se relacionaram ao CPC/1973 e a primeira análise sobre o uso da prova emprestada ocorreu no ano de 2011, o qual buscava a nulidade da sentença em virtude da prova emprestada ter sido produzida em processo posteriormente anulado, assim, houve o entendimento de que apesar de anulação de sentença condenatório por razões de natureza processual ou procedimental, as provas podem ser utilizadas em processo diverso³⁸.

A relatora ministra Marilza Maynard asseverou que o uso da prova emprestada não possui óbice para a utilização em sede do processo administrativo que aqui se examina do que foi apurado na ação penal.

Observa-se que o uso da prova emprestada pode ocorrer quando a parte prejudicada for igual ao processo originário em que teve a produção probatório e embate do contraditório e ampla defesa, e indo além, possibilitando o uso da prova de processo que foi anulado em razão processual e procedimental.

Entende-se que, se o processo foi anulado por ofensa ao processo e procedimentos, a prova não deveria ser utilizada em processo diverso, já que aquele contraditório foi contaminado.

³⁸ MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - LITISPENDÊNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO - ANULAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO PENAL - REFLEXOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO - PENALIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE DE AÇÃO JUDICIAL. 1. Não cabe ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo motivador do ato administrativo, restringindo seu exame à aferição da regularidade do procedimento e da legalidade da pena aplicada. 2. Hipótese em que não há litispendência com ação judicial que tramita no TRF da 2ª Região, visto que não demonstrada a identidade da causa de pedir e do pedido, bem como diante da inexistência de identidade do pólo passivo nos dois feitos confrontados. 3. Não caracteriza cerceamento de defesa a falta de interrogatório para a qual deu causa o investigado ao deixar de comparecer em três distintas convocações feitas pela Comissão Processante, ante à impossibilidade de favorecimento a quem deu causa à nulidade, nos termos do art. 565 do CPP, aplicado por analogia. Incidência, na espécie, do princípio *pas de nullité sans grief*. 4. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento motivado da oitiva de testemunhas ou de realização de prova pericial. Hipótese em que foram ouvidas 8 (oito) das 11 (onze) testemunhas arroladas, respondidos os quesitos do acusado pela própria Comissão Processante. 5. **É perfeitamente possível a utilização em processo administrativo de prova emprestada de ação penal, mesmo quando anulada a sentença, notadamente quando esse fato se deu por motivos meramente processuais ou procedimentais, mantidos incólumes os demais atos do processo.** 6. Não ofende a Lei 8.492/92 a aplicação da pena de demissão por ato de improbidade administrativa examinado em processo administrativo disciplinar. Precedentes. 7. A indicação de nova capitulação para os fatos apurados pela Comissão Processante não macula o procedimento adotado, tendo em vista que o indiciado se defende dos fatos a ele imputados, não da sua classificação legal. Precedentes. 8. Segurança denegada. (MS 16.133/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2013, DJe 02/10/2013) (Grifei)

Porém, a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO entende que é possível, que apesar da anulação do processo, a prova encontra-se intacta, pois a produção probatória não foi violada, embora haja discordância de tal aplicação.

Já o segundo julgado³⁹ a parte suscita questionamentos a respeito da falta do contraditório no processo originário, que o empréstimo das provas foi derivado de inquérito policial. Permaneceu o entendimento de que a parte deve ser igual ao processo originário em que foi produzida a prova probatória.

No presente caso, o uso da prova emprestada decorreu de empréstimo na fase inquisitorial, isto é, na fase investigatória, sem o início da persecução penal propriamente dita. Assim, permanece entendimento inicial da necessidade de a parte ser igual, conquanto independe da fase em que se encontra o processo original, pode estar em sua fase preliminar ou findo, desde que assegurado o contraditório, situação diversa do processo analisado pela turma, pois houve o contraditório na fase investigativa.

No terceiro julgado⁴⁰ tratou sobre a possibilidade do uso da prova emprestada oriunda de interceptação telefônica em processo disciplinar, aqui a parte era igual ao processo originário, teve o contraditório, mantendo o posicionamento dos julgados anteriores.

Interessante destacar a existência de uma discrepância na leitura do inteiro teor deste julgado, pois houve a citação de jurisprudência demandada na primeira turma, porém de ramo diverso ao pesquisado, isto é, não se amoldando ao uso do CPC/1973, que por ora se entende possível a aplicação em analogia.

Deste modo, o posicionamento atual da egrégia PRIMEIRA SEÇÃO é de que a parte prejudicada deve ser a mesma do processo originário, haver o contraditório na produção probatória, a possibilidade do uso da prova emprestada quando o processo originário for anulado em razão de processo ou procedimento, e poderá haver fundamento analógico de ramo diverso estabelecido.

Com a vigência do CPC/2015 a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO retornou na pesquisa apenas 1 (um) julgado⁴¹, porém, esse tratou de assunto relevante, pois trouxe entendimento sobre a possibilidade de mudança com no uso da prova emprestada.

³⁹ EDcl no MS 19.703/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2014, DJe 03/11/2014

⁴⁰ AgInt na AR 4.959/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 20/09/2018

⁴¹ AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTO NOVO APTO A EMBASAR A AÇÃO. NULIDADE PARCIAL DO PAD. VÍCIOS SANÁVEIS. REABERTURA DA INSTRUÇÃO. POSSIBILIDADE. USO DE PROVA

Em um primeiro instante, verifica-se que a parte prejudicada no processo é igual no processo originário em que houve a produção probatório, com proferimento de sentença em primeiro grau se abriu processo administrativo disciplinar utilizando a prova produzida nos autos do processo-crime, julgado procedente.

Assim, em recurso especial no STJ aduz a parte prejudicada sobre a invalidade do uso da prova emprestada, questão até então já com entendimento firmado pela egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, sobre sua legalidade.

Outrossim, em recurso interposto na esfera criminal houve a absolvição do réu com o uso da prova produzida, e esta utilizada em processo diverso.

Veja-se que o embate agora permeia sobre a possibilidade do uso da prova emprestada em processo que estava em curso, no processo que trouxe a prova emprestada utilizou-se para demissão definitiva do servidor, embasada na prova produzida em processo diverso.

EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEGALIDADE. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. I - Trata-se de ação rescisória objetivando a desconstituição de acórdão da Terceira Seção do STJ, proferido no julgamento do recurso especial interposto nos autos do Mandado de Segurança n. 10.128/DF, impetrado pelo autor contra ato do Ministro de Estado da Justiça que o demitira do cargo de Delegado da Polícia Federal em decorrência da prática de transgressão disciplinar tipificada no artigo 43, LII, da Lei n. 4.878/1965, "indicar ou insinuar nome de advogado para assistir pessoa que se encontre respondendo a processo ou inquérito policial". II - O principal fundamento da ação rescisória é a existência de documento novo, surgido após a prolação do acórdão rescindendo, qual seja, acórdão do TRF da 4ª Região, que confirmou a sua absolvição na esfera criminal da imputação da prática de crimes que motivaram o entendimento do acórdão rescindendo pela proporcionalidade da penalidade aplicada na esfera administrativa. III - De acordo com a jurisprudência do STJ, todavia, "o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional", (AgRg no REsp 1.407.540/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/14). Ainda nesse sentido: REsp 1662983/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 16/06/2017; REsp 1645864/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/3/2017, DJe 20/4/2017; e AgRg no AREsp 414.975/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 14/2/2017, DJe 24/2/2017. IV - A ação rescisória não se presta a operar como sucedâneo recursal a ensejar dilação probatória referente a questão já antes vedada em de mandado de segurança, a se perquirir quanto à proporcionalidade da pena aplicada que, da mesma forma, não implica em violação à literal disposição de lei. V - Nos termos do art. 169 da Lei n. 8.112/90, a declaração de nulidade do PAD pode ser parcial, caso em que a autoridade competente poderá determinar a constituição de nova comissão para dar continuidade ao já existente, sem que seja instaurado novo procedimento administrativo, mormente em homenagem à ampla defesa e ao contraditório, em favor do servidor processado. Precedente: MS 21.827/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 24/5/2017, DJe 31/5/2017. VI - Esta Corte Superior possui entendimento consolidado no sentido de que é possível utilizar, em processo administrativo disciplinar, na qualidade de "prova emprestada", a interceptação telefônica produzida em ação penal, desde que devidamente autorizada pelo juízo criminal e com observância das diretrizes da Lei 9.296/1996 (MS 16.146/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 22/5/2013, DJe 29/8/2013). Precedentes: MS 17.538/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 10/8/2016, DJe 22/8/2016 e MS 14.140/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/9/2012, DJe 8/11/2012. VII - A violação de literal disposição de lei autorizativa ao ajuizamento da ação rescisória somente ocorre em face de ofensa flagrante ao direito, haja vista não ser sucedâneo recursal para se discutir a injustiça da decisão em abertura de nova via recursal, ao reexame de matéria fático-probatória ou, menos ainda, de matéria em harmonia com a jurisprudência pacífica no Tribunal. VIII - Agravo interno improvido. (AgInt na AR 4.959/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 20/09/2018)

Nesta situação, ocorreu em grau recursal a absolvição do réu na esfera criminal, a prova aqui foi considerada atípica, não podendo ser imputado ao réu a sua culpa. Porém, no processo administrativo disciplinar a prova aqui produzida foi a base para a sua procedência demissória.

Pode-se dizer que há uma nuvem de fumaça que interfere numa análise mais precisa, o entendimento da egrégia PRIMEIRA SEÇÃO trouxe o posicionamento forte sobre documento novo não estaria apto para embasar nova decisão.

Entende-se que há sentido no prequestionamento da parte prejudicada, tem sua alegação de que “o acórdão absolutório constitui documento novo capaz de garantir pronunciamento favorável em relação à desproporcionalidade da pena de demissão, pois o ato administrativo encontra-se fundamentado na sentença condenatória.”

Como também, que a interceptação telefônica está limitada à investigação criminal ou instrução processual penal, o que torna sua utilização na esfera administrativa, como prova emprestada, inconstitucional e ilegal. Assim, argumenta que a portaria de demissão é nula.

Em atenção ao prequestionamento acima, se há uma sentença que o absolveu na esfera criminal, aquela prova produzida com valor probante da ausência de culpa poderia gerar o efeito de nulidade nos processos que dela se aproveitaram.

Entretanto, o ministro relator entendeu que não assiste razão a alegação proposta pela parte, pois, “a existência de documento novo, surgido após a prolação do acórdão rescindendo, [...], que confirmou a sua absolvição na esfera criminal da imputação da prática de crimes que motivaram o entendimento do acórdão rescindendo pela proporcionalidade da penalidade aplicada na esfera administrativa. Assim, não há falar em documento novo apto a desconstituir o julgado, na forma do art. 966, VII, do CPC/15, com relação à aludida decisão judicial posterior, mormente havida na esfera criminal, instância independente da administrativa”.

Tem-se o entendimento de que se a prova é produzida em ramo diferente, será possível utilizar a prova de modo emprestado e o resultado aqui estabelecido independe do resultado que tiver na ação originária.

Observa-se que há aqui uma posição sobre o uso da prova em ramos distintos com resultados distintos, o processo em que a prova é produzida e tem seu valor probatório avaliado há então a absolvição, conquanto que o processo em que teve a prova emprestada já valorada, pode ser base para procedência.

Assim, a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO possui parâmetros específicos sobre o uso da prova emprestada, que, conforme visto acima, deve a parte prejudicada ser a mesma no processo originário, assegurado o contraditório, a prova emprestada ainda será válida se o processo em que foi produzida vier a ser anulado em razão de processo ou procedibilidade, e poderá realizar

analogia entre os ramos de direito. Por fim, com a vigência do CPC/2015, tem-se a situação que, pode ser utilizado a prova emprestada em processo administrativo disciplinar, contudo, se após a procedência deste, em caso de absolvição em recurso criminal em que a prova foi produzida, o processo que a utilizou permanecerá com sua decisão procedente, pois é dever da parte prejudicada no ato da imposição recursal já expressar no processo que utiliza a prova emprestada a possibilidade da mudança do estado da culpa.

Deste modo, o entendimento da seção é diversificado, pois, faz com que a parte prejudicada se sinta ainda mais prejudicada, entro em discordância com a seção sobre a utilização da prova emprestada quando o processo que a originou é anulado, como também o uso da prova emprestada que o processo que a originou torna o réu absolvido, já que afasta a culpa, garantindo a presunção de inocência, princípio este que deveria ser mais valorizado no STJ.

3.1.1.8 Terceira Seção

A egrégia TERCEIRA SEÇÃO ao julgar os embargos de declaração no mandado de segurança 10.128⁴² entendeu sobre o uso da prova emprestada derivada de processo-crime em que a parte prejudicada participou na produção probatória.

Destarte, a parte prejudicada teve contra si instaurada investigação criminal, com início da persecução penal, o ministro relator Og Fernandes aduziu que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que, respeitado o contraditório e a ampla defesa, é possível a utilização de “prova emprestada” devidamente autorizada na esfera criminal, como ocorreu na hipótese em apreço”.

⁴² EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. **USO DE PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE.** CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. AUTENTICIDADE DAS PROVAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NÃO DEMONSTRADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO SERVIDOR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. SEGURANÇA DENEGADA. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITO MODIFICATIVO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS 10.128/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 08/04/2010) (Grifei)

Assim, a parte prejudicada foi parte na ação em que teve a produção probatória, assegurado o contraditório.

Em análise aos demais recursos, verificou-se que se trata de entendimento consolidado⁴³, devendo a parte prejudicada ser parte na ação em que originou a prova emprestada e que teve o seu direito do contraditório assegurado.

3.1.1.9 Corte Especial

A corte especial analisou ação penal⁴⁴ em que se questionava o princípio do promotor natural, ocorreu o empréstimo da prova para instrução da presente ação, sendo reconhecido pela ministra relatora Eliana Calmon a legalidade do uso da prova, esta produzida pelo MPF para averiguação de conduta de magistrado federal.

Assim, trata-se de prova produzida em investigação policial, sem contraditório, acatada o seu recebimento, com atenção do contraditório ser possível ocorrer no curso da persecução penal.

Deste modo, o retorno da pesquisa, com delimitação processual do CPC/1973 e CPC/2015, trouxe o mesmo julgado, assim, o entendimento da corte é o uso de prova produzida em fase inquisitiva, sem contraditório.

3.1.2 Quadro sinóptico do uso da prova emprestada no CPC/1973 e CPC/2015

⁴³ MS 9.628/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 08/11/2016

MS 14.891/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 19/04/2016

EDcl no MS 12.805/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014

⁴⁴ PROCESSO PENAL ? AÇÃO PENAL ? PROCESSO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA ? PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL (LC 75/93) - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS E FALSIDADE IDEOLÓGICA. 1. Não ofende o princípio do promotor natural a designação de Subprocurador, para atuar em determinada ação penal, feita pelo Procurador Geral da República, nos termos permitidos pelo artigo 48, II, da Lei Complementar 75/93. 2. O dispositivo mencionado encontra-se em apreciação pelo STF, o que não afasta a sua presunção de legalidade e constitucionalidade. 3. Rejeita-se a denúncia que imputa autoria de falsidade ideológica a quem não forneceu informação alguma, limitando-se a remeter os documentos solicitados pelo MPF. **4. Havendo dúvida quanto à participação de denunciado que assinou documento enviado ao MPF, de conteúdo diverso do documento original, aceita-se a proposta de ação, para aprofundamento da prova no curso da instrução.** 5. Falsidade ideológica em documento particular, para acobertar ato de prevaricação de magistrado federal. 6. Afastamento do magistrado das funções, diante do cometimento de crime no exercício da função. 7. Denúncia recebida em parte. (Apn 227/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/09/2004, DJ 13/02/2006, p. 642) (Grifei)

A seguir será apresentado qual o entendimento das turmas, seções e corte especial sobre o uso da prova emprestada de acordo com o CPC/1973 e CPC/2015, a análise se baseou nos julgados retornados na pesquisa no site do STJ.

Quadro 1 – Quadro sinóptico do uso da prova emprestada no CPC/1973 e CPC/2015 - STJ

	CPC/1973	CPC/2015
Primeira Turma	a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório no processo originário; c) prova produzida em processo de ramo diverso; DIVERGÊNCIA a) assegurado o contraditório no processo originário; b) preclusão da prova emprestada quando não juntada na inicial ou contestação;	<i>idem</i> ;
Segunda Turma	a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório no processo originário; DIVERGÊNCIA a) parte prejudicada NÃO precisa participar do processo em que teve a produção probatória; b) assegurado o contraditório no processo em que teve a produção probatória; DIVERGÊNCIA a) partes NÃO precisam ser iguais; b) prova produzida em fase investigatória;	a) parte prejudicada NÃO precisa participar do processo em que teve a produção probatória; b) partes diversas asseguraram o contraditório no processo originário; c) prova produzida em fase investigatória;

Terceira Turma	<p>a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório no processo originário;</p> <p>DIVERGÊNCIA</p> <p>a) parte prejudicada NÃO precisa participar do processo em que teve a produção probatória; b) prova produzida em fase investigatória; c) prova emprestada é somente aquela trasladada e oriunda de outro processo judicial;</p> <p>DIVERGÊNCIA</p> <p>a) parte prejudicada NÃO precisa participar do processo em que teve a produção probatória; b) prova produzida em fase investigatória;</p>	<p>a) parte prejudicada NÃO precisa participar do processo em que teve a produção probatória; b) partes diversas asseguraram o contraditório no processo originário;</p>
Quarta Turma	<p>a) partes devem ser iguais; b) partes asseguraram o contraditório no processo originário;</p>	<p>a) parte prejudicada NÃO precisa participar do processo em que teve a produção probatória; b) partes diversas asseguraram o contraditório no processo originário; c) prova emprestada produzida em processo crime poderá ser utilizada mesmo se no decurso do processo haja absolvição do réu;</p>
Quinta Turma	<p>a) partes devem ser iguais; b) partes asseguraram o contraditório no processo originário;</p>	<p>a) partes devem ser iguais; b) partes diversas asseguraram o contraditório no processo originário;</p>

Sexta Turma	<p>a) parte prejudicada deve participar do processo em que teve a produção probatória;</p> <p>b) assegurado contraditório no processo originário</p>	<p>a) parte prejudicada NÃO precisa participar do processo em que teve a produção probatória;</p> <p>b) assegurado o contraditório no processo em que teve a produção probatória;</p> <p>c) uso de prova alienígena;</p> <p>d) desnecessidade de contraditório em prova alienígena;</p>
Primeira Seção	<p>a) partes devem ser iguais;</p> <p>b) partes asseguraram o contraditório no processo originário;</p> <p>c) uso de prova emprestada de processo originário anulado posteriormente em razão de processo ou procedimento;</p> <p>d) fundamento análogo de ramo diverso;</p>	<p>a) parte prejudicada deve participar do processo em que teve a produção probatória;</p> <p>b) uso de prova emprestada de processo de ramo diverso;</p> <p>c) uso de prova emprestada produzida em processo crime;</p> <p>d) prova emprestada produzida em processo crime poderá ser utilizada mesmo se no decurso do processo haja absolvição do réu;</p>
Terceira Seção	<p>a) parte prejudicada deve participar do processo em que teve a produção probatória;</p> <p>b) parte prejudicada teve assegurado o contraditório no processo originário;</p>	<i>idem</i>
Corte Especial	<p>a) parte prejudicada NÃO precisa participar do processo em que teve a produção probatória;</p> <p>b) possibilidade do uso da prova produzida em investigação;</p> <p>c) sem contraditório;</p>	<i>idem</i>

	d) possibilidade de contraditório na persecução penal	
--	---	--

Fonte: elaborado pelo autor.

Conforme visto no quadro, existe uma diversificação de entendimento sobre a utilização da prova emprestada. De início era necessário que as partes fossem iguais, assegurado o contraditório no processo originário divergindo para a possibilidade de as partes ser diferentes, mas com o contraditório realizado pelas partes do processo originário.

Ademais, houve a tentativa de rejeitar a prova emprestada quando não for juntada na inicial ou contestação, pois viola o princípio do contraditório, interessante posicionamento da primeira turma, tenta resguardar o direito daquele que será prejudicado.

De tal modo, as provas emprestadas passaram a ser aceitáveis quando produzidas na fase investigatória, sem contraditório pela parte prejudicada, já que não se trata de processo, mas sim de inquérito que visa identificar a materialidade e autoria delitiva, questionável esse posicionamento, caso haja indícios de nulidade na produção probatória não será possível contrariar a validade no processo em que a irá utilizar.

Outro ponto que chamou atenção está no uso de prova em que o processo originário houve a absolvição ou nulidade procedimental ou/e processual, considera-se a prova válida. Destarte, essa forma de aplicação demonstra o valor da produção probatória em processos que podem vir a ser declarados nulos ou tenha a sentença absolutória daquele acusado pela prova produzida e há a possibilidade de uma condenação por meio dessa prova.

A prova emprestada considerada a mais relevante é a prova alienígena, julgado isolado, a sexta turma entendeu que não é necessário que a parte prejudicada tenha participado do processo originário, veja, sem a participação no processo a parte sequer tem conhecimento da produção probatória no processo alienígena, não se sabe a forma em que foi coletada a prova, se violou princípios ou leis.

Assim, esses foram os destaques encontrados na jurisprudência do STJ, embora não haja um posicionamento uno entre as turmas, seções e Corte Especial, é possível estabelecer uma taxatividade para o uso da prova emprestada, considerando que as partes não precisam ser idênticas, necessário o contraditório na produção probatória, a sentença deve se basear em todos os elementos do processo e não apenas na prova emprestada.

3.1.3 Análise jurisprudencial da prova emprestada no CPP

A análise do uso da prova emprestada com delimitação processual no CPP/1941 será mais concisa devido ter somente atualizações legislativas pertinentes e não a mudança integral do código.

Contudo, no ano de 2008 houve uma alteração relevante quanto à prova e ao procedimento do Tribunal do Júri. Em breve síntese, quanto à prova, houve a limitação dos poderes instrutórios do juiz, impedindo-o de fazer perguntas, antes das partes, no viés de se buscar a verdade real no processo, método utilizado no sistema inquisitório, assinalando ao sistema acusatório o juiz poderá questionar para sanar dúvidas, apenas em caráter complementar, cessou a adoção de medidas probatórias de ofício.

Assim, o juiz passa a agir com maior imparcialidade, pois exerce o seu mister como julgador, não de inquisitor ou defensor, e essa imparcialidade é decorrência do sistema acusatório, adotado pelo CPP.

No site do STJ foi utilizado no campo de pesquisa as palavras - prova emprestada – com a delimitação processual no campo de pesquisa avançada, ou seja, inserido no campo específico da busca em jurisprudência a limitação para o CPP/1941.

Assim, houve o retorno dos dados conforme tabela abaixo.

Tabela 3 – Quantidade de julgados sobre a prova emprestada no STJ com aplicação do CPP/41

Segunda Turma	2
Terceira Turma	2
Quarta Turma	1
Quinta Turma	69
Sexta Turma	60
Primeira Seção	2
Terceira Seção	1
Corte Especial	7
TOTAL	144

Fonte: STJ, 2021⁴⁵.

Deste modo, os dados obtidos no site do STJ trazem a quantidade de 144 julgados que tiveram a análise sobre o uso da prova emprestada. Será analisado o posicionamento de cada

⁴⁵ Consulta realizada na data de 30/janeiro/2021, no site www.stj.jus.br

uma das turmas, seções e corte especial, por fim, avaliará o posicionamento adotado na aplicação e uso da prova emprestada ou se há divergências.

3.1.3.1 Segunda Turma

A segunda turma julgou somente duas ações que se relacionaram com o uso da prova emprestada com base no CPP, o primeiro processo⁴⁶ trata de processo administrativo disciplinar em que se questionava a utilização da prova emprestada, cerceamento de defesa na realização de perícia sobre o áudio trazido aos autos.

A parte prejudicada era idêntica na ação em que houve a produção probatória, assegurado o contraditório. Assim, o questionamento no processo que utilizou a prova emprestada tratava-se de embate sobre sua veracidade, situação fática já discutida no processo originário, assim, indeferido o pedido de perícia sobre o áudio pelo juízo.

⁴⁶ ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL CIVIL. PAD. DEMISSÃO. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÕES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INDEFERIMENTO DE PLEITO PARA PRODUÇÃO DE PROVA. EXCESSO DE PRAZO. PROVA EMPRESTADA. INCABÍVEIS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA PENALIDADE. OBSERVADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Cuida-se de recurso ordinário contra acórdão que denegou a ordem em pleito mandamental, cujo pedido estava fulcrado na anulação de portaria demissional ante a alegação de vícios no processo administrativo disciplinar. A penalidade derivou de PAD que teve o mesmo fato originário de processo penal, de onde foram emprestadas provas. 2. Não prospera a alegação de vício pelo indeferimento para a produção de contraprova, já que o tema foi devidamente tratado no processo administrativo, tendo havido motivação suficiente para justificar a negativa. Ademais, tem-se claro que as degravações - prova emprestada do processo penal - não forma o único meio de prova utilizado, tendo sido acostados aos autos os testemunhos e a análise de farta documentação. Precedente: MS 14.503/DF, Rel. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Terceira Seção, DJe 1º.2.2011. 3. A alegação de excesso de prazo não comporta mácula, até porque o prazo observado foi razoável - cerca de 360 dias - em relação à complexidade do PAD, bem como que houve motivação das prorrogações. Ademais, para que haja o ensejo de nulidade, o excesso de prazo - além de fora do razoável - deve estar acompanhado de evidências do prejuízo causada à defesa, o que não sói acontecer na espécie. Precedentes: AgRg no RMS 32.781/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 21.3.2011; e RMS 22.032/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 7.2.2011. **4. Sobre a pretensão de nulidade por empréstimo de prova, "é cabível a adoção de provas emprestadas, desde que respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar. No caso, a comissão processante forneceu ao impetrante cópias de todas as provas obtidas, após autorização judicial, nos autos de investigação criminal realizada pela Polícia Federal"** (MS 15.411/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 3.11.2010). 5. Em sintonia com o que vem sendo acordado na Primeira Seção, é de se notar que, quando se apresenta sólida comprovação de conduta que enseja a aplicação da penalidade de demissão, outra opção de enquadramento jurídico não é facultada à Administração Pública; logo, não há falar em malferimento à proporcionalidade e razoabilidade. Precedente: MS 15.437/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 26.11.2010. No mesmo sentido: MS 15.517/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18.2.2011. 6. No caso concreto, como são inexistentes os vícios - devido processo, ampla defesa, contraditório, proporcionalidade e razoabilidade -, é de indicar a ausência de liquidez e certeza do direito. Precedentes: RMS 32.536/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13.4.2011; e RMS 22.032/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 7.2.2011. Recurso ordinário improvido. (RMS 33.738/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011) (Grifei)

Na segunda ação⁴⁷, a prova emprestada se tratava de prova sigilosa fiscal, a tentativa pela parte prejudicada era da remoção da prova emprestada produzida em procedimento investigatório, sem contraditório e ampla defesa.

⁴⁷ PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF. PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, E-MAIL E ESCUTAS AMBIENTAIS. OBTENÇÃO EM INQUÉRITO POLICIAL. ENVIO DIRETO PARA OS AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL NÃO EMBARGADA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL NO PROCESSO DE DESTINO. ENVIO PELO JUIZ À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - RFB E À PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PGFN (ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA) A FIM DE QUE HAJA CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ART. 40 DO CPP. POSSIBILIDADE. 1. O Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresse juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei invocados pelas partes, bastando para fundamentar o decidido fazer uso de argumentação adequada, ainda que não espelhe quaisquer das linhas de argumentação invocadas. Ausente a violação ao art. 535, do CPC. 2. A necessidade de prévio esgotamento dos meios probatórios (princípio da proporcionalidade no sub princípio necessidade) não foi enfrentada na Corte de Origem e sequer o foi levantada em sede de embargos de declaração. Desse modo, resta ausente o prequestionamento, a incidir o enunciado n. 282, da Súmula do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". 3. Muito embora a recorrente demonstre em sua petição de recurso especial indignação em relação ao redirecionamento de ofício da execução fiscal, o tema não restou debatido pela Corte de Origem e nem está abarcado por qualquer dos artigos de lei invocados por violados. Aplicação da Súmula 282 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"; e da Súmula n. 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". **4. Tanto o STF quanto o STJ possuem posicionamento permitindo o uso da prova produzida em investigação criminal, na forma do art. 1º, da Lei 9.296/96 (interceptação de comunicações), em processo administrativo disciplinar e em ações de improbidade, desde que observado, no processo de destino seja administrativo, seja judicial, o devido processo legal e o contraditório. Pelas mesmas razões ("*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*")**, esse entendimento se estende para se admitir o uso também em processo administrativo fiscal e em execuções fiscais, principalmente quando constatados indícios de cometimento de crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90). 5. Contudo, o caso em apreço guarda peculiaridades. Por se tratar o processo de destino (das informações sigilosas) de uma execução fiscal em andamento não embargada, por estar em discussão informes que ensejaram o redirecionamento da execução fiscal em razão do art. 135, do CTN, e por haver jurisprudência consolidada no âmbito STJ em sede de recurso representativo da controvérsia no sentido de que matéria que enseja dilação probatória não comporta exame direto em sede de execução fiscal (REsp. n. 1.104.900 - ES, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 25.03.2009), o contraditório ali fica impossibilitado. 6. Neste caso, não há que se falar em postergação do contraditório para os embargos do devedor em execução fiscal, já que trazem como condição de procedibilidade a garantia integral do juízo (REsp. n.º 1.272.827 - PE, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.05.2013) que na situação em apreço se apresenta como medida extremamente limitadora (quando não proibitiva) do exercício do direito de defesa referente à prova emprestada, posto que a dívida remonta a 6,5 milhões de reais (ano de 2008). Certamente, a jurisprudência do STJ que permite o empréstimo da prova não foi construída para albergar tal situação. **7. Desse modo, diante da ausência de contraditório administrativo ou judicial prévio e diante da impossibilidade de contraditório judicial a posteriori em sede de execução fiscal ou embargos do devedor já ajuizados, deve ser desentranhada da execução fiscal a prova sigilosa emprestada. Contudo, é possível o envio dessas mesmas informações sigilosas à Administração Tributária a fim de que inaugure Processo Administrativo Fiscal onde se dará o contraditório sobre a prova, consoante item "10".** 8. Se as medidas investigatórias dizem respeito a apuração de crimes que, por fim, implicavam lesão ao Fisco, não há como defender, a priori, que não guardem relação com feito executivo fiscal tão somente porque, v.g., se referem a período outro que não o do vencimento e o do fato gerador das exações em cobrança. A pertinência dos dados deve ser avaliada no curso do processo pelo juiz e também através do contraditório a ser promovido pelas partes em sede de embargos do devedor, ou pela autoridade que preside o Processo Administrativo Fiscal, caso seja esse o destino da informação, com a ocorrência ali do contraditório. 9. Não houve qualquer violação ao art. 7º, I e II, da Lei n. 8.906/94, visto que as interceptações ambiental e telefônica atingiram os advogados apenas fortuitamente, não tendo sido feitas deliberadamente com o intuito de vigiar suas atividades profissionais, ou seja, não houve interceptação telefônica do local de trabalho do advogado ou de sua residência. Precedente: HC n. 66.368/PA, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em

O ministro relator Mauro Campbell Marques entendeu que não haveria qualquer pedido que diga respeito à vedação do redirecionamento de ofício da execução fiscal, isto é, que a execução fiscal tenha se baseado em provas emprestadas. Outrossim, houve a legalidade do uso da prova obtida mediante interceptação de comunicação especificadamente em processos criminais, sendo admitido o envio e uso dos dados colhidos no inquérito policial para processo administrativo disciplinar, admitindo-o também para outros processos e procedimentos não penais.

Houve o questionamento sobre a necessidade de a prova emprestada ser produzida em processo judicial e não no inquérito policial, e com isto a segunda turma ratificou o posicionamento sobre a possibilidade de sua utilização como prova emprestada que fora produzida em fase investigatória, sem o contraditório.

No inteiro teor se verifica o seguinte posicionamento: as “informações foram colhidas em inquérito policial e se entendeu possível o envio para processos administrativos e judiciais outros que não a ação penal respectiva, desde que neles assegurado o contraditório, a *posteriori*”.

Há o entendimento sobre a legalidade de utilização de provas produzidas em fase inquisitorial, ou seja, investigação em curso, sem contraditório. Todavia, no caso da prova produzida tenha sido levada a processo judicial será necessário averiguação se houve o

05.06.2007. 10. Sob a lógica de que quem dá os fins também concede os meios, o artigo 40 do Código de Processo Penal deve ser interpretado conjuntamente com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF que entende ser o lançamento condição de procedibilidade da ação penal pública nos crimes contra a ordem tributária (Súmula Vinculante n. 24/STF: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo"). Sendo assim, implícita na letra da lei está também a determinação para o envio das informações à Administração Tributária Federal (Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN) a fim de que seja efetuado o lançamento e a cobrança do crédito fiscal, sob pena de haver fator impeditivo à atividade mesma do Ministério Público. Precedente: REsp 1111248 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17.12.2009. 11. Enviadas as informações ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e à Secretaria da Receita Federal do Brasil, sempre sob sigilo, se não houver ainda execução fiscal, a RFB efetuará o lançamento ("formalização da exigência") conforme a Portaria RFB n. 2.284, de 29 de novembro de 2010, ou, se houver feito executivo em andamento, a PGFN poderá peticionar diretamente nos autos da execução requerendo o redirecionamento do feito executivo com a anexação das provas. Em ambos os casos, o contraditório será diferido e restará preservado: na impugnação (no âmbito administrativo) ou nos embargos do devedor (no âmbito judicial). Acaso não tenha havido prévio contraditório e a execução fiscal não esteja embargada, a informação sigilosa não poderá ser enviada diretamente para a execução fiscal, devendo ser enviada inicialmente para a RFB a fim de que "formalize a exigência" e promova o contraditório no âmbito administrativo. 12. A jurisprudência desta Corte já está assentada no sentido de que o Juiz, em certos casos, pode determinar a prova a ser produzida, admitindo-se uma posição mais proativa do Poder Judiciário, consoante a moderna processualística. Precedentes: REsp 1.264.313 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 06.10.2011; AgRg no Ag 1.114.441/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 4.2.2011). Outros precedentes: AgRg na AR .746/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 9.6.2010, DJe 18.6.2010; AgRg no REsp 294.609/RJ, Rel. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 8.6.2010, DJe 24.6.2010. 13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para determinar seja desentranhada da execução fiscal a prova sigilosa emprestada. (REsp 1257058/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015)

contraditório, na ausência, a prova produzida deverá ser desentranhada, no caso na execução fiscal.

Reflexo importante é sobre o uso de prova fiscal sigilosa emprestada, no processo em comento o juiz realizou a produção da prova de ofício, trouxe a prova emprestada de outro processo judicial, diante disto foi considerado provido o recurso para realizar o desentranhamento da prova fiscal emprestada sigilosa, mas o ministro ressaltou que há sim possibilidade da produção probatória de ofício pelo juízo, mas que nessa situação fática foi irregular.

Deste modo, verifica-se que a parte prejudicada participou da produção probatória no processo originário, salvo na fase investigatória, a prova produzida pode ser emprestada para processos em ramos diversos, o juiz não poderá produzir de ofício a prova sigilosa fiscal e resguardar o contraditório.

3.1.3.2 Terceira Turma

A terceira turma de forma simétrica com a segunda turma teve apenas 2 (dois) julgados com embasamento no CPP/41.

O primeiro julgado⁴⁸ ocorreu em 1990, porém, não há relação com o uso da prova emprestada, trata-se de ação questionando a resolução unilateral de contrato locatário, retornou na pesquisa devido conter a palavra prova e emprestado, em que a primeira se faz relação a produção de ofício pelo juiz, já a segunda teve menção no aspecto de empréstimo interpretativo.

Já o segundo⁴⁹ julgado teve um lapso temporal significativo, ocorreu em 2018, tratou sobre a admissibilidade de prova emprestada, com observação ao devido contraditório, ainda que as partes não tenham participado do feito para o qual a prova será trasladada.

⁴⁸ SENTENÇA - ADEQUAÇÃO A CAUSA DE PEDIR. INEXISTE DISSENSO ENTRE O JULGADO E O LIBELO QUANDO CONSIDERADOS EXATAMENTE OS FATOS DESCRITOS NA INICIAL, NÃO IMPORTANDO QUE LHES TENHA SIDO EMPRESTADA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA NÃO MENCIONADA EXPRESSAMENTE NA INICIAL. PROVAS - LICITO AO JUIZ DETERMINAR DE OFÍCIO SUA PRODUÇÃO SEM QUE, COM ISSO, HAJA OFENSA AO ARTIGO 330, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (REsp 1.844/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/04/1990, DJ 07/05/1990, p. 3830)

⁴⁹ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PROPOSTA POR MENORES DE IDADE, VÍTIMAS DE DELITOS SEXUAIS. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA DO JUÍZO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO. REDUÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. DESCABIMENTO. FIXAÇÃO EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. É assente o entendimento desta Corte Superior sobre a admissibilidade de prova emprestada, uma vez observado o devido contraditório, ainda que as partes não tenham

A ação processual se torna interessante porque trouxe a aplicação da teoria da causa madura⁵⁰, com base na utilização de prova emprestada produzida no Juízo criminal. Porém, a presente ação está citada na análise realizada do direito processual civil.

Assim, a pesquisa retornou o julgado devido as provas serem produzidas em processo criminal e transladado para processo civil.

Observa-se que a forma pesquisada trouxe julgados que tiveram embasamento o CPP aplicado em processos do direito civil, o mecanismo de busca está de acordo com os resultados pretendidos, pois a busca com os elementos dos ramos processuais fora aplicada corretamente e trouxeram os julgados em que tiveram a sua utilização, embora haja a incongruência dos resultados.

Deste modo, a turma entende que as partes podem ser diferentes, isto é, as partes não precisam participar diretamente no processo em que houve a produção probatória, porém, analisa se teve assegurado o direito ao contraditório, pode ser utilizado a prova emprestada de processo distinto.

participado do feito para o qual a prova será trasladada (EResp n. 617.428-SP, Relatora a Ministra Nancy Andrichi, Corte Especial, DJe de 17/6/2014). **2. No caso, além de haver identidade substancial de partes e o objeto da prova ser o mesmo, a exigência do contraditório foi observada, uma vez que os réus foram intimados e ofereceram suas respectivas contestações, por meio das quais puderam se pronunciar sobre a prova emprestada, insurgindo-se, inclusive, contra os seus efeitos. Desse modo, é de se ressaltar a desnecessidade da produção de prova testemunhal e de depoimento pessoal dos ora recorrentes, na medida em que a discussão sobre o crime praticado não necessitaria ser repetida nos presentes autos.** 3. Diante da relativa independência entre as instâncias cível e criminal (CC, art. 935), nem mesmo a absolvição no Juízo criminal tem o condão de vincular o Juízo cível, salvo quando for reconhecida a inexistência do fato ou ficar demonstrado que o demandado não foi o seu autor. 4. Sob esse enfoque, desinfluyente que o REsp n. 1.046.316/SP, sob a relatoria do eminente Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 2/10/2018, tenha sido provido para declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, porquanto, a extinção da punibilidade, em função da prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, não vincula o Juízo cível na apreciação de pedido de indenização decorrente do ato delituoso, o qual deverá, no âmbito de sua livre convicção, guiar-se pelos elementos de prova apresentados no âmbito de todo o processo, inclusive em eventual prova emprestada do processo criminal do qual tenha participado o réu, com observância ao contraditório, a fim de aferir sua responsabilidade pela reparação do dano, assim como ocorreu no caso em análise 5. Decorre da interpretação do art. 63 do CPP que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pressuposto, tão somente, para a sua execução no Juízo cível, não sendo, portanto, impedimento para que o ofendido proponha ação de conhecimento com o fim de obter a reparação dos danos causados, com amparo nos arts. 64 do CPP e 935 do CC, 6. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em regra, a revisão do quantum arbitrado para a indenização por danos morais encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ, somente sendo possível superar tal impedimento nos casos de valor irrisório ou exorbitante. No presente caso, em que a indenização pelos danos morais foi arbitrada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a cada uma das vítimas, ante a gravidade dos fatos envolvidos, não se verifica a exorbitância que justificaria a sua revisão. 7. A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do desprovimento do agravo interno em votação unânime. A condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória, o que, contudo, não se verifica na hipótese. 8. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1333528/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2019, DJe 22/08/2019) (Grifei)

⁵⁰ “[...] possibilidade de julgamento do mérito direto pelos tribunais, nos casos em que houver prolação de sentença terminativa, ou seja, extinção do processo sem resolução do mérito, desde que, é claro, estejam presentes os requisitos necessários para o imediato julgamento”. (Castro, 2018)

3.1.3.3 Quarta Turma

A pesquisa retornou somente 1 (um) julgado⁵¹ que se relaciona com a prova emprestada possuindo como base o CPP/41.

Em análise incipiente se verifica que se trata de um processo em que se busca a reparação de danos materiais oriunda de um processo crime em que houve conduta lesiva praticada por terceiro, havendo condenação transitada, mas não transitada em julgado para a defesa.

Embora se tenha questionado a utilização da prova emprestada, não houve argumentos considerados relevantes ou que merecia um destaque, já que o posicionamento da turma é similar as demais turmas.

Portanto, para o uso da prova emprestada a parte prejudicada deve ter participado no processo em que houve a produção probatória, como também assegurado o direito do contraditório, as partes são iguais tanto no processo reparatório quanto ao processo crime.

⁵¹ RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PENAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMUNICABILIDADE NO JUÍZO CÍVEL DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO, ANTE O RECONHECIMENTO SUPERVENIENTE, NO JUÍZO CRIMINAL, DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA.

IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. AFASTAMENTO DOS EFEITOS PRINCIPAIS E SECUNDÁRIOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A executividade da sentença penal condenatória (CPP, art. 63) ou seu aproveitamento em ação civil *ex delicto* (CPP, art. 64; CPC, arts. 110 e 265, IV) depende da definitividade da condenação, ou seja, da formação da coisa julgada criminal, até mesmo pela máxima constitucional de que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII). 2. Na hipótese em exame, a sentença penal condenatória não transitou em julgado para a defesa, pois foi, supervenientemente, substituída por acórdão em apelação criminal que extinguiu a punibilidade, em decorrência do reconhecimento da prescrição retroativa. 3. A sentença penal condenatória, não transitada em julgado, não possibilita a excepcional comunicabilidade entre o juízo cível e o criminal, prevista no art. 1.525 do Código Civil de 1916 (atual art. 935 do Código Civil de 2002) e nos arts. 63 e 65 do Código de Processo Penal. 4. Segundo delinea a doutrina de direito penal, a prescrição retroativa, da maneira como disciplinada pela reforma de 1984 (CP, art. 110, §§ 1º e 2º), constitui forma de prescrição da pretensão punitiva, e não apenas da pretensão executória. Por isso, quando reconhecida, extingue o *jus puniendi*, e não apenas o poder-dever do Estado de impor concretamente a sanção penal (*jus executionis*). 5. O reconhecimento da prescrição retroativa, por se referir à forma de prescrição da pretensão punitiva, extingue a punibilidade afastando todos os efeitos principais (aqueles concernentes à imposição das penas ou medidas de segurança) e secundários da sentença penal condenatória (custas, reincidência, confisco, etc.), incluindo-se nesses últimos o efeito civil de que trata o art. 91, I, do Código Penal. 6. **Afastado o obrigatório aproveitamento da sentença penal condenatória que não transitou em julgado, deve o juízo cível, no âmbito de sua livre convicção, pautar-se nos elementos de prova apresentados no âmbito de todo o processo, inclusive em eventual prova emprestada do processo criminal do qual tenha participado o réu (garantia do contraditório), a fim de aferir a responsabilidade da parte ré pela reparação do dano.** 7. Recurso especial parcialmente provido, com retorno dos autos ao colendo Tribunal a quo, para novo julgamento da apelação cível. (REsp 678.143/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 30/04/2013) (Grifei)

3.1.3.4 Quinta Turma

A quinta turma foi a que mais realizou julgamentos em relação ao uso da prova emprestada, o primeiro julgado⁵² teve o questionamento do uso de testemunhas na fase investigatória e na fase processual, e perícia realizada de impressões digitais, em que não se poderia aproveitar os depoimentos das testemunhas ouvidas na delegacia no processo crime, o ministro relator José Dantas deixou claro que as testemunhas foram ouvidas na instrução e passou pelo crivo do contraditório.

Conquanto as impressões digitais, interessante destaque se dá quando a perícia foi realizada em outra comarca, entendendo que se tratava de uma prova emprestada e não poderia ser utilizada, porém, a turma acatou a legalidade e compreendeu que independente da perícia ser realizada em outra comarca está disponível para o contraditório.

Assim, o entendimento inicial de que não há ilegalidade no uso de prova realizada em investigação e reproduzida no processo crime, resguardando o contraditório.

O recurso especial 244.708⁵³ teve uma relevância, o recorrente requereu que fosse anulada a prova documental juntada de processo em que não houve sua participação, contudo, não houve posicionamento sobre o uso da prova emprestada devido a parte prejudicada não ter debatido a questão na apelação. Importância se dá no levantamento de possibilidade do uso da prova emprestada em que a parte prejudicada não tenha participado na produção probatória.

Já no Habeas Corpus 30.939⁵⁴ teve um posicionamento interessante sobre o uso da prova, pois tratou que a prova emprestada é uma prova precária e não poderia o juiz fundamentar a sentença somente nela, porém, constatou a irregularidade de que a prova foi produzida em outro processo em que a parte prejudicada não participou do contraditório, mas não a desvalorizou devido haver outra situação fática no caso concreto.

⁵² PENAL. DECISÃO CONDENATÓRIA. RECURSO ESPECIAL. DISPENSA DE INCLUSÃO EM PAUTA. MATÉRIA DE PROVA. - Pauta. Dispensa-se a inclusão do recurso em pauta, se assim concordam as partes - RISTJ, art. 91, parágrafo único. - Condenação. **Improcedência da irrogação de nulidade argüida a título de tratar-se da chamada prova emprestada.** (REsp 167.780/MS, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/1998, DJ 08/09/1998, p. 105) (Grifei)

⁵³ REsp 244.708/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2001, DJ 29/10/2001, p. 238

⁵⁴ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LAUDO SEMI-IMPUTABILIDADE. PROVA EMPRESTADA. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. I - "A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio do contraditório" (STF, HC 67707/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 14/08/92). II - Além do mais, em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora entre nós, o critério bio-psicológico normativo em que, entre outros, devem restar preenchidos os requisitos (o temporal, o volitivo e/ou o cognitivo). Ordem denegada. (HC 30.939/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 307) (Grifei)

Em processo similar⁵⁵, manteve o posicionamento em que o juiz não poderá fundamentar a sentença somente na prova emprestada, mas sim no conjunto probatório, não foi possível identificar se a prova produzida foi realizada em processo apartado ou em ato investigatório.

Situação nova surge no Habeas Corpus 136.936⁵⁶, houve a inserção da prova emprestada no processo para realizar a pronúncia do investigado, contudo a turma manteve o posicionamento em que a fundamentação do juiz deverá se basear no conjunto probatório e não apenas na prova emprestada, assim, a parte prejudicada questionou sobre a prova ter sido produzida em processo em que não participou, não houve um posicionamento a respeito pela turma, mas sim manteve o entendimento inicial da fundamentação, ou seja, permitindo o uso da prova, agora com partes diferentes no processo, mas que a fundamentação do juiz se baseie no conjunto probatório.

⁵⁵ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NOVO INTERROGATÓRIO. FACULDADE DO JULGADOR. PROVA EMPRESTADA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUANDO EXISTEM OUTROS ELEMENTOS QUE SUSTENTAM A CONDENAÇÃO. CAUSA SUPERVENIENTE RELATIVAMENTE INDEPENDENTE. INEXISTÊNCIA. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES CAUSAIS. LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELA VIA ESTREITA DO WRIT POR EXIGIR EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA. 1. É faculdade do julgador proceder a novo interrogatório, não havendo nulidade por cerceamento de defesa decorrente do ato que indefere pedido nesse sentido. 2. **A prova emprestada, utilizada dentro do conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, é perfeitamente admitida, quando serve apenas como mais um dos elementos de convicção que sustentam o decreto condenatório.** 3. **Pacífico é o entendimento deste Tribunal no sentido de que a utilização da prova emprestada, em que pese sua precariedade, por si só, não é suficiente para anular sentença criminal, caso não seja ela o único elemento de destaque na fundamentação do decreto condenatório.** 4. O fato de a vítima ter falecido no hospital em decorrência das lesões sofridas, ainda que se alegue eventual omissão no atendimento médico, encontra-se inserido no desdobramento físico do ato de atentar contra a vida da vítima, não caracterizando constrangimento ilegal a responsabilização criminal por homicídio consumado, em respeito à teoria da equivalência dos antecedentes causais adotada no Código Penal e diante da comprovação do animus necandi do agente. 5. As alegações relativas à legítima defesa são insuscetíveis de ser analisadas na via estreita do habeas corpus, por demandar profunda inserção e valoração das provas produzidas, inviável no procedimento eleito pelos impetrantes. 6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada. (HC 42.559/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 24/04/2006, p. 420) (Grifei)

⁵⁶ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DA NÃO-APRECIACÃO DO DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROVA EMPRESTADA NÃO UTILIZADA. AUSÊNCIA DO RÉU À AUDIÊNCIA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. I - Tendo em vista que a tese relativa à ausência de provas de autoria não foi analisada pela autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância. II - Para a prolação de juízo positivo na decisão de pronúncia basta, além de prova da materialidade, a presença de indícios de autoria, de modo que havendo prova nos dois sentidos - tanto de que o paciente teria tido participação nos fatos como o contrário - a dúvida remete a causa para julgamento pelo Tribunal do Júri por aqui vigorar o princípio in dubio pro societate. III - **Não há que se falar em nulidade se, muito embora juntada prova emprestada aos autos, produzida sem a participação das partes litigantes, ela não é utilizada como fundamento para a prolação da r. decisão de pronúncia.** IV - Na linha da jurisprudência desta Corte a ausência do réu na audiência de inquirição de testemunhas não configura nulidade se a este ato tiver comparecido seu defensor e não lhe tenha, de outro lado, sobrevivido qualquer prejuízo. (Precedentes) Ordem denegada. (HC 93.431/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 18/08/2008) (Grifei)

O primeiro posicionamento da turma a respeito sobre as partes do processo aparece no Habeas Corpus 126.302⁵⁷, a turma entendeu que se há o uso da prova emprestada em que as partes participaram do processo originário, não há ilegalidade, pois houve o contraditório.

Assim, essa passa a ser um posicionamento relevante, pois aqui se percebe que para que o uso da prova seja válido, então as partes devem ser iguais nos processos, tanto no processo em que há o empréstimo quanto no que houve a produção probatória.

Verificou-se acima que a turma não anulou o uso da prova emprestada quando as partes eram diferentes no processo, mas era necessário que o juiz se baseasse no conjunto probatório não podendo fundamentar sua convicção somente na prova emprestada.

Observa-se que há aqui uma brecha para o uso da prova emprestada em que as partes sejam diferentes, porém, a turma nesse julgado concretizou sobre as partes serem idênticas, assegurado o contraditório.

Assim, no Habeas Corpus 155.149⁵⁸ há a permanência de entendimento, o uso da prova emprestada entre as mesmas partes, não que se falar em nulidade.

⁵⁷ HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO NEGADA. DETERMINAÇÃO DE APENSAMENTO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. UTILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. SEGREGAÇÃO QUE NÃO ESTÁ BASEADA TÃO-SOMENTE NA REITERAÇÃO DELITIVA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA. OFENSA AO ART. 155 DO CPP AFASTADA. LICITUDE E LEGALIDADE NA COLHEITA DA PROVA APENSADA. CIÊNCIA ÀS PARTES. POSSIBILIDADE DE CONTESTAÇÃO PELA DEFESA. CONTRADITÓRIO RESPEITADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DUE PROCESS OF LAW. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

DESENTRANHAMENTO DA ESCUTA TELEFÔNICA QUE NÃO SE MOSTRA DEVIDO. 1. Não estando a decisão que ordenou a preventiva embasada única e exclusivamente nos elementos informativos colhidos através de prova emprestada - escuta telefônica devidamente autorizada judicialmente - justificando-se a prisão também a bem da aplicação da lei penal, diante da evasão do paciente do distrito da culpa, não há o que se falar em desobediência ao previsto no art. 155 do CPP, até porque devidamente motivado o decreto de custódia antecipada. 2. **Permite tanto a doutrina quanto a jurisprudência a utilização de prova emprestada no processo criminal, desde que tenha sido produzida legalmente, ambas as partes dela tenham ciência e seja-lhes garantido o direito ao contraditório.** 3. A prova emprestada sub examine é lícita, porque produzida sem violação às normas constitucionais ou legais (art. 157, caput, do CPP), e legítima, vez que obtida em respeito às regras processuais. 4. Não há ofensa ao princípio do due process of law, do qual são corolários os princípios da ampla defesa e do contraditório, diante da juntada em apenso, por ordem judicial, aos autos da ação penal, de cópia da interceptação telefônica produzida através de inquérito policial em que se investigava a continuidade da prática criminosa imputada ao paciente e demais membros de quadrilha especialmente voltada ao cometimento de crimes de contrabando ou descaminho de cigarros oriundos do Paraguai, pois além de não ter sido utilizada como único subsídio para a manutenção da prisão preventiva, com tal procedimento permitiu-se às partes ciência integral do teor das gravações, e, via de consequência, que fossem devidamente contraditadas, antes do julgamento da apelação criminal em curso perante o TRF da 4ª Região. 5. Ademais, a defesa do réu, bem antes de o feito ser encaminhado à Corte originária, teve acesso à integralidade da representação criminal impugnada, e, consequentemente, oportunidade de contestar os elementos de prova ali contidos. 6. Ordem denegada. (HC 126.302/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009) (Grifei)

⁵⁸ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROVA EMPRESTADA. UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. EMPREGO DE ARMA. CONFIGURAÇÃO. DISPARO EFETUADO. CÁLCULO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À OCORRÊNCIA DAS MAJORANTES. AUSÊNCIA. REGIME PRISIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. GRAVIDADE EM

No Habeas Corpus 196.472⁵⁹, traz um ponto interessante, há aqui partes diferentes, entretanto, o juízo singular proporcionou o contraditório sobre a prova emprestada, considerando sua legalidade.

Tem-se a possibilidade do uso da prova emprestada que foi produzida em processo com partes diversas, mas assegurado o contraditório sobre a prova emprestada trazida ao processo.

Deste modo, o posicionamento prevalece sobre o uso da prova emprestada em que as partes sejam idênticas, veja-se que o agravo regimental no agravo em recurso especial 423.929⁶⁰, traz o uso de perícia como prova emprestada em que a parte prejudicada participou

ABSTRATO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM DE OFÍCIO. I - A prova emprestada é admissível no processo penal, desde que não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador (Precedentes do c. Pretório Excelso e do STJ). II - **Na espécie, a tese de nulidade aventada pela defesa não comporta acolhimento, a uma porque a prova emprestada foi colhida em processo entre as mesmas partes, com observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, e, a duas, porque assumiu caráter meramente complementar aos demais elementos de convicção que sustentaram o decreto condenatório.** III - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando tenham estes desaparecido, ex vi do art. 167 do Código de Processo Penal. IV - Esse entendimento deve ser aplicado no que concerne à verificação de ocorrência ou não da majorante do emprego de arma no crime de roubo, caso contrário o cancelamento da Súmula 174 do STJ seria, em boa parte, inócuo. V - Na hipótese dos autos, consta a efetiva utilização da arma de fogo, utilizada momentos antes do delito de roubo para a prática de latrocínio, restando evidenciada, portanto, sua potencialidade lesiva (Informativo nº 345 do STJ). Ademais, não exsurge, na espécie, o motivo pelo qual a arma não foi apreendida e periciada, questão que não cabe ser dirimida em sede de habeas corpus. E, a impossibilidade de realização do exame pericial, atrai a incidência do disposto no art. 167 do CPP. VI - Tendo em vista o disposto no parágrafo único, do art. 68 e no § 2º, do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, não pode se dar pela simples constatação da existência das mesmas, como in casu, mas deve ser feito com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (Precedentes desta Corte e do c. Pretório Excelso). VII - Quanto ao regime prisional verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, passível de ser sanada de ofício. Com efeito, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, c/c o artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto. (Precedentes). VIII - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do CP. (Precedentes). IX - "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Enunciado da Súmula nº 718 do c. Pretório Excelso). Habeas corpus parcialmente concedido. Ordem concedida de ofício. (HC 155.149/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 14/06/2010)

⁵⁹ HC 196.472/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012

⁶⁰ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JUIZ. PROVA EMPRESTADA. CABIMENTO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SÚMULA N.º 83 DESTA CORTE SUPERIOR. SUPOSTA OFENSA AO ART. 402 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTE. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. De acordo com o entendimento sedimentado por esta Corte Superior de Justiça, o deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do julgador, que poderá indeferir-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias. 2. **O Juízo sentenciante, ao demonstrar a materialidade e a autoria do crime, utilizou perícia realizada em outro processo, em que o Agravante também figurou como Acusado, e que apurou crime idêntico ao analisado neste feito, sendo certo que o objeto da diligência era o mesmo. Prova emprestada**

da produção probatória, com informação de que se apurou crime idêntico ao realizado, classificando como corretamente utilizada.

Em outro processo⁶¹ que merece destaque, tem-se a possibilidade de uso da prova emprestada com partes diferentes desde que seja disponibilizado o contraditório e a ampla defesa.

Então, há a possibilidade do uso da prova emprestada quando tiver partes diferentes entre o processo que irá se utilizar e o processo ao qual se teve a produção probatória, bastando disponibilizar o contraditório.

No recurso ordinário em Habeas Corpus 42.215⁶², ocorreu a aplicação já pré-determinada nos julgados anteriores, há aqui o posicionamento sobre o uso da prova emprestada

corretamente utilizada. 3. A expedição de carta precatória para a oitiva de testemunha não impede a realização do interrogatório do Acusado, já que aquela não suspende a instrução criminal. Incidência da Súmula n.º 83 desta Corte Superior. 4. Não se pode falar em inobservância do disposto no art. 402 do Código de Processo Penal, pois, conforme se depreende dos autos, ao final da audiência de instrução, a Defesa não se manifestou quanto à necessidade de realização de diligências, sendo certo que não caberia ao Magistrado questioná-la acerca de tal ponto. 5. Inviável o pedido de absolvição, pois o recurso especial não se presta à análise de questões fáticas, já que é outra sua missão, qual seja: o controle da vigência e da uniformidade de interpretação das normas infraconstitucionais. Incidência da Súmula n.º 07 desta Corte Superior. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 423.929/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJE 30/04/2014) (Grifei)

⁶¹ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REQUISICÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA POR JUÍZO DIVERSO. VÍCIO. PRECLUSÃO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA EMBASADA EM OUTROS ELEMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. Não tendo a defesa se insurgido, no momento oportuno, contra a solicitação do Juiz para que fossem juntados aos autos a interceptação telefônica determinada por Juízo diverso, em ação penal proposta contra o irmão do acusado, está configurada a preclusão para se alegar qualquer vício. 2. **Intimadas as partes para se manifestarem sobre a prova emprestada, não há que se falar em violação aos princípios do contraditório e a ampla defesa.** 3. Consignado pelo acórdão recorrido que, além das interceptações telefônicas, a sentença condenatória também foi embasada em outros elementos de prova, fundamento inatacado nas razões do recurso especial, incide, na espécie, a Súmula 283/STF. 4. Firme é o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido da necessidade de demonstração do real prejuízo sofrido pela parte a fim de ensejar a anulação do processo. Inteligência do art. 563 do Código de Processo Penal. [...] 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1386946/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016) (Grifei)

⁶² RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E LAVAGEM DE CAPITAIS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS ELEMENTOS CONCRETOS QUANTO À SUA IMPRESCINDIBILIDADE. PREJUDICIALIDADE. PRISÃO DECORRENTE DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO. DENÚNCIA RESPALDADA EM CONVERSAS DECORRENTES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E IMPUTADAS AO RECORRENTE SEM ELEMENTOS CONCRETOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LAUDO DE APREENSÃO DE DROGAS E ARMA DE FOGO. VALIDADE. PROVA EMPRESTADA. CONTRADITÓRIO NOS PRESENTES AUTOS. PARTICIPAÇÃO NA PRODUÇÃO PERANTE O PROCESSO DE ORIGEM. DESNECESSIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA. NULIDADE NÃO VERIFICADA. DILIGÊNCIA DEFENSIVA INDEFERIDA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A superveniência do trânsito em julgado da condenação torna prejudicado o pleito relativo à ilegalidade na manutenção da prisão preventiva do recorrente. 2. A questão atinente a estar a denúncia respaldada em conversa decorrente de interceptação telefônica atribuída ao recorrente sem que, contudo, haja elementos concretos de tal atribuição, não foi enfrentada pela Corte de origem, razão pela qual fica impedida de

em que as partes não sejam idênticas, isto é, será possível utilizar a prova emprestada de processo com partes diferentes, desde que no processo originário em que teve a produção probatória tenha assegurado o contraditório.

Portanto, esse posicionamento se manteve até os últimos recursos, a prova emprestada poderá ser usada em processos em que as partes sejam diversas, mas assegurado o contraditório no processo originário.

Trata-se de um posicionamento já previsto desde os primeiros recursos, pois inicialmente se teve que a prova emprestada poderia advir de outro processo com parte diferente, mas o juiz deveria fundamentar com base no conjunto probatório, agora é possível ter a fundamentação com base na prova emprestada, mas avaliado o contraditório no processo originário.

Deste modo, a quinta turma possui o entendimento da possibilidade do uso da prova emprestada em que as partes sejam diferentes, assegurado o contraditório no processo originário.

3.1.3.5 Sexta Turma

A sexta turma foi a segunda turma em que mais teve recurso protocolado sobre a possibilidade do uso da prova emprestada. O primeiro julgado⁶³ pela turma ocorreu em 1997 em que há uma possibilidade da utilização do uso da prova emprestada.

ser analisada por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. **3. Com efeito, esta Corte Superior manifesta entendimento no sentido de que "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. 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 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). 4. "Realizada a interceptação telefônica nos moldes estabelecidos pela Lei nº 9.296/96, ou seja, com autorização judicial, para fins de investigação criminal e fundada em razoáveis indícios da participação do paciente em organização criminosa e, ainda, na sua imprescindibilidade como meio de prova, não há falar em prova ilícita" (HC 50.365/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ 19/03/2007). 5. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes" (REsp. 1.519.662/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, j. em 18/8/2015, DJe 1/9/2015). 6. Recurso Ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 42.215/PI, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016) (Grifei)

⁶³ PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE QUADRILHA. EXCLUSÃO DE QUALIFICANTE. REDUÇÃO DA PENA. EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CO-REUS. CPP, ART. 580. DEFERIMENTO. - TENDO SIDO PROCLAMADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL DECISÃO DEFINITIVA NA QUAL SE AFASTOU A QUALIFICANTE PREVISTA NO PAR. UNICO DO

Contudo, no inteiro teor da decisão foi constatado que a prova emprestada serviu para tipificar uma qualificadora a um corréu, havendo o entendimento de que devido ser aplicado a qualificado somente a um partícipe então a prova emprestada deveria ser afastada. Assim, não foi possível identificar se a prova emprestada era de processo em que os réus participaram ou se houve o contraditório.

No Habeas Corpus 9.950⁶⁴ trouxe que a prova emprestada poderá ser utilizada quando tiver as partes idênticas, inclusive com concordância pela parte prejudicada. Houve nesse HC o desmembramento do processo com transposição da inquirição de testemunhas de acusação para o processo novo (desmembrado) e com a concordância expressa pela parte prejudicada, situação que o ministro relator Vicente Leal considerou legítima e não há que falar em nulidade.

Outro processo que teve relevância foi o Habeas Corpus 23.721⁶⁵, em que se questionava sobre a utilização da prova emprestada de processo-crime em que o paciente não figurou como réu.

Assim, para o ministro relator Hamilton Carvalhido apresenta o “entendimento jurisprudencial no sentido da admissão da prova emprestada no processo penal, desde que limitada a corroborar o conjunto probatório, ou seja, desde não se constitua em fundamento exclusivo da condenação”.

Neste íterim, seria possível a utilização da prova emprestada de processo em que não teve a parte participado na produção probatório no processo originário, mas há aqui uma

ART. 288, DO CODIGO PENAL, PORQUE FUNDADA EM PROVA EMPRESTADA, REDUZINDO-SE, EM CONSEQUENCIA A PENA ORIGINARIAMENTE IMPOSTA, OS EFEITOS DESSE RECURSO DEVEM SER ESTENDIDOS AOS CO-REUS DA MESMA AÇÃO PENAL, POR FORÇA DO PRECEITO INSCRITO NO ART. 580, DO CPP, JA QUE A MENCIONADA DECISÃO NÃO SE FUNDA EM MOTIVOS DE CARATER EXCLUSIVAMENTE PESSOAL. - PEDIDOS DE EXTENSÃO DEFERIDOS. (Pet 881/RJ, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/1997, DJ 19/12/1997, p. 67532) (Grifei)

⁶⁴ PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. NULIDADES. PROVA EMPRESTADA. PROCESSO DESMEMBRADO. EXAME TOXICOLÓGICO. DESISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. - O Código de Processo Penal, em seu art. 80 assegura ao magistrado a faculdade de separar os autos ao aferir, em seu juízo de conveniência, a existência de motivo relevante que restaria por entravar a instrução processual, em prejuízo para a apuração da verdade real. - **A juntada dos depoimentos das testemunhas de acusação inquiridas no processo principal aos autos desmembrados não constitui nulidade, por prova emprestada, se com ela a defesa expressamente concordou.** - Consubstancia desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa a desistência do pedido de realização de exame toxicológico, formulado em favor de réu denunciado por crime de tráfico de substância entorpecente, considerada como prova essencial para a desclassificação para o figura do viciado. - Habeas-corpus parcialmente concedido. (HC 9.950/MS, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/1999, DJ 18/10/1999, p. 283) (Grifei)

⁶⁵ HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. PROVA EMPRESTADA. VALOR PROBANTE. **1. Em não decorrendo a condenação exclusivamente de prova emprestada, mas de robusto conjunto probatório, não há falar em constrangimento ilegal, firme que se mostra a jurisprudência pátria no sentido da admissibilidade dessa prova no processo penal.** 2. Maiores considerações acerca do valor conferido à prova emprestada e da sua influência no livre convencimento do magistrado sentenciante, porque requisitam dilação probatória, são de todo incompatíveis com a via estreita do habeas corpus. 3. Writ não conhecido. (HC 23.721/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2004, DJ 03/05/2004, p. 214) (Grifei)

interposição pelo relator de que a prova emprestada quando vier de processo em que figure partes diferentes, o juiz deverá realizar a fundamentação no conjunto probatório e não somente na prova emprestada.

Posicionamento interessante, ao ponto de mostrar que há desde o início da utilização de prova emprestada a possibilidade de que as partes sejam diferentes, mas que na sentença seja fundamentado no conjunto probatório. Em atenção, verificou-se que não houve no inteiro teor assegurado o contraditório.

Observa-se que, se temos uma prova emprestada em que a parte não participa da produção probatório, relevante seria a averiguação do contraditório no processo em que originou a prova e aqui não consta tal posicionamento.

Ponto que merece destaque, pois a turma passa a aplicar uma forma inicial que vai se modificando com o tempo, não há um posicionamento conciso, em que demonstra a necessidade de que as partes sejam iguais ou não, que seja assegurado o contraditório ou não. Portanto, registra-se uma crítica a forma de apreciação pela turma nesse julgado, pois possibilita inúmeros meios de utilização da prova emprestada, inclusive possibilita que se tenha uma prova emprestada em que a parte prejudicada sequer sabia de sua existência, piora se constatar que a prova é produzida sem possibilidade de contraditório.

Há, posteriormente, a análise do Habeas Corpus 103.510, que trata sobre uma possível nulidade quando a prova é produzida de ofício pelo magistrado, ponderando ao sistema acusatório, cujo impede a produção de ofício, porém, o juiz trouxe a prova emprestada de ofício e embasou a decisão no conjunto probatório, situação que é validade pela turma no sentido de que a sentença deverá se basear no conjunto probatório e não somente na prova emprestada, mas o ponto aqui é de que há uma nulidade, pois não se teve disponibilidade para a parte se manifestar sobre a prova produzida, havendo então o juiz sentenciado pelo conjunto probatório, a turma entendeu por sua legalidade.

Atenta-se a relevância sobre a nulidade existente, pois a prova foi produzida de ofício pelo juiz, mas devido a decisão recair no conjunto probatório se tornou válida, há uma interessante reflexão, pois se o juiz produz a prova de ofício, não dispõe a parte prejudicada o direito do contraditório, e decide sobre o conjunto para tornar a sentença válida, cria-se uma insegurança jurídica, já que a sentença teve a análise da prova produzida de ofício e validada pelas instâncias superiores, entende-se um flagrante de parcialidade pelo juízo singular, um desrespeito ao sistema acusatório aplicado no Brasil.

A essa posição assimétrica pela sexta turma há agora uma salvaguarda que respeita o contraditório, o Habeas Corpus 101.796⁶⁶ reconheceu a ausência de contraditório no processo originário em que houve a produção probatória, tornando nulo o ato do empréstimo e da prova produzida, pois a defesa do processo originária havia faltado na produção probatório.

Assim, as partes eram idênticas no processo, mas com desmembramento do processo, no inteiro teor o ministro relator Nilson Naves Ainda aduziu que “aqui se tenha por admissível o empréstimo já que as provas vieram dos autos originais – de minha parte, sempre vi, com restrições, a utilização de provas emprestadas, [...], o que o caso apresenta mesmo é falta de defesa. Vejam que, admitindo-se aqui, repito, o empréstimo da prova, a colheita de tal prova nos autos originais verificou-se, obviamente, sem a presença da defesa do ora paciente e, mais obviamente, sem a presença do próprio paciente”.

Desta feita, verifica-se que no processo as partes eram idênticas e deveria ter ocorrido o contraditório, situação que levou a nulidade do ato, pode-se dizer que se trata de julgado isolado, pois é o único em que apresenta uma nulidade pela ausência do contraditório.

Nos embargos de declaração no recurso especial 1.127.656⁶⁷ se apresenta o posicionamento sobre a licitude da prova produzida na investigação, isto é, em que a parte prejudicada irá responder a perseguição criminal. Assim, a ministra relatora Maria Thereza de

⁶⁶ Processo penal. Instrução processual. Irregularidade. Falta de defesa. Nulidade. 1. De tão relevante que é a defesa, ninguém será processado ou julgado sem defensor (Cód. de Pr. Penal, art. 261); é indisponível; "consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais" (Rui Barbosa). 2. No processo penal, dúvidas não há, a citação pessoal será, sempre e sempre, a regra. **3. Circunstâncias como as dos autos, a saber, de revelia, defensor nomeado pelo juiz, testemunhas de defesa as mesmas de acusação, audiência não realizada, depoimentos juntados, diligências não requeridas e utilização de provas emprestadas, apresentam-se como as de um processo ao qual faltou defesa: da mais simples defesa à ampla defesa.** 4. Sendo a defesa de ordem pública (Carrara), meramente formal é que não poder ser, pois o seu exercício é indeclinável imposição da lei. **5. A falta de defesa constitui nulidade absoluta** (Súmula 523/STF, de 1969). 6. Habeas corpus concedido. (HC 101.796/MT, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 22/03/2010) (Grifei)

⁶⁷ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PENAL. PROCESSO PENAL. EVASÃO DE DIVISAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. REGULARIDADE. NORMA PENAL EM BRANCO. DEFICIÊNCIA NAS RAZÕES RECURSAIS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. DESCABIMENTO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em atenção aos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas, admite a conversão de embargos de declaração em agravo regimental. [...]. **3. Não há prova emprestada ou obtenção de prova ilícita decorrente da quebra do sigilo bancário e fiscal da empresa se no curso do procedimento de investigação levado a cabo na Polícia Federal e que deu suporte à denúncia ofertada já havia sido regularmente autorizada a quebra dos sigilos fiscal e bancário dos investigados contra os quais foi oferecida denúncia e com quem a empresa mantinha relacionamento.** [...]. 6. É inviável nesta sede a apreciação das questões que constituem inovações estranhas à matéria posta no acórdão do Tribunal a quo, no recurso especial e na decisão ora recorrida. 7. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp 1127656/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012)

Assis Moura esclareceu que não há ilegalidade quando a prova produzida na fase investigatória será utilizada para embasar a apresentação da denúncia.

Teve um ponto de repercussão no Habeas Corpus 155.366⁶⁸, pode-se considerar relevante porque houve a produção probatória em outros inquéritos em que figuravam outros réus, assim, o processo em que irá utilizar a prova emprestada a parte prejudicada não participou da produção probatório no processo originário.

Observa-se que não há pela parte prejudicada contraditório no ato da produção probatório no processo em que a produziu, isto é, as partes são diferentes, então há a possibilidade de utilização de provas emprestadas em que a parte prejudicada não tenha participado do processo originário, como também não participou do contraditório.

Nesta alusão, em novo entendimento não haveria qualquer irregularidade na utilização da prova emprestada em que as partes fossem diversas, mas isso já vinha sendo se posicionado nos processos anteriores, pois bastava que o juiz sentenciasse com base no conjunto probatório e não somente fundamentasse na prova emprestada, e interessante ponto é que agora se disponibiliza o uso da prova emprestada quando a parte prejudicada não participa do processo, não participa do contraditório na produção probatória, mas poderá então ter essa prova produzida utilizada contra si, mas se teve uma ressalva pelo ministro em que seria necessário submeter a um novo contraditório.

⁶⁸ HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO E QUADRILHA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS. ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. PROVA EMPRESTADA NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. POSTERIOR SUBMISSÃO DA PROVA AO CONTRADITÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema (HC n. 109.956/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, 1T., DJe 11.9.2012; HC n. 108.901/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 2T., DJe 10.5.2013), também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica. [...] 5. A Corte de origem, acertadamente, consignou que **"a utilização de provas produzidas em outros inquéritos ou ações penais para formar o conjunto probatório que confere sustentação à denúncia não enseja o trancamento da ação penal, já que, em sede de instrução, devem ser submetidas a um novo contraditório, ainda que diferido, vigorando, nessa fase da persecução, o princípio in dubio pro societate, por isso mesmo não sendo cabível, de outra parte, em sede de habeas corpus, a análise pormenorizada de cada elemento indicado na denúncia já que apenas a exclusiva utilização de provas ilícitas poderia autorizar o encerramento embrionário da ação penal"**. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 155.366/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/03/2014, REPDJe 01/07/2014, DJe 16/06/2014) (Grifei)

Em recurso especial 1.561.021⁶⁹ trouxe elementos basilares sobre o uso da prova emprestada, pois os 3 votos tiveram divergência, porém, no final foi acatado o uso da prova emprestada como válida.

Abaixo colaciono as informações complementares da ementa, pois trazem todos os pontos discutidos nos votos que são considerados relevantes.

As provas no processo penal só exigem forma quando a lei o preveja, no mais aplicando-se apenas exigências do contraditório e da ampla defesa. A prova emprestada não tem forma prevista na lei; pode ela ser realizada, desde que seja moral, e sobre isso não temos qualquer questionamento. A única exigência, então, é que essa prova seja submetida ao contraditório, ou seja, à oportunidade de desdizer e de contraprovar. Nesse limite, a mera ciência da juntada de qualquer documento e de qualquer prova de outros autos ou de qualquer fonte, inclusive particular, pode ser admitida em qualquer fase do processo, e isso é expresso na letra da lei quando admite a juntada de documentos mesmo em fase de apelação. Aqui houve a juntada da prova emprestada e manifestações posteriores das partes. Nessas manifestações houve sim pedido de contraprovar ou até de complementação da prova, que o Juiz entendeu desnecessário no prudente critério que temos admitido ser possíveis ao julgador da causa. Então, oportunidade de desdizer houve, oportunidade até de pleitear provas também. A prova, então, precisa sim ser admitida como válida”.

(VOTO VENCIDO) (MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR) "[...] não há falar em respeito ao princípio do contraditório quando a prova emprestada foi produzida em processo que NÃO tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer

⁶⁹ PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PROVA EMPRESTADA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA COLHIDO EM AÇÃO PENAL DIVERSA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. NULIDADE AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO IMPROVIDO. **1. No processo penal, admite-se a prova emprestada, ainda que proveniente de ação penal com partes distintas, desde que assegurado o exercício do contraditório.** 2. Inexiste nulidade na condenação baseada em depoimento de testemunha colhido em outro processo criminal, uma vez oportunizada a manifestação das partes sobre o conteúdo da prova juntada, resguardando-se o direito de interferir na formação do convencimento judicial. 3. A norma inserta no art. 236 do CPP não impõe que sejam necessariamente traduzidos os documentos em língua estrangeira, autorizando a juntada dos mesmos, mesmo sem tradução, se a crivo do julgador esta se revele desnecessária, ressaltando-se, obviamente, que tal medida não pode cercear a defesa dos acusados (REsp 1183134/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, SEXTA TURMA, DJe 29/06/2012). 4. Não se lastreando a sentença condenatória nos documentos contestados pela defesa, redigidos em língua estrangeira, ausente a demonstração do efetivo prejuízo, incidindo o princípio pas de nullité sans grief. 5. Recurso especial improvido. (REsp 1561021/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 25/04/2016) (Grifei)

valer a prova, muito menos quando utilizada em desfavor do acusado que não pôde contraditá-la". "[...] não há dúvidas de que os depoimentos transportados da 5ª Vara Federal Criminal foram essenciais à condenação do ora recorrente. No entanto, essa prova produzida sem a presença das partes não poderia ter sido valorada na sentença, pois foi obtida fora do contraditório judicial - sem a intervenção e manifestação da defesa". "[...] realmente está configurado o cerceamento de defesa. Utilizada a prova emprestada com transgressão à garantia constitucional do contraditório, deve ela ser destituída de eficácia jurídica, pois não se revela apta a demonstrar, de forma idônea, os fatos a que ela se refere. Consequentemente, deve ser anulada a condenação penal que nela se fundou".

(VOTO VENCIDO EM PARTE) (MIN. ROGERIO SCHIETTI CRUZ) "[...] da análise dos autos, constato que as provas emprestadas foram juntadas ao caderno processual quase quatro meses após a oitiva da testemunha [...], sem que tivesse sido oportunizada à defesa a possibilidade de contraditar o seu conteúdo por meio de novo depoimento da referida testemunha. Não me parece satisfazer à exigência do contraditório a simples ciência, à parte interessada, sobre a juntada aos autos de depoimento colhido em outro processo sem sua participação. O contraditório - máxime quando atrelado à ampla defesa - não se esgota na possibilidade de a parte falar sobre um documento juntado aos autos, mas, eventualmente, implica a possibilidade de interferir na produção da decisão que nele se apoia. Se, na espécie, se cuidasse de um documento qualquer, poderia a parte realizar contraprova por meio de novo documento; mas, tratando-se de um depoimento prestado por testemunha central, que narrou fatos que poderiam interferir - como de fato interferiram - decisivamente na condenação do réu, era de se lhe permitir a produção de contraprova, que somente poderia se realizar por reperguntas formuladas oralmente, em audiência, sob o contraditório judicial. Isso porque a prova testemunhal é prova constituenda, que se aperfeiçoa tão somente por meio da palavra oral, em audiência, perante o juiz (judicialidade da prova). Em suma, a nulidade não está no ingresso aos autos de prova emprestada e, sim, na sua utilização como argumento importante na sentença condenatória, sem que o réu pudesse, pelo meio próprio, realizar o efetivo contraditório sobre tal depoimento". "[...] considerando-se o fato de que o conteúdo das declarações que serviram de apoio à condenação teve origem, em grande parte, no depoimento prestado por testemunha em outro processo, do qual o recorrente não fez parte, forçoso ressaltar que somente a possibilidade de novo depoimento, perante o

juiz da causa e sob o contraditório das partes, habilitaria o juiz a tomar aquele testemunho como determinante para a condenação".

Votos importantes para melhor compreensão do uso da prova emprestada no processo penal, prevaleceu a possibilidade da utilização da prova emprestada em que a parte prejudicada não tenha participada da sua produção probatória no processo originário, porém, deve ser assegurado o contraditório as partes que participaram.

Ressalta-se que, é possível que a parte que participou na produção probatória tenha, por exemplo, sinalizado que a culpa é do terceiro que apareceu na produção probatória, e esse não terá direito ao contraditório, pois o crivo do contraditório foi realizado pela parte que participou da produção probatória.

Então, indaga-se sobre essa possibilidade de utilizar uma prova emprestada de outro processo em que são partes diferentes, a turma já vinha se posicionando sobre a possibilidade, assim, mantém esse entendimento, não há nulidade a ser arguida no caso de as partes serem diferentes.

O voto vencido do ministro Rogerio Schietti Cruz traz à baila a discussão do contraditório, pois no recurso especial a prova emprestada foi inserida após quatro meses da oitiva das testemunhas, impossibilitando a parte prejudicada de questionar a prova as testemunhas.

Pode-se dizer que há uma ilegalidade e a turma deveria ter sanada, tem-se a inserção de prova produzida em processo que a parte prejudicada não participou do crivo do contraditório, as testemunhas já haviam sido ouvidas na instrução, assim, não foi dada oportunidade a parte prejudicada em questionar as testemunhas sobre a prova inserida nos autos. Veja, teve o entendimento de que o contraditório realizado no processo originário seria suficiente, situação que não deveria prevalecer.

Assim, a turma adotou o entendimento da possibilidade de utilização da prova emprestada em que a parte prejudicada não tenha participado da produção probatória no processo originário, assegurado o contraditório para as partes do processo originário e a utilização da prova emprestada em fase investigatória.

Deste modo, esse entendimento foi aplicado as ações⁷⁰ posteriores em que adotaram o uso da prova emprestada com partes diferentes dos processos, mas desde que se identifique que o contraditório foi realizado.

⁷⁰ AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL E AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL DO ÚNICO FUNDAMENTO DO DECISUM AGRAVADO. SÚMULA 283/STF. SÚMULA 182/STF. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA ESTATAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA EM CONSONÂNCIA COM OS DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.296/1996 E COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MOTIVADA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. OBITER DICTUM. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE JUNTADA DE CÓPIAS DE DECISÕES ACERCA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE. 1. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se questão afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal. 2. Interposto agravo regimental com razões que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, mormente quanto à incidência da Súmula 282/STF, não prospera o inconformismo, em face da Súmula 182/STJ. 3. Muito embora não tenha sido objeto do recurso especial, tampouco do agravo regimental, a prescrição, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal, pode ser declarada de ofício, em qualquer momento e instância recursal, não se mostrando necessária, destarte, abertura de vista à acusação. 4. A dosimetria da pena e o estabelecimento do regime prisional inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador e estão vinculados às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, e somente podem ser revistos por este Superior Tribunal em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. 5. Não há violação do art. 59 do Código Penal, mas correta aplicação da dosimetria da pena-base. Estando suficientemente fundamentada a dosimetria da pena, é incabível a sua revisão pelo Superior Tribunal de Justiça. A dosimetria constitui operação lógica que envolve profundo exame de circunstâncias fáticas, em regra inviável na via especial, conforme a jurisprudência deste Tribunal. 6. Na apelação defensiva, mediante o princípio do livre convencimento motivado, é plenamente possível a modificação da fundamentação referente às circunstâncias judiciais, para fins de individualização e redimensionamento da pena, desde que não resulte agravamento da situação do réu - o que não ocorreu no caso concreto -, não havendo falar em ofensa ao princípio da non reformatio in pejus. 7. A análise da arguição de ofensa ao art. 29 do Código Penal demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via recursal especial, por força da Súmula 7/STJ. 8. O magistrado pode indeferir, em decisão devidamente fundamentada, a juntada de documentos e as diligências que entenda ser protelatórias ou desnecessárias, dentro de um juízo de conveniência, que é próprio do seu regular poder discricionário. **9. 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 EC n. 45 (Reforma do Judiciário), porquanto se trata de medida que visa dar maior celeridade à prestação jurisdicional.** 10. Sobre a necessidade de degravação da totalidade das conversas telefônicas interceptadas, o disposto no art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.296/1996 só comporta a interpretação sensata de que só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa sub iudice. 11. Nos limites permitidos em sede especial, verifica-se que dos autos constam as transcrições das mídias eletrônicas, às quais a defesa técnica teve acesso, não se evidenciando a alegada nulidade por cerceamento de defesa. 12. Para se declarar a nulidade atinente à transcrição parcial das interceptações telefônicas, deve haver - o que não houve in casu - a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, mormente quando se alcança a finalidade a que o ato se destina, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal. 13. A condenação dos agravantes não se baseou exclusivamente em provas oriundas de interceptações telefônicas, fundamentou-se, isto sim, em substrato probatório - inclusive prova oral colhida - surgido na fase inquisitorial e judicial, produzido sob o pálio do contraditório judicial, a evidenciar a ausência de violação de matéria legal infraconstitucional. 14. Em face da persuasão racional, as referências à quantidade de diálogos entre os agravantes, oriundos de interceptação telefônicas em outro inquérito policial, foram utilizadas pelas instâncias de origem como argumento obiter dictum, para a estruturação de seu livre convencimento, não sendo a única prova para a condenação in casu. 15. Os agravos

3.1.3.6 Primeira Seção

A egrégia PRIMEIRA SEÇÃO analisou 2 (dois) julgados que utilizaram a prova emprestada. O primeiro julgado foi o Mandado de Segurança 16.133⁷¹ que usou a prova emprestada em um processo administrativo disciplinar que fora produzida em processo crime, ressalvado o contraditório.

Atenta-se que, a prova emprestada se manteve válida apesar de o processo originário ter sido anulado por questões processuais. Infere-se o posicionamento já firmado pela egrégia Primeira Turma quando se analisou os julgados que tiveram como base processual o CPC.

Assim, é relevante discorrer sobre a possibilidade do uso de prova emprestada de processo anulado por questões processuais ou procedimentais. Há um posicionamento impositivo para utilização de prova emprestada de processo em que venha a ser anulado, retirando a valorização dada ao processo originário.

Entende-se que o processo originário ao ter a sentença anulada, todas as provas probatórias que haviam sido produzidas deveriam ser colocadas ao crivo do contraditório

regimentais não merecem prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 16. Agravos regimentais improvidos. Extinção da punibilidade decretada de ofício, em razão da prescrição da pretensão executória estatal em relação aos fatos delitivos imputados a L N D. (AgRg no REsp 1343856/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016) (Grifei)

⁷¹ MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - LITISPENDÊNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO - ANULAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO PENAL - REFLEXOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO - PENALIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE DE AÇÃO JUDICIAL. 1. Não cabe ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo motivador do ato administrativo, restringindo seu exame à aferição da regularidade do procedimento e da legalidade da pena aplicada. 2. Hipótese em que não há litispendência com ação judicial que tramita no TRF da 2ª Região, visto que não demonstrada a identidade da causa de pedir e do pedido, bem como diante da inexistência de identidade do pólo passivo nos dois feitos confrontados. 3. Não caracteriza cerceamento de defesa a falta de interrogatório para a qual deu causa o investigado ao deixar de comparecer em três distintas convocações feitas pela Comissão Processante, ante à impossibilidade de favorecimento a quem deu causa à nulidade, nos termos do art. 565 do CPP, aplicado por analogia. Incidência, na espécie, do princípio *pas de nullité sans grief*. 4. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento motivado da oitiva de testemunhas ou de realização de prova pericial. Hipótese em que foram ouvidas 8 (oito) das 11 (onze) testemunhas arroladas, respondidos os quesitos do acusado pela própria Comissão Processante. **5. É perfeitamente possível a utilização em processo administrativo de prova emprestada de ação penal, mesmo quando anulada a sentença, notadamente quando esse fato se deu por motivos meramente processuais ou procedimentais, mantidos incólumes os demais atos do processo.** 6. Não ofende a Lei 8.492/92 a aplicação da pena de demissão por ato de improbidade administrativa examinado em processo administrativo disciplinar. Precedentes. 7. A indicação de nova capitulação para os fatos apurados pela Comissão Processante não macula o procedimento adotado, tendo em vista que o indiciado se defende dos fatos a ele imputados, não da sua classificação legal. Precedentes. 8. Segurança denegada. (MS 16.133/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2013, DJe 02/10/2013) (Grifei)

novamente, na ausência, retiraria a sensatez do princípio constitucional do contraditório e ampla defesa.

Portanto, posicionamento relevante da seção, possibilita a utilização de prova produzida em processo que teve sua anulação, esta que seja processual ou procedimental, sem se relacionar com as provas que foram produzidas.

Assim, a parte prejudicada deve ter participado da produção probatória no processo originário, assegurado o contraditório, e possibilidade da utilização da prova quando o processo for anulado por questão processual ou procedimental.

O segundo julgado também se trata de mandado de segurança que versou sobre o uso da prova emprestada no qual teve a produção probatória realizada em ramo de direito diverso. Buscou-se a anulação do processo administrativo disciplinar com arguição de que a prova emprestada deveria ser retirada do processo, uma vez reconhecida a ofensa ao princípio do contraditório e impedimento de oitiva testemunhal.

O ministro relator Herman Benjamin pontuou de forma assertiva sobre a manutenção de entendimento da egrégia Primeira Seção, destacando a súmula 591/STJ: “É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”.

A súmula 591/STJ surge em 2017 face a reiteradas decisões em ações que questionavam a utilização da prova emprestada no processo administrativo disciplinar. Assim, perfaz o entendimento da seção sobre a possibilidade de prova emprestada em que foi produzida em processo judicial.

Observa-se, a forma de utilização da prova emprestada poderá ser variada, tanto é que houve elaboração da súmula 591 que possibilita o uso da prova emprestada em que teve sua produção probatória realizada em um processo judicial e repassada a um processo administrativo.

No entanto, é considerado que a parte prejudicada participou da produção probatória no processo em que se originou, sendo assegurado o contraditório. Por conseguinte, verifica-se que os questionamentos realizados no mandado de segurança visam a anulação da prova emprestada em processo administrativo, embora a prova emprestada seja de livre apreciação pelo juízo, podendo valorar ou não.

Destarte, a egrégia Primeira Turma posiciona-se sobre a possibilidade da utilização de prova emprestada em processo administrativo disciplinar em que teve a produção probatória realizada em processo judicial, assegurado o contraditório, a prova emprestada poderá ser

utilizada mesmo que o processo originário venha a ser anulado, desde que a anulação decorra de questão procedimental ou processual.

3.1.3.7 Terceira Seção

A egrégia TERCEIRA SEÇÃO analisou somente 1 (um) processo⁷² em que se questionava sobre o uso da prova emprestada oriunda de investigação criminal, sem contraditório ou ampla defesa.

Trata-se de mandado de segurança que buscou retirar/impedir análise de escuta telefônica no processo administrativo disciplinar que resultou na demissão de servidores do quadro da Polícia Federal.

Para o ministro (desembargador convocado) relator Adilson Vieira Macabu entende sobre a validade do uso da interceptação telefônica como meio de prova emprestada, sendo esta em fase de investigação ou persecução penal em curso.

Para o relator, “convém destacar que não obstante a insurgência dos impetrantes se voltar, com veemência, contra a utilização da interceptação telefônica no processo administrativo disciplinar, a fundamentação do seu julgamento final não está limitada ao conteúdo das escutas telefônicas, vez que, por outros meios probatórios, restaram sobejamente demonstradas as condutas ilícitas a eles imputadas, como ressaltado nas informações”.

Assim, a prova emprestada não foi objeto persuasivo condenatório, pois houve outros elementos probatórios, sendo a prova emprestada somente confirmatória.

Em voto diverso, a ministra (desembargadora convocada) Alderita Ramos de Oliveira o uso da prova emprestada em procedimento administrativo disciplinar é lícita, pois foram submetidas ao contraditório em sua produção probatória no processo originário.

Portanto, a egrégia TERCEIRA SEÇÃO entende que o uso da prova emprestada pode ocorrer quando a parte prejudicada for igual no processo originário, assegurado o direito ao contraditório.

⁷² MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PROVA EMPRESTADA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. 1. Não se vislumbra nos autos qualquer mácula no procedimento administrativo que culminou com a demissão dos ora impetrantes. Muito ao revés, **verifica-se que restaram atendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa em sua plenitude.** 2. **A jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que, respeitado o contraditório e a ampla defesa, é possível a utilização de prova emprestada, devidamente autorizada na esfera criminal, como ocorreu na espécie. Precedentes.** 3. Mandado de segurança denegado. (MS 14.226/DF, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Rel. p/ Acórdão Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 28/11/2012) (Grifei)

3.1.3.8 Corte Especial

A pesquisa retornou poucos processos analisados pela corte especial, dentre os 7 (sete) julgados parte dos processos não tiveram em seu inteiro teor posicionamento a respeito do uso da prova emprestada, embora seja possível identificar se as partes participaram dos processos e se houve a possibilidade de contraditório no processo originário.

O primeiro julgado⁷³ havia retornado na pesquisa em que teve a limitação processual do CPC/1973, portanto já houve a análise no item 3.1.1.9, em resumo a corte especial tece breve análise do uso da prova emprestada, no voto vencido do ministro Luiz Fux há menção a princípio do promotor natural em que não haveria ilegalidade na escolha do promotor, de igual modo estaria “de acordo e também em relação à prova que instrui essa percepção penal, porquanto é uma prova emprestada, não é uma prova ilícita, sujeita a contraditório”.

Nesta feita, observou-se que a prova foi produzida em investigação policial, sem contraditório, acatada o seu recebimento, com atenção de que o contraditório poderá ocorrer no curso da persecução penal.

O segundo processo⁷⁴ analisado pela corte, pode-se considerar um dos mais importantes, não em face do uso da prova emprestada, mas sim porque envolve cifras bilionárias movimentadas com aval do poder judiciário do Estado do Espírito Santo.

⁷³ Apn 227/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/09/2004, DJ 13/02/2006, p. 642

⁷⁴ AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUADRILHA, ESTELIONATO, FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTO FALSO E EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO. RELATOR. ATUAÇÃO DIVERSA DA FUNÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE COMPROMETIMENTO. PROVA ILÍCITA. **INTERCEPTAÇÃO EMPRESTADA**. PARTICULARIDADES. INOCORRÊNCIA DE ABUSO. CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA. FATOS E PARTES DIVERSAS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUTORIA COLETIVA. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO EXAUSTIVA DAS CONDUTAS. A função do relator na competência da ação penal originária não o identifica, na fase anterior ao recebimento da denúncia, à autoridade policial, razão porque a sua atuação no procedimento instrucional mantém-se inalterada. **A captação de conversas telefônicas obtidas dentro dos padrões legais, mesmo que aclarando realidade nova, pode sustentar uma persecução autônoma, ainda mais quando o seu conteúdo se mostrar fiel ao transcurso da investigação originária.** Inteligência do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, bem assim, da Lei nº 9.296/96. Não se pode falar em conexão e litispendência se não há identidade de sujeitos e de pedido. Os elementos colhidos nos autos e narrados na denúncia demonstram a existência de fortes indícios das condutas delituosas, irrogando a todos os seis acusados os crimes de quadrilha e estelionato qualificado, bem assim, também constata-se presentes os elementos para considerar a prática dos crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso por parte dos advogados enumerados, enquanto que viável a imputação do delito de exploração de prestígio por atuação do Procurador Regional Federal. ?A gravidade do fato justifica o afastamento do exercício das funções de magistrado e de procurador federal, sem prejuízo da remuneração e vantagens, até o julgamento definitivo.? (Precedentes: APN 244/DF, Inq. 323/PE, Inq. 300/SP, Inq. 231/SP, APN 306-DF.) Denúncia recebida com o afastamento dos denunciados das funções respectivas. (Apn 425/ES, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/11/2005, DJ 15/05/2006, p. 141) (Grife)

Nessa ação se discutiu sobre os meios fraudulentos utilizados por advogados, juízes, desembargadores e procuradores do Estado, processo relevante, inclusive pela possibilidade de ser utilizado a prova emprestada como meio autônomo para abertura da persecução penal contra os envolvidos que detinham de forum privilegiado.

Assim, questionava-se sobre o uso de interceptação telefônica realizada em investigação paralela, isto é, de terceiros e aproveitadas em investigação própria. Esbarra-se na possibilidade do uso da prova emprestada na fase investigatória, algo que ainda não se tinha confirmação pela literatura e jurisprudência.

Nesse fato isolado, tem-se que a prova emprestada poderá ser utilizada em outra investigação, sem contraditório, podendo, ter vários processos simultâneos com a prova ora produzida.

Ponto relevante, pois há a abertura de uma investigação para averiguação de fato contra um suposto infrator, em uma investigação diversa é possível fazer essa ligação entre as provas produzidas, as provas poderão ser emprestadas dentre a fase inquisitiva, a fase de investigação dos supostos autores, averiguando a materialidade e autoria/participação, buscando o liame subjetivo entre os investigados.

Atenta-se que, as provas utilizadas entre investigações em curso não possuem o contraditório, somente será assegurado na abertura do processo.

Deste modo, o uso da prova emprestada poderá ocorrer quando for produzida em fase investigatória, sem contraditório, quando a parte prejudicada tiver participado da produção probatória em processo originário, com contraditório, poderá ter partes iguais e partes diferentes, sejam em fase processual ou investigativa.

Posteriormente teve o julgamento⁷⁵ da abertura de ação penal com grande repercussão nacional, envolvendo esquema de corrupção milionária na assembleia legislativa do Estado de

⁷⁵ I - PENAL E PROCESSO PENAL ? CONEXÃO (ART. 76, II, DO CPP) ? PRISÃO DE DEPUTADO ESTADUAL (ART. 53, § 2º, DA CF/88) ? SEPARAÇÃO FACULTATIVA DOS PROCESSOS (ART. 80 DO CPP) ? FORO ESPECIAL, AÇÃO PENAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA (LEI 8.038/90) ? PROCESSAMENTO ? PODERES DO RELATOR. II - OPERAÇÃO DOMINÓ ? ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (LEIS 9.034/95 E 10.217/01 ? ART. 288 DO CP E DECRETO 231/03 - CONVENÇÃO DE PALERMO) ? CONCURSO MATERIAL: ADVOCACIA ADMINISTRATIVA ? CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA E PREVARICAÇÃO. 1. Quando várias pessoas unidas entre si por um único propósito praticam diversas infrações em prol do mesmo desiderato, tem-se concurso subjetivo e objetivo, ensejando a conexão subjetiva e instrumental, o que leva à unidade de processo. 2. A CF/88 dispensa tratamento diferenciado aos Deputados Federais, prerrogativa que é repetida, por simetria, nas Constituições Estaduais para os Deputados Estaduais, só permitindo a prisão em flagrante com a apresentação do parlamentar preso à Assembléia Legislativa. Impossibilidade de cumprir-se o mandamento constitucional porque dos 24 (vinte e quatro) deputados, 23 (vinte e três) estão envolvidos em delitos conexos com os praticados pelo Deputado Presidente da Assembléia Legislativa do Estado, aqui denunciado. 3. Foro Especial do STJ para 2 (dois) dos denunciados (Desembargador e Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado), o que atrai a competência para o processo e julgamento dos demais, nos termos

Rondônia, cujo avaliou a abertura do processo crime no STJ em virtude das prerrogativas de foro privilegiado ao governador, utilizou-se a prova emprestada que amparou no início da persecução e o empréstimo da prova para abertura de novas ações face a quantidade de envolvidos.

O questionamento sobre a utilização da prova se deu pela ausência da autorização da interceptação telefônica na gravação apresentada no processo, isto é, não houve a juntada da autorização concomitantemente com a gravação das escutas, assim, a escuta foi produzida em processo apartado com autorização, a parte prejudicada não era parte do processo, não houve o contraditório, mas foi resguardado o contraditório das partes que se encontravam.

Veja que há a possibilidade de fazer uso de uma prova emprestada em um processo em que a parte prejudicada não tenha participado da produção probatória, como também, não haverá necessidade do contraditório pela parte prejudicada em face de já ter sido assegurado o contraditório entre as partes do processo originário.

Parece que há uma contradição, mas não há, tem-se que a parte que se sente prejudicada no processo não participou da produção probatória, mas teve a prova trazida aos autos para corroborar as demais provas já produzidas no processo.

Então, depara-se com a seguinte situação, há um processo em curso contra outras pessoas, se desconhece sua existência e investigados, surge um fato que aponta indícios de autoria de uma nova pessoa, por intermédio de uma escuta telefônica, assim, poderá haver o empréstimo dessa prova produzida pela escuta telefônica para uma propositura ou complemento de outra ação, sem necessariamente haver o contraditório pela parte em que irá ofertar a denúncia ou queixa crime.

O ponto importante é sobre a possibilidade do uso da prova emprestada para abertura de novo processo sem a participação da parte prejudicada, como regra, a prova emprestada poderá ser utilizada quando a parte prejudicada não participar da produção probatória, verifica-

do art. 78, III, do CPP. 4. Desmembramento dos feitos conexos diante da complexidade dos fatos para apuração, como facultado pelo art. 80 do CPP. 5. Identificação de uma Organização Criminosa, nos moldes do art. 1º da Lei 9.034/95, com a redação dada pela Lei 10.217/01, com a tipificação do art. 288 CP e Decreto Legislativo 231/03, que ratificou a Convenção de Palermo. 6. Nos termos da Lei 8.038/90 (art. 1º, § 1º) e do Regimento Interno desta Corte (art. 217, §§ 1º e 2º), cabe ao relator, como juiz da instrução, ordenar diligências complementares, da mesma forma como atua o juiz de 1º grau na fase pré-processual das investigações (precedentes do STF e do STJ). 7. A oitiva dos investigados na fase pré-processual pelo relator não viola os princípios do devido processo legal e da imparcialidade. Ao contrário, permite que o relator forme seu convencimento para fins de recebimento da denúncia. Precedentes do STJ e do STF (RHC 84.903/RN). 8. Havendo suficientes indícios da materialidade dos delitos de corrupção ativa e passiva, advocacia administrativa e prevaricação, em concurso material, e da imputação da autoria aos denunciados, é de ser recebida a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, com afastamento dos cargos dos agentes políticos (Desembargador, Juiz e Conselheiro do TCE). (APn 460/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/06/2007, DJ 25/06/2007, p. 209)

se o acréscimo do uso da prova emprestada em uma investigação em curso, que não se tornou ação, encontra-se na fase investigatória, não se tratava do investigado, mas devido ao fato novo seria possível a abertura de nova investigação ou já abertura de um processo crime.

Houve apenas outro julgado⁷⁶ que tratou sobre o uso da prova emprestada, em que avaliou sobre a legalidade da interceptação telefônica realizada em outro processo, assim, manteve o posicionamento acima, em que a parte prejudicada pode ser diferente do processo em que teve a produção probatória, assegurado o contraditório para as partes do processo originário.

Os demais julgados⁷⁷ não trouxeram informações suficientes para avaliar sobre a utilização da prova emprestada, embora a corte especial tenha tratado de modo assimétrico sobre o uso da prova emprestada quando se possui investigados com foro privilegiado, dispõe da possibilidade de utilização da prova emprestada no caso de fato novo obtido em curso da investigação, isto é, de encontro de novas pessoas, as provas até então produzidas poderão ensejar outra investigação ou propositura de ação penal.

⁷⁶ AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESEMBARGADOR FEDERAL E CORRÉUS. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DO ART. 325 (VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL), ART. 357 (EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO) E ART. 288 (QUADRILHA), TODOS COM CÓDIGO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. DECLARAÇÃO NOS AUTOS ORIGINÁRIOS DE SE TRATAR DE PROVA ILÍCITA (APN n.º 464/RS). IMPRESTABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVE A CONDUTA TÍPICA DO CRIME DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO, BEM COMO NÃO APRESENTA LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO ACERCA DO PRETENSO VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL DA QUADRILHA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. 1. Considerando que a pena máxima cominada em abstrato para o crime do art. 325 do Código Penal (violação de sigilo funcional) é de dois anos, o prazo prescricional é de quatro anos, a teor do art. 109, inciso V, do mesmo Código. E, tendo em conta que os fatos supostamente criminosos datam de maio a julho de 2005, o lapso temporal da prescrição ocorreu nesses meses do ano de 2009, antes mesmo do oferecimento da denúncia em 14 de dezembro de 2010. 2. **Nos autos da Ação Penal n.º 464/RS, julgada pela Col. Corte Especial, reconheceu-se a ilicitude da prova colhida mediante a interceptação telefônica, a qual foi aproveitada nos presentes autos.** 3. A controvérsia, portanto, não pode mais ser ressuscitada, razão pela qual devem ser desconsideradas as provas obtidas por meio das interceptações telefônicas, bem como todas delas derivadas, ressalvado o disposto no art. 157, § 1.º, do Código de Processo Penal. 4. Sem embargo, mesmo sem adentrar no exame da possível subsistência de outros elementos de prova independentes para, eventualmente, subsidiar o recebimento da peça acusatória, esta se mostra, data maxima venia, inepta quanto às demais imputações. 5. Quanto ao crime de exploração de prestígio, a narrativa acusatória se limita a conjecturar acerca do possível uso de informações sigilosas pelos advogados denunciados, com o suposto propósito de cooptarem clientela, apontando os demais denunciados como partícipes pelo fato de repassarem os aludidos documentos. Não está narrada, assim, a conduta típica do art. 327 do Código Penal ("Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha"). 6. No que diz respeito ao crime de quadrilha, vê-se que a suposta associação estável entre os denunciados se baseia no campo da presunção, desprovida de lastro probatório mínimo para sustentá-la, configurando, pois, ausência de justa causa. 7. Julgada extinta a punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de violação de sigilo funcional; e rejeitada a denúncia em relação aos crimes de exploração de prestígio e formação de quadrilha. (APn 661/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/05/2012, DJe 29/05/2012) (Grifei)

⁷⁷ QO na APn 536/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2015, DJe 27/03/2015; APn 512/ES, Rel. Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/04/2010, DJe 10/06/2010; EDcl no AgRg na APn 425/ES, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/08/2009, DJe 24/08/2009;

3.1.4 Quadro sinóptico do uso da prova emprestada do CPP/41

A seguir será apresentado qual o entendimento das turmas, seções e corte especial sobre o uso da prova emprestada de acordo com o CPP/1941 e respectivas alterações legislativas, a análise se baseou nos julgados retornados na pesquisa no site do STJ.

Quadro 2 – Quadro sinóptico do uso da prova emprestada do CPP/41 - STJ

CPP/41	
Segunda Turma	a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório no processo originário; DIVERGÊNCIA a) parte prejudicada NÃO precisa participar do processo em que teve a produção probatória; b) prova sigilosa produzida em fase investigatória; c) compartilhamento da prova para outros processos e procedimentos não penais; DIVERGÊNCIA a) partes devem ser iguais; b) prova deve ser produzida em outro processo judicial c) juiz não poderá produzir prova emprestada de ofício, a prova sigilosa fiscal;
Terceira Turma	a) partes podem ser diferentes; b) assegurado o contraditório no processo originário; c) prova pode ser produzida em processos de ramos diferentes;
Quarta Turma	a) partes devem ser iguais; b) partes asseguraram o contraditório no processo originário;
Quinta Turma	a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório no processo originário; DIVERGÊNCIA a) partes NÃO precisam ser iguais; b) fundamento da sentença deve ser no conjunto probatório;
Sexta Turma	a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório no processo originário;

	<p>DIVERGÊNCIA</p> <p>a) partes podem ser diferentes;</p> <p>b) não se precisa de contraditório;</p> <p>c) a sentença deverá fundamentar no conjunto probatório;</p> <p>DIVERGÊNCIA</p> <p>a) as partes podem ser diferentes;</p> <p>b) partes diversas asseguraram o contraditório no processo originário;</p> <p>c) a prova pode ser produzida em outro ramo do direito;</p> <p>DIVERGÊNCIA</p> <p>a) as partes podem ser diferentes;</p> <p>b) partes diversas asseguraram o contraditório no processo originário;</p> <p>c) a prova pode ser produzida na fase investigatória, sem contraditório;</p>
Primeira Seção	<p>a) partes devem ser iguais;</p> <p>b) prova emprestada legal, mesmo que o processo originário seja anulado por questão processual ou procedimental;</p> <p>c) a prova pode ser produzida em outro ramo do direito;</p>
Terceira Seção	<p>a) partes devem ser iguais;</p> <p>b) assegurado o contraditório;</p>
Corte Especial	<p>a) partes podem ser diferentes;</p> <p>b) prova emprestada utilizada como autônoma para abertura de ação penal;</p> <p>c) empréstimo da prova entre investigações com partes diferentes;</p> <p>d) partes diversas asseguraram o contraditório no processo originário;</p>

Fonte: elaborado pelo autor.

Conforme o quadro acima, há algumas diferenças entre as turmas, seções e Corte Especial. De início era necessário que as partes fossem iguais, assegurado o contraditório no processo originário divergindo para a possibilidade de as partes ser diferentes, com o contraditório realizado pelas partes do processo originário.

Outrossim, passou-se a permitir que a parte prejudicada não seja igual ao processo em que a prova foi produzida, mas deveria ser avaliado se a produção probatória teve o contraditório, mantendo esse posicionamento em parte das turmas, seções e Corte Especial.

Por conseguinte, as provas emprestadas passaram a ser aceitáveis quando produzidas na fase investigatória, sem contraditório pela parte prejudicada, assim, esse posicionamento é

questionável, já que em possíveis indícios de nulidade na produção probatória não será possível questionar a validade no processo em que a irá utilizar.

Uma característica relevando levantada pela segunda turma é de que o julgador não poderá produzir a prova emprestada de ofício, àquela que seja sigilosa fiscal, isto é, não poderá requerer ao processo, dependerá da parte interessada em realizar a juntada.

Assim, é considerado que a prova emprestada não deve ser o único elemento probatório para fundamentação da sentença, o julgador deverá ter sua convicção com análise de todos os elementos probatórios no processo.

Deste modo, pode-se considerar adequado esse entendimento, pois o julgador ao criar sua convicção sobre a existência do fato, autoria e materialidade, deverá ser avaliado todas as provas inseridas, sendo prescindível a prova emprestada para corroborar as afirmações apresentadas pelo órgão acusador. Logo, a prova emprestada terá seu valor precário, a sentença não poderá ser fundamentada somente na prova emprestada.

Portanto, esses foram os destaques encontrados na jurisprudência do STJ sobre o uso da prova emprestada com base no CPP, apesar de não existir um posicionamento uno entre as turmas, seções e Corte Especial. Contudo, similar a jurisprudência do CPC, também é possível estabelecer uma taxatividade para o uso da prova emprestada, considerando que as partes não precisam ser idênticas, necessário o contraditório na produção probatória, a sentença deve se basear em todos os elementos do processo e não apenas na prova emprestada.

3.2 A prova emprestada na jurisprudência do STF

A suprema corte brasileira é composta por 11 ministros, dividindo-se em 2 turmas e o ministro presidente do tribunal, há exceção ao ministro presidente que participará dos votos quando formado o tribunal pleno. Conforme previsão expressa no art. 101 da Constituição Federal.

A corte suprema analisa os casos que esbarram em ofensa a Constituição Federal, conforme visto o uso da prova emprestada poderá ensejar desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, elencados no inciso LV, art. 5º da CF.

Quando há determinadas questões conflitantes que demonstram ofensa aos dispositivos constitucionais, a suprema corte deve ser acionada para se posicionar e garantir que os direitos previstos na CF sejam preservados, isto é, que a afronta existente cesse e os direitos surtam efeitos perante as partes do processo.

Importante enfrentamento se dá pelas vias recursais e diretas na suprema corte. Assim, o STF é o garantidor dos direitos constitucionais e deve ao se deparar com a afronta de um dos dispositivos fazer cessar imediatamente.

Destarte, buscou-se no endereço eletrônico do STF⁷⁸ os julgados que tiveram discussão sobre a prova emprestada, sendo localizado somente 112 (conforme tabela abaixo).

Tabela 4 – Quantidade de julgados sobre a prova emprestada no STF

Tribunal Pleno	15
Primeira Turma	60
Segunda Turma	37
TOTAL	112

Fonte: STF, 2021⁷⁹.

Atenta-se que ocorreram 15 decisões em plenário, teve a participação de todos os ministros, em virtude da relevância questionada pelas partes do processo.

Na pesquisa realizada foi possível identificar quais recursos tiveram apreciação sobre o uso da prova emprestada, diferente da forma apresentada no site do STJ, pois foi possível localizar somente os julgados por turma, embora tenha a possibilidade da identificação ao se abrir o julgado. Entretanto, o STF traz de forma assimétrica, com as divisões de turmas e quais recursos tiverem análise com base na forma de pesquisa realizada, sendo apresentado na tabela a seguir.

Tabela 5 – Recursos com questionamento sobre a prova emprestada no STF

Habeas Corpus - HC	29
Recurso Extraordinário com Agravo – ARE	21
Inquérito - Inq	13
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - RMS	11
Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC	10
Mandado de Segurança – MS	7
Recurso Extraordinário – RE	7
Agravo de Instrumento – AI	6
Petição – Pet	3

⁷⁸ Endereço eletrônico: www.stf.jus.br

⁷⁹ Consulta realizada em 30/janeiro/2021 no site www.stf.jus.br.

Reclamação – Rcl	2
Ação Cível Originária - ACO	1
Apelação Cível – Aci	1
Extradição - Ext	1
TOTAL	112

Fonte: STF, 2021⁸⁰.

Contudo, consta dois recursos ocultos que não foram contabilizados pela suprema corte, que são: Apelação Cível e Agravo de Instrumento ambos julgados em 1944, fazem parte da coletânea de acórdãos.

Assim, será apresentado nos tópicos seguintes as decisões que envolveram a aplicação do CPC e CPP, os entendimentos firmados pela primeira turma e segunda turma, como também o posicionamento feito pelo colegiado.

De tal modo, para divisão do CPC e CPP foi realizado a análise de todas as jurisprudências retornadas pelo sistema do site do STF, assim, em interpretação própria do autor foi realizado a sua divisão.

3.2.1 Análise jurisprudencial da prova emprestada no CPC

3.2.1.1 Primeira Turma

O primeiro julgado analisado foi o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n.º 1922-03⁸¹ de 1998, tratou sobre a utilização do uso da prova emprestada em processo que se discutia usucapião, a discussão se baseia na utilização da prova emprestada de processos em que a parte prejudicada não participou da produção probatória.

Para o relator a prova emprestada teve sua utilização com relevo decisivo, pois foram confrontados os depoimentos e prova documental, embora a parte prejudicada não tenha

⁸⁰ Consulta realizada em 30/janeiro/2021 no site www.stf.jus.br.

⁸¹ EMENTA - Recurso extraordinário: prequestionamento: embargos de declaração. É firme a jurisprudência do STF em que, para que possam prestar-se os embargos de declaração ao prequestionamento da contrariedade à Constituição, impõe-se que a decisão embargada se haja omitido, no ponto, sobre alegação anteriormente deduzida. **No caso, o agravante, ao suscitar na apelação o problema da "prova emprestada", sequer aventou a ofensa ao princípio do contraditório.** Logo, não se omitiu o acórdão recorrido ao deixar de examiná-la. (AI 162228 AgR, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/08/1998, DJ 11-09-1998 PP-00008 EMENT VOL-01922-03 PP-00622) (Grifei)

participado do contraditório na produção probatória no processo originário. Assim, as informações da impossibilidade da cessão de direitos são oriundas de outros processos.

Portanto, no presente recurso não houve a menção expressa ao preceito constitucional, ausente o pré-questionamento da matéria relacionada com a valoração da prova emprestada em confronto com a prova efetiva, real, sujeita ao contraditório, sendo o julgado denegado e não apreciado pela turma.

Observa-se que as partes eram diferentes do processo em que houve a produção probatória, sem contraditório pela parte prejudicada, no inteiro teor se entende que a prova emprestada foi inserida por terceiros.

No Agravo Interno 536.556⁸², houve menção do uso de prova pericial emprestada, porém, a discussão recaiu sobre a multa de litigância de má-fé aplicada a parte prejudicada. Observou-se que a parte prejudicada participou da produção probatória do processo em que a prova foi originada, atribuindo questionamento sobre a utilização da prova pericial.

Deste modo, não houve esclarecimento sobre a possibilidade de utilização da prova emprestada pela suprema corte, porém, as partes eram idênticas e assegurado o contraditório.

Já Recurso em Mandado de Segurança 25.485⁸³ possui relevância ao tratar da possibilidade do uso da prova emprestada em processo administrativo disciplinar. Para o ministro Relator Carlos Britto:

“[...] a prova emprestada do inquérito policial, que municiou a ação penal ainda em tramitação, não teve força própria no processo disciplinar. Valeu apenas como impulso deflagrador. No processo administrativo, foram colhidas outras provas, com

⁸² EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. (AI 536556 AgR, Relator(a): CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2005, DJ 17-06-2005 PP-00061 EMENT VOL-02196-16 PP-03245)

⁸³ EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AGENTE POLICIAL FEDERAL. PROCESSO DISCIPLINAR. PROVA EMPRESTADA. DEMISSÃO. CONTRADITÓRIO. LEIS NºS 4.878/65 E 8.112/90. I - Embora a Comissão Processante tenha proposto a suspensão do servidor, respondeu ele por fatos que induzem, também, à pena de demissão, aplicada motivadamente pela autoridade julgadora (parágrafo único do art. 168 da Lei nº 8.112/90). II - **Além de peças extraídas de inquérito policial, o processo disciplinar contém provas produzidas no âmbito da própria Administração, com o exercício do contraditório.** III - A Lei nº 4.878/65 (Estatuto dos Policiais Civis da União e do Distrito Federal) prevê a aplicação subsidiária da "legislação relativa ao funcionalismo civil da União" (art. 62). IV - Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 25485, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 05-05-2006 PP-00019 EMENT VOL-02231-01 PP-00150 RTJ VOL-00201-02 PP-00546 LEXSTF v. 28, n. 329, 2006, p. 161-167) (Grifei)

oportunidade de defesa para o servidor. Conclui-se que a conduta do policial, além dos prejuízos causados na esfera privada, afetou a imagem da Instituição, embora não tenha decorrido diretamente do exercício da função pública.”

Deste modo, a parte prejudicada participou da produção probatória no processo originário, assegurado o contraditório na abertura do processo, sendo considerado pela corte a não ilegalidade no processo disciplinar instaurado, pois a prova emprestada não foi a única motivação para o ato de demissão do servidor.

Veja, a parte prejudicada teve contra si instaurado um processo crime, que ainda estava na fase inquisitiva, ou seja, não houve contraditório sobre a prova produzida, entende-se que haveria uma possibilidade de nulidade, já que na fase inquisitorial do processo crime não se tem oportunidade de contraditar as provas apresentadas, sendo estas utilizadas para abertura do processo disciplinar e com a respectiva demissão do servidor.

No Recurso Extraordinário 385.170⁸⁴, o relator Ministro Marco Aurélio discorreu sobre a via recursal inadequada, uma vez que se trata de interpretação emprestada a normas locais. Desta forma, verifica-se que há questionamento infralegal e não constitucional.

De tal modo, houve mais julgados⁸⁵ que foram tiveram o entendimento supra, em que a interpretação emprestada de legislação infralegal não afrontaria preceitos fundamentais, como também o reexame fático incide na Súmula 279/STF.

⁸⁴ RECURSO EXTRAORDINÁRIO – LEI LOCAL. **O recurso extraordinário não é meio hábil a ter-se o rejugamento da lide no que decidida pelas instâncias ordinárias a partir de interpretação emprestada a normas locais.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MOLDURA FÁTICA. Na apreciação do enquadramento do recurso extraordinário em um dos permissivos constitucionais, parte-se da moldura fática delineada pela Corte de origem. Impossível é pretender substituí-la para, a partir de fundamentos diversos, chegar-se a conclusão sobre a ofensa a dispositivo da Lei Básica Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Se, de um lado, é possível ter-se situação concreta em que transgredido o devido processo legal a ponto de se enquadrar o recurso extraordinário no permissivo que lhe é próprio, de outro, descabe confundir a ausência de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional com a entrega de forma contrária aos interesses do recorrente. AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé. (RE 385170 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, DJe-105 DIVULG 01-06-2011 PUBLIC 02-06-2011 EMENT VOL-02535-01 PP-00176) (Grifei)

⁸⁵ ARE 935266 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 25-04-2016 PUBLIC 26-04-2016; ARE 1022529 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 31-08-2017 PUBLIC 01-09-2017; ARE 1053714 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-274 DIVULG 29-11-2017 PUBLIC 30-11-2017;

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 768.633⁸⁶ a relatora Ministra Rosa Weber dispôs que “alegação de ilicitude da utilização da prova emprestada em processo administrativo, o entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados”.

Desse modo, o processo administrativo disciplinar utilizou prova emprestada de instauração de inquérito policial, em que a parte prejudicada era investigada, através da interceptação telefônica utilizou-se para abertura do processo administrativo.

Observa-se que não há ainda a existência do processo crime, apenas a investigação sobre possíveis fatos, que ainda deverão ser apurados pelo juízo singular. Entretanto, a abertura do processo administrativo disciplinar trouxe cópia da interceptação telefônica para fundamentar a demissão do servidor público.

Neste ínterim, a parte prejudicada que ainda teria a abertura do processo crime, caso houvesse entendimento pelo Ministério Público da materialidade e autoria delitiva, teve de forma sucedânea a abertura de processo administrativo com provas emprestadas de investigação que ainda não se tornou processo, não teve contraditório.

Assim, verifica-se que o posicionamento firmado⁸⁷ é da possibilidade do uso de prova emprestada de ramos diferentes, a produção probatória, mesmo que incipiente, torna-se válida para abertura de processos e fundamentos de convicção do julgador.

⁸⁶ EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PAD. EXCLUSÃO DA CORPORACÃO. DECISÃO DO COMANDANTE-GERAL DA CORPORACÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL NÃO CONFIGURADA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. PROVA EMPRESTADA. AUTORIZACÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 05.9.2012. Inexiste violação do artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988. Na compreensão desta Suprema Corte, o texto constitucional exige que o órgão jurisdiccional explice as razões de seu convencimento, sem necessidade, contudo, do exame detalhado de cada argumento esgrimido pelas partes. Precedentes. O Tribunal a quo julgou harmônico, ao ordenamento jurídico infraconstitucional, o procedimento administrativo disciplinar que resultou na exclusão do agravante dos quadros da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Solvida a controvérsia com base no Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 433/81) e no Decreto Estadual nº 2.155/1978, que dispõe sobre o Conselho de Disciplina da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, não se mostra viável, na espécie, concluir pela afronta à literalidade dos preceitos constitucionais veiculados nas razões do extraordinário (arts. 1º, III, e 5º, XII, XXXV, LIV, LV e LVI, da Carta Política). Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 768633 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2014 PUBLIC 27-03-2014)

⁸⁷ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINSTRO DA FAZENDA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Não há qualquer impeditivo legal de que a comissão de inquérito em processo administrativo disciplinar seja formada pelos mesmos membros de comissão anterior que havia sido anulada. 2. Inexiste previsão na Lei nº 8.112/1990 de intimação do acusado após a elaboração do relatório final da comissão processante, sendo necessária a demonstração do prejuízo causado pela falta de intimação, o que não ocorreu no presente caso. 3. O acusado em processo administrativo

3.2.1.2 Segunda Turma

A pesquisa retornou somente 4 julgados sobre a prova emprestada no CPC, o primeiro⁸⁸ julgado tratou sobre a inexatidão do recurso interposto, visto que seria necessário o reexame de provas, impedimento expresso pela Súmula 279/STF.

Já o segundo⁸⁹ julgado explanou sobre a utilização de prova emprestada em processo de ramo diverso, em que a parte prejudicada teve contra si a abertura de processo administrativo disciplinar com a utilização de prova produzida em processo crime, isto posto, houve o entendimento da legalidade do uso da prova emprestada.

disciplinar não possui direito subjetivo ao deferimento de todas as provas requeridas nos autos, ainda mais quando consideradas impertinentes ou meramente protelatórias pela comissão processante (art. 156, §1º, Lei nº 8.112/1990). 4. **A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal. Precedentes. 5. Recurso ordinário a que se nega provimento.** (RMS 28774, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016) (Grifei)

Ementa: 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, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 13-08-2018 PUBLIC 14-08-2018) (Grifei)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 660. PROVAS EMPRESTADAS. ADMSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal (STF) assentou entendimento que não há repercussão geral na controvérsia sobre suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, por ausência de questão constitucional (Tema 660 - ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes). 2. **A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução penal, podem ser compartilhados para fins de instruir outro processo criminal ou procedimento administrativo disciplinar. Precedentes.** 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 1189218 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 31-05-2019 PUBLIC 03-06-2019) (Grifei)

⁸⁸ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. ALEGADA CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 777953 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 26-11-2013 PUBLIC 27-11-2013) (Grifei)

⁸⁹ E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – SANÇÃO DISCIPLINAR – DEMISSÃO – LEI Nº 8.112/90 – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RMS 32230 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 27-02-2014 PUBLIC 28-02-2014)

Assim, a parte prejudicada participou da produção probatória no processo originário, teve assegurado o contraditório.

O terceiro⁹⁰ e o último⁹¹ julgados tiveram o mesmo entendimento supramencionado, com a diferença de que a prova emprestada foi produzida na fase inquisitiva, sendo aceitável a interceptação telefônica. Deste modo, permaneceu o entendimento de que as partes são iguais, a parte prejudicada participou da produção probatória no processo originário, assegurado o contraditório.

3.2.1.3 Tribunal Pleno

A pesquisa retornou somente 3 julgados sobre o uso da prova emprestada no ramo do direito processual civil. O primeiro⁹² julgado ocorreu em 1992, em que se questionava o uso da

⁹⁰ Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Direito Processual e Administrativo. 3. Processo administrativo disciplinar. 4. Faltas disciplinares. Demissão. 5. Alegação de ocorrência de vícios no curso do processo. Não demonstração. 6. Independência das instâncias penal e administrativa. 7. **Provas emprestadas. Autorização judicial. Possibilidade.** 8. Contradita de testemunhos prestados no âmbito policial. Impossibilidade de realização durante o procedimento investigatório. Súmula Vinculante 14. 9. Realização de oitivas de testemunhas. Faculdade do presidente da comissão processante. 10. Degravações e mídias de interceptação telefônica. Juntada integral aos autos do PAD. Desnecessidade. 11. Mandado de segurança. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. 12. Nulidade do processo. Inocorrência. 13. Argumentos incapazes de infirmar a decisão agravada. 14. Agravo regimental a que se nega provimento. (RMS 33579 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 24-05-2019 PUBLIC 27-05-2019) (Grifei)

⁹¹ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. REVISÃO DISCIPLINAR INSTAURADA POR REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXAME DA GRAVIDADE DA CONDUTA. AGRAVAMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TEMPESTIVIDADE DA INICIATIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS REGIMENTAIS DE CABIMENTO DA REVISÃO. **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA** INCIDENTE SOBRE TERCEIRO INVESTIGADO. NOTÍCIA DE IRREGULARIDADE NA CONDUTA DE AUTORIDADE PÚBLICA. ADMISSIBILIDADE. DECISÃO IMPUGNADA LASTREADA NO EXAME PORMENORIZADO DOS FATOS E DAS PROVAS, CUJO REEXAME NÃO PODE SE DAR NA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM DE SEGURANÇA DENEGADA. (MS 30364, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 16-04-2020 PUBLIC 17-04-2020) (Grifei)

⁹² MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO DE DEMISSÃO DE POLICIAL FEDERAL. ATO APODADO DE NULO, POR RESULTAR DE INQUÉRITO EIVADO DE IRREGULARIDADES E, AINDA, POR HAVER SANCIONADO ILÍCITO CONFIGURADOR DE CRIME AINDA NÃO JULGADO. PRETENDIDA REINTEGRAÇÃO NO CARGO. INEXISTÊNCIA DE OBICE A QUE DIRIJA INQUÉRITO ADMINISTRATIVO QUEM PARTICIPOU DE MERA DILIGÊNCIA POLICIAL, NA APURAÇÃO DE FATOS DELITUOSOS EM QUE ACABOU POR ENREDAR-SE O SERVIDOR. . **IRRELEVÂNCIA DA AUSÊNCIA DE ACAREAÇÃO E DA UTILIZAÇÃO, NO PROCESSO DISCIPLINAR, DE PROVA TESTEMUNHAL EMPRESTADA, SE FOI ELA REFORÇADA PELA REINQUIRÇÃO DOS DEPOENTES. DESPICIENDA, FACE AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS JURISDIÇÕES,** A CIRCUNSTÂNCIA DE NÃO SE HAVER ULTIMADO A AÇÃO PENAL RELATIVA A UMA DAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES, CONFIGURADORA DE CRIME, A QUAL, DE RESTO, NÃO ERA A ÚNICA PUNIVEL COM A DEMISSÃO. SEGURANÇA DENEGADA. (MS 21330, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/1992, DJ 11-12-1992 PP-23662 EMENT VOL-01688-01 PP-00119 RTJ VOL-00144-02 PP-00476) (Grifei)

prova testemunhal emprestada, esta posteriormente confirmada em juízo, já que houve a reinquirição da testemunha.

Devido não conter muitas informações no inteiro teor, verificou-se que a parte prejudicada participou da produção probatória, houve o contraditório e o ramo do direito era diverso.

Já no segundo⁹³ julgado tratou sobre o uso da prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em que teve a interceptação telefônica utilizada oriunda de processo crime, isto posto, mantém o posicionamento das turmas em que não há impedimento para utilização de prova emprestada em que a prova produzida seja de ramo distinto do direito.

O terceiro julgado, trata-se do Mandado de Segurança 24.803⁹⁴, explicitou o uso da prova emprestada em processos distintos, a parte prejudicada participou da produção probatória

⁹³ EMENTA: 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, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00109 RTJ VOL-00205-02 PP-00638) (Grifei)

⁹⁴ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ART. 27, § 1º DA LOMAN. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ILICITUDE DA PROVA E IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. O impetrante tinha ciência da sindicância e dos fatos a ele imputados, ou seja, ele conhecia o teor das acusações que lhe foram feitas. Ao longo de toda a sindicância, exerceu com plenitude o seu direito de defesa, muito embora isso não fosse obrigatório nessa fase da investigação, que é desprovida de caráter punitivo. Dispensada, nesse caso, a observância da regra inscrita no art. 27, § 1º da LOMAN. Ademais, restou amplamente demonstrado o efetivo exercício do direito de defesa ao longo do procedimento administrativo disciplinar. 2. Legalidade da decretação, pelo magistrado de primeira instância, da quebra de sigilo telefônico do filho do impetrante, considerado peça-chave no esquema de venda de habeas corpus para traficantes de entorpecentes, já que ele não possuía prerrogativa de foro e a quebra de sigilo telefônico ocorreu na fase de inquérito policial, aplicando-se, por conseguinte, o entendimento firmado por esta Corte no julgamento do HC 81.260. 3. A revelação dos fatos relativos ao impetrante deu-se em decorrência de prova lícitamente obtida. Inexistente, portanto, qualquer obstáculo jurídico à utilização da prova no procedimento administrativo disciplinar, ainda mais quando cotejada com outras provas, em especial os depoimentos de todos os envolvidos. 4. Remansosa é a jurisprudência desta Corte no sentido de que, "se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do due process of law" (RMS 24.347, rel. min. Maurício Correa, DJ 04.04.2003, RMS 24.533 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.04.2005), o RMS 24.901 (rel. min. Carlos Britto, DJ 11.02.2005), o RMS 24.256-AgR (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 13.09.2002), o RMS 23.988 (rel. min. Ellen Gracie, DJ 1º.02.2002) e o MS 21.294 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.09.2001)). 5. No voto do relator do processo administrativo disciplinar encontram-se todas as razões pelas quais a Corte Administrativa Especial do TRF da 1ª Região decidiu aplicar ao impetrante a pena de aposentadoria compulsória. Os votos dos demais juízes integrantes daquela Corte corroboram e ratificam o voto do relator, demonstrando a plena concretização da norma inscrita no art. 93, IX, da Constituição Federal. 6. Segurança denegada. (MS 24803, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-02 PP-00285 RTJ VOL-00214-01 PP-00371)

no processo originário, teve assegurado o contraditório, sendo questionado apenas a possibilidade do uso em ramos distintos, mantendo o posicionamento do Tribunal Pleno.

Portanto, para o Tribunal Pleno as partes devem ser iguais, assegurado o contraditório, pode ser emprestada em ramo distinto.

3.2.2 Quadro sinóptico do uso da prova emprestada do CPC/1973 e CPC/2015

A seguir será apresentado qual o entendimento das turmas, seções e corte especial sobre o uso da prova emprestada de acordo com o CPC/1973 e CPC/2015, a análise se baseou nos julgados retornados na pesquisa no site do STF.

Quadro 3 – Quadro sinóptico do uso da prova emprestada no CPC/1973 e CPC/2015 - STF

	CPC/1973	CPC/2015
Primeira Turma	a) partes não precisam ser iguais; DIVERGÊNCIA a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório no processo originário; c) prova produzida em processo de ramo diverso;	<i>idem</i> ;
Segunda Turma	a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório no processo originário; c) prova produzida em processo de ramo diverso;	<i>idem</i> ;
Tribunal Pleno	a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório no processo originário; c) prova produzida em processo de ramo diverso;	<i>idem</i> ;

Fonte: elaborado pelo autor.

No quadro acima se observa que o STF apenas a primeira turma trouxe divergência, por conseguinte manteve o entendimento nas turmas e no Tribunal Pleno, assim, as partes devem

ser iguais, assegurado o contraditório e por fim que a prova emprestada pode ser oriunda de processo de ramo diverso do direito.

Com isto, há uma padronização na utilização da prova emprestada no direito processual civil, embora não houve mudança de entendimento com as respectivas atualizações legislativas.

3.2.3 Análise jurisprudencial da prova emprestada no CPP

3.2.3.1 Primeira Turma

O primeiro julgado retornado na pesquisa ocorreu em 1967 e se refere ao HC 44739⁹⁵, porém o empréstimo contido na ementa e inteiro teor seria na argumentação dos fatos praticados, seguindo o rito do júri em que ocorreu a absolvição por legítima defesa, questionava-se a nulidade face ser manifestadamente contrária à prova dos autos, assim não trouxe elementos que se relacionavam com a prova emprestada.

Já o segundo julgado⁹⁶ teve a apreciação sobre o uso da prova emprestada, o relator Ministro Soares Muñoz entendeu sobre a inaplicabilidade do uso da prova emprestada por se tratar de questionamento da inimputabilidade, cujo deveria ser em ação própria. Entretanto, avaliou-se que as partes eram iguais nos processos.

A jurisprudência ulterior⁹⁷ trata de um novo habeas corpus para o mesmo paciente supra, para o relator Ministro Soares Muñoz “o writ não é o meio adequado para reconhecer a

⁹⁵ CERTA A TESE DE QUE ENTRE DUAS VERSÕES EMPRESTADAS AO FATO DELITUOSO, SE O JÚRI ESCOLHE UMA DELAS, A INSTÂNCIA SUPERIOR DESCABE ANULAR O JULGAMENTO, POR ACOLHER A OUTRA. INTELIGENCIA DO ART. 593, INC. III, LETRA D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NA ESPÉCIE O ACÓRDÃO DEIXA PATENTE QUE AO INVES DE DUAS VERSÕES DISTINTAS, APRESENTADAS A DECISÃO DO JÚRI, DE MODO A PERMITIR FOSSE PERFILHADA UMA OU OUTRA, O CONJUNTO DA PROVA RETRATA APENAS UMA VERSAO, A QUAL SE CONTRAPOS O VEREDICTO POPULAR. HABEAS CORPUS DENEGADO. (HC 44739, Relator(a): DJACI FALCAO, Primeira Turma, julgado em 04/12/1967, DJ 19-04-1968 PP-01258 EMENT VOL-00723-03 PP-00891)

⁹⁶ "HABEAS CORPUS". DOENÇA MENTAL. -O "HABEAS CORPUS" NÃO É MEIO ADEQUADO PARA QUE SE RECONHEÇA QUE O PACIENTE, AO TEMPO DE CADA UMA DAS INFRAÇÕES PELAS QUAIS SE ACHA CONDENADO, ERA, EM RAZÃO DE DOENÇA MENTAL, COMPROVADA NOUTROS PROCESSOS, TOTALMENTE IRRESPONSÁVEL. TAL RECONHECIMENTO SOMENTE PODERÁ SER PLEITEADO EM PEDIDO DE REVISÃO CRIMINAL, COM O EXAME APURADO DAS PROVAS EMPRESTADAS EXTRAÍDAS DOS PROCESSOS INDICADOS COMO PARADIGMA. RECURSO DESPROVIDO. (RHC 61418, Relator(a): SOARES MUNOZ, Primeira Turma, julgado em 18/11/1983, DJ 02-12-1983 PP-19035 EMENT VOL-01319-02 PP-00368)

⁹⁷ A CONDENAÇÃO POR FATOS DISTINTOS EM PROCESSOS AUTÔNOMOS NÃO OFENDE A COISA JULGADA, COMO TAMBÉM NÃO CONSTITUI NULIDADE A CITAÇÃO POR EDITAL, DEPOIS DE NÃO ENCONTRADO O LOCAL POR ELE INDICADO COMO SENDO O SEU ENDEREÇO. A DIRIMENTE DECORRENTE DE DOENÇA MENTAL NÃO PODE SER RECONHECIDA EM "HABEAS CORPUS" COM BASE EM PROVA EMPRESTADA, TAL COM JÁ FOI DECIDIDO EM "WRIT" ANTERIOR, REQUERIDO A FAVOR DO MESMO PACIENTE. "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. (HC 61839,

continuidade delitiva, nem a inimizabilidade do impetrante, em razão de doença mental, com base em prova emprestada”.

Observou-se que no julgado a parte prejudicada produziu a prova de sanidade mental, assim, participou da produção probatória, embora o membro do *parquet* tenha tomado conhecimento somente na sua apresentação como prova emprestada, trata-se de exame de doença mental produzido posteriormente em clínica particular. Assim, foi considerado que a prova produzida não se tratava especificamente de prova emprestada, já que não houve transferência entre processos.

Já o Habeas Corpus 67.707-0⁹⁸, foi o marco inicial sobre o uso da prova emprestada, trouxe sua definição delineada sobre a aplicabilidade no processo penal, segundo o ministro

Relator(a): SOARES MUNOZ, Primeira Turma, julgado em 01/06/1984, DJ 22-06-1984 PP-10130 EMENT VOL-01341-01 PP-00157)

⁹⁸ PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA - EFEITO JURÍDICO -PROCESSUAL ORDINÁRIO. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISORIA. FACULDADE JUDICIAL . PRISÃO PREVENTIVA ANTERIORMENTE DECRETADA. - A PRISÃO PROVISORIA CONSTITUI EFEITO JURÍDICO-PROCESSUAL QUE DECORRE, ORDINARIAMENTE, DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISORIA AO RÉU PRONUNCIADO TRADUZ MERA FACULDADE LEGAL RECONHECIDA AO JUIZ (CPP, ART. 408, PAR. 2). PRONUNCIADO O RÉU, QUE JÁ SE ENCONTRAVA PRESO PREVENTIVAMENTE, NÃO SE NULIFICA A SUA CUSTÓDIA PROVISORIA, DESDE QUE SUBSISTAM OS MOTIVOS QUE JUSTIFICARAM A DECRETAÇÃO DAQUELA PRISÃO CAUTELAR. SÃO IRRELEVANTES, PARA ESSE EFEITO, A PRIMARIEDADE E OS BONS ANTECEDENTES DO ACUSADO, QUE NENHUM DIREITO TEM, NESSE CONTEXTO, A OBTENÇÃO DA LIBERDADE PROVISORIA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA - ELEMENTOS. - SE A SENTENÇA DE PRONÚNCIA REVELA, EM SEU CONTEUDO INTRINSECO, OS ELEMENTOS ESSENCIAIS A CONFIGURAÇÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO (CPP, ART. 408), TORNA-SE LEGÍTIMA A SUBMISSÃO DO RÉU A JULGAMENTO POR SEU JUIZ NATURAL: O TRIBUNAL DO JÚRI. **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. INOCORRE, CONTUDO, CERCEAMENTO DE DEFESA, SE, INOBTANTE A EXISTÊNCIA DE PROVA TESTEMUNHAL EMPRESTADA, NÃO FOI ELA A ÚNICA A FUNDAMENTAR A SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE - GARANTIA EXPLÍCITA DO IMPUTADO - CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. COMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE, QUE SEMPRE EXISTIU, DE MODO IMANENTE, EM NOSSO ORDENAMENTO POSITIVO, IMPEDE QUE SE ATRIBUAM A ACUSAÇÃO PENAL CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS APENAS COMPATÍVEIS COM DECRETOS JUDICIAIS DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL. TRATA-SE DE PRINCÍPIO TUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL, CUJO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA É O DA DISCIPLINA JURÍDICA DA PROVA. A PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE, QUE DECORRE DA NORMA INSCRITA NO ART. 5.º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO, É MERAMENTE RELATIVA (JURIS TATUM). ESSE PRINCÍPIO, QUE REPÚDIA PRESUNÇÕES CONTRÁRIAS AO IMPUTADO, TORNOU MAIS INTENSO PARA O ÓRGÃO ACUSADOR, O ONUS SUBSTANCIAL DA PROVA. A REGRA DA NÃO-CULPABILIDADE - INOBTANTE O SEU RELEVÂNCIA - NÃO AFETOU E NEM SUPRIMIU A DECRETABILIDADE DAS DIVERSAS ESPÉCIES QUE ASSUME A PRISÃO CAUTELAR EM NOSSO DIREITO POSITIVO. O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL, QUE NÃO VEICULA QUALQUER IDEIA DE SANÇÃO, REVELA-SE COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE.** (HC 67707, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 07/11/1989, DJ 14-08-1992 PP-12225 EMENT VOL-01670-01 PP-00178:: RTJ VOL-00141-03 PP-00816) (Grifei)

Relator Celso de Mello a prova emprestada detém de um valor precário, quando é produzida sem a observância do princípio constitucional do contraditório. No julgado houve o questionamento sobre a prova emprestada testemunhal de processo diverso em que a parte prejudicada fazia parte, assim, o relator entendeu que apesar da prova testemunhal não possuir o contraditório em sua produção probatória ela não foi a única na fundamentação da sentença de pronúncia.

Diante disto, verificou-se que a parte prejudicada não participou da produção probatória no processo originário. As partes podem ser diferentes e a fundamentação do julgador deverá se basear em todos os elementos de provas.

Já o Habeas Corpus 72.295⁹⁹, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti, validou o uso da prova emprestada em processo em que a parte prejudicada não participou da produção probatória, mas teve o seu direito de contraditório resguardado, pois teve oportunidades de se manifestar sobre a produção probatória e inclusive questionar as provas apresentadas.

Sendo assim, a parte prejudicada não precisa ser parte do processo em que houve a produção probatória, mas necessário o respeito ao contraditório, mesmo se tratando de prova adminicular, complemento das demais provas.

O Agravo Regimental 1957-10 possui relevância, houve a utilização de prova emprestada para fase de dosimetria da pena, o réu possuía outras ações penais em andamento ou findas, inseridas no ato da sentença pelo julgador para sopesamento para formulação de seu convencimento.

Há questionamento da afronta aos princípios constitucionais do contraditório, juiz natural, devido processo legal e utilização de provas ilícitas. A parte prejudicada era parte do processo originário em que houve a produção probatória, porém, o magistrado utilizou a prova emprestada para a dosimetria da pena, apesar do processo originário ainda permanecer em andamento.

Segundo o relator Ministro Octávio Gallotti “não houve ilegalidade na juntada de documentos cujas cópias foram extraídas de outros processos, os quais, assumindo condição de documentos indiretamente circunstanciais, tiveram o condão de revelar fatos ligados ao delito perseguido na presente ação penal, constituindo sérios indícios que foram sopesados pelo

⁹⁹ EMENTA: - **Prova dita emprestada, mas somente considerada em caráter adminicular.** Denúncia superada pela prolação da sentença condenatória, além de formulada em termos compatíveis com a imputação de crime coletivo. Habeas corpus indeferido. (HC 72295, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 22/08/1995, DJ 27-10-1995 PP-36332 EMENT VOL-01806-02 PP-00251) (Grifei)

julgador ao formular o seu convencimento quanto à autoria da infração, mas sobretudo quanto à observância do contraditório e da ampla defesa”.

De acordo com o relator houve a garantia constitucional no processo originário da produção probatória, sendo somente utilizado indiretamente como circunstâncias para dosimetria da pena, posicionamento que discorda o autor deste trabalho.

Entende-se que haveria possibilidade da circunstância desfavorável quando se houver processo findo, considerando a parte prejudicada como reincidente, mas não poderia ser levantado processos em andamento para qualificar como circunstância negativa na dosimetria da pena, o que violaria o princípio da presunção de inocência.

O Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 230.469-1¹⁰⁰, dispôs que a prova emprestada em discussão se tratava de matéria infraconstitucional, a parte prejudicada participou da produção probatória no processo originário, para o relator Ministro Octavio Gallotti não há ilegalidade em juntar documentos cujas cópias foram extraídas de outros processos, incidiram no condão de revelar fatos ligados ao delito perseguido na presente ação penal.

Assim, verifica-se que apesar de ser matéria infraconstitucional a suprema corte avaliou a legalidade do uso da prova emprestada, a parte prejudicada participou da produção probatória e assegurado o contraditório.

O julgado ulterior¹⁰¹ apresenta como pré-questionamento constitucional a violação do contraditório e do juiz natural, possui relevância no entendimento sobre o que é prova

¹⁰⁰ EMENTA - Recurso extraordinário: prequestionamento: embargos de declaração. É firme a jurisprudência do STF em que, para que possam prestar-se os embargos de declaração ao prequestionamento da contrariedade à Constituição, impõe-se que a decisão embargada se haja omitido, no ponto, sobre alegação anteriormente deduzida. No caso, o agravante, ao suscitar na apelação o problema da "prova emprestada", sequer aventou a ofensa ao princípio do contraditório. Logo, não se omitiu o acórdão recorrido ao deixar de examiná-la. (AI 162228 AgR, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/08/1998, DJ 11-09-1998 PP-00008 EMENT VOL-01922-03 PP-00622)

¹⁰¹ EMENTA: I. Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de prover a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes. Não é a hipótese de autos de apreensão de partidas de entorpecentes e de laudos periciais que como tal os identificaram, tomados de empréstimo de diversos inquéritos policiais para documentar a existência e o volume da cocaína antes apreendida e depositada na Delegacia, pressuposto de fato de sua subtração imputada aos pacientes: são provas que - além de não submetidas por lei à produção contraditória (CPrPen, art. 6º, II, III e VII e art. 159) - nas circunstâncias do caso, jamais poderiam ter sido produzidas com a participação dos acusados, pois atinentes a fatos anteriores ao delito. II. Exame de corpo de delito: objeto. O exame de corpo de delito tem por objeto, segundo o art. 158 C.Pr.Penal, os vestígios deixados pela infração tal como concretamente praticado: imputando-se aos acusados a subtração e comercialização de entorpecente depositado em repartição policial, o objeto do exame de corpo de delito obviamente não poderia ser a droga desaparecida, mas sim os vestígios de sua

emprestada, pois as provas produzidas foram originadas na fase inquisitiva, em que a parte prejudicada não teria contraditório, fazendo jus do contraditório na fase acusatória, isto é, após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

A parte prejudicada não teve acesso a produção probatória, mas teve acesso das provas emprestadas na fase acusatória, assim o juízo entendeu não se tratar de prova emprestada, pois as provas que foram produzidas não trouxeram os elementos confeccionados em processos em andamento ou findos, embora a prova utilizada para caracterização da materialidade e autoria se baseou em digitais colhidas em provas produzidas em processos distintos.

Observa-se que a parte prejudicada teve as suas digitais colhidas em provas que foram produzidas em outros processos, mas a prova apresentada era a materialidade da prática de um crime, isto é, as provas de processos diversos foram subtraídas e substituídas, assim, não há o que se falar em prova emprestada, pois não se utilizou da prova em processo distinto como meio probante de fato, mas sim de provas contra a parte prejudicada que demonstrara a autoria e materialidade em fatos diversos das provas que foram produzidas nos processos distintos.

Deste modo, não houve demonstração de afronta aos princípios constitucionais, pois se utilizou de provas produzidas em processos diversos que continham elementos comprobatórios da prática de outro crime.

O Recurso Extraordinário 328.138¹⁰², não houve relevância, tratou-se sobre a utilização da prova utilizada em processos divididos, descaracterizando o uso de prova emprestada.

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

¹⁰² EMENTA: I. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE (CF, art. 5º, LV). II. Recurso extraordinário, prequestionamento e habeas-corpus de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a discussão em torno de requisitos específicos, qual o do prequestionamento, sempre que - evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção - seja possível a concessão de habeas-corpus de ofício (cf. RE 273.363, 1ª T., 5.9.2000, Pertence, DJ 20.10.2000). III. **Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de prover a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes.** Não é a hipótese dos autos: aqui o que se tomou de empréstimo ao processo a que respondeu co-ré da recorrente, foi o laudo de materialidade do tóxico apreendido, que, de regra, não se faz em juízo e à veracidade do qual nada se opõe. (RE 328138, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 16/09/2003, DJ 17-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02128-03 PP-00508 RTJ VOL-00191-01 PP-00313) (Grifei)

No Habeas Corpus 89.468¹⁰³, o relator Ministro Carlos Britto, não apreciou a utilização da prova emprestada por entender que o impetrante busca uma terceira instância para apreciar a condenação, buscou-se revolvimento fático sem suscitar possíveis violações constitucionais.

Já no Habeas Corpus 91.973, o relator Ministro Ricardo Lewandowski realizou análise da utilização da prova emprestada e entendeu pela não violação do contraditório, pois a prova emprestada não foi o único fundamento para a condenação.

Tratou-se de um processo crime em concursos de pessoas, houve a divisão dos processos e a parte prejudicada não acessou o processo dividido, houve a cópia de parte do depoimento de um dos réus que fora trazida como prova emprestada, a prova testemunhal produzida no processo originário dividido não teve o contraditório pela parte prejudicada, sendo ratificado pelo juízo singular que houve somente menção à alcunha da parte prejudicada não sendo fundamento que embasou a sentença condenatória.

Diante disto, permanece o entendimento¹⁰⁴ de que as partes dos processos podem ser diferentes, o contraditório deve ser assegurado no processo crime, a fundamentação não deve se basear somente na prova emprestada.

¹⁰³ EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA EMPRESTADA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO CRIME DE LATROCÍNIO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADA. ORDEM DENEGADA. Não há que se falar em prova emprestada, se elementos extra-autos são ponderados pelo magistrado no momento da aplicação da pena. Não é nula a condenação que se embasa em provas colhidas no curso da instrução criminal. Ordem denegada.

(HC 89468, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/05/2007, DJe-121 DIVULG 10-10-2007 PUBLIC 11-10-2007 DJ 11-10-2007 PP-00040 EMENT VOL-02293-01 PP-00163 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 520-521)

¹⁰⁴ EMENTA: HABEAS CORPUS. JÚRI. PROVA EMPRESTADA, PRESENÇA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA: NÃO-CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE: PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. **Não há nulidade por terem sido juntadas aos autos do processo principal - e eventualmente relevadas na sentença de pronúncia - provas emprestadas de outro processo-crime, pois o que se exige é que não tenha sido a prova emprestada "a única a fundamentar a sentença de pronúncia"** (Habeas Corpus n. 67.707, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.8.1992). 2. A jurisprudência majoritária deste Supremo Tribunal assenta-se no sentido de que não ser obrigatória a presença do réu na audiência de instrução, o que configuraria apenas nulidade relativa a depender arguição em tempo oportuno com a demonstração do dano efetivamente sofrido. 3. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a "decisão de pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, motivo por que nela não se exige a prova plena, tal como exigido nas sentenças condenatórias em ações penais que não são da competência do júri" (HC 70.488, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 29.9.1995), não sendo, portanto, "necessária a prova incontroversa da existência do crime para que o acusado seja pronunciado. Basta, para tanto, que o juiz se convença daquela existência" (RE 72.801, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 63/476), o que induz a conclusão de que "as dúvidas quanto à certeza do crime e da autoria deverão ser dirimidas durante o julgamento pelo Tribunal do Júri" (HC 73.522, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26.4.1996), já que a sentença de pronúncia não faz juízo definitivo sobre o mérito das imputações e sobre a eventual controvérsia do conjunto probatório. 4. Ordem denegada. (HC 95549, Relator(a): CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-06 PP-01207 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 450-466) (Grifei)

De tal maneira, a suprema corte também não conhece pedidos que exijam a reanálise fática do caso¹⁰⁵, mantendo o posicionamento pela denegação sem análise do mérito, conforme Súmula 279/STF que dispõe, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Destarte, teve apenas mais um julgado¹⁰⁶ que apreciou o uso da prova emprestada, afastando a incidência da Súmula 279/STF, tratou de validar a prova produzida por interceptação telefônica em processo diverso, onde a parte prejudicada não participou da produção probatório no processo originário.

Portanto, a prova emprestada poderá ser utilizada quando a parte for diversa do processo originário, assegurado o contraditório, a fundamentação da sentença não deve ser baseada apenas na prova emprestada e o uso da prova emprestada para dosimetria da pena.

3.2.3.2 Segunda Turma

O primeiro julgado sobre prova emprestada pela turma ocorreu em 1982, a parte prejudicada buscava a anulação de sentença condenatória transitada em julgado por meio de habeas corpus, no julgado o relator Ministro Djaci Falcão entendeu pela ausência de

¹⁰⁵ EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE. AUSÊNCIA. PROVA EMPRESTADA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE VASTO CONJUNTO PROBATÓRIO A FUNDAMENTAR A SENTENÇA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. **I - O exame da alegação de nulidade da sentença condenatória, por estar baseada somente em prova emprestada, é inviável na estreita via do habeas corpus, que não admite revolvimento do contexto fático-probatório.** II - Ainda que assim não fosse, o acórdão atacado assentou estar o édito condenatório fundado em vasto conjunto de evidências e não apenas na prova emprestada, o que afasta a alegação de sua nulidade. III - Ordem denegada. (HC 95186, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-108 DIVULG 10-06-2009 PUBLIC 12-06-2009 EMENT VOL-02364-01 PP-00117) (Grifei)
HC 111094, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 14-11-2012 PUBLIC 16-11-2012; ARE 731306 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013; ARE 654680 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 14-11-2013 PUBLIC 18-11-2013; ARE 922679 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 25-04-2016 PUBLIC 26-04-2016; ARE 935266 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 25-04-2016 PUBLIC 26-04-2016; RE 1034894 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017; ARE 1022529 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 31-08-2017 PUBLIC 01-09-2017;

¹⁰⁶ HABEAS CORPUS – RECURSO ORDINÁRIO – SUBSTITUIÇÃO. Em jogo, na via direta, a liberdade de ir e vir do cidadão, cabível é o habeas corpus, ainda que substitutivo do recurso ordinário constitucional. PROVA EMPRESTADA – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. Válida é a tomada de prova emprestada de outro processo-crime no qual observadas as balizas da Lei de regência da interceptação telefônica – de nº 9.296/1996. (HC 137044, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 22-11-2017 PUBLIC 23-11-2017)

comprovação. Ademais, segundo o relator “o impetrante se valeu, ao longo do processo, de duas revisões criminais e três habeas corpus, não se lhe tendo reconhecido razão em nenhuma dessas oportunidades, em que, por sinal, jamais lançou mão dos argumentos de que agora se socorre”.

Veja-se que a parte prejudicada buscava nova avaliação fática, porém, não apresentou elementos contundentes que demonstrassem o uso de prova emprestada, assim, entende-se que não houve a utilização de prova emprestada nesse processo.

O segundo¹⁰⁷ julgado possui relevância, sendo até o mais importante para declinar o uso da prova emprestada em seu aspecto prático, o relator Ministro Aldir Passarinho, que destaca:

“[...] a prova emprestada é válida, desde que haja possibilidade de que a defesa a contradite, de que a defesa tenha conhecimento e possa reunir material contrário para infirmá-la. E vou um pouco mais adiante, entendendo que a prova emprestada deve ser levada com cautela pelo juízo julgador, no sentido de que não deva funcionar como prova propriamente dita, mas como indício corroborador de outras provas.

[...] se a prova emprestada não funciona como único e exclusivo supedâneo probatório para formar a convicção do juiz, servindo para corroborar outros elementos. Como encontro esses outros elementos presentes nos autos, a prova emprestada funciona validamente dentro do processo.”

Observa-se que para a utilização da prova emprestada é necessário que a parte prejudicada seja idêntica ao processo em que houve a produção probatória, assegurado o contraditório, como também, não poderá a prova emprestada ser a única como meio de convicção para o julgador.

¹⁰⁷ CITAÇÃO. OMISSÃO SUPRIDA. SENTENÇA: NULIDADE INOCORRENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA EMPRESTADA: POSSIBILIDADE. PRISÃO SEM ORDEM ESCRITA. SE O RÉU FOI CHAMADO A JUÍZO E ALI FOI INTERROGADO, TENDO TIDO CONHECIMENTO DAS ACUSAÇÕES QUE LHE ERAM FORMULADAS NA DENÚNCIA, VINDO A SER DEFENDIDO ADEQUADAMENTE, NÃO É DE SE ANULAR O PROCESSO POR FALTA DE CITAÇÃO. A CITAÇÃO É INDISPENSÁVEL, SOB PENA DE NULIDADE, MAS O QUE SE TEM É QUE A OMISSÃO FOI SUPRIDA. PRECEDENTE (HC 62.079-AM), 1A. TURMA, S.T.F.). NÃO É DE CONSIDERAR NULA A SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO, SE ELA É CUIDADOSA E ANALISOU A PROVA AMPLAMENTE, JUSTIFICANDO A CONDENAÇÃO. NÃO HÁ DE DIZER-SE TER HAVIDO CERCEAMENTO DE DEFESA, POR TER HAVIDO PROVA EMPRESTADA, SE NENHUMA RESTRIÇÃO HOUVE A RESPEITO, E NEM FOI TAL PROVA A ÚNICA A EMBASAR A SENTENÇA, MAS APENAS CORROBORANDO OUTRAS OBTIDAS. SE HOUVE, INICIALMENTE, PRISÃO ILEGAL, A COMPETÊNCIA PARA DECIDIR A RESPEITO NÃO É DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SE ELA FOI DETERMINADA POR JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. DE QUALQUER SORTE, A PRISÃO INICIAL JÁ ESTÁ ULTRAPASSADA, POIS RESULTA, AGORA, DA CONDENAÇÃO. (HC 67064, Relator(a): ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 07/04/1989, DJ 02-06-1989 PP-09600 EMENT VOL-01544-01 PP-00064)

Veja, há a apresentação da utilização da prova emprestada e como ela deverá ser valorada no processo. Contudo, a prova emprestada não deverá ser a único como meio de convicção, devendo apenas corroborar outras provas já existentes no processo.

O Habeas Corpus 73.208¹⁰⁸ manteve o posicionamento acima exposto, com ressalva, pois o processo crime foi dividido face a quantidade de réus, cada processo teve a íntegra copiada, sendo considerado este aspecto como prova emprestada, mas no caso não se encontra guarida para tratar de divisão processual com cópia integral como prova emprestada.

Deste modo, olhando o desmembramento do processo, cada qual com a respectiva integralidade, não teria prova emprestada, mas sim toda prova produzida em sua originalidade.

No Habeas Corpus 76.207¹⁰⁹, não houve tratativa sobre o uso de prova emprestada em seu inteiro teor, somente menção na ementa.

Já no Habeas Corpus 102.293¹¹⁰, trouxe relevância ao expor que não há ilicitude sobre a utilização de prova colhida em diligências, veja que a parte prejudicada entende que a

¹⁰⁸ EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA: "JOGO DO BICHO". ADITAMENTO À DENÚNCIA RECEBIDO COMO NOVA DENÚNCIA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À REGRA DO SIMULTANEUS PROCESSUS, (CPP, ART. 76, III), DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA (CF, ART. 5º, LV), DE INÉPCIA DA DENÚNCIA (CPP, ART. 41) E DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. 1. A competência determinada pela conexão provatória é de juízo, e não de autos de processo-crime (CPP, art. 76, III). A separação de processos no âmbito da competência do mesmo Juízo pode ser determinada facultativamente quando por motivo relevante for reputada conveniente (CPP, art. 80). Esta decisão tem respaldo no art. 2º da Lei nº 8.038/90, combinado com o art. 1º da Lei nº 8.658/93. 3. Não há prejuízo ao direito de defesa porque foram trasladadas todas as peças do processo original para o desmembrado; prejuízo, se houver, será para o Órgão acusador, que sofrerá as restrições aplicáveis à prova emprestada. 4. Inépcia da denúncia: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que é admitida a narração genérica dos fatos, sem discriminação da conduta específica de cada denunciado (CPP, art. 41), quando se trata de crime multitudinário, eis que só a instrução pode esclarecer quem concorreu, participou ou ficou alheio à ação ilícita ou ao resultado com ela obtido; no caso, a denúncia indica o fato imputado ao paciente e possibilita o exercício do direito de defesa. Precedente. 5. Falta de justa causa: em sede de habeas-corpus só é possível trancar ação penal em situações especiais, como nos casos em que é evidente e inafastável a negativa de autoria, quando o fato narrado não constitui crime, sequer em tese, e em situações similares, onde pode ser dispensada a instrução criminal para a constatação de tais fatos, situação que não se configura na espécie. 6. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido. (HC 73208, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 16/04/1996, DJ 07-02-1997 PP-01337 EMENT VOL-01856-01 PP-00175)

¹⁰⁹ EMENTA:- Habeas corpus. Paciente pronunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2º, itens I e IV, e do art. 121, § 2º, itens I e IV, combinado com o art. 14, item II (duas vezes), tudo na forma do art. 69, todos do Código Penal. 2. Alegação de nulidade processual. Ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Nulidade da reprodução simulada dos fatos; fragilidade da defesa técnica e inadmissibilidade de prova emprestada de outro processo. 3. Liminar indeferida. Informações solicitadas. 4. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do writ, ou, se conhecido, pela denegação da ordem. 5. Habeas corpus conhecido. 6. Alegações trazidas em habeas corpus não foram articuladas pela defesa nas alegações finais. Impossível apreciá-las em habeas corpus. Matéria que terá espaço a ser reexaminada perante o Júri. 7. Habeas corpus indeferido. (HC 76207, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 26/05/1998, DJ 20-04-2001 PP-00106 EMENT VOL-02027-04 PP-00814)

¹¹⁰ Ementa: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. DESDOBRAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. IDENTIFICAÇÃO, NO CURSO DAS DILIGÊNCIAS, DE POLICIAL MILITAR COMO SUPOSTO AUTOR DO DELITO APURADO. DESLOCAMENTO DA PERSECUÇÃO PARA A JUSTIÇA MILITAR. VALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO DEFERIDA PELO JUÍZO

diligência realizada no processo crime se trata de prova emprestada, sendo afastado tal entendimento pela turma.

Houve uma sequência de julgados¹¹¹ que avaliaram a prova e a prova emprestada, esta se tratava da própria prova originária, pois o questionamento se baseava em situações comuns do processo, por exemplo, oitiva de testemunhas, interceptação telefônica, desmembramento de processo, entre outros. Assim, diante de tais julgados, foi observado que não se tratava de prova emprestada, mas sim de prova produzida com o crivo do contraditório e devido processo legal.

Houve dois inquéritos iniciados na suprema corte, com petrecho relevante da utilização do uso da prova emprestada, o primeiro¹¹² julgado tratava sobre a prova emprestada utilizada

ESTADUAL COMUM. ORDEM DENEGADA. 1. Não é ilícita a prova obtida mediante interceptação telefônica autorizada por Juízo competente. O posterior reconhecimento da incompetência do Juízo que deferiu a diligência não implica, necessariamente, a invalidação da prova legalmente produzida. A não ser que “o motivo da incompetência declarada [fosse] contemporâneo da decisão judicial de que se cuida” (HC 81.260, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). 2. **Não há por que impedir que o resultado das diligências encetadas por autoridade judiciária até então competente seja utilizado para auxiliar nas apurações que se destinam a cumprir um poder-dever que decola diretamente da Constituição Federal (incisos XXXIX, LIII e LIV do art. 5º, inciso I do art. 129 e art. 144 da CF).** Isso, é claro, com as ressalvas da jurisprudência do STF quanto aos limites da chamada prova emprestada 3. Os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por Juízo competente, admitem compartilhamento para fins de instruir procedimento criminal ou mesmo procedimento administrativo disciplinar contra os investigados. Possibilidade jurisprudencial que foi ampliada, na Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (da relatoria do ministro Cezar Peluso), para também autorizar o uso dessas mesmas informações contra outros agentes. 4. Habeas corpus denegado. (HC 102293, Relator(a): AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 16-12-2011 PUBLIC 19-12-2011)

¹¹¹ HC 109390, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 08-10-2012 PUBLIC 09-10-2012; ARE 777953 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 26-11-2013 PUBLIC 27-11-2013; ARE 782417 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 04/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 18-02-2014 PUBLIC 19-02-2014; HC 101450 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014; RHC 122806, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015; ARE 836237 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 13-10-2015 PUBLIC 14-10-2015; HC 130534 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 19-11-2015 PUBLIC 20-11-2015; RHC 121429, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 30-05-2016 PUBLIC 31-05-2016; HC 133773, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016; ARE 1085289 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 10-04-2018 PUBLIC 11-04-2018; MS 30364, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 16-04-2020 PUBLIC 17-04-2020;

¹¹² Ementa: INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO DOS AUTOS EM RELAÇÃO A ACUSADO SEM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE PROCESSAMENTO CONJUNTO COM OS DEMAIS ENVOLVIDOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. DECISÕES JUDICIAIS QUE AUTORIZARAM A MEDIDA E SEU COMPARTILHAMENTO JUNTADAS AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS E DISPONIBILIZAÇÃO DOS ÁUDIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

em processo crime com pena de detenção e que a produção probatória tenha sido feita em processo crime com pena de reclusão.

Interessante a abordagem fática do caso, pois de todos os julgados analisados, somente este apresentou peculiaridade, em que a utilização da prova em processos distintos com possibilidades de penas distintas.

Para o relator Ministro Teori Zavascki,

“[...] a ausência de transcrição integral dos diálogos interceptados e a falta da juntada dos áudios respectivos não refletem prejuízo à defesa dos acusados. Com relação ao fato de estarmos diante de denúncia por crime punido com detenção, registra-se que os próprios acusados admitem que a interceptação telefônica em que obtidos os diálogos aludidos foi deferida no âmbito de investigação acerca dos crimes de

DEGRAVAÇÃO DAS CONVERSAS ALUDIDAS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. COMPARTILHAMENTO COM AÇÃO PENAL RELATIVA A CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO MAJORADA (ART. 89, CAPUT, C/C ART. 84, § 2º, AMBOS DA LEI 8.666/1993). ATUAÇÃO EM CONFORMIDADE COM NORMAS LEGAIS E INFRALEGAIS VIGENTES. ERRO DE TIPO. PRECEDENTE. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. ATIPICIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO (ART. 6º, 2ª PARTE, DA LEI 8.038/1990). 1. Conforme firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afigura-se suficiente, para adimplir a determinação do art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1995 e assegurar o direito de defesa dos acusados, o acesso à gravação dos diálogos aludidos pela denúncia, sendo dispensável a disponibilização de todo o material oriundo da interceptação telefônica (HC 91.207-MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 21.9.2007; INQ 2.424, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 26.3.2010; RHC 117.265, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 26.5.2014; INQ 4.023, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 1º.9.2016). 2. **Esta Corte já assentou a legitimidade do compartilhamento de elementos probatórios colhidos por meio de interceptação telefônica autorizada judicialmente com processos criminais nos quais imputada a prática de crime punível com detenção** (RE 810.906-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 14.9.2015; AI 626.214-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 8.10.2010; HC 83.515, Rel. Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, DJ de 4.3.2005), e até mesmo com processos de natureza administrativa (RMS 28.774, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 25.8.2016). 3. Não é inepta a denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, os fatos em tese delituosos e as condutas dos agentes, com as devidas circunstâncias, narrando de maneira clara e precisa a imputação, segundo o contexto em que inserida. 4. O Convênio 001/2008, na visão do ex-Diretor-Geral do Transporte Urbano do Distrito Federal - DFTRANS e dos operadores do sistema de transporte público coletivo, encontrava embasamento em ato normativo da Secretaria de Transportes que regulamentava lei distrital. Conforme já decidido pela Segunda Turma em caso análogo, o erro sobre o elemento constitutivo do tipo “fora das hipóteses legais” (art. 89 da Lei 8.666/1993) exclui o dolo, nos termos do art. 20 do Código Penal (AP 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.9.2015). Desse modo, afigura-se atípica a conduta atribuída a esses denunciados. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, para a caracterização da conduta tipificada no art. 89 da Lei 8.666/1993, é indispensável a demonstração, já na fase de recebimento da denúncia, do “elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida” (INQ 2.688, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 12.2.2015). No caso, pelo que se colhe dos autos é possível se afirmar, desde logo, que não se encontra presente essa circunstância volitiva, o que revela a atipicidade, determina inclusive a improcedência da acusação, nos termos do art. 6º, 2º parte, da Lei 8.038/1990. 6. Acusação julgada improcedente. (Inq 3965, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 22/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-259 DIVULG 05-12-2016 PUBLIC 06-12-2016) (Grifei)

corrupção passiva e ativa, lavagem de dinheiro, peculato e formação de quadrilha, todos, portanto, punidos com reclusão. E ao contrário do afirmado pelos denunciados, o Supremo Tribunal Federal já assentou a legitimidade do compartilhamento de elementos probatórios colhidos por meio de interceptação telefônica, autorizada judicialmente com processos criminais nos quais imputada a prática de crime punível com detenção.”

Atenta-se, que o uso de prova emprestada em processos-crime com penalidade distinta não obsta o prosseguimento da ação, único impedimento visualizado seria se o julgador fundamentasse sua convicção somente na prova emprestada, situação inexistente no processo, como também é assento jurisprudência da primeira turma sobre a possibilidade do uso de prova emprestada de interceptação telefônica, sendo necessário a devida autorização, situação encontrada no segundo inquérito¹¹³, questionava-se o uso da interceptação telefônica como prova emprestada.

Deste modo, apesar da maioria dos julgados esbarrarem nas súmulas 279 e 287, ambas do STF, não houve modificação do uso da prova emprestada, a parte prejudicada participou da produção probatória no processo originário, teve assegurado o contraditório e o devido processo legal, a prova emprestada não deve ser o único meio de convicção do julgador, a prova emprestada pode ser de ramo diferente.

3.2.3.3 Tribunal Pleno

A pesquisa retornou 12 (doze) julgados sobre o uso da prova emprestada no ramo do direito processual penal, alguns julgados trouxeram apenas menção em sua ementa e em seu inteiro teor não se verificou a análise sobre a utilização da prova emprestada.

O primeiro¹¹⁴ julgado, visto como um dos mais emblemáticos pela suprema corte, com mais de 40 (quarenta) réus e com sentença ultrapassando as mil laudas, entre os vários réus

¹¹³ Inquérito. 2. Denúncia. Peculato (art. 312 CP). 3. Denunciado Francisco Ariosto Holanda. Insuficiência da prova da autoria. 4. Demais denunciados. Suficiência da prova do delito e dos indícios de autoria. 5. Denúncia rejeitada quanto a Francisco Ariosto Holanda, na forma do art. 6º da Lei 8.038/90, combinado com art. 395, III, do CPP, e recebida quanto aos demais acusados. Maioria. (Inq 4378, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/11/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 14-02-2018 PUBLIC 15-02-2018)

¹¹⁴ EMENTA: PRIMEIRA PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DESMEMBRAMENTO INDEFERIDO PELO PLENO. PRECLUSÃO. Rejeitada a preliminar de incompetência do STF para julgar a acusação formulada contra os 34 (trinta e quatro) acusados que não gozam de prerrogativa

de foro. Matéria preclusa, tendo em vista que na sessão plenária realizada no dia 06/12/06 decidiu-se, por votação majoritária, pela necessidade de manter-se um processo único, a tramitar perante o Supremo Tribunal Federal.

SEGUNDA PRELIMINAR. CONSTATAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DE CRIMES. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. INVESTIGAÇÕES NÃO CONCLUÍDAS. ÓBICE INEXISTENTE. AUSÊNCIA DO RELATÓRIO POLICIAL. PEÇA DISPENSÁVEL PARA EFEITO DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. 1. Se o titular da ação penal entende que há indícios mínimos de autoria e materialidade dos fatos tidos como criminosos, ele pode oferecer a denúncia antes de concluídas as investigações. A escolha do momento de oferecer a denúncia é prerrogativa sua. 2. O relatório policial, assim como o próprio inquérito que ele arremata, não é peça indispensável para o oferecimento da denúncia.

TERCEIRA PRELIMINAR. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DECRETADA PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. INEXISTÊNCIA, À ÉPOCA, DE INVESTIGADOS COM FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA. VALIDADE DOS ATOS. POSTERIOR RATIFICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Quando o magistrado de 1º grau autorizou a quebra do sigilo bancário e fiscal das pessoas físicas e jurídicas investigadas, ainda não havia qualquer indício da participação ativa e concreta de agente político ou autoridade detentora de prerrogativa de foro nos fatos sob investigação. Fatos novos, posteriores àquela primeira decisão, levaram o magistrado a declinar de sua competência e remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal. Recebidos os autos, no Supremo Tribunal Federal, o então Presidente da Corte, no período de férias, reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal e ratificou as decisões judiciais prolatadas pelo magistrado de primeiro grau nas medidas cautelares de busca e apreensão e afastamento do sigilo bancário distribuídas por dependência ao inquérito. Rejeitada a preliminar de nulidade das decisões proferidas pelo juiz de 1ª instância.

QUARTA PRELIMINAR. PROVA EMPRESTADA. CASO "BANESTADO". AUTORIZAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO TANTO PELA COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO COMO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEGALIDADE. O acesso à base de dados da CPMI do Banestado fora autorizado pela CPMI dos Correios. Não bastasse isso, o Presidente do Supremo Tribunal Federal deferiu o compartilhamento de todas as informações obtidas pela CPMI dos Correios para análise em conjunto com os dados constantes dos presentes autos. Não procede, portanto, a alegação de ilegalidade da prova emprestada do caso Banestado.

QUINTA PRELIMINAR. AMPLIAÇÃO DO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NO CURSO DOS TRABALHOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Não há ilegalidade no fato de a investigação da CPMI dos Correios ter sido ampliada em razão do surgimento de fatos novos, relacionados com os que constituíam o seu objeto inicial. Precedentes. MS 23.639/DF, rel. min Celso de Mello; HC 71.039/RJ, rel. Min Paulo Brossard).

SEXTA PRELIMINAR. QUEBRA DE SIGILO PELA CPMI. FUNDAMENTO EXCLUSIVO EM MATÉRIA JORNALÍSTICA. ALEGAÇÃO INCONSISTENTE. POSTERIOR AUTORIZAÇÃO PARA QUEBRA TAMBÉM PELO RELATOR, NO ÂMBITO DO INQUÉRITO E DAS AÇÕES CAUTELARES INCIDENTAIS. As quebras de sigilo autorizadas pela CPMI dos correios não se fundaram exclusivamente em matérias jornalísticas. Ademais, elas foram objeto de decisão judicial autônoma tomada no âmbito do Inquérito 2245 e de ações cautelares a ele incidentes. Preliminar rejeitada.

SÉTIMA PRELIMINAR. DADOS DE EMPRÉSTIMO FORNECIDOS PELO BANCO CENTRAL. PEDIDO DIRETO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REQUISICÃO FEITA PELA CPMI DOS CORREIOS. POSTERIOR AUTORIZAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTRUÇÃO DO INQUÉRITO. LEGALIDADE. Não procede a alegação feita pelo 5º acusado de que os dados relativos aos supostos empréstimos bancários contraídos com as duas instituições financeiras envolvidas teriam sido colhidos de modo ilegal, pois o Banco Central teria atendido diretamente a pedido do Procurador-Geral da República sem que houvesse autorização judicial. Tais dados constam de relatórios de fiscalização do Banco Central, que foram requisitados pela CPMI dos Correios. No âmbito deste Inquérito, o Presidente do Supremo Tribunal Federal determinou o "compartilhamento de todas as informações bancárias já obtidas pela CPMI dos Correios" para análise em conjunto com os dados constantes destes autos. Por último, o próprio Relator do Inquérito, em decisão datada de 30 de agosto de 2005, decretou o afastamento do sigilo bancário, desde janeiro de 1998, de todas as contas mantidas pelo 5º acusado e "demais pessoas físicas e jurídicas que com ele cooperam, ou por ele são controladas". Preliminar rejeitada.

OITAVA PRELIMINAR. DADOS FORNECIDOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO BANCO BMG. EXISTÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL DE QUEBRA DE SIGILO PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO STF E, POSTERIORMENTE, DE MODO MAIS AMPLO, PELO RELATOR DO INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. Igualmente rejeitada a alegação de que o banco BMG teria atendido diretamente a pedido do Ministério Público Federal. Na verdade, o ofício requisitório do MPF amparou-se em decisão anterior de quebra de sigilo bancário dos investigados, proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, durante o recesso forense (25-7-05). Posteriormente, o próprio Relator do inquérito afastou de modo amplo o sigilo bancário, abarcando todas as operações de empréstimos objeto do ofício requisitório do Procurador-Geral da República, bem como ordenou a realização de perícia com acesso amplo e irrestrito às operações bancárias efetivadas pelo referido banco. De resto, a comunicação dos mencionados

dados bancários encontra respaldo suplementar na quebra de sigilo decretada pela CPMI dos Correios. NONA PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DE DADOS OBTIDOS COM BASE NO ACORDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS. DECRETO Nº 3.810/2001. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES. DADOS FORNECIDOS PARA OS PROCURADORES FEDERAIS BRASILEIROS E PARA A POLÍCIA FEDERAL BRASILEIRA, SEM RESTRIÇÃO QUANTO AOS PROCESSOS QUE DEVERIAM INSTRUIR. IMPOSSIBILIDADE DE COMPARTILHAMENTO COM OUTROS ÓRGÃOS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. O sigilo das contas bancárias sediadas no exterior foi afastado pelo Poder Judiciário norte-americano, nos termos do Ofício encaminhado pelo Governo dos Estados Unidos com os dados solicitados. O Supremo Tribunal Federal do Brasil foi informado de todos os procedimentos adotados pelo Procurador-Geral da República para sua obtenção e, ao final, recebeu o resultado das diligências realizadas por determinação da Justiça estrangeira. Os documentos foram encaminhados para uso pelos órgãos do Ministério Público e da Polícia Federal, contendo somente a ressalva de não entregar, naquele momento, as provas anexadas para outras entidades. Assim, também não procede a alegação de ilicitude da análise, pelo Instituto Nacional de Criminalística, órgão da Polícia Federal, dos documentos bancários recebidos no Brasil. DÉCIMA PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE JUNTADA AOS AUTOS, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE DOCUMENTOS REQUISITADOS À POLÍCIA FEDERAL. DILIGÊNCIA QUE AINDA NÃO ESTAVA CONCLUÍDA NO MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DA RESPOSTA PELO DENUNCIADO. ACUSAÇÃO COM BASE EM OUTROS INDÍCIOS. NULIDADE INEXISTENTE. Não procede a alegação feita pelo 16º acusado, de que teria ocorrido cerceamento de defesa, em razão de a apresentação da defesa ter se dado em momento anterior à juntada aos autos de elementos requisitados à Polícia Federal pelo Ministério Público Federal. Os documentos eventualmente anexados aos autos após a apresentação da denúncia não foram levados em consideração para efeito de formulação da acusação, não influenciando, assim, no recebimento da peça acusatória. Servirão, apenas, para instrução da futura ação penal. DÉCIMA PRIMEIRA PRELIMINAR. ACUSAÇÃO POLÍTICA. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ALUSÃO A ATOS POLÍTICOS OU POSICIONAMENTOS IDEOLÓGICOS DO ACUSADO. IMPUTAÇÃO DE FATOS, EM TESE, CRIMINOSOS. INDICAÇÃO DE PROVA MÍNIMA DE AUTORIA E MATERIALIDADE. Infundada a alegação do 1º acusado, de que estaria em curso um julgamento político. São-lhe imputados fatos típicos e antijurídicos, baseados em indícios colhidos na fase investigatória. Irrelevância, para o processo penal, dos posicionamentos político-ideológicos do acusado. CAPÍTULO II DA DENÚNCIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA (art. 299 do CP). DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO. INÉPCIA. DENÚNCIA NÃO RECEBIDA. 1. A denúncia imputou ao 5º denunciado a prática do crime de falsidade ideológica, por ter deixado apenas formalmente a empresa de que era sócio, substituindo, no contrato social, o seu nome pelo de sua esposa, que de fato nunca exerceu qualquer função na empresa e lhe outorgou procuração para gerir a sociedade. 2. A denúncia não descreveu, entretanto, qual seria o dolo específico da conduta imputada ao 5º denunciado, que deve consistir na intenção de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. 3. Denúncia não recebida, nos termos do art. 41 do CPP, em relação ao 5º denunciado, pela suposta prática do crime previsto no art. 299 do CPP. CAPÍTULO II DA DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO (ARTIGO 288 DO CP). CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO, MODO E LUGAR DO CRIME ADEQUADAMENTE DESCRITAS. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO CRIME DEVIDAMENTE INDICADO. ESTABILIDADE DA SUPOSTA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA CONSTATADA. COMUNHÃO DE DESÍGNIOS DEMONSTRADA NA INICIAL. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS NARRADAS. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. EXISTENTES SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. A peça acusatória descreveu a prática, em tese, do crime de formação de quadrilha pelos acusados no capítulo em questão, narrando todos os elementos necessários à conformação típica das condutas. 2. A associação prévia dos supostos membros teria se formado em meados do ano de 2002, quando já estava delineada a vitória eleitoral do partido político a que pertencem os supostos mentores dos demais crimes narrados pelo Ministério Público Federal. A suposta quadrilha teria funcionado a partir do início do ano de 2003, quando os crimes para os quais ela em tese se formou teriam começado a ser praticados. 3. Estão descritos na denúncia tanto o elemento subjetivo especial do tipo (finalidade de cometer delitos) como o elemento estabilidade da associação. A dinâmica dos fatos, conforme narrado na denúncia, se protraí no tempo, começando em meados de 2002 e tendo seu fim com o depoimento do 29º acusado, em 2005. 4. Está também minimamente demonstrado o vínculo subjetivo entre os acusados. Isto porque foram realizadas inúmeras reuniões nas quais, aparentemente, decidiu-se o modo como se dariam os repasses das vultosas quantias em espécie, quais seriam os beneficiários, os valores a serem transferidos a cada um, além da fixação de um cronograma para os repasses, cuja execução premeditadamente se protraía no tempo. 5. O bem jurídico protegido pelo tipo do art. 288 do Código Penal (paz pública) foi, em tese, afetado. Não procede, pois, o argumento da defesa de que não teria sido afetada uma pluralidade de vítimas, mas apenas a Administração Pública. 6. A individualização das condutas

foi descrita de modo a propiciar o exercício da ampla defesa. O Procurador-Geral da República narrou, com base nos depoimentos e documentos constantes dos autos, que o 1º acusado teria sido o mentor da suposta quadrilha, sendo relevante notar sua participação em reuniões suspeitas com membros dos denominados "núcleo publicitário" e "núcleo financeiro" da quadrilha, na época em que os supostos crimes estavam sendo praticados. O 2º, o 3º e o 4º acusados integravam a agremiação partidária comandada pelo 1º denunciado, a quem eram estreitamente vinculados e a cujas diretrizes davam execução. O 3º acusado, por sua vez, seria o elo entre o denominado "núcleo político-partidário" e o "núcleo publicitário". O 5º denunciado, com o auxílio direto e constante do 6º, 7º, 8º, 9º e 10º denunciados, utilizava as empresas sob sua administração para viabilizar as atividades da quadrilha, constituindo o vínculo direto com a 11ª, 12ª, 13ª e 14ª denunciados. Estes últimos fariam parte do denominado "núcleo financeiro" da suposta quadrilha, com a função de criar e viabilizar os mecanismos necessários à prática, em tese, de outros crimes (lavagem de dinheiro, evasão de divisas), para os quais a associação teria se formado. 7. Os autos do Inquérito revelam a presença de indícios de que o 1º, o 2º, o 3º e o 4º acusados, no afã de garantirem a continuidade do projeto político da agremiação partidária a que pertencem ou pertenciam, teriam engendrado um esquema de desvio de recursos de órgãos públicos e de empresas estatais, com a finalidade de utilizar esses recursos na compra de apoio político de outras agremiações partidárias, bem como para o financiamento futuro e pretérito das suas campanhas eleitorais. A base indiciária dessa parte específica da acusação foi suficientemente desvendada por ocasião do exame dos demais itens da denúncia (III a VIII). 8. Para viabilizar tal projeto, os dirigentes partidários teriam se valido das empresas comandadas pelo 5º, 6º, 7º e 8º denunciados, com a colaboração direta da 9ª e da 10ª denunciadas, aos quais incumbia a execução material dos repasses de recursos financeiros (quase sempre em dinheiro vivo) aos parlamentares e agentes públicos indicados principalmente pelo 3º denunciado, tendo como contrapartida comissões de intermediação em contratos públicos e diversas outras vantagens de natureza pecuniária embutidas em cláusulas de contratos de publicidade celebrados com órgãos e entidades governamentais e/ou beneficiárias de recursos governamentais. 9. Há, ainda, prova mínima de autoria e materialidade contra a 11ª, o 12º, o 13º e a 14ª denunciados, os quais, através da instituição financeira a que pertenciam, concederam empréstimos supostamente fictícios ao Partido Político presidido pelo 2º denunciado e às empresas dirigidas pelo 5º, 6º, 7º e 8º denunciados, empréstimos estes pactuados e renegociados de forma aparentemente irregular e fraudulenta, mediante garantias financeiras de extrema fragilidade, havendo indícios de que foram celebrados para não serem pagos (empréstimos em tese simulados). Teriam, ainda, idealizado o mecanismo de lavagem de capitais narrado na denúncia, permitindo que se realizassem, nas dependências de agências da instituição (São Paulo, Minas Gerais, Brasília e Rio de Janeiro), as operações de saque de vultosas quantias em dinheiro vivo, sem registro contábil, operacionalizadas através de mecanismos tendentes a dissimular os verdadeiros destinatários finais dos recursos. Há indícios de que a 9ª acusada, principalmente, que pertencia ao denominado "núcleo publicitário" da suposta quadrilha, muito embora não fosse funcionária do Banco Rural, utilizava com grande frequência e desenvoltura as dependências das agências da instituição financeira em questão para efetivar os repasses dos volumosos montantes de dinheiro aos intermediários enviados pelos reais beneficiários finais dos recursos. 10. Denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e que está amparada em elementos probatórios suficientes para dar início à ação penal contra os acusados. 11. Recebida a denúncia contra o 1º, o 2º, o 3º, o 4º, o 5º, o 6º, o 7º, o 8º, a 9ª, a 10ª, a 11ª, o 12º, o 13º e a 14ª denunciados, pela prática, em tese, do crime descrito no art. 288 do Código Penal. CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.1. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE. PRESENTE A JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. 1. A circunstância de o 15º acusado ter ocupado a Presidência da Câmara dos Deputados, no momento em que os fatos ocorreram, e os elementos indiciários constantes dos autos, dos quais se extrai a informação de que ele teria recebido quantia proveniente da empresa administrada pelo 5º denunciado, constituem indícios idôneos de materialidade e autoria do delito capitulado no art. 317 do Código Penal. A denúncia, por sua vez, é suficientemente clara ao indicar os atos de ofício, potenciais ou efetivos, inseridos no campo de atribuições do 15º denunciado, como Presidente da Câmara dos Deputados. Além disso, sendo a corrupção passiva um crime formal, ou de consumação antecipada, é indiferente para a tipificação da conduta a destinação que o agente confira ou pretenda conferir ao valor ilícito auferido, que constitui, assim, mera fase de exaurimento do delito. 2. Denúncia recebida quanto ao crime de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) imputado ao 15º acusado (subitem III.1., a.1 da denúncia) 3. O oferecimento de quantia em dinheiro pelo 5º denunciado em concurso com o 6º, 7º e 8º denunciados, com o propósito de obter tratamento privilegiado para sua empresa (SMP&B) na licitação então em curso na Câmara dos Deputados consubstancia, em tese, o delito do art. 333 do Código Penal (corrupção ativa). 4. Denúncia recebida com relação ao subitem III.1, b.1, contra o 5º denunciado em concurso com o 6º e 7º acusados. 5. Quanto ao 8º denunciado, no que tange à imputação de corrupção ativa constante do Item III.1, subitem b.1, a denúncia não preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. É imprescindível que a denúncia informe como o denunciado teria supostamente contribuído para a consecução do delito que lhe é imputado, o que não ocorreu na espécie. 6. Denúncia não recebida com

relação ao 8º denunciado, especificamente no que concerne à imputação constante do subitem b.1, do item III.I da denúncia. CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.1., a.2. LAVAGEM DE DINHEIRO. OCULTAÇÃO DA ORIGEM, NATUREZA E REAL DESTINATÁRIO DE VALOR PAGO COMO PROPINA. CONFIGURAÇÃO, EM TESE, DO DELITO PREVISTO NO ART. 1º, INCISOS V, VI E VII DA LEI Nº9.613/1998. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. Os documentos constantes dos autos demonstram que o saque efetuado pela esposa do 15º denunciado seguiu as etapas finais do suposto esquema de lavagem de dinheiro. Entre tais documentos, destaca-se a autorização concedida à esposa do 15º denunciado para receber quantia referente ao cheque emitido pela empresa controlada pelos 5º, 6º e 7º denunciados. 2. Presente o conjunto probatório mínimo necessário à instauração de ação penal contra o 15º denunciado quanto à imputação da conduta tipificada no art. 1º, incisos V, VI e VII, da Lei 9.613/1998. 3. Denúncia recebida quanto ao crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V, VI e VII da Lei nº9.613/1998) imputado ao 15º denunciado, no subitem a.2 do item III.1 da denúncia. CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEMS III.1., a.3 E b.2. PECULATO. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA RECEBIDA, EXCLUÍDO O 8º DENUNCIADO. 1. Contratação de empresa sob o falso pretexto de prestação de serviços de consultoria em comunicação com o fim de desviar verbas públicas em proveito próprio, de forma a remunerar assessor pessoal. Serviços que supostamente não foram prestados. Configuração, em tese, do crime de peculato previsto no art. 312, caput, do Código Penal. 2. Recebida a denúncia quanto aos crimes de peculato imputados ao 15º denunciado na primeira parte do subitem a.3, do item III.I da denúncia (desvio de R\$ 252.000,00 em proveito próprio). 3. Constatação, pela equipe técnica do Tribunal de Contas da União, da subcontratação quase total do objeto do contrato 2003/204.0 (o que era expressamente vedado), como também a subcontratação de empresas para realização de serviços alheios ao objeto contratado. Não é desprovida de substrato fático a imputação do Ministério Público Federal segundo a qual o então presidente da Câmara dos Deputados, em concurso com os 5º, 6º e 7º denunciados, concorreram para desviar parte do dinheiro público destinado ao contrato 2003/204.0. 4. Os indícios apontam no sentido de que a empresa dirigida pelos 5º, 6º e 7º denunciados teria recebido tais recursos sem que houvesse contrapartida concreta sob a forma de prestação de serviços. 5. Denúncia recebida com relação às imputações dirigidas ao 5º, 6º, 7º e 15º denunciados, relativas aos subitens a.3, segunda parte e b.2, do item III.1 da denúncia (desvio de R\$ 536.440,55). 6. Denúncia não recebida em relação ao 8º acusado, por não atender às exigências do artigo 41 do Código de Processo Penal. CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.2. PECULATO. SUPOSTO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DECORRENTES DE BÔNUS DE VOLUME EM CONTRATOS COM AGÊNCIA DE PUBLICIDADE. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA RECEBIDA, EXCETO QUANTO AO 8º DENUNCIADO. 1. Incorre nas penas do art. 312, caput, do Código Penal (peculato), Diretor do Banco do Brasil que supostamente permite o desvio de vultosos valores para agência de publicidade, bem como os dirigentes da empresa beneficiária dos desvios. 2. Denúncia recebida com relação à imputação do delito do artigo 312 do Código Penal feita ao 17º denunciado no subitem "a", do item III.2 da denúncia, bem como quanto à imputação pertinente ao mesmo tipo penal, no que tange aos 5º, 6º e 7º denunciados, conforme consta subitem "b" do item III.2 da denúncia (desvio de R\$ 2.923.686,15). 3. No que concerne ao 8º acusado, a denúncia não descreve suficientemente a sua conduta, de modo a possibilitar-lhe o exercício da ampla defesa. 4. Denúncia não recebida contra o 8º acusado, em relação ao delito do artigo 312 do Código Penal, constante do subitem "b" do item III.2 da denúncia. CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.3. CORRUPÇÃO ATIVA, CORRUPÇÃO PASSIVA, PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA RECEBIDA, EXCETO COM RELAÇÃO AO 8º ACUSADO. 1. Os indícios constantes dos autos indicam que o 17º denunciado, na condição de Diretor de Marketing do Banco do Brasil, assim como o 16º acusado, então ministro da Secretaria de Comunicação e Gestão Estratégica, tinha ampla margem de discricionariedade para alocar os bens do fundo de Incentivo Visanet. 2. Os elementos constantes dos autos apontam para a existência de indícios de que as ordens de desembolso de recursos partiram diretamente do 17º denunciado, em cumprimento a suposta ordem do 16º acusado. 3. Denúncia recebida contra o 17º acusado quanto aos crimes de peculato (art. 312 do Código Penal), conforme consta do subitem III.3, a.3, e contra o 16º acusado, pelos mesmos delitos, conforme consta do subitem III.3, b. 4. Relativamente aos 1º, 2º, 3º e 4º acusados, a denúncia não descreve de forma explícita como sua conduta teria contribuído para o cometimento do crime de peculato, não se verificando a imprescindível exposição do fato criminoso em todas as suas circunstâncias. 5. Denúncia não recebida em relação aos 1º, 2º, 3º e 4º acusados, no que concerne ao subitem "d", do item III.3. 6. Demonstrada a suposta participação do núcleo composto pelos 5º, 6º e 7º acusados nos hipotéticos desvios, uma vez que a DNA Propaganda Ltda., na condição de beneficiária direta das antecipações aparentemente irregulares, contribuiu para a perpetração das condutas tidas como típicas. 7. Denúncia recebida em relação ao subitem c.2 do item III.3, contra os 5º, 6º e 7º denunciados. 8. No que diz respeito ao 8º denunciado, não consta da denúncia descrição que permita saber de que modo ele teria contribuído para a suposta consumação do delito do artigo 312 do Código Penal. 9. Denúncia não recebida em relação ao 8º denunciado, no que concerne às imputações constantes do subitem c.2 do item III.3 da denúncia por não ter sido

atendida, quanto a ele, a exigência do artigo 41 do Código de processo penal. 10. A acusação do procurador-geral da República se encontra solidamente embasada nos indícios constantes dos autos no sentido de que os recursos provenientes do Banco Rural, sacados em favor do 17º acusado, são oriundos do suposto esquema de lavagem de dinheiro conhecido como "Valerioduto". 11. Denúncia recebida contra o 17º acusado, em relação ao subitem a.2 do item III.3 da inicial. 12. Há, também, base indiciária sólida a justificar o recebimento da denúncia contra o 17º acusado, pela prática do crime de corrupção passiva. 13. Denúncia recebida com relação ao 17º denunciado, no que concerne à imputação constante do subitem a.1, do item III.3 da denúncia. 14. Pelas mesmas razões, viável o recebimento da denúncia quanto à imputação do crime de corrupção ativa aos administradores da DNA Propaganda Ltda. 15. Denúncia recebida em relação ao crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) supostamente praticado pelos 5º, 6º e 7º denunciados, sócios da DNA Propaganda Ltda., conforme consta do subitem c.1 do item III.3 da denúncia. 16. Denúncia não recebida em relação ao subitem c.1 do item III.3 (artigo 333 do Código Penal), quanto ao 8º denunciado, uma vez que o conteúdo da denúncia, nesta parte, não atendeu ao disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal.

CAPÍTULO IV DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. NÚCLEO PUBLICITÁRIO-FINANCEIRO DA SUPOSTA QUADRILHA. TRANSFERÊNCIA DISSIMULADA DE GRANDES SOMAS EM DINHEIRO PARA OS BENEFICIÁRIOS FINAIS DO HIPOTÉTICO ESQUEMA. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS FRIAS PARA DAR SUPORTE AO RECEBIMENTO DE GRANDES VALORES, SIMULANDO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. APARENTE FRAUDE NA CONTABILIDADE DE EMPRESAS DO DENOMINADO NÚCLEO PUBLICITÁRIO. ESQUEMA APARENTEMENTE IDEALIZADO E VIABILIZADO PELOS ACUSADOS DO DENOMINADO NÚCLEO FINANCEIRO.

1. Vultosas quantias movimentadas pelas empresas do chamado núcleo publicitário e, aparentemente, utilizadas no suposto esquema criminoso narrado na denúncia, tiveram sua origem, movimentação, localização e propriedade ocultadas ou dissimuladas através da não escrituração na contabilidade, ou da sua escrituração com base em milhares de notas fiscais falsas, que já haviam sido anteriormente canceladas, simulando a prestação de serviços, dentre outros, para o Banco do Brasil e o Ministério do Transportes. Agentes públicos vinculados ao Banco do Brasil e ao Ministério dos Transportes denunciados por participação no suposto esquema. 2. Além das notas fiscais frias, a movimentação, localização e propriedade dos valores teriam sido igualmente ocultadas através da simulação de contratos de mútuo, também não escriturados na contabilidade original das empresas. 3. Através do denominado núcleo financeiro, os vultosos montantes movimentados pelo núcleo publicitário eram repassados aos beneficiários finais do suposto esquema, através de procedimentos de saque irregulares, que ocultavam o real recebedor do dinheiro. Assim, os interessados enviavam intermediários desconhecidos a uma das agências da instituição financeira, para receber elevados valores em espécie, através de saques realizados em nome da SMP&B, ocultando, assim, a destinação, localização e propriedade dos valores. 4. O esquema teria sido disponibilizado e viabilizado pelos denunciados componentes do núcleo financeiro, os quais faziam parte da Diretoria da instituição financeira, na qual ocupavam a Presidência e as Vice-Presidências, com atribuições funcionais nas áreas de controle interno e de prevenção à lavagem de dinheiro. 5. Existência de fartos indícios de autoria e materialidade, como se depreende dos laudos periciais e dos inúmeros depoimentos citados no corpo do voto. 6. Denúncia recebida contra o 5º, o 6º, o 7º, o 8º, a 9ª, a 10ª, a 11ª, o 12º, o 13º e a 14ª acusados, pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, V, VI e VII, da Lei nº 9.613/98).

CAPÍTULO V DA DENÚNCIA. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. OPERAÇÕES DE CRÉDITO DE NÍVEL DE RISCO ELEVADO, COM CLASSIFICAÇÃO COMPLETAMENTE INCOMPATÍVEL COM A DETERMINADA PELO BANCO CENTRAL. GARANTIAS OFERECIDAS PELOS TOMADORES DO EMPRÉSTIMO EVIDENTEMENTE INSUFICIENTES. RENOVAÇÕES SUCESSIVAS SEM AMORTIZAÇÃO E SEM A NECESSÁRIA ELEVAÇÃO DO NÍVEL DE RISCO. BURLA À FISCALIZAÇÃO. INDÍCIOS DE FRAUDE.

1. Verificada nos autos a presença de indícios de que os Dirigentes da Instituição Financeira contrataram, com um Partido Político e com empresas pertencentes a grupo empresarial cujos dirigentes são suspeitos da prática de crimes contra a administração pública, vultosas operações de crédito, de nível de risco elevado, e por meio de diversos artifícios tentaram camuflar o risco de tais operações e ludibriar as autoridades incumbidas de fiscalizar o setor, subtraindo-lhes informações que as conduziriam à descoberta da prática de atividades ilícitas (lavagem de dinheiro, crimes contra a administração pública, formação de quadrilha). 2. Os mesmos dirigentes deixaram de comunicar ao Banco Central a ocorrência de movimentações financeiras suspeitíssimas, quando analisadas à luz do nível de renda do cliente respectivo; concederam empréstimos sem garantias suficientes a essas mesmas empresas, supostamente utilizadas para a prática de diversos crimes, os quais foram renovados sem que tenha havido qualquer amortização. 3. Nos termos do art. 25 da Lei nº 7.492/86, são penalmente responsáveis o controlador e os administradores da instituição financeira, assim considerados os diretores e gerentes. 4. Denúncia recebida contra quatro dirigentes da instituição financeira investigada, pela suposta prática do crime definido no art. 4º da Lei nº 7.492/86, nos termos dos art. 29 do Código Penal.

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO PASSIVA. PROPINA EM TROCA DE APOIO POLÍTICO. ENQUADRAMENTO TÍPICO DA CONDUTA. DESTINAÇÃO ALEGADAMENTE LÍCITA DOS RECURSOS RECEBIDOS. IRRELEVÂNCIA.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. CONDUTAS DEVIDAMENTE INDIVIDUALIZADAS. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. A denúncia é pródiga em demonstrar que a expressão "apoio político" refere-se direta e concretamente à atuação dos denunciados na qualidade de parlamentares, assessores e colaboradores, remetendo-se às votações em plenário. Este, portanto, é o ato de ofício da alçada dos acusados, que os teriam praticado em troca de vantagem financeira indevida. 2. Basta, para a caracterização da tipicidade da conduta, que os Deputados tenham recebido a vantagem financeira em razão de seu cargo, nos termos do art. 317 do Código Penal. É irrelevante a destinação lícita eventualmente dada pelos acusados ao numerário recebido, pois tal conduta consistiria em mero exaurimento do crime anterior. 3. A alegação de que o Procurador-Geral da República atribuiu responsabilidade objetiva aos acusados, em razão da ausência de individualização de suas condutas, é improcedente. A denúncia narrou a suposta participação de todos os acusados nos crimes em tese praticados, possibilitando-lhes o amplo exercício do direito de defesa. 4. Existência de fartos indícios de autoria e materialidade do crime de corrupção passiva, como demonstram os depoimentos e documentos constantes dos autos. 5. Denúncia recebida em relação ao 18º, 19º, 20º, 21º, 25º, 26º, 28º, 29º, 30º, 31º e 32º acusados, pela suposta prática do crime de corrupção passiva, definido no art. 317 do Código Penal. CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. OCULTAÇÃO E DISSIMULAÇÃO DA ORIGEM, MOVIMENTAÇÃO, LOCALIZAÇÃO E PROPRIEDADE DE VALORES. RECEBIMENTO DE MILHARES DE REAIS EM ESPÉCIE. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTA PESSOA. TIPICIDADE DA CONDUTA. MERO EXAURIMENTO DO CRIME ANTERIOR. IMPROCEDÊNCIA. CRIMES AUTÔNOMOS. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. São improcedentes as alegações de que a origem e a destinação dos montantes recebidos pelos acusados não foram dissimuladas e de que tais recebimentos configurariam mero exaurimento do crime de corrupção passiva. Os acusados receberam elevadas quantias em espécie, em alguns casos milhões de reais, sem qualquer registro formal em contabilidade ou transação bancária. Em muitos casos, utilizaram-se de pessoas não conhecidas do grande público e de empresas de propriedade de alguns dos denunciados, aparentemente voltadas para a prática do crime de lavagem de dinheiro, as quais foram encarregadas de receber os valores destinados à compra do apoio político. Com isto, logrou-se ocultar a movimentação, localização e propriedade das vultosas quantias em espécie, bem como dissimular a origem de tais recursos, tendo em vista os diversos intermediários que se colocavam entre os supostos corruptores e os destinatários finais dos valores. 3. A tipificação do crime de lavagem de dinheiro, autônomo em relação ao crime precedente, é incompatível, no caso em análise, com o entendimento de que teria havido mero exaurimento do crime anterior, de corrupção passiva. 4. Existência de inúmeros depoimentos e documentos nos autos que conferem justa causa à acusação, trazendo indícios de autoria e materialidade contra os acusados. 5. Denúncia recebida contra 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º, 27º, 28º, 29º, 30º, 31º e 32º acusados. CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. FORMAÇÃO DE "QUADRILHAS AUTÔNOMAS". EXISTÊNCIA DE MERO CONCURSO DE AGENTES. TESE INSUBSISTENTE. CONFORMAÇÃO TÍPICA DOS FATOS NARRADOS AO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL FORMADA, EM TESE, PARA O FIM DE COMETER VÁRIOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO PASSIVA, AO LONGO DO TEMPO. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE DENÚNCIA CONTRA DOIS ENVOLVIDOS. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. MÍNIMO DE QUATRO AGENTES. NARRATIVA FÁTICA. TIPICIDADE EM TESE CONFIGURADA. EXISTENTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. Não procede a alegação da defesa no sentido de que teria havido mero concurso de agentes para a prática, em tese, dos demais crimes narrados na denúncia (lavagem de dinheiro e, em alguns casos, corrupção passiva). Os fatos, como narrados pelo Procurador-Geral da República, demonstram a existência de uma associação prévia, consolidada ao longo tempo, reunindo os requisitos "estabilidade" e "finalidade voltada para a prática de crimes", além da "união de desígnios" entre os acusados. 2. Também não procede a alegação de que a ausência de acusação contra dois supostos envolvidos - beneficiados por acordo de delação premiada - conduziria à rejeição da denúncia, por violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da inaplicabilidade de tal princípio à ação penal pública, o que, aliás, se depreende da própria leitura do artigo 48 do Código de Processo Penal. Precedentes. 3. O fato de terem sido denunciados apenas três dentre os cinco supostamente envolvidos no crime de formação de quadrilha (capítulo VI.2 da denúncia) não conduz à inviabilidade da inicial acusatória, pois, para análise da tipicidade, devem ser considerados os fatos tal como narrados, os quais, in casu, preenchem claramente os requisitos estipulados no artigo 41 do Código de Processo Penal, e constituem crime, em tese. 4. Existentes indícios de autoria e materialidade do crime, suficientes para dar início à ação penal. 5. Denúncia recebida contra 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º e 27º acusados, pela suposta prática do crime definido no art. 288 do Código Penal. CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. ATO DE OFÍCIO. VOTO DOS PARLAMENTARES. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS. COMPLEXIDADE DOS FATOS. INDIVIDUALIZAÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. CONCURSO DE

VÁRIOS AGENTES. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. DIVISÃO DE TAREFAS. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O "ato de ofício" mencionado no tipo legal do art. 333 do Código Penal seria, no caso dos autos, principalmente o voto dos parlamentares acusados de corrupção passiva, além do apoio paralelo de outros funcionários públicos, que trabalhavam a serviço desses parlamentares. 2. As condutas tipificadas no artigo 333 do Código Penal, supostamente praticadas pelo 1º, o 2º, o 3º, o 4º, o 5º, o 6º, o 7º, o 8º, o 9º e o 10º denunciados, teriam sido praticadas mediante uma divisão de tarefas, detalhadamente narrada na denúncia, de modo que cada suposto autor praticasse uma fração dos atos executórios do iter criminoso. O que deve ser exposto na denúncia, em atendimento ao que determina o artigo 41 do Código de Processo penal, é de que forma cada um dos denunciados teria contribuído para a suposta consumação do delito, ou seja, qual papel cada um teria desempenhado na execução do crime. 3. Assim, o denominado "núcleo político partidário" teria interesse na compra do apoio político que criaria as condições para que o grupo que se sagrou majoritário nas eleições se perpetuasse no poder, ao passo que os denunciados do dito "núcleo publicitário" se beneficiariam de um percentual do numerário que seria entregue aos beneficiários finais do suposto esquema de repasses. 5. Condutas devidamente individualizadas na denúncia. 6. Existência de base probatória mínima, suficiente para dar início à ação penal. 7. Relativamente ao 37º acusado, há imputação específica, no capítulo VI.3 da denúncia, também devidamente individualizada, demonstrando sua atuação na prática, em tese, do crime de corrupção ativa, tendo por sujeitos passivos (ou corrompidos) o 29º e o 31º acusados. 8. Existência de indícios de que o 37º denunciado teria, realmente, participado do oferecimento ou promessa de vantagem indevida a funcionários públicos (parlamentares federais), para motivá-los a praticar ato de ofício (votar a favor de projetos de interesse do governo federal). 9. Denúncia recebida contra o 1º, o 2º, o 3º, o 4º, o 5º, o 6º, o 7º, o 8º, a 9ª, a 10ª e o 37º acusados, pela suposta prática do crime definido no art. 333 do Código Penal. CAPÍTULO VII DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. ENTREGA DE SOMAS ELEVADAS DE DINHEIRO EM ESPÉCIE, SEM REGISTRO FORMAL, POR INTERPOSTA PESSOA, NOS MOLDES UTILIZADOS PELA SUPOSTA QUADRILHA ACUSADA. INDÍCIOS EXISTENTES. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. Vultosas somas de dinheiro foram repassadas, em espécie, aos acusados, por empresa cujos dirigentes são suspeitos da prática de diversos crimes, por meio de procedimentos não condizentes com a prática bancária ortodoxa, sem registro formal, às vezes em locais insólitos tais como quartos de hotel. 2. Irrelevância, para o direito penal, da destinação dada aos recursos recebidos. 3. Presença de indícios da prática do crime de lavagem de dinheiro. 4. Denúncia recebida contra o 33º, a 34ª, o 35º, o 36º, o 37º e o 38º acusados, pela prática, em tese, do crime descrito no art. 1º, incisos V, VI e VII, da Lei 9613/98. CAPÍTULO VIII DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. SISTEMÁTICA DE TRANSFERÊNCIA VISTA NO CAPÍTULO IV DA DENÚNCIA. MILHÕES DE REAIS REPASSADOS, EM ESPÉCIE, AOS ACUSADOS, PELO DENOMINADO NÚCLEO PUBLICITÁRIO-FINANCEIRO. INOBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS TÍPICOS DA PRAXE BANCÁRIA PARA SAQUE DE TAIS MONTANTES EM ESPÉCIE. OCULTAÇÃO DA ORIGEM, MOVIMENTAÇÃO, LOCALIZAÇÃO E PROPRIEDADE DE VALORES PROVENIENTES, EM TESE, DE CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. A 40ª acusada, com a aprovação do 39º acusado, dirigia-se a agências do Banco Rural para receber milhares de reais em espécie, através do resgate de cheques nominais à empresa SMP&B Comunicação Ltda., sem qualquer registro formal dos reais beneficiários dos valores, ocultando, desta forma, a origem, movimentação, localização e propriedade de vultosas somas de dinheiro, provenientes, em tese, de crimes contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional, praticados por suposta organização criminosa. 2. Existentes indícios de autoria e de materialidade da prática do crime definido no art. 1º, V, VI e VII, da Lei nº 9.613/98, pelo 39º e a 40ª acusada. Denúncia recebida. CAPÍTULO VIII DA DENÚNCIA. EVASÃO DE DIVISAS. MANUTENÇÃO DE CONTA NO EXTERIOR. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA OFFSHORE QUE, POR NÃO TER SEDE NO BRASIL, NÃO TERIA OBRIGAÇÃO DE DECLARAR AO BANCO CENTRAL QUALQUER DEPÓSITO DE SUA TITULARIDADE. SUFICIENTE A DECLARAÇÃO À RECEITA FEDERAL DA PARTICIPAÇÃO NA REFERIDA EMPRESA, COM O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS DEVIDOS. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. ACUSAÇÃO RECEBIDA. 1. A pessoa física responde pelos fatos típicos por ela praticados no âmbito da empresa que ela mesma controla e administra. A criação, pelo 39º acusado, de empresa offshore no exterior, teve por finalidade exclusiva o recebimento de recursos no exterior, não importando, portanto, para fins de configuração do tipo do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, o fato de a conta bancária aberta para tal finalidade - recebimento de recursos no exterior - estar no nome da empresa, e não no dos denunciados. 2. As remessas de divisas para o exterior foram aparentemente realizadas por ordem do 39º e da 40ª acusados, sendo que a esta última cabia a incumbência de administrar e movimentar a conta não declarada em questão. Presentes indícios suficientes de autoria e materialidade do crime de evasão de divisas. Denúncia recebida contra o 39º e a 40ª acusada, pela suposta prática do crime de evasão de divisas. CAPÍTULO VIII DA DENÚNCIA. EVASÃO DE DIVISAS. EXECUÇÃO DAS REMESSAS PELO

foram utilizadas provas emprestadas de ramos diversos do direito, com partes diferentes e alguns casos sem o contraditório na produção probatória.

Ressalta-se que a pesquisa é sobre a utilização da prova emprestada, assim, analisado somente a forma de uso, sem exploração da produção probatória própria do processo.

Neste ínterim, verificou-se uma possível utilização da prova emprestada oriunda de outra prova emprestada, isto é, prova emprestada da prova emprestada. Há indicativos de que em um processo diverso houve colhimento da prova emprestada e teve o empréstimo dessa prova emprestada, situação inusitada na produção probatória, mas sem menção expressa no inteiro teor.

Deste modo, verificou-se que as partes podem ser diferentes, tanto na fase inquisitiva ou processual, assegurado o contraditório, e ramos do direito diferente.

Em contrassenso, o relator Ministro Joaquim Barbosa ao realizar o voto demonstrou que o uso da prova emprestada não possui impedimento quando as partes forem iguais no processo, mas concordando que também poderão ser diferentes, seja na participação da produção probatória na fase inquisitiva ou acusatória, com garantia ao contraditório e o devido processo legal, com rejeição somente na hipótese do uso de prova emprestada na quebra de sigilos fiscais e bancários sem a autorização judicial, o que incidiria na nulidade da prova colhida.

Demais ministros não se aprofundaram sobre o uso da prova emprestada, mas entenderam sobre a possibilidade de as partes ser diferentes, haja o contraditório quando a parte tenha participado da produção probatória, e no caso da parte ser diferente deve ser assegurado

CHAMADO "NÚCLEO PUBLICITÁRIO-FINANCEIRO". AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO OITAVO ACUSADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ENVOLVIMENTO DO BANCO RURAL NAS REMESSAS. DIRIGENTES QUE OCUPAM OU OCUPARAM POSIÇÕES DE GERÊNCIA NA ÁREA INTERNACIONAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA QUANTO A ESTES. DÉCIMA QUARTA ACUSADA QUE NÃO OCUPAVA QUALQUER CARGO NO BANCO À ÉPOCA DAS REMESSAS. DENÚNCIA REJEITADA QUANTO A ELA. 1. As remessas de divisas para a conta do 39º acusado no exterior foram aparentemente realizadas de modo ilícito pelo 5º, 6º, 7º, 9º e 10º acusados, conforme depoimentos e documentos de transferência de valores juntados aos autos, como descrito no voto. Denúncia recebida contra tais acusados, pela suposta prática do crime definido no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. 2. A conduta do 8º acusado, quanto ao crime de evasão de divisas, não foi descrita na denúncia. Desobediência ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal. Denúncia não recebida nesta parte. 3. A maioria das remessas supostamente ilegais de divisas, para a conta do 39º acusado, foi feita, segundo indícios constantes dos autos, sob a responsabilidade da 11ª, do 12º e do 13º acusados, tendo em vista que as remessas foram executadas com a intermediação de empresas que estão ou estiveram sob seu comando e que, como apontam relatórios de análise e laudos produzidos pelo Instituto Nacional de Criminalística, têm vínculo societário e contratual com o Banco Rural, instituição em que tais acusados ocupam importantes funções desde a época dos fatos até a presente data. Denúncia recebida contra a 11ª, o 12º e o 13º acusados, pela suposta prática do crime definido no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. 4. Os autos revelam que a 14ª acusada não ocupava qualquer cargo no Banco Rural à época das supostas remessas ilegais, razão pela qual a denúncia não descreveu como ela teria colaborado, em tese, para o crime de evasão de divisas. Denúncia não recebida contra a 14ª acusada, relativamente à imputação de evasão de divisas. (Inq 2245, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00038 EMENT VOL-02298-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-02 PP-00473)

o contraditório para as partes processuais, considerando a legalidade dos atos processuais e procedimentais praticados no processo originário, pode ser ramos diferentes, a decisão deverá se basear nas demais provas produzidas e não somente na prova emprestada, poderá ser utilizado interceptação telefônica e testemunhal como prova emprestada.

A crítica recai na possibilidade da prova produzida em processo em que a parte prejudicada não participou da produção probatória, inclusive de processo ainda em andamento que poderia acarretar numa nulidade processual ou material, sendo relevante que o valor da prova poderia ser considerado nula, posteriormente, no processo originário.

De tal modo, sobre uma possível utilização da prova emprestada de outra prova emprestada, pois considerar a utilização de prova emprestada de processo que está em tramitação não demonstra garantia jurídica, a parte prejudicada não está participando do processo em trâmite, a prova apresentada poderia ser considerada legal e absolutória. Entretanto, aterra-se como empréstimo no processo que desconhece a existência daquela prova produzida, não houve o seu contraditório pela parte prejudicada, sendo-lhe apresentado no ato para delimitação de novas provas para contraditar uma prova já pronta.

Portanto, a falta de contraditório ensejaria a nulidade processual, já que a parte prejudicada não teve possibilidade de contrariar a acusação, recebendo-a em silêncio, sem a possibilidade de defesa.

Superado o maior julgado retornado na pesquisa, o julgado seguinte¹¹⁵ apresenta uma situação peculiar, há restrição no acesso a íntegra do inteiro teor, por se tratar de Segredo de Justiça, apresentando somente a sua ementa.

Em análise perfunctória da ementa, verifica-se a utilização de interceptação telefônica como prova emprestada em inquérito de apuração de crime na Câmara dos Deputados, sem análise do posicionamento pelo Tribunal Pleno.

¹¹⁵ EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO POLICIAL. SUPERVISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO VEICULADO PELO CONSELHO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES. FINALIDADE: APURAÇÕES DE CUNHO DISCIPLINAR. PRESENÇA DE DADOS OBTIDOS MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, JUDICIALMENTE AUTORIZADA. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE (INCISO XII DO ART. 5º E § 2º DO ART. 55 DA CF/88). PRECEDENTES. 1. A medida pleiteada pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados se mostra adequada, necessária e proporcional ao cumprimento dos objetivos do parágrafo 2º do artigo 55 da Constituição Federal de 1988. 2. **Possibilidade de compartilhamento dos dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada, para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar.** Precedente específico: Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (Ministro Cezar Peluso). 3. Questão de Ordem que se resolve no sentido do deferimento da remessa de cópia integral dos autos ao Sr. Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, a quem incumbirá a responsabilidade pela manutenção da cláusula do sigilo de que se revestem as informações fornecidas. (Inq 2725 QO, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008) (Grifei)

A petição 3.683¹¹⁶ tratou sobre ao compartilhamento de dados sigilosos, sendo aplicado o entendimento de que os dados obtidos no inquérito poderão ser emprestados.

No inquérito 2.266¹¹⁷, possui relevância, o processo crime se iniciou em desfavor de um prefeito e outros corréus, realizando diversas colheitas de provas e interceptações telefônicas, porém, o indiciado tornou-se Senador da República situação que levou ao desmembramento do processo e encaminhamento a Suprema Corte.

Face essa divisão processual e modificação de instâncias, as provas produzidas foram copiadas e inseridas no novo inquérito, a parte prejudicada questionava sobre a legalidade do uso das provas emprestadas, com argumentação da ausência na fundamentação judicial para acolhimento de tais provas.

Segundo o relator Ministro Gilmar Mendes “não foram juntadas as cópias das decisões citadas. Neste inquérito não há decisão de deferimento da prova emprestada nem cópia das decisões de monitoramento e prorrogação. A questão cinge-se a saber se é possível reconhecer como válidos de gravações e arquivos em mídia oriundos de escutas telefônicas autorizadas em outro feito e aqui noticiadas pela própria polícia, sem juntada de cópias das decisões que as deferiram e sem decisão judicial autorizando o empréstimo da prova”.

Diante disto, verificou-se que na abertura do inquérito só constava as gravações do atual réu, sem qualquer justificativa ou decisão autorizativa, sem possibilidade de contraditório e com fundamento somente na prova interceptação telefônica emprestada.

Atenta-se que a parte prejudicada obteve o foro privilegiado, porém na abertura do inquérito as provas ali apresentadas refletiam somente nas gravações obtidas sem decisões autorizativas, de forma emprestada, o que levou o relator a rejeitar a denúncia.

¹¹⁶ EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. 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 outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova.** 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. Precedentes. Voto vencido. **Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas.** (Pet 3683 QO, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-05 PP-01012 RMDPPP v. 5, n. 28, 2009, p. 102-104) (Grifei)

¹¹⁷ Inquérito. Direito Penal e Processo Penal. Denúncia por suposta prática dos crimes de formação de quadrilha (art. 288, CP) e de fraude a licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/1993). 2. Pedido de arquivamento da denúncia pela representante da PGR em Plenário. Deferimento. 3. **Invalidez dos elementos probatórios.** 4. Falta de comprovação mínima de materialidade e autoria. 5. Ausência de jus a causa. 6. Denúncia arquivada. (Inq 2266, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 12-03-2012 PUBLIC 13-03-2012) (Grifei)

Outro processo relevante, trata-se da Extradicação 1.085¹¹⁸ de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que negou o uso da prova emprestada por violar o contraditório, já que a prova foi produzida no exterior, sem acesso pela parte prejudicada.

¹¹⁸ RECLAMAÇÃO. PETIÇÃO AVULSA EM EXTRADIÇÃO. PEDIDO DE RELAXAMENTO DE PRISÃO. NEGATIVA, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DE ENTREGA DO EXTRADITANDO AO PAÍS REQUERENTE. FUNDAMENTO EM CLÁUSULA DO TRATADO QUE PERMITE A RECUSA À EXTRADIÇÃO POR CRIMES POLÍTICOS. DECISÃO PRÉVIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONFERINDO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PRERROGATIVA DE DECIDIR PELA REMESSA DO EXTRADITANDO, OBSERVADOS OS TERMOS DO TRATADO, MEDIANTE ATO VINCULADO. PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO ANTE A INSINDICABILIDADE DO ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA. ATO DE SOBERANIA NACIONAL, EXERCIDA, NO PLANO INTERNACIONAL, PELO CHEFE DE ESTADO. ARTS. 1º, 4º, I, E 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATO DE ENTREGA DO EXTRADITANDO INSERIDO NA COMPETÊNCIA INDECLINÁVEL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LIDE ENTRE ESTADO BRASILEIRO E ESTADO ESTRANGEIRO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCUMPRIMENTO DO TRATADO, ACASO EXISTENTE, QUE DEVE SER APRECIADO PELO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE HAIA. PAPEL DO PRETÓRIO EXCELSO NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. SISTEMA “BELGA” OU DA “CONTENCIOSIDADE LIMITADA”. LIMITAÇÃO COGNITIVA NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. ANÁLISE RESTRITA APENAS AOS ELEMENTOS FORMAIS. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SOMENTE VINCULA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM CASO DE INDEFERIMENTO DA EXTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE EXECUTORIEDADE DE EVENTUAL DECISÃO QUE IMPOŇHA AO CHEFE DE ESTADO O DEVER DE EXTRADITAR. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART. 2º CRFB). EXTRADIÇÃO COMO ATO DE SOBERANIA. IDENTIFICAÇÃO DO CRIME COMO POLÍTICO TRADUZIDA EM ATO IGUALMENTE POLÍTICO. INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DO DIPLOMA INTERNACIONAL QUE PERMITE A NEGATIVA DE EXTRADIÇÃO “SE A PARTE REQUERIDA TIVER RAZÕES PONDERÁVEIS PARA SUPOR QUE A PESSOA RECLAMADA SERÁ SUBMETIDA A ATOS DE PERSEGUIÇÃO”. CAPACIDADE INSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO CHEFE DE ESTADO PARA PROCEDER À VALORAÇÃO DA CLÁUSULA PERMISSIVA DO DIPLOMA INTERNACIONAL. VEDAÇÃO À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA. ART. 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA VINCULAÇÃO DO PRESIDENTE AO TRATADO. GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE. EXTRADIÇÃO COMO ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO VINCULADO A CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. NON-REFOULEMENT. RESPEITO AO DIREITO DOS REFUGIADOS. LIMITAÇÃO HUMANÍSTICA AO CUMPRIMENTO DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO (ARTIGO III, 1, f). INDEPENDÊNCIA NACIONAL (ART. 4º, I, CRFB). RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO INTERNACIONAL, NÃO INTERNO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO QUE SE RESTRINGEM AO ÂMBITO INTERNACIONAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SOLTURA DO EXTRADITANDO. 1. Questão de Ordem na Extradicação nº 1.085: “A decisão de deferimento da extradicação não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau”. Do voto do Min. Eros Grau extrai-se que “O conceito de ato vinculado que o relator tomou como premissa (...) é, no entanto, excessivamente rigoroso. (...) o conceito que se adotou de ato vinculado, excessivamente rigoroso, exclui qualquer possibilidade de interpretação/aplicação, pelo Poder Executivo, da noção de fundado temor de perseguição”. 2. A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório, traduzindo-se em prova ilícita. 3. O Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu artigo III, 1, f, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando “a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”. 4. O art. 560 do CPC, aplicável subsidiariamente ao rito da Reclamação, dispõe que “Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela”. 5. Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do Presidente da República em matéria de extradicação, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do Chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato. 6. O art. 1º da Constituição assenta como um dos Fundamentos do Estado Brasileiro a sua soberania – que significa o poder

político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados Soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna. 7. A Soberania Nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo Presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior. 8. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do Presidente da República. 9. No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal na Extradição nº 1.085. 10. O descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao Supremo Tribunal Federal, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao Chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945. 11. O sistema “belga” ou “da contenciosidade limitada”, adotado pelo Brasil, investe o Supremo Tribunal Federal na categoria de órgão juridicamente existente apenas no âmbito do direito interno, devendo, portanto, adstringir-se a examinar a legalidade da extradição; é dizer, seus aspectos formais, nos termos do art. 83 da Lei 6.815/80 (“Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão”). 12. O Presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico, nunca, contudo, para determinar semelhante remessa, porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o Chefe de Estado, vedada a pretensão de impor sua vontade através dos Tribunais internos. 13. In casu, ao julgar a extradição no sentido de ser possível a entrega do cidadão estrangeiro, por inexistirem óbices, o Pretório Excelso exaure a sua função, por isso que *functus officio est* – cumpre e acaba a sua função jurisdicional –, conforme entendeu esta Corte, por unanimidade, na Extradição nº 1.114, assentando, verbis: “O Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República” (Ext 1114, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008). 14. A anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, da decisão do Ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não o autoriza, a posteriori, a substituir-se ao Chefe de Estado e determinar a remessa do extraditando às autoridades italianas. O descumprimento do Tratado de Extradição, *ad argumentandum tantum*, gera efeitos apenas no plano internacional, e não no plano interno, motivo pelo qual não pode o Judiciário compelir o Chefe de Estado a entregar o súdito estrangeiro. 15. O princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB), indica não competir ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional conferiu ao chefe supremo da Nação a função de representação externa do país. 16. A decisão presidencial que negou a extradição, com efeito, é autêntico ato de soberania, definida por Marie-Joëlle Redor como o “poder que possui o Estado para impor sua vontade aos indivíduos que vivem sobre seu território” (*De L’Etat Legal a L’Etat de Droit. L’Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française. 1879-1914. Presses Universitaires d’Aix-Marseille*, p. 61). 17. O ato de extraditar consiste em “ato de vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da lei penal” (RODRIGUES, Manuel Coelho. *A Extradição no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. p. 3*). 18. A extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República. A Reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradição, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo Chefe de Estado, por isso que é insindicação o poder exercido pelo Presidente da República e, conseqüentemente, incabível a Reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso. 19. A impossibilidade de vincular o Presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal se evidencia pelo fato de que inexistente um conceito rígido e absoluto de crime político. Na percuente observação de Celso de Albuquerque Mello, “A conceituação de um crime como político é (...) um ato político em si mesmo, com toda a relatividade da política” (Extradição. Algumas observações. In: *O Direito Internacional Contemporâneo. Org: Carmen Tiburcio; Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222-223*). 20. Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes:

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

Assim, a parte prejudicada é diferente do processo originário, não participou da produção probatória. Entretanto, há decisão em que a parte prejudicada é diferente e não teve o contraditório, sendo válido. Nesta situação, observou-se assegurar a garantia da soberania do país, pois utilizar provas emprestadas produzidas em outro país, sem conhecimento da forma da colheita violaria o preceito constitucional do contraditório e ampla defesa.

caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, na forma do permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f); por isso que, ao decidir sobre a extradição de um estrangeiro, o Presidente não age como Chefe do Poder Executivo Federal (art. 76 da CRFB), mas como representante da República Federativa do Brasil. 21. O juízo referente ao pedido extradicional é conferido ao “Presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade (...) na condição de Chefe de Estado” (Extradição nº 855, Ministro Relator Celso de Mello, DJ de 1º.7.2006). 22. O Chefe de Estado é a figura constitucionalmente capacitada para interpretar a cláusula do Tratado de Extradição, por lhe caber, de acordo com o art. 84, VII, da Carta Magna, “manter relações com Estados estrangeiros”. 23. O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, in casu, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, Nº 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper nº 28). 24. É assente na jurisprudência da Corte que “a efetivação, pelo governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, depende do Direito Internacional Convencional” (Extradição nº 272. Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967). 25. O Supremo Tribunal Federal, na Extradição nº 1.085, consagrou que o ato de extradição é ato vinculado aos termos do Tratado, sendo que a exegese da vinculação deve ser compreendida de acordo com a teoria dos graus de vinculação à juridicidade. 26. O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binenbojm, “não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade” (Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208). 27. O ato político-administrativo de extradição é vinculado a conceitos jurídicos indeterminados, em especial, in casu, a cláusula do artigo III, 1, f, do Tratado, permissiva da não entrega do extraditando. 28. A Cooperação Internacional em matéria Penal é limitada pela regra do non-refoulement (art. 33 da Convenção de Genebra de 1951), segundo a qual é vedada a entrega do solicitante de refúgio a um Estado quando houver ameaça de lesão aos direitos fundamentais do indivíduo. 29. O provimento jurisdicional que pretende a República Italiana é vedado pela Constituição, seja porque seu art. 4º, I e V, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional e da igualdade entre os Estados, seja pelo fato de, no supracitado art. 84, VII, conferir apenas ao Presidente da República a função de manter relações com Estados estrangeiros. 30. Reclamação não conhecida, mantendo-se a decisão da Presidência da República. Petição Avulsa provida para que se proceda à imediata liberação do extraditando, se por al não estiver preso. (Ext 1085 PET-AV, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2011, DJe-060 DIVULG 02-04-2013 PUBLIC 03-04-2013 EMENT VOL-02686-01 PP-00001)

Os demais julgados retratam o mesmo posicionamento do Tribunal Pleno, assim, o posicionamento adotado é de que a parte prejudicada pode ser diferente do processo originário, não precisa da participação na produção probatória, a prova pode derivar de ramos diferentes, o julgador não deve fundamentar somente com base na prova emprestada, pode haver o empréstimo do empréstimo, deve ser assegurado o contraditório na prova emprestada de processo alienígena, já que existe uma vinculação entre a parte prejudicada e as provas produzidas, isto posto, não será acatado a prova emprestada alienígena em que não houve contraditório pela parte prejudicada no processo originário.

3.2.4 Quadro sinóptico do uso da prova emprestada do CPP/41

A seguir será apresentado qual o entendimento das turmas e do Tribunal Pleno sobre o uso da prova emprestada de acordo com o CPP.

Quadro 4 - Quadro sinóptico do uso da prova emprestada no CPP/41 - STF

CPP	
Primeira Turma	a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório; DIVERGÊNCIA a) partes podem ser diferentes; b) assegurado o contraditório no processo originário; c) a prova emprestada não deve ser elemento único de fundamentação; DIVERGÊNCIA a) partes podem ser diferentes b) utilização da prova emprestada para dosimetria da pena c) julgador pode juntar a prova emprestada
Segunda Turma	a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório; c) a prova emprestada não deve ser o único meio de convicção do julgador; DIVERGÊNCIA a) válido o uso da prova emprestada que envolvam crimes com penalidades diferentes;
Tribunal Pleno	a) partes podem ser diferentes;

	b) assegurado o contraditório no processo originário; c) prova pode ser produzida em processos de ramos diferentes; d) prova produzida na fase investigatória e processual; DIVERGÊNCIA a) partes devem ser iguais; b) assegurado o contraditório no processo alienígena;
--	---

Fonte: elaborado pelo autor.

Conforme visto, há uma distinção entre as duas turmas e o Tribunal Pleno, porém se assemelham com o posicionamento de que as partes podem ser diferentes, a fundamentação do julgador não deve se basear somente na prova emprestada, os ramos do direito podem ser diversos. A distinção principal se dá no Tribunal Pleno, em um processo em que a prova foi produzida no Brasil há a concordância de que a parte prejudicada não precisa ter participado da produção probatória, mas em um processo alienígena (internacional) se torna obrigatório que a parte tenha participado da produção probatória, caso contrário há afronta ao princípio do contraditório.

4 APLICAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA ENTRE OS RAMOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PENAL BRASILEIRO

A prova emprestada suscita questionamentos em relação a sua admissibilidade, pois pode influir na convicção do julgador. Entretanto, no ramo do direito civil e penal se verifica uma ligação principiológica e procedimental, embora seja distinta as formas de tratamento da produção probatória.

Assim, valida-se a análise da extensão da participação das partes na formação da prova e a forma em que o juiz realiza a intermediação, possibilitando o uso da prova emprestada entre ramos distintos do direito.

Portanto, pretende-se nesse capítulo expor aspectos da admissibilidade da prova emprestada numa perspectiva constitucional, requisitos empregados para o empréstimo e o uso da prova obtida por autorização da interceptação telefônica.

4.1 Admissibilidade da prova emprestada – Perspectiva Constitucional

A prova emprestada necessita cumprir alguns requisitos de admissibilidade, entre os quais, as garantias constitucionais ligadas à sua validade.

“A verificação da admissibilidade da prova produzida com violação a um direito fundamental deverá ocorrer antes do seu ingresso no processo, quando forem claras as regras para a sua produção, ou então, posteriormente, por ocasião da sua valoração.” (Bechara, 2011, p.324)

No primeiro momento do uso da prova, torna-se necessário averiguar se alguns princípios expressos na Constituição estão sendo assegurados pelas partes, desta feita, que a paridade de armas esteja sendo preservada.

Assim, o princípio do contraditório detém de uma dupla concepção para o processo penal, já que pode ensejar um valor de verdade ou garantia. Destarte, o contraditório é visto como um método de pesquisa da verdade, pois é na contraprovas em que se verifica os fatos, indo além da dúvida razoável, o que pode presumir a inocência ou não do acusado.

De tal modo, as partes possuem informações sobre os atos e o conteúdo do processo, possibilitando o contraditório, o que aduz a situação de paridade de armas com a parte adversa.

Atenta-se que, o exercício do contraditório no processo penal deve ser pleno e efetivo, o julgador deve estimular, diferente do processo civil, que é aceito a oportunidade para contraditar. Veja que já se tem uma peculiaridade sobre o uso da prova emprestada, pode-se

considerar inviável o empréstimo para uma ação penal de elemento de prova colhido em processo que possui mera oportunização do contraditório, como exemplo, a prova produzida em audiência em que o advogado da parte não participou, apesar da realização e sua intimação.

Portanto, assegurar o princípio do contraditório em matéria probatória é garantir que as provas sejam refutadas, que as partes tenham participação na atividade instrutória, e não como mero espectador, mas com chance de influenciar a convicção do julgador.

Para Demczuk (2012, p.288), entre os diversos corolários, é importante destacar:

- a) a invalidade da prova produzida sem a presença das partes ou do juiz;
- b) a impossibilidade de valoração das provas obtidas fora do contraditório judicial ou sem a prévia intervenção e manifestação das partes;
- c) a obrigação de assegurar às partes a utilização dos meios de prova necessários para a comprovação de suas alegações, em igualdade de condições para pleitear a produção da prova e sem disparidade nos critérios para a sua admissão; e,
- d) a garantia de ver consideradas, no momento do julgamento, todas as provas constantes do processo e, em especial, aquelas produzidas a seu requerimento.

Neste íterim, analisando o art. 5º, LV da Constituição, não será possível a utilizar a prova emprestada como um instrumento de burlar as exigências do princípio do contraditório, como também da ampla defesa.

De acordo com Demczuk (2012), há uma simplificação pela doutrina e jurisprudência, pois o contraditório para a admissão da prova emprestada estaria satisfeito com a participação, no processo de origem, da parte que suportará seus efeitos. Entretanto, ao se analisar a

jurisprudência das cortes superiores¹¹⁹¹²⁰, verifica-se a legalidade da não participação da parte prejudicada na produção probatória no processo originário, ou seja, pode ser partes diferentes, inclusive com prova produzida em fase inquisitorial sem o contraditório.

Contudo, “a participação das partes no procedimento originário, na formação da prova, de forma dialética, gera a segurança de que o método de conhecimento utilizado foi o mais aprofundado possível, e o menos arriscado a gerar uma situação de injustiça”. (Bechara, 2011, p.327)

Diante disto, a jurisprudência traz o entendimento da possibilidade do uso da prova emprestada em que a parte prejudicada não participou da produção probatória no processo originário, isto é, não teve a participação ativa da produção dos elementos instrutórios que se empresta, afastando o direito à contrariedade.

¹¹⁹ PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PROVA EMPRESTADA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA COLHIDO EM AÇÃO PENAL DIVERSA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. NULIDADE AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO IMPROVIDO. **1. No processo penal, admite-se a prova emprestada, ainda que proveniente de ação penal com partes distintas, desde que assegurado o exercício do contraditório.** 2. Inexiste nulidade na condenação baseada em depoimento de testemunha colhido em outro processo criminal, uma vez oportunizada a manifestação das partes sobre o conteúdo da prova juntada, resguardando-se o direito de interferir na formação do convencimento judicial. 3. A norma inserta no art. 236 do CPP não impõe que sejam necessariamente traduzidos os documentos em língua estrangeira, autorizando a juntada dos mesmos, mesmo sem tradução, se a crivo do julgador esta se revele desnecessária, ressalvando-se, obviamente, que tal medida não pode cercear a defesa dos acusados (REsp 1183134/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, SEXTA TURMA, DJe 29/06/2012). 4. Não se lastreando a sentença condenatória nos documentos contestados pela defesa, redigidos em língua estrangeira, ausente a demonstração do efetivo prejuízo, incidindo o princípio pas de nullité sans grief. 5. Recurso especial improvido. (REsp 1561021/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 25/04/2016) (Grifei)

¹²⁰ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PROPOSTA POR MENORES DE IDADE, VÍTIMAS DE DELITOS SEXUAIS. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA DO JUÍZO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO. REDUÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. DESCABIMENTO. FIXAÇÃO EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. **1. É assente o entendimento desta Corte Superior sobre a admissibilidade de prova emprestada, uma vez observado o devido contraditório, ainda que as partes não tenham participado do feito para o qual a prova será trasladada** (EResp n. 617.428-SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 17/6/2014). **2. No caso, além de haver identidade substancial de partes e o objeto da prova ser o mesmo, a exigência do contraditório foi observada, uma vez que os réus foram intimados e ofereceram suas respectivas contestações, por meio das quais puderam se pronunciar sobre a prova emprestada, insurgindo-se, inclusive, contra os seus efeitos. Desse modo, é de se ressaltar a desnecessidade da produção de prova testemunhal e de depoimento pessoal dos ora recorrentes, na medida em que a discussão sobre o crime praticado não necessitaria ser repetida nos presentes autos.** 3. Diante da relativa independência entre as instâncias cível e criminal (CC, art. 935), nem mesmo a absolvição no Juízo criminal tem o condão de vincular o Juízo cível, salvo quando for reconhecida a inexistência do fato ou ficar demonstrado que o demandado não foi o seu autor. [...] 8. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1333528/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2019, DJe 22/08/2019) (Grifei)

Com essa posição das cortes superiores, a prova em que não há contrariedade pela parte prejudicada deve o seu valor ser precário. “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”. (Pedrosa *apud* Demczuk, 2012, p.293)

Isto posto, é necessário que tanto no processo civil quanto o processo penal assegurem o contraditório e a ampla defesa, apesar de ser ramos distintos e com peculiaridades próprias, a convicção do julgador será oriunda das informações trazidas pelas partes, que tiveram a oportunidade de apresentar defesa perante os fatos.

Desse modo, verifica-se que a constituição admite a utilização da prova emprestada, visando na economia e celeridade processual, assim, o julgador irá determinar o valor probatório, a jurisprudência concorda que na produção probatória não é necessário que a parte prejudicada tenha participado dos elementos da instrução no processo originário, com isto, reflete o valor precário do empréstimo e passa a servir como elemento informativo, não podendo ser fundamento exclusivo para um decreto condenatório.

4.2 Outros requisitos de admissão e produção legítimas

A admissão da prova emprestada também detém de outros requisitos, além dos determinados pela Constituição, para Aranha (*apud* Demczuk, 2012, p.289), a doutrina faz referência a quatro requisitos para admissão da prova emprestada, sendo:

- a) Serem os fatos apurados semelhantes;
- b) Ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem lhe suportará os efeitos;
- c) A observância do procedimento sobre a natureza originária da prova;
- d) A observância do procedimento sobre a prova documental.

Assim, os requisitos supramencionados são características próprias da utilização da prova, embora a jurisprudência não consolide o entendimento doutrinário.

No primeiro requisito, fatos semelhantes, pode-se dizer que a utilização da prova deve ser para processos em que os pressupostos fáticos sejam semelhantes. Sendo necessário a

existência de afinidade “entre os objetos dos dois processos, de modo a não acarretar prejuízo para a defesa da parte contra quem se pretende usar o empréstimo”. (Demczuk, 2012, p.289)

Nesse entendimento, a prova emprestada deve ser transportada para um processo em que haja assimilação, assim, é possível a utilização da prova emprestada entre os processos que possuam natureza sancionatória, como exemplo uma ação penal e uma ação civil de improbidade administrativa.

Parafraseando Demczuk (2012), nos demais casos pode surgir divergências no escopo de apuração, obstando o empréstimo, por exemplo, se há uma ação de direito de família em que possui a notícia da utilização de entorpecentes por um dos genitores, na eventual confissão, haveria a instauração da ação penal para apurar o crime.

Neste contexto, observa-se que há uma divergência probatória, pois a prova produzida não se serviu para convicção do julgador, mas sim a criação de prova contra outro fato de ramo diverso, diante disto, o empréstimo da prova não deve ocorrer, o que violaria o princípio do devido processo legal, juiz natural e o contraditório e ampla defesa.

Já no processo em que a parte prejudicada participa do processo originário é considerado como requisito, porém, a jurisprudência evoluiu no entendimento de ser possível a utilização da prova emprestada em processos que as partes sejam diversas.

Conforme Demczuk (2012, p.289) “o requisito da identidade das pastes no empréstimo da prova constitui a simplificação para efeitos didáticos da própria observância do princípio constitucional do contraditório, em muito facilitada pelo fato de que no processo penal um dos polos da ação é quase sempre o Ministério Público”.

Em que pese o entendimento supra, pode ocorrer que a prova produzida não tenha passado pelo condão do contraditório, na forma do processo penal, vulnerando o contraditório, com “intensidades distintas, diante do menor grau de cognição exigido pelo processo originário”. (Talamini *apud* Demczuk, 2012, p.290)

Quanto a observância das regras sobre a natureza originária da prova, tem-se que a produção probatória deve seguir o rito próprio do procedimento pertencente ao ramo do direito. Porém, há apetrechos de que a prova emprestada deve ser apurada tanto no processo originário, quanto no processo de destino.

Salutar a prova testemunhal encontra guarida no art. 202 do CPP, já que demonstram impedimentos para atuarem como testemunhas, assim, deve haver análise perante os réus do primeiro e do segundo processo. Ademais, tem-se as regras contidas no reconhecimento de pessoas e coisas, conforme o art. 226 do CPP, e a acareação disciplinada no art. 229 e 230 do CPP.

Parafraseando Demczuk (2012), em alguns casos não será possível igualar o CPC e o CPP. Observa-se que, em uma perícia realizada numa ação civil por perito nomeado conforme o art. 421 do CPC. Apesar de que a produção ocorra regularmente a sua eventual transposição para uma ação penal como prova emprestada acabará obstada diante da disposição do art. 159 do CPP, que vai exigir a realização da perícia por perito oficial, salvo se o laudo da perícia civil estiver subscrito por duas pessoas idôneas e portadores de diploma de curso superior¹²¹.

Contudo, há possibilidade da coleta do depoimento pelo Ministério Público e reduzindo o seu conteúdo a termo. Desse modo Filho e Badaró (2007, p.187-188) apresenta um exemplo e retrata a utilização da prova testemunhal em sua forma documental, veja-se:

“[...] vem se tornando uma prática frequente o representante do Ministério Público levar uma possível testemunha em seu gabinete para “colher” as suas declarações e reduzi-las a termo, sendo que, em alguns casos, ainda, o faz na presença de um advogado que, certamente, não é o advogado do acusado. Tais declarações são, posteriormente, juntadas aos autos, para que sejam valoradas – quer como documento, quer como testemunho – pelo magistrado, na formação do seu convencimento sobre os fatos relevantes do processo. Tecnicamente, nem sequer se trataria de uma prova atípica, mas sim de um meio de prova típico: o documento. Assim, a princípio, sua juntada ao processo estaria de acordo com o modelo legal de produção de prova documental, sujeita, pois, ao regime jurídico de tal meio de prova. Ou seja, procura-se produzir uma prova típica, no caso a prova testemunhal, por meio de outra prova, qual seja, a prova documental, que não exige a observância do contraditório durante a sua realização, além de ter limites de admissibilidade muito mais amplos. Em regra, a prova documental pode ser produzida a qualquer momento. De outro lado, a produção da prova testemunhal deve ser requerida já no início da fase postulatória. O Ministério Público ou o querelante deverá apresentar o rol de testemunhas ao oferecer a denúncia ou queixa (CPP, art. 46). Por sua vez, a defesa deve apresentar o rol de testemunhas por ocasião da apresentação da denominada “defesa prévia” (CPP, art. 395).”

¹²¹ 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) (Grifei)

Conforme se observa, a prova testemunhal pode ser substituída pela prova documental. Outrossim, a prova documental também apresenta uma questão relevante, como a distinção entre documento e documentação, já que aquele expressa a fonte de prova, e este representa a forma como a prova é registrada ou como ela se materializa, assim, deve-se avaliar que o empréstimo de documento pré-constituído e visto em outro processo não sinaliza a constituição de prova emprestada, já que sua produção é válida ou inválida no processo originário.

Na relação com a observância do procedimento sobre a prova documental, já foi visto, sinteticamente que se trata do ingresso da prova em sua forma de documentação. Portanto, deve-se se ater aos procedimentos atinentes à produção da prova documental, pois há a necessidade de intimação da parte contrária para que possa contrariar o documento juntado.

O CPP traz em seus arts. 231 a 238, disposições sobre o uso da prova documental, contudo, não faz previsão da exigência formal, mas deve se levar ao crivo do contraditório (art. 5º, LV da CF).

Importante consideração é apresentada por Talamini (*apud* Demczuk, 2012, p.290), “a parte tem o direito de se manifestar sobre a admissibilidade do empréstimo, sobre o valor que, concretamente, no segundo processo, a prova transladada venha a merecer – e assim por diante”. Deste modo, é necessário que se tenha todo acervo da documentação probatória.

4.3 Prova produzida mediante interceptação telefônica autorizada

A interceptação telefônica ocorre mediante autorização judicial, é considerada uma providência secundária, uma vez que será utilizado nos casos em que os elementos probatórios foram exauridos, tornando a prova lícita. Assim, a autorização da interceptação ocorre na ação principal, pelo magistrado que irá analisar o caso concreto. Essa ausência faz com que a prova obtida seja declarada nula, pois o vício se torna insanável.

Todavia, a Constituição em seu art. 5º, XII¹²², assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Contudo, há no citado dispositivo a exceção, isto é, a possibilidade de violação das comunicações telefônicas, desde que presentes três requisitos, sendo: ordem judicial; para fins

¹²² CF. Art. 5º. [...]. XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; Vide Lei nº 9.296, de 1996)

de investigação criminal ou instrução processual penal; e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

A lei n.º 9.296/1996 regulamenta a interceptação telefônica, com isto, o sigilo da comunicação telefônica com autorização judicial, poderá ser quebrado quando solicitado pelo Ministério Público ou autoridade policial com a finalidade de investigação criminal ou instrução processual, ressalva da taxatividade disposta pela legislação.

No art. 1º da lei supracitada, dispõe que a autorização da interceptação telefônica deverá ser expedida pelo juiz competente para a ação principal, em decisão fundamentada que demonstre sua conveniência, e indispensabilidade.

Assim, poderá ser concedida a autorização para a interceptação telefônica com o prazo de 15 dias, embora possa ser prorrogável de forma ilimitada, porém, sempre com a autorização judicial e que seja o um meio de prova indispensável.

De acordo com Moraes (2020, p.67) o texto constitucional consagra a necessidade de respeito ao princípio do juízo natural nas decretações de interceptação telefônica, sendo, porém, possível, relativizar a regra de competência prevista no art. 1 da lei n.º 9.296/96, autorizando a interceptação telefônica por juiz diverso do juiz competente para a ação principal, tanto na hipótese de tratar-se de medida cautelar, quanto na hipótese de alteração futura por declinação de competência.

Segundo Lima (2020, p.527) “o provimento que autoriza a interceptação tem natureza cautelar, á que visa à fixação dos fatos tal como se apresentam no momento da conversa telefônica”.

Deste modo, tratando de natureza cautelar deverá estar presente os elementos do *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*. Assemelhado a uma busca domiciliar, já que há um condicionamento entre a existência de elementos seguros com a prática criminosa, justificando afastamento do direito à intimidade, isto é, *fumus comissi delicti*, já no *periculum in mora*, a base será o risco ou prejuízo que poderá ensejar para a investigação ou instrução criminal.

Ressaltava-se que, apesar da limitação constitucional à decretação da interceptação telefônica somente no curso da investigação criminal ou na persecução penal, isto não impede que a possibilidade da utilização como prova emprestada no processo civil, administrativo disciplinar, extradicional ou político-administrativo.

Para Peluso (*apud* Moraes, 2020, p.67), “os dados obtidos por meio da interceptação telefônica, não é disparatado sustentar-se que nada impedia nem impede, noutro procedimento de interesse substancial do mesmo Estado, agora na vertente da administração pública, o uso da prova assim produzida em processo criminal”.

Observa-se que a interceptação telefônica poderá ser utilizada em processos distintos, mesmo se o processo que houve a produção probatória não tenha sentença terminativa, inclusive, podendo haver o empréstimo da prova colhida na fase investigatória ou instrutória.

De acordo com Demczuk (2012, p.293), parte da literatura apresenta ser impossível o empréstimo das gravações obtidas por interceptação telefônica para procedimento de natureza não penal, conquanto, que a maioria ratifica a possibilidade do transporte de provas nas mesmas circunstâncias, pois houve a ruptura da intimidade, de modo lícito, com isso haveria a permissão constitucional, nada mais resta a preservar.

Neste ínterim, tanto o STJ e o STF admitem, mesmo que parcial, o empréstimo das provas para procedimentos administrativo disciplinar e outros ramos do direito.

Em atenção a efetiva autorização de compartilhamento da interceptação telefônica, a lei n.º 9.296/96 não apresenta um rito próprio que garanta uma efetividade do contraditório, mesmo que diferido. No art. 8º, parágrafo único, da lei da interceptação apresentava apenas um incidente de apensação.

Para Lima (2020, p.544), “a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do CPP”.

Entretanto, há de se ter especial atenção aos dispositivos legais aí citados, na medida em que a reforma processual de 2008 alterou a redação de todos eles.

Deste modo, verifica-se que o empréstimo da prova obtida a interceptação telefônica com a esfera administrativa não é indispensável, já que sucederá como efeito de uma sentença condenatória criminal que implica na perda do cargo ou função pública e mandato eletivo, conforme disciplina o art. 92, I, do CP.

5 ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA NO DIREITO BRASILEIRO

A prova emprestada atua como complemento para formação de convicção do julgador, é transferida na forma documental, pode ser de processo em andamento, findo ou na fase de investigação, esta cujo a parte prejudicada só detém do acesso a ampla defesa, já que o contraditório só será possível no início da persecução penal.

Em análise da prova emprestada nas cortes superiores foi possível compreender se há uma taxatividade ou os critérios escolhidos são relativizados pelo julgador. Isto posto, os julgados que trouxeram mais informações sobre a possibilidade de utilização vieram do STJ, já que a discussão processual se dá pela legislação infraconstitucional. Ademais, a pesquisa buscou compreender a utilização da prova emprestada no direito processual civil e direito processual penal.

A análise realizada no STF ficou enxuta por impedimento sumular, vários julgados que poderiam ter sido apreciados tiveram os pedidos recusados face as súmulas 279 e 287¹²³ – STF, os demais julgados apreciados foram analisados.

O ponto central da prova emprestada atrela o seu meio de transferência e respeito às garantias fundamentais da constituição e das legislações infraconstitucionais, assim, a prova emprestada poderá ser utilizada quando a parte que se encontra prejudicada com a prova não tenha participado na produção probatório em seu processo originário, questão bastante debatida na análise da jurisprudência do STJ, em que todas as turmas, seções e Corte Especial divergiram, tanto no direito processual civil quanto no direito processual penal.

Nos primeiros julgados retornados na pesquisa, apresentaram a necessidade de a parte prejudicada ser igual ao processo em que houve a produção probatória, pois estaria assegurado o contraditório, respeitando o devido processo legal. Porém, verificou-se a modificação do entendimento, passando a aceitar que a parte prejudicada não precisa ter participado da produção probatória no processo originário, ou seja, sejam diferentes, uma vez que os procedimentos e regras estariam sendo respeitados pelas partes daquele processo, logo, não haveria necessidade de uma nova produção probatória de prova já passada pelo crivo do contraditório.

¹²³ **Súmula 279.** Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula 287. Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Critica-se esse posicionamento do STJ, pois há a possibilidade de uma das partes não ter realizado o contraditório a respeito daquela prova que será emprestada, assim, a parte prejudicada do processo em que irá receber a prova, desconhece a sua produção probatória.

Ademais, houve provas produzidas na fase investigatória em que não há um contraditório pleno, abarcando somente a ampla defesa em que a parte investigada poderá optar comparecer nos atos procedimentais atuando com sua auto defesa ou acompanhada de advogado constituído, dativo ou defensor público, com a defesa técnica para lhe dar suporte nessa primeira fase.

As provas que foram produzidas nessa fase, sem passar pelo crivo do contraditório, passou a ser emprestada para abertura de processos e processos em andamento. Diante disto, foi discutido a impossibilidade de nulidade em um eventual decreto condenatório, corroborado pelo STJ, tem-se uma concordância sobre a legalidade da produção probatória na fase investigativa.

Assim, a parte prejudicada pode ter a instauração de um processo administrativo disciplinar com base em provas emprestadas de um inquérito policial, tomando conhecimento somente após a abertura do respectivo processo. Logo, é possível que a prova produzida na fase inquisitorial seja desconsiderada ou inclusive anulada na instrução, mas permanece intacta no processo em que a recebeu de forma emprestada.

Destarte, o STJ compreende que a prova produzida na sede inquisitorial é legal, independente se seja considerada nula posteriormente. Há uma discrepância no uso da prova emprestada, a utilização dessa prova deixa o processo fragilizado, já que o julgador terá aquela prova como precária, mas não o impede de criar sua convicção somente na prova emprestada.

Caso emblemático no STJ ocorreu no agravo interno no recurso especial 1605192, trouxe a posição sobre o uso da prova emprestada independente de sentença na ação em que a prova foi produzida.

Para o ministro relator não há ilegalidade no “uso de prova emprestada derivada de processo sem trânsito em julgado, tendo em vista a independência existente entre as instâncias cíveis, administrativa e criminal, salvo em casos excepcionais, o resultado de uma não contamina a conclusão da outra”.

Entende-se sobre uma nova forma de uso da prova empresta, pois, além de possibilitar que a prova emprestada venha de um processo em que a parte prejudicada não foi parte, passa a ser permitido a desnecessidade de conclusão processual no processo originário da produção probatória.

Esbarra-se em situações inusitadas que poderão ser insanáveis, pense que a prova que por ora é produzida com o contraditório no decorrer processual essa prova venha a ser anulada por falha ou outro aspecto procedimental, porém, houve seu empréstimo a processo distinto, com pessoas distintas, que auxiliou a convicção do juízo, para a turma o entendimento é pela legalidade do uso da prova.

Adentra a discussão sobre os parâmetros probatórios possíveis, pois se há possibilidade de a prova emprestada ser utilizada em processo em que a parte prejudicada não participou da produção probatória no processo originário, deverá ter uma atenção redobrada sobre o contraditório e ampla defesa. Entretanto, agora a parte prejudicada além de não participar do processo em que houve a produção probatória poderá ter essa prova em seu processo antes da apreciação pelo juízo de origem.

Dessarte, há a crítica sobre tal possibilidade, pois poderá ser essa prova produzida desconsiderada ou declarada nula e no processo em que foi emprestada, sem contraditório pela parte prejudicada, considerada válida.

Assim, observa-se a possibilidade de a parte prejudicada ser parte do processo em que houve a produção probatória, a prova emprestada foi trazida aos autos antes da sentença judicial, sendo valorada a ponto de atribuir a culpa a parte prejudicada, porém, o processo originário foi anulado pelo tribunal de justiça devido a erros procedimentais e processuais, caracterizando a invalidade da prova por ora emprestada.

A parte prejudicada não conseguiu retirar a prova emprestada dos autos, apesar de o processo em que foi produzida ter sido anulado. O STJ compreendeu que devido a anulação ter sido por causa de procedimentos e regras processuais a prova produzida não sofreu avaria, isto é, não há nulidade perante a prova produzida, validando-a.

Verifica-se um posicionamento rígido perante o STJ sobre a validade da produção probatória, já que a análise pela turma trouxe a posição de que a prova é válida se respeitado o contraditório, mesmo se o processo originário seja considerado nulo por violação ao devido processo legal.

Entende-se a necessidade do devido processo legal, mas se a prova do processo vier a ser anulado por erros procedimentos ou processuais, a produção probatória poderia continuar a existir e servir de empréstimo, o que discorda o autor deste trabalho.

O STF de forma diversa do STJ mantém um posicionamento mais taxativo, padronizando os meios de utilização da prova emprestada, embora também possua divergências.

Destarte, apesar da incongruência nas cortes superiores se verifica uma evolução na jurisprudência, as modificações estenderam o uso do empréstimo da prova, tornando possível o uso da prova emprestada com resguardo aos princípios e regramentos legais, mas o avanço trouxe a possibilidade de utilizar a prova em que não há o contraditório, com isto é necessário maior atenção, o julgador deverá analisar todas as provas apresentadas não podendo fundamentar a sua convicção somente na prova emprestada.

CONCLUSÃO

A prova no ordenamento jurídico brasileiro pode ser obtida por vários meios e formas de valoração, verificou-se que a prova emprestada tem sua valoração no processo em que foi produzida, havendo o empréstimo sem a necessidade reprodução do conteúdo, transferindo-a apenas na forma documental.

Tratar sobre prova demonstra uma tentativa da reconstrução fática pretérita, isto é, do fato pretérito, porém, essa reconstrução é impossível, já que não se possui os mesmos elementos do caso concreto. Assim, são as afirmativas apresentada pelas partes, respeitando os preceitos fundamentais e regras legais que irão formar a convicção do julgador.

Essa reconstrução dos fatos não pode ser realizada de qualquer forma, é necessário que haja o percurso dos caminhos corretos. Com isto, a averiguação dos fatos possibilita uma análise sobre os fatos pretéritos, mas não há reconstrução idêntica deles.

Deste modo, tratar sobre prova é comprovar a existência de determinado fato, sua legalidade estará restrita no cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, no eventual uso de prova maculada, esta considerada forjada ou preparada, faz com que haja nulidade, pois é uma prova considerada inútil ao processo, sem respaldo jurídico.

Portanto, essa reprodução do fato pretérito serve para averiguar a sua existência e que o juiz forme sua convicção. Contudo, a prova emprestada traz a reprodução já valorada, transferindo a sua veracidade ou falsidade.

Assim, a incumbência de provar a existência do fato e a menção dos fatos constitutivos do seu direito é do autor, cabendo ao réu portanto, na contestação, apresentar eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do autor.

O julgador cria a sua convicção diante das provas que lhe são apresentadas, quem apresenta as provas possuem o dever de prová-la, pois são fatos constitutivos de seu direito, e o réu deverá provar os fatos que desconstitua a alegação do autor.

Desta feita, o ônus da prova deve ser pela parte que a alega, visto na doutrina que àquele que dispõe sobre os fatos, deve fazer sua comprovação, sob pena de inexistência e desconsideração da alegação ora pleiteada, perdendo a força probatória e dispondo a parte contrária a veracidade de informações apresentadas no processo.

Na prova emprestada se tem a transferência da prova para outro processo, com a valoração de sua veracidade, com isto pode ser um fator determinante para a convicção do julgador, pois não haverá a necessidade da reconstrução fática e nem passar por uma nova produção probatória.

Entretanto, há no direito processual civil e penal brasileiro princípios basilares para a produção probatória e o empréstimo da prova, a maior diferença está na forma da produção probatória com seus respectivos efeitos. No direito processual civil as provas serão materiais, juntadas ao processo, conquanto que no direito processual penal, as provas necessitam transmitir ao julgador a sua veracidade, isto é, que transpareça a existência do fato, não bastando apenas a juntada de documentos indicativos da possível prática delitiva.

Por isto, há grande questionamento a respeito da busca de uma verdade real perante o processo penal, porém, a doutrina rechaça a inexatidão da expressão verdade real, situação tratada no sistema inquisitivo em que o julgador agia na função de julgador, acusador e defensor, acrescentava coleta de provas e as escolhia.

Assim, no sistema acusatório se verifica o afastamento do julgador na coleta probatória, sendo-lhe inserido somente na apreciação dos fatos apresentados pela acusação e defesa, impedindo de buscar provas de ofício contra o acusado. Entretanto, o julgador pode dirimir dúvidas que porventura exista no processo, podendo realizar perguntas para saná-las.

O princípio do contraditório é considerado um dos mais relevantes para o uso da prova emprestada, pois demonstrará que houve pelas partes processuais o contraditório diante dos fatos apresentados. Com o empréstimo da prova o processo que a receber não abrirá oportunidade para contraditório em seu aspecto probatório, já que a prova se encontra valorada, assim, a parte prejudicada do processo terá contra si uma prova que o seu contraditório será precário.

Em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça verificou-se uma série de requisitos para utilização da prova emprestada, tanto no direito processual civil quanto no direito processual penal, foram analisados 313 julgados retornados na pesquisa com a limitação dos ramos do direito.

Os primeiros 140 julgados se referiram ao uso da prova emprestada com base no direito processual civil de 1973, já 29 julgados foram com base no direito processual civil de 2015, e por fim os 144 julgados foram com base no direito processual penal de 1941.

Atenta-se que houve diversas atualizações legislativas, entre elas se tem a lei n.º 11.719/2008, trouxe alterações sensíveis no CPP, modificando formas de produção probatória, assinalando a aplicação do sistema acusatório no CPP. Embora tenha modificações na coleta de provas, na jurisprudência não se notou a menção das atualizações, como também não houve percepção de mudança sobre o uso da prova emprestada.

Assim, a prova emprestada conforme discutido na literatura precisa cumprir alguns requisitos para a sua transferência, porém, vários requisitos são apenas informativos, pois a peculiaridade de cada caso impõe ao julgador a adaptação do uso da prova.

Em análise da jurisprudência com o uso do CPC, verificou-se que a primeira turma do STJ, manteve o posicionamento com a modificação do código, em que as partes devem ser iguais nos processos, deve ser assegurado o contraditório no processo originário e a prova pode ser produzida em ramo diverso ao qual será emprestada. Contudo, encontrou-se uma divergência entre a aplicação do CPC/1973 em que constou que se a prova emprestada não foi juntada na inicial ou na contestação era seria considerada inválida, mantendo esse posicionamento.

Observa-se que há uma padronização inicial, exige que as partes sejam idênticas ao processo originário e que haja o contraditório na produção probatória, mas se tornará nula se a juntada ocorrer posterior a inicial ou contestação.

Na segunda turma, verificou-se algumas divergências de posicionamentos com a aplicação do CPC/1973, inicialmente as partes deveriam ser iguais e o contraditório deveria ser assegurado na produção probatória, posteriormente passou a aceitar que as partes não precisam ser iguais, mas na produção probatória o contraditório deveria ser assegurado.

Há uma modificação da forma de empréstimo, retira a necessidade de as partes serem iguais, valorando a prova emprestada de maneira diversificada. Reitera-se a crítica da falta de contraditório pela parte prejudicada, pois não há oportunidade de demonstrar possíveis nulidades em sua produção probatória, podendo apenas contestar a veracidade da informação documentada nos autos.

Ademais, houve mais uma divergência ampliando a possibilidade de a prova ser produzida na fase investigatória, isto é, no inquérito policial. Essa prova que não possui contraditório pelo suspeito poderá ser emprestada para abertura de uma ação ou corroborar informações de uma ação em curso.

No CPC/2015 a turma manteve o posicionamento de que a parte prejudicada não precisa participar do processo em que houve a produção probatória, mas sendo necessário que as partes envolvidas no processo tenham realizado o contraditório e a possibilidade de a prova ser produzida em fase investigatória.

A terceira turma trouxe interpretação similar a segunda turma, inicialmente era necessário que as partes fossem iguais e o contraditório fosse assegurado na produção probatória, abrindo divergência com a possibilidade da parte prejudicada não participar do processo em que houve a produção probatória, a prova poderia ser produzida na fase

investigativa, a diferença seria na hipótese de poder realizar o empréstimo da prova somente se fosse transladada de outro processo judicial.

Tem-se um ponto relevante e contraditório, pois autoriza a produção probatória na fase investigatória e posteriormente determina que só será possível a realização do empréstimo se ela ocorrer de outro processo judicial.

Todavia, não haveria nulidade a ser arguida em eventual empréstimo na prova produzida em fase investigatória, pois há na turma a liberalidade do uso da prova emprestada nesse sentido, criou-se outra divergência, agora retirando a necessidade de a prova emprestada ser somente de outro processo. Com a atualização do CPC firmou o entendimento de que a parte prejudicada não precisa participar do processo em que teve a produção probatória, mas devendo ser assegurado o contraditório.

Já na quarta turma, tem-se o posicionamento inicial das demais turmas, em que as partes devem ser iguais e a necessidade do contraditório na produção probatória, havendo modificação somente com a atualização do CPC, dispondo que a parte prejudicada não precisa participar do processo originário, mas também deve ser assegurado o contraditório na produção probatória, e mudança que merece atenção é no sentido da autorização do uso de prova emprestada mesmo que no processo originário o acusado venha a ser absolvido.

Permanece a crítica do uso exacerbado da prova emprestada, pois há um processo em trâmite, há o empréstimo dessa prova para abertura de outro processo, posteriormente aquele processo em que foi realizado a produção probatória o acusado venha ser absolvido, essa prova produzida servirá como fundamento no outro processo para uma possível condenação, situação que não deveria ser admitida na jurisprudência, estaria afrontando o princípio da presunção de inocência, em que o acusado teve os fatos declarados irrelevantes, mas a prova de convicção da absolvição poderá ser utilizada para fundamentação de um decreto condenatório em outro processo em que não há um contraditório amplo.

Na sexta turma o posicionamento é similar as demais, porém, não há necessidade de ser ambas as partes iguais no processo, bastando apenas a parte prejudicada ter participado, com isto, assegurado o contraditório na produção probatória. Com a atualização legislativa, aceitou-se que a parte não precisa mais participar da produção probatória, já que o contraditório estará abrangido pelas partes do processo originário, há possibilidade de prova emprestada de processo alienígena, e vai além, desnecessário que haja o contraditório.

Tem-se veementemente violação aos princípios constitucionais e infralegais, especificadamente ao contraditório e ampla defesa, o STF rechaçou essa tese em julgado que

será visto logo a frente, mas o STJ deu respaldo para validade probatória da prova produzida no exterior e trazida aos autos.

A primeira mantém o posicionamento inicial, as partes devem ser iguais, garantia do contraditório no processo originário, com mudança na utilização da prova emprestada de processo que posteriormente foi anulado em razão de processo ou procedimento, e necessário o fundamento ser análogo de ramo diverso.

Com a atualização do CPC, a primeira seção manteve que a parte prejudicada deve participar do processo da produção probatória, a prova emprestada pode ser de ramo diverso, e que o empréstimo da prova será válido independente se o processo originário o acusado seja absolvido.

A terceira seção com menos processos, manteve o procedimento inicial na atualização, em que a parte prejudicada deve participar da produção probatória e assegurado o contraditório.

Por fim, a Corte Especial trouxe elementos significativos para o uso da prova emprestada, de início possibilitou o uso de prova produzida na fase investigativa, sem o contraditório, e garantiu a possibilidade de contraditório na persecução penal, mantendo na atualização legislativa.

Constatou-se várias divergências entre as turmas, mas a relevância se dá na possibilidade de utilizar a prova de processo em que venha a ser declarado nulo ou o acusado ser absolvido. Para há concordância prática a respeito de utilizar prova de processo que teve sua avaliação positiva ao acusado, situação diferente seria se a prova utilizada fosse útil para um decreto condenatório.

Na análise da jurisprudência no ramo do direito processual penal de 1941, dos 144 julgados analisados, apenas a quinta e sexta turma tiveram o número maior, possível constatar as divergências encontradas na turma.

Salienta-se que houve atualizações legislativas significativas no tocante à prova, porém, não foi possível verificar a ocorrência da mudança de posicionamento, mantendo o entendimento e adaptando conforme o caso concreto.

Na análise não foi localizado julgado na primeira turma, na segunda turma houve o entendimento inicial de que as partes devem ser iguais e o contraditório assegurado na produção probatória, divergindo posteriormente para a não necessidade da participação da parte prejudicada na produção probatória, o uso da prova sigilosa que é produzida em fase investigatória e o compartilhamento da prova para outros processos e procedimentos não penais, por conseguinte, há outra divergência, sinalizando que as partes devem ser iguais, a

prova deve ser produzida em outro processo judicial e que o juiz não poderá produzir a prova emprestada de ofício, isto é, a coleta da prova sigilosa.

Atenta-se na aceitação da prova emprestada sigilosa produzida em fase investigatória, o investigado não possui o condão do contraditório, só conseguirá se manifestar após a apresentação da prova pelo meio do empréstimo, mas com contraditório precário, já que não irá poder discorrer sobre a produção probatória.

Na terceira turma verificou-se que as partes podem ser diferentes, mas assegurado o contraditório no processo originário, pode haver o empréstimo entre ramos diferentes. De tal modo, a quarta turma trata que as partes devem ser iguais e assegurado o contraditório no processo originário.

A quinta turma teve o entendimento inicial de que as partes deveriam ser iguais e assegurado o contraditório, divergindo para a não necessidade de as partes ser iguais e a sentença deverá ter fundamento no conjunto probatório.

Acerta a turma no posicionamento da fundamentação da sentença, pois deverá o julgador avaliar o conjunto probatório, afastando a irrestrita análise sobre a prova emprestada, isto é, que a prova emprestada corrobore com as demais provas, não sendo a única prova que realize a convicção do julgador.

Na sexta turma acompanha o posicionamento inicial das demais turmas, partes devem ser iguais e o contraditório assegurado, porém, em divergência passa a acatar que as provas podem ser diferentes e não há necessidade do contraditório, a sentença deve ser fundamentar no conjunto probatório, em outra divergência considerou que as partes podem ser diferentes e que o contraditório esteja assegurado no processo originário, poderá ser emprestada entre outros ramos do direito, em última divergência tratou de aceitar que as partes podem ser diferentes, o contraditório seja assegurado no processo originário e o uso da prova emprestada na fase investigatória, sem o devido contraditório.

Assim, observa-se um acompanhamento da jurisprudência na autorização do empréstimo da prova realizada na fase investigatório, sem o contraditório pelo investigado.

A primeira seção entendeu que as partes devem ser iguais, a prova será considerada legal caso o processo em que foi produzida venha a ser anulado por questão de processual ou procedimental e o empréstimo entre os ramos do direito.

A terceira seção teve o entendimento mais simples, as partes devem ser iguais e assegurado o contraditório. E por fim, a Corte Especial entende que a prova emprestada deverá ser autônoma para abertura de uma ação penal, as partes podem ser diferentes e assegurado o contraditório no processo originário.

Diante disto, com a análise de todos os julgados retornados na pesquisa fica demonstrado que a prova emprestada possui requisitos diversos em cada turma, seção e Corte Especial do STJ, não havendo uma taxatividade para realização do empréstimo.

Entre todos os julgados somente um trouxe a sua nulidade pela falta do contraditório na produção probatória da prova no processo originário, conquanto que os demais tornaram válida diversas situações similares.

No STF houve a análise de 112 julgados, divididos em duas turmas e um Tribunal Pleno, a diferença entre o STJ está na possibilidade recursal, pois há necessidade da afronta constitucional, conquanto que no STJ o indicativo da base de questionamento é a legislação infraconstitucional.

Assim, realizou-se a análise do uso da prova emprestada com base no direito processual civil e direito processual penal, de igual forma realizada na análise da jurisprudência do STJ.

No ramo do direito processual civil as duas turmas e o Tribunal Pleno padronizaram o uso da prova emprestada, assim, entendem que é necessário que as partes sejam iguais, assegurado o contraditório e a prova pode ser produzida em ramo diverso do direito, na atualização legislativa permaneceu a aplicação.

Em análise da jurisprudência no ramo do direito processual penal a primeira turma apresenta divergência, de início as partes devem ser iguais, assegurado o contraditório, posteriormente passa a ser aceito que as partes sejam diferentes, assegurado o contraditório e a sentença deverá ter base do conjunto probatório, em outra divergência, verificou-se que as partes podem ser diferentes, o julgador pode juntar a prova emprestada no processo para realizar a dosimetria da pena.

Atenta-se que, o magistrado juntou a prova emprestada para realizar a dosimetria do decreto condenatório, entende-se que há violação do juiz natural, contraditório e ampla defesa, presunção de inocência, entre outros, porém o STF considerou legal a utilização da prova emprestada.

A segunda turma tem posicionamento similar, as partes devem ser iguais, assegurado o contraditório e a prova emprestada não deve ser o único meio de convicção do julgador, divergindo com a possibilidade do uso da prova emprestada que envolvam crimes com penalidades diferentes, isto é, a prova produzida em um processo que enseja a pena de detenção como empréstimo para o processo em que a pena será de reclusão.

O Tribunal Pleno também acompanha o posicionamento iniciais das duas turmas, as partes podem ser diferentes, assegurado o contraditório, pode ser utilizado entre ramos de direito diferentes, produção probatória ocorrida na fase investigativa ou processual, divergindo

na utilização de prova emprestada de processo alienígena, com entendimento de que as partes devem ser iguais e seja feito o contraditório pela parte do outro processo que terá o empréstimo.

Posição considerada pelo Tribunal Pleno se distinguindo do entendimento do STJ, pois não há previsibilidade/conhecimento sobre a legalidade da produção probatório em provas alienígenas, pois poderá essas provas ter violado princípios fundamentais pela Constituição Brasileira.

No STF as duas turmas e no Tribunal Pleno mantiveram o posicionamento uníssono sobre o uso da prova emprestada no CPC, assim, as partes devem ser iguais, assegurado o contraditório e por fim que a prova emprestada pode ser oriunda de processo de ramo diverso do direito.

Assim, foi levantado a admissibilidade da prova emprestada com viés constitucional, isto é, que os princípios e requisitos expressos na carta maior estão sendo assegurados pelas partes, preservando a paridade de armas.

Entre os princípios relacionados à prova, tem-se o contraditório, pois é visto como um método de pesquisa da verdade, a verdade substancial diante das provas que são apresentadas, mas com reserva do sistema acusatório, indo além da dúvida razoável da materialidade e autoria.

Na literatura há alguns requisitos corolários ao uso da prova emprestada, embora a jurisprudência venha se modificando a cada caso concreto manteve o cumprimento de princípios elencados pela Constituição.

Tem-se outros requisitos infralegais para admissão da prova emprestada, na literatura se encontra a necessidade de os fatos apurados sejam semelhantes, a prova produzida tenha a participação das mesmas partes, observância dos procedimentos da produção probatório e documental.

Infere-se que a jurisprudência acompanha a literatura, mas vem modificando o entendimento sobre a produção probatória e o empréstimo, se a prova passou seguiu os requisitos processuais e procedimentais não haveria impedimento para sua transferência entre processos distintos, desde que na fase processual haja o contraditório pelas partes.

De tal modo, passou a ser válido a interceptação telefônica emprestada, já que se trata de prova legal e com autorização judicial. Porém, questiona-se o uso da prova emprestada para outros processos, já que a autorização é útil para a apuração investigativa.

Em última análise, realizou-se a análise crítica sobre o uso da prova emprestada, demonstrando alguns pontos relevantes encontrados na jurisprudência, também vistos como contraditórios e sem o devido amparo legal.

Desta forma, a prova emprestada na conformidade da jurisprudência das cortes superiores demonstra que há uma liberalidade para o empréstimo, apesar de que as restrições devem ser definidas pelo juízo singular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, N. C. P. (2017). *Processo penal*. 9ª ed. rev. e atual., São Paulo: Método.

BADARÓ, G. H. R. I. (2018). *Processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT.

BECHARA, F. R. (2011). *Prova emprestada e a preclusão do contraditório*. v. 14, p. 315-342, jan./jun. São Paulo: Revista de Ciências Penais.

BRASIL. (2002). *Código Civil Brasileiro*. República Federativa do Brasil. Acesso em 11 novembro 2020. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. (1941). *Código Penal Brasileiro*. República Federativa do Brasil. Acesso em 11 novembro 2020. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. (1941). *Código de Processo Penal Brasileiro*. República Federativa do Brasil. Acesso em 11 novembro 2020. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. (1973). *Código de Processo Civil Brasileiro*. República Federativa do Brasil. Acesso em 11 novembro 2020. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. (2015). *Código de Processo Civil Brasileiro*. República Federativa do Brasil. Acesso em 11 novembro 2020. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BURGARELLI, A. (2000). *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira.

CARNELUTTI, F.. (2003). *A Prova civil*. São Paulo: LEUD - Livraria e Editora Universitária de Direito.

CASTRO, A. S. (2018). *Teoria da causa madura no novo Código de Processo Civil*. Brasília-DF: 12 out 2020. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52104/teoria-da-causa-madura-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Conteúdo Jurídico. Acesso em: 12 out 2020.

CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P. & DINAMARCO, C. R. (2008). *Teoria geral do processo*. 24 ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros.

COELHO, P. (2020). *Diálogos sobre o Processo Penal*. Salvador: JusPodivm.

DEMCZUK, C. (2012). *O uso da prova emprestada no processo penal*. a. 49 n. 193 jan./mar. 2012, p.285-295. Brasília: Revista de Informação Legislativa.

DESTEFENNI, M. (2006). *Curso de processo civil: processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. v. 1. São Paulo: Saraiva.

DEZEM, G. M. (2020). *Curso de Processo Penal*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

DIDIER JÚNIOR, F. (2011). *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: JusPodivm.

GOMES FILHO, A. M. (2005). *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)* in Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora.

_____. (2008). *Provas lei 11.690, de 09.06.2008*. In As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GOMES FILHO, A. M. & BADARÓ, G. H. R. I. (2007). *Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, 65, março-abril. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FUX, L. (2008). *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense.

GRECO, L. (2003-2004). *Conceito prova*. Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5. Revista da Faculdade de Direito de Campos.

GRUBBA, L. S. (2017). *A verdade no processo penal: (im)possibilidades?*. v. 12, n.1., p.266-286. Londrina: Revista do Direito Público.

GONÇALVES, M. V. R. (2020). *Teoria geral. Curso de direito processual civil*. vol. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação.

HARTMANN, R. K. (2020). *Curso completo do novo processo civil*. 6. ed. Niterói, RJ: Impitus.

LIMA, R. B. (2020). *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM..

_____, R. B. (2020). *Legislação Criminal Especial Comentada*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM.

LOPES JUNIOR, A. (2020). *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação.

MALATESTA, N. F. (2013). *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução para o português: J. Alves de Sá. Adaptação para o português do Brasil: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora.

MARINONI, L. G. (2011). *Prova*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

NEVES, D. A. A. (2016). *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método.

NERY JUNIOR, N. (2004). *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUCCI, G. S. (2020). *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense.

PACELLI, E. (2020). *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas.

PINHO, H. D. B. (2020). *Manual de direito processual civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação.

RANGEL, P. (2020). *Direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas.

RIBEIRO, P. B. & RIBEIRO, P. M. C. (2005). *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento e recursos*. São Paulo: IOB Thomson.

SANTOS, M. A. (2007). *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

SILVA, O. A. B. & GOMES, F. (2006). *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

THEODORO JÚNIOR, H. (2009). *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense.

