XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

CRISTIANO BECKER ISAIA

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

GLÁUCIA APARECIDA DA SILVA FARIA LAMBLÉM

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém, Márcia Haydée Porto De Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-354-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

Apresentação

O Novo Código de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, em virtude mesmo da complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça IV, por ocasião do XXV Encontro Nacional do Conpedi, realizado na cidade de Curitiba/PR, de 07 a 10 de dezembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi coordenado pelo Professor Doutor Cristiano Becker Isaia (UFSM), pela Prof.ª Dr.ª Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém (UEMS) e pela Prof.ª Dr.ª Márcia Haydée Porto de Carvalho (UFMA). Um total de 23 (vinte e três) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em cinco grupos.

No primeiro conjunto temático, o foco centrou-se principalmente no universo do Direito Processual Constitucional e dos Princípios Jurídicos, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como os limites às mutações constitucionais, colaboração processual, segurança jurídica no âmbito processual, razoável duração do processo e filosofia no processo, com ênfase na crítica hermenêutica. No segundo grupamento, destacou-se o enfrentamento verticalizado do tema Processo colaborativo e Democrático, vindo à tona principalmente questões relacionadas à nova cultura da cooperação processual, democracia participativa, sistemas e processo, amicus curiae, dentre outros. Na terceira série, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos às Teorias decisórias e o próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, quando se discutiram temas igualmente de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, precedentes judiciais, democratização do processo e judicialização da política. A quarta reunião de temas debateu o Procedimento processual civil, momento em que, numa perspectiva mais técnica, enfatizaram-se temas relacionados à participação da criança e do adolescente no ambiente processual, bem como alguns aspectos interessantes no processo de execução e no incidente de resolução de demandas repetitivas. Finalmente, o quinto e último grupo proporcionou o debate frente à relação entre Processo e direitos transindividuais, com ênfase principalmente na tutela coletiva processual.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof.ª Dr.ª Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

Prof.ª Dr.ª Márcia Haydée Porto de Carvalho – Universidade Federal do Maranhão

A CIRCULAÇÃO DAS PROVAS ENTRE OS PROCESSOS CIVIL, PENAL, ADMINISTRATIVO E A REGRA TRAZIDA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA TÍMIDA INOVAÇÃO.

CIRCULACIÓN DE LA PRUEBA ENTRE EL PROCESO CIVIL, PENAL, ADMINISTRATIVO Y REGLA TRAJO EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL: UNA INNOVACIÓN TÍMIDA.

Karol Araujo Durço [1]

Resumo

O presente artigo objetiva investigar a circulação das provas entre os processos civil, penal e administrativo. Neste campo, considerando os debates relativos à edição do Novo Código de Processo Civil, que positivou o instituto em seu art. 372, pretende-se explicitar alguns aspectos desta inovação legislativa e, ainda, dos debates doutrinários e jurisprudências nas diferentes esferas.

Palavras-chave: Circulação de provas (prova emprestada), Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

En este artículo se investiga la circulación de pruebas entre los procedimientos civiles, penales y administrativos. En este campo, teniendo en cuenta los debates sobre el tema de lo Nuevo Código Procesal Civil, que positivou el instituto en su artigo 372, tiene por objeto aclarar algunos aspectos de esta innovación legislativa y también los debates doctrinales y las decisiones judiciales en diferentes ámbitos.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Circulación de pruebas (prueba prestado), Nuevo código procesal civil

[1] Professor do Curso de Direito da UFJF. Mestre em Direito Processual pela UFES. Doutorando em Direito Público e Professor visitante da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Advogado

1 INTRODUÇÃO

O tema relativo à circulação das provas, também conhecido como prova emprestada ou prova trasladada, sempre ensejou debates doutrinários e jurisprudenciais no campo do direito processual. Cuida-se de assunto polêmico, pois envolve a ponderação de garantias processuais, que, por si mesmas, já passam por grandes debates no Brasil, em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que positivou boa parte dos princípios processuais adotados pelos países ocidentais.

Não obstante, cumpre informar que, até a edição do Novo Código de Processo Civil, inexistia, na esfera processual civil, qualquer dispositivo legal que tratasse do tema, vez que o Código de Processo Civil de 1973 é omisso quanto ao assunto.

Contudo, em sede doutrinária e jurisprudencial, como restará demonstrado a seguir, algumas questões já estão assentadas de longa data, não ensejando maiores discussões, em especial em relação a própria admissão do instituto, que é visto como vinculado aos princípios da economia processual, da efetividade e da razoável duração do processo.

De uma forma ou de outra, para melhor compreensão deste tema, será necessário trazer a debate algumas diferenças e peculiaridades das várias esferas procedimentais, o que será objeto da primeira parte do texto, seguida de uma investigação sobre a circulação das provas para, ao final, comentar a tímida previsão do art. 372 do Novo Código de Processo Civil, que representa singela inovação legislativa.

2 PROVA EM DIREITO: breves observações sobre as esferas civil, penal e administrativa

Antes de se ingressar no tema relativo à circulação das provas, entende-se necessário fazer breves observações sobre alguns pontos polêmicos em relação à prova nas esferas civil, penal e administrativa. Tais observações são indispensáveis para a reflexão e compreensão do mencionado tema. Cumpre recordar que os debates envolvendo a circulação das provas sempre colocam em xeque sua origem e as garantias dos procedimentos a partir dos quais se pretende realizar tal aproveitamento, daí a necessidade da fixação de certas premissas básicas em sede de direito probatório, sob um enfoque das especificidades de cada uma das mencionadas esferas processuais.

Pois bem, tanto na esfera cível, quanto na esfera penal e na esfera administrativa, prova constitui o conjunto de atos praticados pelo julgador, pelas partes ou por terceiros

visando levar ao magistrado ou a administração pública a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação[2]. Por outras palavras é todo e qualquer meio de percepção utilizado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação[3].

Ateste-se que o direito à prova, tanto nas esferas civil, quanto penal e administrativa, é decorrência do direito de ação/petição bem como corolário do princípio do contraditório (CÂMARA: 2005, p. 182) e, como tal, possui origem também na necessidade de observância a um devido processo legal, seja em sua face procedimental (representada notadamente pelo contraditório e pela ampla defesa); seja por sua face substancial (que se externa em proporcionalidade e razoabilidade[4]).

No entanto, paralelamente às semelhanças conceituais, distingue-se a prova nos direitos processual penal e processual civil. Na esfera penal vigora o sistema inquisitório e na civil, até pouco tempo, preponderava o sistema dispositivo. Como decorrência desta distinção fundamental, tem-se que a prova civil e a prova penal possuem enfoques diferentes, sendo o sistema penal mais impregnado de ativismo judicial do que o civil, no qual vigora com mais força o chamado princípio dispositivo da produção da prova.

---

[2] Segundo Michele Tarruffo modernamente a prova é entendida basicamente sob dois aspectos: em primeiro lugar prova é meio de conhecimento, ou seja, o conjunto de informações mediante as quais o juízo conhece as peculiaridades dos fatos em jogo promovendo sua reconstrução fidedigna. Nessa primeira acepção prova possui uma função epistemológica. O conjunto de provas seria um verdadeiro "rol epistemológico"; em segundo lugar prova pode ser entendida como meio de persuasão do juiz pelas partes. Nesse sentido a prova teria eminentemente uma função retórica. Seguindo os trilhos destas conclusões prossegue, ainda, o mencionado autor afirmando que a prova como rol epistemológico refere-se a uma "teoria da decisão justa"; e que como meio de persuasão seguiria uma "teoria da resolução das disputas". (TARRUFO: 2003); Para Marcelo Abelha Rodrigues pode-se antever dois primas conceituais que se referem à prova: "[...] objetivo, como sendo os elementos que permitem ao juiz chegar ao conhecimento da verdade; subjetivo, como sendo a própria convicção do juiz perante as provas produzidas no processo". (2003, p. 167); Mencione-se o conceito de Giuseppe Chiovenda para quem provar significa "formar a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo". (2000, p. 109); Afirma José Frederico Marques que a prova é "elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações". (2000, p. 330); Segundo a lição de Júlio Fabbrini Mirabete prova é "a demonstração a respeito da veracidade ou falsidade da imputação, que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento". (2003, p. 398).

[3] Nesse sentido Giovanni Brichetti afirma que: *"en efecto, 'probar' significa hacer conocer a otros una verdad conocida por nosotros, y los médios de prueba son precisamente los médios que nos suministran el conocimiento verdadero de hechos"*. (s.d., p. 07); Também Carnelutti o qual afirma que prova "*es el procedimiento dirigido a la verificación de un juicio*". (Apud Brichetti, s.d., p. 11); Para Nicola Framarino Dei Malatesta prova é "a relação particular e concreta entre a verdade e a convicção racional". (2001, p. 90).

[4] Nesse sentido BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. Interpretação Constitucional e o Princípio do Devido Processo Legal. *In*: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-março de 2006. nº 54, ano 14. pp. 211-275. Quanto à face substancial do princípio do devido processo legal afirma a autora que se refere a limitações materiais (de mérito) aos atos das autoridades "regulamentadora governamental legislativa" e administrativa, sendo o Poder Judiciário encarregado de exercer essa fiscalização, podendo apreciar a constitucionalidade, razoabilidade e proporcionalidade de um determinado ato estatal.

Além desta diferença de enfoque do direito à prova nos mencionados ramos, advirta-se que a preponderância de uma verdade processual na esfera cível fez com que aflorassem alguns dispositivos legais bastante marcantes neste âmbito processual, que o afastam, sobremaneira, da esfera penal.

Assim, no processo civil, a regra geral é a de que se o réu não contestar a ação, reputam-se como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 319, do CPC de 1973 e art. 344 do NCPC). No que tange ao depoimento pessoal, uma vez intimada a parte, e em não comparecendo ou recusando-se a depor, aplica-se a pena de confissão (art. 343, § 2º, do CPC de 1973 e art. 385, § 1º do NCPC). Igualmente, não sendo impugnada a autenticidade da assinatura ou a veracidade do documento trazido aos autos pela parte adversa, presume-se anuência com o silêncio, reputando-se o mesmo como sendo verdadeiro (art. 372, do CPC de 1973 e art. 411, inciso III do NCPC).

De outro lado e diametralmente oposto, no processo penal, por expressa disposição constitucional, o silêncio do réu é amparado pelo direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII, CF). Sendo igualmente irrelevante a existência de fatos incontroversos, já que ao juiz penal é dado promover investigações para aproximar-se o quanto possível for da verdade dos fatos (BARROS: 2002, p. 32). Relembre-se que a confissão na esfera penal é analisada pelo juiz no conjunto das provas produzidas no processo a fim de atestar a compatibilidade e concordância entre todos os elementos presentes (art. 197 do CPP). Tais pontos possuem evidente influência sobre o tema relativo à circulação das provas, vez que, por exemplo, o silêncio do réu na esfera penal nunca poderia produzir qualquer efeito ou ser aproveitado para a esfera civil.

Ilustrem-se, também, algumas especificidades do sistema penal de prova, em relação ao cível. A título de exemplo mencione-se a questão dos documentos que podem ser juntados a qualquer tempo no processo penal (art. 231 do CPP), a necessidade do corpo de delito para infrações que deixem vestígios (art. 158, exceção art. 167, ambos do CPP) e o amplo poder instrutório do juiz (art. 156, do CPP). Ora, existindo dois processos, um penal e outro cível, entende-se que não poderia a parte que deixou de apresentar na esfera cível um documento em prazo oportuno, apresentá-lo em âmbito penal e, posteriormente, pleitear sua circulação entre os procedimentos.

De uma forma ou de outra, e mesmo diante de nítidas diferenças e especificidades, conforme foram apontadas, atualmente revela-se impossível desconsiderar a existência de uma convergência entre os dois sistemas. Resta claro que, no processo civil, busca-se cada vez mais a verdade real e não a formal, enquanto que, no processo penal, também se pretende

abandonar o substancialismo excessivo para mitigar a prova total dos fatos, como demonstra o artigo 76, da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cível e Criminal.

Rememore-se, ademais, no âmbito processual civil, dispositivos como o art. 130 do CPC de 1973 ou art. 370 do NCPC que atribuem amplo poder ao juiz ao permitir que o mesmo, de ofício ou a requerimento das partes, determine as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Tais dispositivos, mesmo tendo que ser admitidos *cum grano salis,* já que no processo civil o poder do juiz ainda é predominantemente pontual e subsidiário, ao passo que no âmbito penal seu poder instrutório é amplo e solidário com aquele atribuído às partes, demonstra uma nítida convergência dos sistemas.

Além disso, pode o juiz cível, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes a fim de lhes tomar o depoimento (art. 342 do CPC de 1973 e art. 385 do NCPC). Relembre-se, também, os arts. 355 do CPC de 1973 e art. 396 do NCPC que permitem ao juiz determinar que a parte exiba documento ou coisa em seu poder a fim de esclarecer os fatos pertinentes ao deslinde da demanda e, ainda, a faculdade atribuída ao juiz de inspecionar pessoas ou coisas (art. 440, do CPC de 1973 e art. 481, do NCPC) ou mesmo determinar a produção de prova pericial.

Na linha de todas estas considerações, há que se ressaltar, para efeito de comparação da matéria de prova no direito civil e no penal, os interesses jurídicos em jogo, os quais possuem como cânone fundamental o trinômio: vida, liberdade e propriedade. Não obstante, tem-se que no campo civil, prepondera o bem jurídico propriedade como objeto dos conflitos judiciais. Já no penal, o bem jurídico preponderante é a liberdade. Esse é o motivo pelo qual, em matéria de prova penal, a busca pela verdade material deve ser mais acentuada, eis que tutela um bem hierarquicamente mais importante que o primeiro (propriedade). É por isso que o sistema inquisitivo sempre imperou no processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil o qual se envolve com questões de cunho privatístico. Mas, ressalte-se, não se pode perder de vista a perspectiva publicista do processo, a qual faz com que os dois ramos do direito - civil e penal - se aproximem, já que ambos visam o exercício do poder jurisdicional e a busca de justiça e pacificação social (BARROS: 2002, p. 33).

Portanto, não obstante uma aproximação legislativo-normativa entre os dois sistemas, as diferenças apresentadas, notadamente na esfera da práxis judicial, são, sem sombra de dúvidas, decorrentes de uma distinção teleológica das espécies de processos em questão, cuidando o penal de um bem axiologicamente superior: a liberdade.

Assim, mesmo ante a proximidade dos sistemas, ainda existem latentes diferenças o que também será observado em sede de circulação das provas, conforme restará caracterizado ao longo do texto.

Outra questão probatória de suma importância e que merece breve consideração, diz respeito ao tema das verdades material e formal. Quanto ao ponto, destaque-se, inicialmente, que a referência a uma verdade real ou material é meramente didática, já que, na realidade, quer-se referir somente à necessidade da maior aproximação possível à verdade dos fatos, uma vez que a correspondência absoluta é, sem a menor sombra de dúvidas, inatingível[5].

Quer-se afirma, pois, que a convicção deve-se apoiar nas melhores provas que sejam possíveis se obter, afirmativa que possui em Nicola Framarino Dei Malatesta seu precursor defensor (1911, pp. 102-103). Para essa corrente doutrinária, sendo determinada prova de fácil repetição, a princípio, não se justificaria sua circulação, devendo ser produzida novamente, tudo a fim de preservar a maior exatidão possível na comprovação dos fatos e um melhor convencimento do julgador.

Sob outro aspecto, se a verdade é inatingível em face da própria limitação humana, também o é em decorrência das limitações que devem ser impostas a uma investigação processual. Segundo as magistrais lições de Conde, além das limitações derivadas das próprias leis do conhecimento, ainda limitam-na os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição e nas leis, bem como as formalidades e "impurezas" do processo penal (CONDE: 1999, p. 97). Nessa linha, conclui o mestre que é verdadeiramente imposição da existência de um Estado de Direito que a busca da verdade seja em certa medida relativizada, isto porque, em síntese, o absolutismo é por si só incompatível com o regime da legalidade (CONDE: 1999, p. 107-108). Em guisa de conclusão, atesta Conde, que somente a argumentação motivada de uma decisão pode justificar sua correção, apontando para uma teoria consensual da verdade[6] que afirma ser "a única possível em um processo penal respeitoso com as liberdades e direitos fundamentais [...][7]". (CONDE: 1999, p. 106)

---

[5] Nesse diapasão a crítica de Ferrajoli a concepção iluminista de verdade, que nela percebe uma ingenuidade epistemológica, tendo em vista a impossibilidade de reprodução exata do fato no processo. Menciona ainda o referido autor que nem mesmo as teorias científicas, decorrentes das ciências experimentais, possuem a verdade absoluta, podendo ser a verdade obtida refutada por uma teoria em contradição, propondo, pois, uma verdade processual de aproximação. (FERRAJOLI: 2002, pp. 40-42); E ainda Marco Antônio de Barros, para quem "o Estado Juiz contenta-se com a verdade projetada pelas partes no processo e não se dispõe a empreender toda sua energia no sentido de apurar ex officio a veracidade dos fatos, sem retoques". (BARROS: 2002, p. 31)

[6] Vale transcrever neste ponto as lições de Robert Alexy, para quem a verdade possível no processo é sempre provisória e pondera que "isto teria de negar-se imediatamente, se para cada questão prática existisse uma única resposta correta, com independência se existe um procedimento para encontrá-la e para provar sua correção. Quem defende esta tese separa o conceito de correção dos conceitos de fundamentalidade e de possibilidade da prova. Desta maneira resulta um conceito absoluto de correção que tem um caráter não-procedimental. O

Verifica-se, desse modo, que não pode mais prevalecer a idéia tradicional de uma verdade material no processo, no sentido de uma absoluta correlação entre os fatos vividos e aqueles provados. Propõe-se, pois, como forma de promover uma adequação dos conceitos de verdade ao racionalmente possível, que os adjetivos 'material' e 'formal' que qualificam o substantivo 'verdade' sejam entendidos no sentido da predominância de limites decorrentes do direito material ou do direito processual sobre a busca da realidade dos fatos.

Nesse sentido, no processo penal, os limites mais acentuados à prova seriam decorrentes do direito material, notadamente do embate principiológico de direitos fundamentais da vítima e da sociedade de um lado; e do acusado de outro. Já no campo cível, não obstante possuir limites materiais, a tônica do sistema fica por conta de limites processuais, notadamente ao se considerarem momentos estanques para proposição e produção de provas por iniciativa das partes, o que, evidentemente, também deverá limitar a circulação de provas.

Está-se propondo, pois, a adoção como verdade material daquela que pode ser obtida de forma processualmente ou procedimentalmente ampla, sendo apenas limitada por meio dos preceitos de direito substancial, principalmente os direitos fundamentais. De outro lado, pensa-se em uma verdade formal no sentido daquela verdade que, além de sofrer mitigação pela ponderação substancial de direitos, também se revela limitada por regras de cunho processual, estando sua proposição e produção sujeita à preclusão. Nesse sentido, ainda seria possível falar de uma predominância da verdade material no processo penal e de uma prevalência de uma verdade processual no processo civil. Advirta-se, no entanto, que é,

---

conceito absoluto e não-procedimental de correção excluiria de fato que se pudesse designar como correto tanto N como ØN [negação de N]. Sey defeito consiste em que parte de pressupostos demasiadamente fortes. A suposição da existência, independentemente do procedimento, de uma única resposta correta para cada questão prática é uma tese ontológica que tem pouco em seu favor e contra a qual se pode aduzir muito. O fato de contestar questões práticas se baseia (não apenas mas essencialmente) em interpretação de interesses e em ponderações de interesses. Não se pode aceitar que sobre esta base seja possível só justamente uma resposta para cada questão prática. [...] A única resposta correta tem melhor o caráter de um fim ao que se deve aspirar. Os participantes de um discurso prático, com independência de se existe uma única resposta correta, devem oferecer a pretensão de que sua resposta é a única correta. Em outro caso, careceriam de sentido suas afirmações e fundamentações. Isto pressupõe somente que existem questões práticas às quais se pode atribuir no discurso uma resposta como a única correta e que não há segurança sobre quais sejam estas questões, de maneira que vale a pena procurar em toda questão uma única resposta correta. Por isso, a teoria do discurso tem como base uma concepção absolutamente procedimental de correção". (ALEXY: 1989, pp. 302-303). No mesmo sentido de uma verdade consensual ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. pp. 31-32. Nos trilhos dos ensinamentos do referido autor tem-se que: "A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral". Entre os processualistas pátrios mencione-se as lições de MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento.* 5ª ed. rev. atu. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[7] Tradução livre.

notadamente, pelo ativismo judicial que esta diferença tende a ser mitigada, já que para as partes as distinções dos sistemas civil e penal ainda são marcantes.

Portanto, por sua própria natureza, a prova e, especialmente, a prova penal, coloca em constante embate princípios como o da dignidade da pessoa humana, intimidade, vida privada, inviolabilidade do domicílio etc. que possuem um peso preponderante no modo pelo qual se produz, se admite e se valoriza a prova, o que se observa, também, quanto a sua circulação entre os diferentes procedimentos.

Pois bem, delineadas essas observações e rememoradas algumas das especificidades próprias das provas nas diferentes esferas procedimentais, torna-se possível abordar, especificamente, o tema relativo à circulação das provas, ou seja, do aproveitamento em um processo de provas produzidas em outros procedimentos.

3 A CIRCULAÇÃO DAS PROVAS ENTRE OS DIVERSOS PROCEDIMENTOS

3.1 Posições doutrinária e jurisprudencial: da regra geral aos limites e exceções

A utilização, em um processo, de provas produzidas em outro processo é definida pela doutrina como a utilização de uma "prova emprestada[8]" ou, ainda, "prova trasladada".

Leciona Fredie Didier Júnior que: "Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele" (2006, p. 523). No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara para quem: "A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos documentos que a documentaram" (2005, nº. 31, p. 11).

Já na ótica do Supremo Tribunal Federal, a matéria relaciona-se, intimamente, com o princípio do contraditório, sendo este o critério de sua admissibilidade, tanto em âmbito civil quanto penal[9].

---

[8] Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. I. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 351. Para Didier "Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele". FREDIE, Didier Jr; et al. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Podivm, 2007, p. 65. Para Talamini "A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram". TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, n. 91, p. 93.

Recentemente, também a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema e se manifestou no mesmo sentido, embora tenha destacado que a observância ao contraditório não quer dizer, necessariamente, identidade de partes em ambos os processos[10]. Veja-se parte relevante da decisão:

> […] Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 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 […][11].

---

[9] HC 67707 / RS - RIO GRANDE DO SUL. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 07/11/1989. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação DJ 14-08-1992. PP-12225 EMENT VOL-01670-01 PP-00178: RTJ VOL-00141-03 PP-00816 EMENTA: PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA DE PRONUNCIA - EFEITO JURÍDICO -PROCESSUAL ORDINÁRIO. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISORIA. FACULDADE JUDICIAL . PRISÃO PREVENTIVA ANTERIORMENTE DECRETADA. - A prisão provisória constitui efeito jurídico-processual que decorre, ordinariamente, da sentença de pronuncia. A concessão de liberdade provisória 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 custodia provisória, 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 provisória. Sentença de pronuncia - elementos. - se a sentença de pronuncia revela, em seu conteúdo intrínseco, os elementos essenciais à 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 - inobservancia da garantia do contraditorio - valor precario - processo penal condenatório. - a prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precario, quando produzida sem observancia do princípio constitucional do contraditorio*. [...]. (destacou-se)
RE 328138 / MG - MINAS GERAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 16/09/2003. Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 17-10-2003 PP-00021. EMENT VOL-02128-03 PP-00508. RTJ VOL-00191-01 PP-00313 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 freqüentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir 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.* (destacou-se). Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário, mas lhe negou provimento. Unânime. 1ª Turma, 16.09.2003.

[10] Em posição conservadora, mas digna de nota, Ada Prellegrini Grinover, ao apresentar as condições de admissibilidade, indica ser necessário não só a identidade de partes, mas também do juiz:"[...] isso porque, com visto, somente a presença concomitante do juiz e das partes pode dar validade à prova. Principalmente quando se trate de prova originariamente oral (interrogatório, depoimentos testemunhais), em que o princípio da imediação torna indispensável que o juiz da causa tenha contato direito com as provas, para poder valorá-las devidamente". *O Processo em Evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1996, p. 59-60.

[11] EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe

Do mesmo modo, em sede doutrinária, e na mesma linha do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, Adalberto José Camargo Aranha defende que:

> 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 algum, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário (1987, p. 189-190).

Nesse sentido, tomando o contraditório como pedra de toque, partindo-se de uma perspectiva mais ampla de investigação da questão e levando-se em conta todas as observações do item anterior quanto às especificidades dos diversos procedimentos, importa saber se existe uma livre circulação de provas entre os mesmos. Para tanto, parte-se da premissa de que a regra geral deve ser a circulação de provas, o que não afasta, contudo, a existência de exceções e limitações para utilização de provas emprestadas. Diante disso, passa-se a tratar das principais exceções trazidas pela doutrina e jurisprudência em sede de circulação de provas.

A primeira limitação à regra geral de circulação refere-se ao desvio da finalidade originária do uso de determinadas informações privadas. Como exemplo, pense-se no desvio de informações obtidas através do permissivo do art. 3º da Lei Complementar nº. 105 de 2001 que dispõe: "serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, *preservando o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide*" (destacou-se). Em relação à questão, sob pena de afronta ao inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal e ofensa ao princípio da razoabilidade, o Supremo Tribunal Federal tem decidido, sistematicamente, que é imperativo da quebra de sigilo de informações privadas a especificidade da medida, que só poderá ser obtida por decisão judicial[12]. Nesse sentido, resta claro que no campo de informações sigilosas, cuja

---

17/06/2014

[12] Inq-AgR 2206 / DF - DISTRITO FEDERAL. AG.REG.NO INQUÉRITO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 10/11/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 02-02-2007 PP-00073 EMENT VOL-02262-02 PP-00259 EMENTA. INQUÉRITO - DILIGÊNCIA - EXTENSÃO. *O deferimento de diligência requerida pelo Ministério Público há de fazer-se em sintonia com as balizas subjetivas e objetivas da investigação em curso, descabendo providências que extravasam o campo da razoabilidade, como, por exemplo, a quebra de sigilo bancário generalizada.* [...] (destacou-se)
HC-ED 87167 / BA – BAHIA. EMB.DECL.NO HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. GILMAR MENDES

obtenção restou justificada em um processo específico, não se poderá cogitar de sua utilização automática em outros procedimentos, a não ser com nova e expressa autorização judicial.

Outro ponto de frequente debate diz respeito às provas obtidas no âmbito de procedimentos administrativos, nos quais as mesmas, em muitos casos, não se revestem da necessária cautela na sua produção, vez que é comum a não observância de formalidades indispensáveis à sua validade no âmbito judicial. Ademais, cumpre recordar que na maior parte dos procedimentos administrativos desaparece a figura do julgador imparcial e equidistante das partes, isto porque em muitos deles a administração pública acumula as funções de parte e órgão julgador. Por isso, não seria possível atribuir-se, à prova emprestada de um processo administrativo, o valor que se dá àquela obtida de um processo judicial. Não obstante, o Pretório Excelso, seguindo o mesmo critério antes mencionado, tem admitido a prova administrativa, desde que resguardo o contraditório em sua produção[13].

Situação diversa, ainda, é quando a prova envolve informações privilegiadas, caso em que se deve afastar a possibilidade de que provas vinculadas a determinadas finalidades possam ser utilizadas para fins diversos. Quanto às informações privilegiadas, destaca-se, igualmente, o repúdio a provas obtidas por meios ilícitos[14], matéria que já possui consolidada jurisprudência de rechaço no Supremo Tribunal Federal.

Julgamento: 15/05/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 15/06/2007 PP-00045 EMENT VOL-02280-03 PP-00415 EMENTA: Embargos de declaração em habeas corpus. 1. Os embargantes alegam: a) a ilegalidade da quebra do sigilo bancário dos pacientes; b) a não-incidência do art. 41 da Lei no 6.024/1974; e c) a impossibilidade de atribuição de poderes jurisdicionais ao Banco Central. 2. Com relação a ilegalidade da quebra do sigilo bancário dos pacientes, verifica-se que a quebra do sigilo bancário dos pacientes não somente se efetivou de maneira legítima, como também contou com prévia autorização judicial específica que somente à partir de então assegurou ao BACEN o acesso as contas bancárias dos ora pacientes. [...] (destacou-se)

[13] RMS 25485 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 14/03/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação. DJ 05-05-2006 PP-00019 EMENT VOL-02231-01 PP-00150. LEXSTF v. 28, n. 329, 2006, p. 161-167. 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. [...] (destacou-se)

[14] RHC 90376 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 03/04/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação.DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321. EMENTA: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) [...] A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção,

Ainda no âmbito do desvio no campo probatório, tem-se a questão da obtenção de provas por meio de mandado expedido com finalidade distinta. Quanto ao ponto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido a necessidade da especificação do mandado, devendo conter, tanto quanto possível, a individualização dos objetos quanto do local da busca e apreensão[15].

Caso análogo e derivado do âmbito administrativo é quando agentes fiscais, com base em seu poder de fiscalização, exigem a entrega de documentos incriminadores que, em sede de ação penal, não precisariam ser apresentados pelo réu de quem isso, sob pena de violação ao princípio constitucional da garantida de não auto-incriminação, não se exige. Tal hipótese deve ser vedada por gerar verdadeira colaboração coercitiva (KNIJNIK: 2007, p. 79).

Outra teoria relevante, correlata à questão supra suscitada, originada no direito norte americano e repudiada nos anos sessenta pela Suprema Corte Norte Americana no caso

---

pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subseqüente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. [...]- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..

[15] RE 418416 / SC - SANTA CATARINA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 10/05/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233 EMENTA: I. Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falta do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356), não há violação dos art. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse requisito (v.g., RE 140.370, 1ª T., 20.4.93, Pertence, DJ 21.5.93; AI 242.237 - AgR, 1ª T., 27.6.00, Pertence, DJ 22.9.00). II. Quebra de sigilo bancário: prejudicadas as alegações referentes ao decreto que a determinou, dado que a sentença e o acórdão não se referiram a qualquer prova resultante da quebra do sigilo bancário, tanto mais que, dado o deferimento parcial de mandado de segurança, houve a devolução da documentação respectiva. *III. Decreto de busca e apreensão: validade. 1. Decreto específico, que somente permitiu que as autoridades encarregadas da diligência selecionassem objetos, dentre aqueles especificados na decisão e na sede das duas empresas nela indicadas, e que fossem "interessantes à investigação" que, no caso, tinha pertinência com a prática do crime pelo qual foi efetivamente condenado o recorrente*. [...] (destacou-se)

Elkins, é a chamada teoria da bandeja de prata, pela qual se valiam de provas que, embora fossem inconstitucionais do ponto de vista Estadual, eram utilizadas livremente em processos Federais. Tal teoria, não obstante tenha sido afastada em seu âmbito público, é aceita no direito norte americano em sua face privada, veja-se o caso Randazzo, no qual um detetive particular de uma loja espionou o réu, enquanto ele se encontrava num provador, ocasião em que o surpreendeu escondendo peças, sendo preso ao deixar a loja. Discutiu-se a validade de tal prova tendo o Tribunal acentuado que "se o detetive fosse um policial, a prova seria inadmissível", ao passo que, em se tratando de uma pessoa privada, seria suficiente sua punição na esfera cível ou mesmo criminal. Considerou-se que "em investigações privadas ilegais, a conduta não é estatal[16]".

Já no Brasil, importante precedente do Supremo Tribunal Federal rejeitou a teoria da bandeja de prata também em sua modalidade privada. Veja-se o julgado: "qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia fotos incriminadoras que havia subtraído". E, ainda, "fotos surrupiadas de seu proprietário, que atentem contra a intimidade, direito constitucionalmente reconhecido, são imprestáveis para sustentar um provimento condenatório, pois ilícitas, devendo ser retiradas dos autos e devolvidas[17]".

Verifica-se, pois, que a doutrina da bandeja de prata coloca, frente a frente, dois valores constitucionalmente reconhecidos, quais sejam, "o valor da privacidade dos indivíduos e o valor da prisão de criminosos[18]".

Conclui-se, então, que, como regra, não há impedimento na circulação de provas entre procedimentos, desde que a prova não esteja atrelada a uma finalidade específica, fixada por lei, caso em que a circulação, com desvio de finalidade, deve ser vedada. Além disso, deve-se perquirir a observância do princípio do contraditório em sua produção, vez que o mesmo tem sido o grande responsável pela vedação da circulação em matéria probatória, conforme destacado pelas transcritas decisões do Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se,

---

[16] People v. Randazzo. 220 Cal. App. 2d. 768,34 Cal. Rptr. 65 (1963). Sobre tal decisão ver: LEMON, Boyd S. People v. Randazzo: the private silver platter doctrine. *In*: *Southern California Law Review*. Vol. 37, pp. 609–620, 1963-1964.

[17] RE n 251.445–GO. Rel. Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Primeira Turma.

[18] People v. Randazzo. 220 Cal. App. 2d. 768,34 Cal. Rptr. 65 (1963). Sobre tal decisão ver: LEMON, Boyd S. People v. Randazzo: the private silver platter doctrine. *In: Southern California Law Review*. Vol. 37, pp. 618, 1963-1964.

porém, que ao menos segundo a posição do Superior Tribunal de Justiça, observância do contrário não exige identidade de partes em ambos os processos. Na verdade, o que parece ser plausível é que a parte contra a qual se pretende utilizar a prova tenha participado de sua produção, ainda que o outro polo da demanda seja distinto.

Nesse sentido, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira trazem valiosa síntese doutrinária sobre o tema e destacam:

> A doutrina sintetiza as regras na utilização da prova emprestada: a) a prova emprestada guarda eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trouxer consigo; b) a eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada estão na razão inversa da possibilidade de sua reprodução; c) a eficácia da prova emprestada equivale à da produzida mediante precatória; d) no processo para o qual será ela transportada, terão de ser observadas as normas atinentes à prova documental; e) é imprescindível que a parte contra a qual vai ser usada esta prova tenha sido parte no primeiro processo (2012, p. 52).

Portanto, muito embora a circulação de provas seja tema ainda bastante debatido em sede doutrinária e jurisprudencial, a tendência é de um crescente aumento em sua utilização, em especial frente à dinamicidade e à necessidade de uma razoável duração dos processos e procedimentos. Mas qual foi a contribuição do Novo Código Civil nesse campo? A resposta será trabalhada no ponto seguinte.

3.2 A regra trazida pelo Novo Código de Processo Civil: uma tímida inovação

Cumpre esclarecer que o Código de Processo Civil de 1973 não possui nenhum dispositivo legal que trata do tema relativo à circulação das provas.

Nesse sentido, tanto a admissão deste instituto quanto a delimitação de sua aplicação, decorrem de uma construção doutrinária e jurisprudencial, tendo sido boa parte dos debates sobre o tema apresentados nos itens anteriores do presente texto.

Pois bem, neste contexto, qual foi a inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil? Ora, o Novo Código trouxe apenas um dispositivo legal a respeito da circulação das provas. Trata-se do art. 372, que possui a seguinte redação: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Percebe-se, de uma leitura do mencionado artigo, sem correspondência no Código de 1973, que o legislador tratou o tema de forma absolutamente tímida, sem adentrar na discussão de nenhum ponto polêmico. O dispositivo limita-se a mencionar a admissão de

prova produzida em outro processo, desde que observado o contraditório. Isso, contudo, há um bom tempo já não ensejava qualquer dúvida na esfera processual civil. De uma forma ou de outra, é importante a positivação do instituto, tendo em vista que o sistema jurídico brasileiro é de matriz legislada e a existência de regra expressa sempre contribuiu para dar mais segurança ao assunto.

Mas e a utilização em processo judicial de provas produzidas em procedimentos administrativos? A resposta continua sendo doutrinária e jurisprudencial. E a necessidade, ou não, da identidade de partes em ambos os processos? A resposta também não é dada pela lei. Percebam que o Novo Código de Processo Civil não traz nenhum esclarecimento se é imprescindível que exista identidade de partes entre as demandas, nem se o contraditório deve ser observado no processo de origem, no processo de destino ou em ambos.

Uma variedade de outros temas controvertidos, como o das provas ilícitas, daquelas produzidas para um fim especifico, daquelas decorrentes de informações privilegiadas etc. também não receberam nenhuma atenção por parte do legislador, restando relegada à doutrina e à jurisprudência a solução de todas estas questões.

Em síntese, o que se percebe é que, em sede de "provas emprestadas", embora seja louvável a positivação desta possibilidade pelo Novo Código de Processo Civil, na verdade o legislador em nada inovou, limitando-se a trazer, na lei, o que já era entendimento sedimentado pela doutrina e jurisprudência. Ou seja, trata-se de mera inovação no campo legislativo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado no texto, as esferas civil, penal e administrativa possuem peculiaridades próprias e objetivos bem definidos, que afetam nas suas formas de produzirem as provas pertinentes e também afetam na admissão destas provas em outros procedimentos.

Todas essas questões influenciam e colocam em xeque uma livre circulação das provas. O Novo Código de Processo Civil, ao positivar o instituto, sem sombra de dúvidas, trouxe importante contribuição para sua sedimentação. Contudo, o legislador foi um pouco tímido, já que poderia ter aproveitado a edição deste novo instrumento normativo processual para afastar pontos polêmicos e controversos que prejudicam a utilização das provas emprestadas.

Por outro lado, para além da tímida positivação do instituto, algumas outras inovações podem contribuir para uma maior utilização das provas emprestadas. A título de

ilustração, antes da edição do Novo Código de Processo Civil, que no art. 459 modificou a forma de colheita dos depoimentos, poderia ser questionado o aproveitamento de um depoimento de uma testemunha, colhido na esfera penal, em um processo civil, considerando que a forma de se inquirir no processo penal era diferente da esfera civil, já que neste último não havia a possibilidade de inquirição direta pelas partes, o que poderia influenciar na colheita da prova, colocando em debate seu aproveitamento.

Da mesma maneira, a criação do instituto da prova técnica simplificada (§ 2º, do art. 464); a possibilidade de indicação de perito em consenso pelas partes (art. 471); ou mesmo a possibilidade de dispensa da prova pericial se as partes já houverem colacionado aos autos pareceres técnicos ou documentos elucidativos que o juiz considerar suficientes (art. 472), evidentemente, são inovações que irão contribuir para o intercambio de provas produzidas em outras esferas, em especial provenientes da esfera administrativa. Assim, também, são as regras a respeito dos documentos eletrônicos (arts. 439 a 441) e, ainda, a positivação como meio de prova específico da chamada ata notarial (art. 384).

Em síntese, embora seja elogiável a iniciativa do legislador em positivar o instituto no art. 372 do Novo Código de Processo Civil, a superficialidade da abordagem do tema, limitando-se a positivar entendimento absolutamente assentado, representa a perda de uma boa oportunidade de regular melhor a matéria a fim de que fosse possível uma ampliação na utilização do instituto em prol de uma maior efetividade e cumprimento do comando constitucional de uma razoável duração do processo.

Por fim, vale a advertência que o presente estudo possui, preponderantemente, um caráter instigativo, no sentido de despertar no leitor o interesse no estudo de tais questões, fornecendo-lhe, outrossim, os elementos mínimos para tal investigação.

Ademais, acredita-se que a segurança e a legitimidade das decisões judiciais no trato probatório ou mesmo na circulação das provas só poderão ser alcançadas quando: uma vez respeitados e garantidos o contraditório e a ampla defesa, se utilize do princípio da proporcionalidade em decisões realmente fundamentadas e justificadas, como devem ser quaisquer pronunciamentos estatais em um Estado que se quer qualificar como Democrático de Direito.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. ***Teoría de la argumentación jurídica* – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.** Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

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

BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. Interpretação Constitucional e o Princípio do Devido Processo Legal. *In*: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-março de 2006.

BRICHETTI, Giovanni. ***La Evidencia en el Derecho Procesal Penal***. Trad.: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-América, s. d.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____ Doenças Preexistentes e o ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *In:* **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2005, nº. 31.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad.: Paolo Capitânio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CONDE, Francisco Muñoz Conde. ***Búsqueda de la verdad en el proceso penal***. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____ **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 7ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____ **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. 6ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal**.** Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos, cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad.: Paolo Capitânio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2001.

_____ **A lógica das provas em matéria criminal**. Vol I Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & C.ta, 1911.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. rev. atu. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. IV. 2ª ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferreira. Campinas: Millenium, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 3ª ed. rev. atu. ampl. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. I. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. *In:* **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, n. 91.

TARRUFO, Michele. **Investigação judicial e produção de prova pelas partes**. Trad. Juan Andrés Varas Braun. In: *Revista de Derecho* (Vadivia). Vol. XV, deciembre de 2003.