

## PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL: A PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO E/OU DE SUA DEFESA TÉCNICA NA PRODUÇÃO DA PROVA COMO CONDIÇÃO INEXPUGNÁVEL DE SUA ADMISSIBILIDADE

Lucas Mello Rodrigues\*

**RESUMO:** A prova emprestada é aquela produzida em um determinado processo e usada de empréstimo em outro com o escopo de surtir, em tese, o mesmo efeito probante surtido no processo originário. No entanto, esta prova deve ser recebida no processo penal com certas ressalvas, só podendo ser admitida quando, no processo de origem, fora efetivamente observado o contraditório, assim entendido a efetiva participação da defesa técnica do acusado nos atos inerentes à produção da prova. Lado outro, quando o acusado e/ou sua defesa técnica não participaram da produção da prova no processo donde ela provém, tal prova é taxada de ilícita. É o que se busca demonstrar com o presente estudo.

**Palavras-chave:** Prova Emprestada. Processo Penal. Contraditório.

---

\* Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (CEULJI/ULBRA). Estagiário do Poder Judiciário do Estado de Rondônia, lotado na 3.<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Ji-Paraná/RO.

<i>Jus Societas</i>	<i>Ji-Paraná – RO – CEULJI/ULBRA</i>	v. 6	p. 18-26	n. 1 - 2012
---------------------	--------------------------------------	------	----------	-------------

## INTRODUÇÃO

Quando o assunto envolve a denominada “prova emprestada”, mormente no processo-crime, o tema provoca grandes debates nos tribunais pátrios.

Há entendimentos dissensos; uma corrente entende que a prova emprestada para ser admitida deve ter sido produzida em processo que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valê-la; outra entende que a prova não precisa ser produzida com a efetiva participação da parte que suportará os seus efeitos, desde que respeitado o princípio do contraditório, assim entendido o direito de manifestar-se sobre a prova produzida em outros autos.

Diante desta situação, o presente estudo tem como escopo discorrer sobre o tema com arrimo em pesquisa doutrinária e jurisprudencial trazendo a baila o entendimento que, a nosso ver, corrobora com os princípios constitucionais que norteiam a matéria.

## 1 CONCEITO DE PROVA EMPRESTADA

Prova empresta é a prova produzida em um determinado processo para nele surtir efeitos, mas que, por similitude fática (correlação), é transladada documentalmente para outro processo, para neste produzir, em tese, os mesmos efeitos produzidos naquele. Nas palavras de Nucci:

É aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida (NUCCI, 2010, p. 386).

Apresentado o conceito da chamada prova emprestada, passamos no próximo capítulo a verificar quais as justificativas de seu uso no processo penal.

## 2 PRINCIPAIS FUNDAMENTOS PARA O USO DA PROVA EMPRESTADA

Segundo Luiz Flávio Gomes “o principal fundamento para o empréstimo da prova é, sem dúvida, a economia processual. Seu escopo maior é impedir a repetição desnecessária de atos processuais” (Comentários do professor Luiz Flávio Gomes sobre a admissibilidade da prova emprestada em sede de Processo penal. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/artic1e.php?story=20070611144847177&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/artic1e.php?story=20070611144847177&mode=print). Acessado em 22.05.2012 às 17h39min>)

Complementando a lição do Íncrito Professor, é inegável que a prova emprestada também se mostra apropriada para revolver fatos pretéritos insuscetíveis de elucidação por outro meio probante, seja em razão da impossibilidade de nova produção (oitiva de uma testemunha já falecida, v. g.), seja em virtude do desaparecimento dos vestígios materiais do delito (substância entorpecente totalmente incinerada, v. g.).

Todavia, como veremos a seguir, por mais apropriado e oportuno seja o uso da prova emprestada, esta não deve, em

hipótese alguma, ir de encontro aos princípios constitucionais, sob pena de contrair a pecha da ilicitude.

## 3 IMPRESCINDIBILIDADE DA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Malgrado haja dissensão jurisprudencial acerca do uso da prova emprestada no processo penal, em certo ponto a jurisprudência é unânime, a saber: “... admite-se a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que sobre ela seja possibilitado o amplo exercício do contraditório...” (STJ - AgRg no Ag 1081379 / RS – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Dje 15/03/2010)

Noutras palavras, a jurisprudência pátria é uníssona em proclamar que a validade da prova emprestada está condicionada à observância ao princípio do contraditório.

Frente a esta assertiva, cabe uma reflexão acerca do que vem a ser, efetivamente, o respeito ao princípio do contraditório, porquanto incorre em equívoco confundir *ciência da prova já produzida com exercício do contraditório*.

Destarte, há que ser feita a devida e necessária distinção entre *ciência da prova*

<i>Jus Societas</i>	<i>Ji-Paraná – RO – CEULJI/ULBRA</i>	v. 6	p. 18-26	n. 1 - 2012
---------------------	--------------------------------------	------	----------	-------------

e *exercício do contraditório*, pois ter ciência de uma prova não significa, necessariamente, poder exercer o contraditório.

Como cediço, o princípio do contraditório compreende a defesa técnica ter ciência de todos os atos inerentes à produção da prova, assim, podendo participar efetivamente de sua produção e, conseqüentemente, poder influenciar em sua conclusão, contradizendo-a, apresentando contraprova etc. Não significa, tão somente, ter vista de um documento espúrio sem poder influenciar na modificação do seu conteúdo enquanto prova.

Garantir efetivamente o contraditório, portanto, não significa tão somente intimar a defesa quanto à prova já finalizada, mas sim, intimá-la para participar dos atos atinentes à sua produção.

Ora, não poderia ser diferente, do que adianta intimar a defesa para manifestar-se sobre uma prova já produzida sem a sua participação cujo seu teor não pode mais ser modificado?!

Neste diapasão, a inobservância ao princípio do contraditório não significa que a defesa não pôde e pode manifestar sobre

a prova já produzida sem a sua participação. Muito pelo contrário, a violação ao princípio do contraditório ocorre justamente quando a defesa técnica não participou da produção da prova; tratando-se de uma violação pretérita, ou seja, a ofensa frontal ao princípio em referência decorrer única e exclusivamente da ausência da defesa técnica do acusado nos atos de produção da prova no processo donde ela emana.

Desta forma, como veremos mais detidamente a seguir, não há falar-se em respeito ao princípio do contraditório quando a prova emprestada tenha sido produzida em processo que não tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova.

#### **4 ILICITUDE DA PROVA EMPRESTADA UTILIZADA CONTRA QUEM NÃO PARTICIPOU DE SUA PRODUÇÃO**

Como visto acima, o contraditório compreende a real possibilidade de a defesa técnica do acusado participar da produção da prova.

Repise-se, o “contraditório judicial” não deve ser exercido apenas no momento

da insurgência contra a prova já finaliza. Ao revés, deve ser oportunizada à parte a efetiva participação no desenvolver da sua produção. A este respeito, confira-se:

E é importante salientar que o princípio da ineficácia das provas que não sejam colhidas em contraditório não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas: exige-se, isso sim, que seja posta em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve (GRIONVER, Prova emprestada, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 4, p. 63.)

Ainda, a título de reflexão, confira-se uma emblemática lição:

Toda investigação de prova, obrigatoriamente, passa, insista-se, pelo crivo do contraditório. Em consequência, a parte precisa ser cientificada da indicação, produção e autorizada a assistir a coleta. Só assim, ter-se-á o princípio realizado substancialmente. Além disso, a parte pode participar dessa atividade, sendo-lhe consentida, por exemplo, reinquirir testemunhas, acompanhar diligências, sugerir quesitos para a perícia. A prova, portanto, é regulada pelo Direito, que, no dizer de Franco Cordero, fixa as condições de admissibilidade e o modo de formação... A prova emprestada, portanto, é apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova. A distinção não é meramente acadêmica. Como toda prova urge passar pelo contraditório; a parte tem direito à produção *secundum ius*. Efeito prático: se assim não ocorrer, cumpre ser repelida, sob pena

de invalidade: contrasta com o devido processo legal... O leigo, tantas vezes, não compreende as normas jurídicas. Tem-na como excessivamente formalista, dificultando a conclusão do processo. Assim o é por não perceber que atrás de um dispositivo legal (notadamente constitucional - sentido restrito) está presente um valor, penosamente conquistado no passar dos séculos... (Prova Emprestada (Min. Luiz Vicente Cernicchiaro), pub. no Jornal Correio Brasiliense, de 2 set. 1996).

Note-se que o contraditório só é observado quando a parte participa da produção da prova.

Nessa senda, quando se estiver diante de uma prova extraída de um processo onde a parte contra quem se pretende fazer valê-la e/ou sua defesa técnica não participaram dos atos inerentes à sua produção, tal prova é insuscetível de ser utilizada em detrimento desta parte, sob pena de ofensa frontal ao princípio do contraditório.

Acerca da matéria o escólio de Camargo Aranha:

O princípio constitucional do contraditório (*audiatur et altera pars*) exige que a prova somente tenha valia se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis. Daí porque a prova emprestada somente poderá surtir efeitos se

originariamente colhida em processo entre as mesmas partes ou no qual figura como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário (ARANHA, 1987, p. 189-190).

No mesmo sentido a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

Deve-se também mencionar a denominada prova emprestada, aquela produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, com o fim de gerar efeitos neste. Para sua admissibilidade no processo é necessário que tenha sido produzida em processo formado entre as mesmas partes e, portanto, submetida ao contraditório. (MIRABETE, 2004, pág. 282)

Ainda, sobre a matéria, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes lecionam, em obra de autoria coletiva, o seguinte:

Aplicam-se à prova emprestada os princípios constitucionais que regem a prova em geral. Por isso mesmo, o primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, ao menos, em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova.

Isso porque o princípio constitucional do contraditório exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. Em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário. (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance, 2009, p. 117)

Como visto, a doutrina proclama que a prova emprestada pode ser válida, desde que algumas exigências sejam atendidas, em especial que “[...] a prova emprestada tenha sido produzida em processo em que figurem as mesmas partes, ou que, pelo menos, tenha figurado como parte aquele contra quem se valerá a prova [...]” (GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patrícia. DAMÁSIO, Bárbara. Requisitos de admissibilidade da prova emprestada no processo penal. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 13 junho. 2009).

Seguindo o mesmo entendimento, a Jurisprudência pátria tem advertido que, por ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, é nula a prova emprestada produzida sem a participação da parte que suportará os seus efeitos. Neste sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS  
CORPUS. HOMICÍDIO  
QUALIFICADO. PROVA  
EMPRESTADA. ELEMENTOS  
ORIUNDOS DO  
DESMEMBRAMENTO DA AÇÃO  
PENAL. PARTICIPAÇÃO DO  
PACIENTE E SEU DEFENSOR.  
AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO E  
AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO.

1. A prova emprestada tem sido admitida no processo penal pela jurisprudência desde que, no processo de origem dos elementos trazidos, tenha havido participação da defesa técnica do paciente, e, desde que não seja o único dado a embasar a motivação da decisão [...] (STJ - HC 183571 / RJ – Rel. Mina. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – DJe 13/10/2011).

[...] A prova emprestada é admissível no âmbito do processo penal, quando colhida em feito entre as mesmas partes, foi produzida com obediência aos procedimentos legais, diz respeito aos mesmos fatos objetos da acusação que se busca provar, com ampla oportunidade de manifestação do acusado em ambas as ações, inexistindo, assim, ofensa ao princípio do contraditório. Precedentes do STJ.

Havendo indícios de que a produção de provas não foi realizada sob a presidência do Juiz do processo, em ato do qual não participaram as partes, com patente inobservância do devido processo legal e do contraditório, a prova emprestada deve ser qualificada como ilícita, desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta, insusceptível de ser sanada por força da preclusão (STJ - REsp - Rel. Min. Vicente Leal - RT 743/589).

[...] Laudo pericial realizado em outro processo e anexado por cópia na fase

recursal constitui prova emprestada, qualificada como prova ilícita, porque produzida com inobservância dos princípios do contraditório e do devido processo legal, não se prestando para embasar sentença de pronúncia. - Habeas-corpus concedido. (STJ - HC 14216 / RS - Relator: Min. VICENTE LEAL – DJ 12/11/2001)

Como se vê, na esteira da remansosa jurisprudência, bem como segundo entendimento doutrinário, a prova emprestada não pode ser utilizada quando o acusado e/ou sua defesa técnica não participaram de sua produção.

Noutro giro, não há como aquiescer com a argumentação de que o simples fato de ser oportunizada à defesa técnica a possibilidade de manifestar-se sobre uma prova já finalizada, produzida à sua revelia em outro processo, seja suficiente para dizer-se garantido o contraditório.

## **5 SITUAÇÃO EM QUE A PROVA EMPRESTADA PODERÁ SER UTILIZADA, MESMO SEM A PARTICIPAÇÃO DA PARTE NO PROCESSO ORIGINÁRIO**

Como cediço, em direito, nada é absoluto. No tema a envolver a prova emprestada, não poderia ser diferente.



Com efeito, em determinadas situações a prova emprestada poderá ser utilizada em detrimento da parte que não participou da sua produção. Isto ocorre quando tratar-se de prova produzida em observância ao denominado contraditório diferido.

O contraditório diferido, como é sabido, é aquele dilatado para quando a prova estiver conclusa, posto que, em virtude da natureza da prova (interceptação telefônica, v. g.) a participação da parte poderia comprometer o êxito da diligência. Logo, a parte só poderá ter vista da prova e eventualmente impugná-la após a conclusão da mesma.

Neste caso, como de toda sorte não haveria a participação da parte nos atos inerentes à produção da prova, não há razões plausíveis para acoimar a prova de ilícita pelo fato de ser produzida à revelia da parte, notadamente porque a revelia é procedimento típico para resguardar o êxito de sua produção.

À vista disto, ante a inexistência de prejuízo para a parte, que de toda forma só poderia exercer o contraditório após a finalização da prova, neste caso, e somente neste, não há, a nosso ver, que se falar em ofensa ao princípio do contraditório.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo considerado, conclui-se que para validade da prova emprestada é imprescindível que aquele contra quem se pretenda fazer valê-la tenha participado de sua produção no processo originário, sob pena de ofensa frontal ao princípio do contraditório. A única exceção é quando tratar-se de prova cuja produção dispense a participação da defesa técnica do acusado.

Por outro norte, a simples intimação da parte lhe franqueado a possibilidade de manifestar-se sobre a prova emprestada produzida em outro processo sem a sua participação, por si só, não tem o condão de convalidar a prova, eis que produzida sem a participação da parte, isto é, sem observância do contraditório judicial.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 2. ed., 1987.



GRIONVER, Ada Pellegrini. *Prova emprestada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 4.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antônio Scarance. *Nulidades no processo penal*. 11. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 16. ed. Atlas, 2004, p. 282.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6. ed. RT; São Paulo, 2010.

<i>Jus Societas</i>	<i>Ji-Paraná – RO – CEULJI/ULBRA</i>	v. 6	p. 18-26	n. 1 - 2012
---------------------	--------------------------------------	------	----------	-------------