

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

GABRIEL COUTINHO GALIL

Limitações à circulação probatória entre os processos civil e penal

**Juiz de Fora
2017**

GABRIEL COUTINHO GALIL

Limitações à circulação probatória entre os processos civil e penal

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação da Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL COUTINHO GALIL

Limitações à circulação probatória entre os processos civil e penal

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes.
Universidade Federal de Juiz De Fora

Profa. Dra. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli
Universidade Federal de Juiz De Fora

Thaís da Silva Barbosa
Universidade Federal de Juiz De Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 26 de Outubro de 2017

Dedico esse trabalho ao meu pai Luciano e à minha tia Aidê, por me apresentarem o amor ao Direito. À minha mãe Nilza (*in memoriam*), ao meu irmão Pedro e à Simone, por estarem sempre presentes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar à Clarissa por toda a paciência e dedicação que empregou para me orientar neste e em outros trabalhos, as páginas que seguem não fazem jus ao tanto que aprendi sob sua orientação. Agradeço, ainda, por ser singular exemplo de professora, pesquisadora e pessoa.

À Professora Luciana Melquiades, por ter aberto as portas da pesquisa para mim e por toda atenção que me deu em meus primeiros passos na iniciação científica.

Agradeço também à Professora Manoela Roland, pela oportunidade de integrar o HOMA, experiência marcante na minha trajetória acadêmica.

Ao professor Bruno Stigert, que, desde o primeiro dia no curso de Direito, me instigou com seus questionamentos. Sem ele, minha trajetória no Direito não seria a mesma.

Às amigas Illanah e Anna Flavia, por tornarem os dias de UFJF sempre mais leves. À Paola, pela inspiração que sempre me traz para seguir a vida acadêmica e por dividir, também, as dificuldades desse caminho.

E por último, mas nem um pouco o menos importante, ao Rafael. Por todas leituras atentas, por ser porto seguro em meio à tantas incertezas, por dividir comigo tantos projetos e ambições, por um companheirismo que não sabia existir, por todo amor.

RESUMO

A previsão expressa da utilização da prova emprestada contida no artigo 372 do Código de Processo Civil de 2015 se fez desacompanhada de critérios específicos para a disciplina do fenômeno, tanto entre processos de mesma natureza, quanto entre processos de natureza distinta. Assim trabalho objetiva o exame das limitações à circulação de provas entre os processos civil e penal. Valendo-se do método jurídico compreensivo de pesquisa, analisam-se os critérios tradicionalmente elencados para a circulação de provas, que seriam: produção da prova perante órgão jurisdicional; identidade de fato probando; identidade de partes; produção da prova em contraditório. Constatando-se insuficiência deles para a circulação entre processos de natureza distinta, o trabalho apresenta dois critérios suplementares, sem a presunção de exaustão, para que o transporte respeite a garantia do processo justo. Desse modo, o primeiro requisito suplementar a ser observado é a compatibilidade das garantias que incidem em cada processo ou, ainda, os diferentes contornos que essas garantias assumem nos respectivos âmbitos. Em relação às provas admitidas ou produzidas mediante juízo excepcional de proporcionalidade observou-se a necessidade de um segundo requisito suplementar para a circulação probatória, que é a constatação que, caso aquela ponderação ocorresse no processo destinatário, também resultaria na licitude da prova. Com isso, objetiva-se impedir o desvio de finalidade da prova e evitar que a vedação de prova ilícita seja contornada, preservando direitos fundamentais tutelados. Por fim, ressalta-se a importância dos aspectos procedimentais na produção da prova emprestada, principalmente do traslado integral dos autos, como meio de o magistrado do segundo processo aferir os requisitos propostos. Ademais, também se destaca a importância de possibilitar às partes o exercício do contraditório sobre a prova emprestada e que o juiz fundamente sua decisão pela admissão ou não da circulação probatória.

Palavras-chave: Prova emprestada. Processo Civil. Processo Penal.

ABSTRACT

The express provision of the use of evidence previously produced in another case contained in article 372 of the Civil Procedure Statute of 2015 was made unaccompanied by specific criteria for the phenomenon, either between procedure of the same kind either between differently regulated procedures. This work aims at examining the limitations on the circulation of this kind of evidence between civil and criminal procedures. Using the legal comprehensive method of research, it analyzes the criteria traditionally listed for the circulation of evidence, which are: production of evidence before a court; identity in fact of the evidence; identity of parties; production of evidence in contradiction. Recognizing the insufficiency of these criteria when the previous procedure is a criminal one and the current procedure is a civil one, or *vice versa*, the work presents two additional criteria, without the presumption of exhaustion, so that the use of evidence previously produced respects the guarantee of the fair process. Thus, the first additional requirement to be observed is the compatibility of the guarantees in each procedure, or the different contours that those guarantees assume in their respective procedures. In relation to the evidence admitted or produced under an exceptional judgment of proportionality, the need for a second additional requirement for the circulation of evidence was observed, which is the following analysis: if that weighting occurred in the original case were made the second one, would the result concerning the lawfulness of the evidence be the same? With this, it aims to prevent the misuse of purpose of the evidence and prevent the prohibition of illegal obtained evidence being circumvented, preserving fundamental rights protected. Finally, we highlight the importance of procedural aspects in the production of the circulation of evidence, especially the complete transfer of the records, as a means for the judge of the second process to verify the proposed requirements. In addition, the parties should be able to exercise the contradictory about the use of the use evidence previously produced.

Keywords: Evidence previously produced in another case. Civil Procedure. Criminal Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS CONTORNOS DO DIREITO À PROVA E A VERDADE NO PROCESSO.....	11
1. A verdade como correspondência	11
1.2 O direito à prova: contornos e conteúdo	12
2 O DIREITO À PROVA E SEUS LIMITES	14
3 A CIRCULAÇÃO DE PROVAS E A PROVA EMPRESTADA	20
3.1 Fundamentos da circulação probatória.....	21
3.2 Requisitos para a utilização da prova emprestada: o juiz natural	22
4 A (IN)SUFICIÊNCIA DOS REQUISITOS TRADICIONAIS NA CIRCULAÇÃO PROBATÓRIA	29
4.1 As diferenças estruturais e principiológicas entre os processos civil e penal.....	29
4.2 As provas excepcionais e o juízo de proporcionalidade no processo originário	32
4.3 As provas invasivas autorizadas no processo penal e complementariedade dos requisitos elencados	34
4.4 Os requisitos para a produção da prova emprestada	37
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

A(s) globalização(ões)¹ alteram significativamente as relações humanas, modificando as percepções individuais e coletivas em relação ao tempo. O estudo do direito processual não pode ficar alheio a essas questões. De fato, o ônus da demora processual se torna cada vez mais custoso à parte que o suporta², o que reforça a busca pela celeridade e efetividade processual. Essa busca, no entanto, não pode ofuscar a ótica do processo como um mecanismo de efetivação de garantias ao jurisdicionado, que estão positivadas como direitos humanos tanto na ordem interna de diversos Estados, quanto no sistema jurídico internacional. Dessa maneira, a celeridade e a economia processual constituem fundamentos para a maior amplitude da utilização da prova emprestada, de modo que sua aceitação expressa pelo Código de Processo Civil de 2015 não se faz acompanhada de critérios de admissibilidade suficientes a garantir a efetividade dos direitos humanos no processo.

Guiado pelas concepções de minimalismo e maximalismo moral de Walzer, investiga-se as limitações à circulação de prova em decorrência das diferenças estruturais e principiológicas entre o processo civil e penal no direito brasileiro.³

A partir dessa diretriz metodológica, indaga-se se os critérios comumente estabelecidos para a admissão de prova emprestada são suficientes para assegurar o devido processo legal. Tem-se como hipótese que tais critérios são insuficientes para o fim almejado, uma vez que haveria a necessidade de se observarem as peculiaridades de cada sistema normativo, *i.e.*, do processo penal e do processo civil.

Desse modo, o trabalho visa à elaboração de aportes metodológicos para a circulação probatória que assegurem as garantias processuais dos litigantes, valendo-se do método jurídico-compreensivo de pesquisa⁴. A investigação possui como objetivos específicos: delinear o direito à prova como um direito autônomo e fundamental; explicitar as peculiaridades do direito probatório no processo penal e no processo civil; e traçar diretrizes metodológicas para a circulação da prova nos dois sistemas.

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos Humanos: O Desafio Da Interculturalidade. **Revista Direitos Humanos**. n.2, jun. 2009.

² BODART, Bruno. V. Das Rós. **Tutela de Evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 67-71.

³ WALZER, Michael. **Thick and Thin**: Moral Argument at Home and Abroad. Londres: Notre Dame University Press, 1994

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 28-29.

1 OS CONTORNOS DO DIREITO À PROVA E A VERDADE NO PROCESSO

O estudo da prova exige uma abordagem ampla e multidisciplinar, uma vez que essa é considerada um fenômeno metajurídico⁵. Como afirma Knijnik, a análise do feixe de normas que compõem o direito probatório de determinada sociedade é, por consequência, a análise de seu modelo cognitivo⁶, demonstrando um quase sem limite de possibilidades no estudo do fenômeno probatório. Considerando a amplitude do tema e as múltiplas abordagens possíveis, faz-se essencial a delimitação de alguns pressupostos teóricos que fundamentam o presente trabalho.

1. A verdade como correspondência

O primeiro esclarecimento necessário é a concepção adotada para a relação entre prova e verdade. Para além da ultrapassada dicotomia entre verdade formal e verdade material, trabalha-se com a ideia de uma verdade processualmente aferível. Assim, a relação entre prova e verdade é aqui entendida de maneira finalística. Isto é, a prova objetiva sempre o conhecimento da verdade no processo, constituindo um vínculo teleológico, e não ontológico, entre os dois conceitos⁷. No entanto, tal objetivo nem sempre é alcançado, de modo que o enunciado fático provado não necessariamente é verdadeiro. O que se tem como definitivo é a suficiência dos elementos probatórios presentes no processo. Estabelece-se, então, uma noção de verdade como correspondência,⁸ na medida em que seja possível alcançar a proximidade entre os enunciados confirmados no processo e a realidade fenomênica. Ou seja, a verdade do enunciado depende que existam, dentro do processo, elementos suficientes para suportar sua correspondência com o plano empírico. A superação da ideia da verdade absoluta e o direcionamento do processo para uma verdade relativa possibilita a compreensão do processo como um campo de realização de diversos direitos fundamentais de igual valor, o que demanda a ponderação entre o escopo da busca da verdade e outros valores legalmente protegidos.

⁵ Nesse sentido: GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento** v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.102, com cujo posicionamento estamos de acordo. No sentido de que a conclusão fática alcançada no processo é meramente formal, v. CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. Roma: Atheneum, 1915, p. 36; 2. ed., Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1947, pp. 33-34.

⁶ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 7.

⁷ KNIJNIK, Danilo. **Op cit.**, p. 10-15.

⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 78.

1.2 O direito à prova: contornos e conteúdo

No que toca à delimitação do direito à prova, é importante ressaltar que seu reconhecimento normativo extrapola o plano interno, sendo estabelecido também no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Art. 14.3, f)⁹, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Art. 8.2,f)¹⁰ e na Convenção Europeia de Direitos Humanos (Art. 6.3, d)¹¹. Apesar dessas previsões estarem limitadas textualmente às provas testemunhais, deve-se entender que, no tangente aos Direitos Humanos Internacionais, os textos convencionais devem ser tidos como ponto de partida, sendo o âmbito de abrangência desses direitos definido pela interpretação evolutiva das cortes internacionais¹². Nesse sentido, o direito à prova nas cortes internacionais é hoje reconhecido de maneira ampla, não estando circunscrito a um único meio¹³. No direito pátrio, sua garantia ocorre por meio art. 5º, LV, da Constituição Federal, que positiva o direito fundamental ao contraditório. Adotando-se uma concepção de contraditório como poder de influência¹⁴, verifica-se que o direito à prova lhe é intrínseco, uma vez que a proposição, admissão e produção das provas são essenciais ao exercício da influência em relação às premissas fáticas sobre as quais se sustenta a decisão judicial e, também, ao exercício da influência nas questões fáticas que envolvem a solução autocompositiva.¹⁵

⁹ BRASIL, **Decreto 592 de 9 de julho de 1990** – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 18 de set. de 2017.

¹⁰ OEA, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 18 de set. de 2017.

¹¹ UE, **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 18 de set. de 2017.

¹² No sentido do texto: CARVALHO RAMOS, André. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35-48

¹³ BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. **Commentario Alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti Dell’Uomo e Delle Libertà Fondamentali**. Milão: CEDAM, 2001. p. 238; UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e corte europea dei diritti dell’uomo. **Rivista di diritto processuale**. Ano XLIX. Padova: CEDAM, 1994, p. 489-503.; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 75-77.

¹⁴ Sobre essa concepção do contraditório (ou direito à participação), consulte-se, sobretudo, TROCKER, **Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè: 1974, 370 e ss., com amplas referências nos ordenamentos italiano e alemão. V., ainda: MARTINETTO, G. **Contraddittorio (Principio del)**. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1959, p. 458 e ss.. E, entre nós: “(...) O direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, Cap. III, item 9, p. 84). Cf., ainda: CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110-120.

¹⁵ Lembre-se de que as partes podem, a partir das provas, avaliar suas perspectivas no processo e, conforme o resultado das respectivas avaliações, estarão mais ou menos propensas a solucionarem a questão pela via autocompositiva.

Quanto aos aspectos substanciais do direito à prova, ele é entendido como um direito subjetivo¹⁶ que se desdobra em diversas prerrogativas, entre elas: “[de] buscar a prova e a ela ter acesso; de requerê-la; de tê-la admitida; de participar da respectiva produção e, finalmente, de obter a correspondente valoração”¹⁷, sendo admitido, assim, como um direito complexo¹⁸. Outro importante aspecto na compreensão do direito à prova, já defendido sob a vigência do Código de Processo Civil anterior, é a superação da subordinação da prova ao julgamento estatal¹⁹, evidenciando seu caráter autônomo²⁰. Essa autonomia ganha contornos mais claros a partir da garantia de um procedimento independente para a produção de provas, contido no artigo 381 do CPC/2015.

É necessário ressaltar que o conteúdo e a extensão do direito em análise sofreram alterações substanciais no espectro histórico, sendo essas diretamente relacionadas à liberdade das partes, aos poderes do juiz e, em alguns casos, aos próprios contextos políticos em que tais modificações ocorreram²¹.

Ainda, apesar da constante aproximação entre as culturas jurídicas de *civil law* e *common law*,²² e conquanto parcela da doutrina minimize a contraposição entre os dois sistemas aqui referidos,²³ deve-se ressaltar que o direito à prova possui contornos muito diversos de acordo com a variação da família jurídica em que é analisado²⁴. Desse modo, o enfoque do

¹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 84.

¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 210. Em sentido semelhante, afirma Badaró sobre o direito à prova: “O conteúdo desse direito envolve cinco momentos distintos: (1) investigação; (2) propositura; (3) admissão; (4) produção; (5) valoração.” em BADARÓ, Gustavo. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância**. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/download.php?f=163e275d557d171dcb920bdf39279cf>>. Acesso em 22 set. 2017.

¹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandrina. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.41-42.

¹⁹ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 862.

²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25-26.

²¹ Nesse sentido: DENTI, Vittorio. L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. **Rivista di diritto processuale**, Milano: Giuffrè, p. 31-70, 1965; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997 p. 18-40. E, ainda, sobre a possível (mas não necessária) relação entre as alterações processuais e sua relação com regimes políticos: AROCA, Juan Montero. **Processo Civil y Ideologia: un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, *passim*; GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. n. 164, out./2008, p. 30-56.

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. **Temas de Direito Processual**, 9ª série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39-54.

²³ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: Ensaio**. trad.: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50-85.

²⁴ Nesse sentido: DENTI, Vittorio. **Op. cit.**, *passim*.

trabalho é estudá-lo a partir de sua configuração no direito brasileiro, tal como inserido no sistema de *civil law*, mas sem a pretensão de enquadrá-lo em definições generalizantes.

2 O DIREITO À PROVA E SEUS LIMITES

O direito à prova, agora caracterizado como fundamental e autônomo, não é, no entanto, irrestrito. Ainda que vigore no âmbito do direito processual o princípio da liberdade dos meios de prova, o procedimento probatório deve ser realizado com a observância dos princípios que integram o devido processo legal²⁵, seja na seara cível ou penal, o que, por vezes, pode indicar a necessidade de atendimento à estrita legalidade procedimental.²⁶ A verdade, mesmo que entendida como um objetivo do processo, não deve ser obtida a qualquer custo. As normas do procedimento probatório estipulam os limites de uma verdade processualmente válida²⁷. No processo penal, como será visto, ganham relevo as regras específicas do procedimento probatório; já no processo civil a legalidade do procedimento é, em geral, flexibilizada ante à instrumentalidade das formas, desde que atendidos os princípios constitucionais. De qualquer modo, num e noutro processo, as restrições ao direito à prova de uma das partes asseguram à parte contrária o direito a uma prova corretamente produzida e valorada e, ainda, a exclusão de provas que contrariem o ordenamento jurídico²⁸.

Considerando que os direitos fundamentais, inclusive o direito à prova, possuem caráter eminentemente principiológico, sua concretização ocorrerá a partir da observância das possibilidades fáticas e jurídicas. Os limites jurídicos estabelecidos a um princípio constitucional delineiam-se, majoritariamente, pelo contato com outros princípios de igual estatura, devendo a colisão ser enfrentada por técnicas hermenêuticas, *v.g.*, a máxima da proporcionalidade²⁹. Desse modo, o direito à prova, e as prerrogativas que dele se desdobram, deve ser exercido de acordo com os demais direitos fundamentais garantidos na Constituição e

²⁵ YARSHELL, *op. cit.*, p. 315-316.

²⁶ Isso ocorre sobretudo no processo penal, em hipóteses em que o procedimento garante, a um só tempo, os direitos fundamentais do réu e a perspectiva epistemológica de determinado meio de prova. Assim, por exemplo, a disciplina procedimental do reconhecimento de pessoa ou coisa. Esse procedimento trifásico estabelece que o sujeito que realiza o reconhecimento deve, primeiramente, *descrever* o objeto ou pessoa a ser reconhecido; na sequência, o objeto ou pessoa deverá ser colocado entre outros objetos ou pessoas semelhantes para o fim de submeter-se à *comparação* e, por fim, aquele que realiza o reconhecimento deve *indicar* o objeto ou pessoa a ser reconhecido (cf. art. 226, incisos I e II, do Código de Processo Penal).

²⁷ BADARÓ, Gustavo. **A busca da verdade no processo penal e os seus limites:** ainda e sempre o problema do prazo de duração da interceptação telefônica. *in* SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MIRZA, Flávio (orgs.). Os 20 anos da Lei 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 199-200.

²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: RT, 1997, p. 89.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2009, *passim*.

nos tratados de direitos humanos. Tal sopesamento pode ocorrer tanto por um juízo legislativo, resultando em restrições estabelecidas em normas prévias e abstratas, quanto pela atividade judicial, no caso concreto³⁰.

Assim, são estabelecidas as limitações probatórias, que podem ser conceituadas como as proibições ou diretrizes impostas pelo ordenamento jurídico à admissão, produção, valoração e julgamento³¹ das provas consideradas necessárias ou úteis para apurar a verdade dos fatos que interessam ao processo.

De um modo geral, entende-se que o momento da admissibilidade probatória é regido pelos princípios da não taxatividade ou da liberdade dos meios de prova, resultando na possibilidade de as partes empregarem todos os meios lícitos, ainda que não especificados em lei, para a demonstração da pretensão ou defesa³². Ou seja, a licitude da prova não decorre da previsão legal de determinado meio de prova ou da observância do procedimento descrito em lei para sua produção, mas sim da ausência de violação a direitos fundamentais. Caso contrário, sendo a prova considerada ilícita, a vedação de sua utilização decorre da regra constitucional contida no art. 5º, inc. LVI.

A proibição da utilização de provas ilícitas é considerada um limite político à admissibilidade das provas, ou uma regra de exclusão de política extrínseca, uma vez que está relacionada a valores outros que não a busca pela verdade. De modo diverso, as regras de exclusão de política intrínseca são estabelecidas tendo em vista uma correta apuração da verdade³³. Costuma-se denominá-las *limitações epistemológicas* ao direito à prova; já as limitações extrínsecas são conhecidas como limitações contra-epistemológicas³⁴.

Leonardo Greco, por outro lado, classifica as limitações probatórias em três grupos: 1) as que visam repudiar provas supostamente suspeitas; 2) as que visam garantir o desenvolvimento ordenado do processo; e 3) as que preservam outros valores constitucionais³⁵.

³⁰ Leonardo Greco (**Op cit.**, p. 160) estabelece como modo de se garantir ainda mais a imparcialidade na admissão das provas que, quando a ponderação ocorrer *in concreto*, essa seja realizada por outro órgão jurisdicional que não o juiz da causa, para que esse não seja influenciado por provas que poderão ser, posteriormente, consideradas ilícitas.

³¹ É a fase de julgamento das questões fáticas extremamente relevantes, por ser este o momento em que incidem as regras de presunção, de distribuição do ônus probatório e de aplicação dos *standards* (GUEDES, Clarissa Diniz, *op. cit.*, p. 94, n.r. 215).

³² ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Op cit.**, p. 835.

³³ BADARÓ, Gustavo. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão**, cit., p.5.

³⁴ DAMAŠKA, Mirjan. **Evidence law adrift**, New Haven – London: Yale University Press, 1997, Capítulo 1, especialmente pp. 14-16. Essa classificação é também utilizada no estudo de Antônio Magalhães Gomes Filho (**Direito à prova no processo penal**, *op. cit.*, Capítulo IV, pp. 91 e ss.. Em sentido análogo, GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. Tercera edición. Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 117-118.

³⁵ Greco, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento** v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 136.

Se, por um lado, a licitude e a liberdade dos meios de prova convivem harmoniosamente no processo civil, onde a aceitação de provas não-tradicionais, anômalas e atípicas encontra-se consolidada, tal relação é mais complexa no âmbito do processo penal. A incidência de outros princípios constitucionais, como a presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere*, o desequilíbrio na relação processual e a própria diferença no escopo do processo penal fazem com que a liberdade probatória ganhe contornos mais restritos nesse campo, defendendo alguns autores³⁶ até mesmo a taxatividade dos meios de prova no processo penal. Apesar de se discordar dessa concepção, a possibilidade de maior sujeição do indivíduo ao arbítrio estatal no processo penal tem como consequência que as provas atípicas sejam mais facilmente consideradas ilícitas. A mera ausência de previsão legal de um meio de prova não acarreta, por si só, a violação ao ordenamento jurídico. Por outro lado, a *irritualidade* da prova, no sentido de desconformidade de sua produção com as previsões procedimentais, tende a ser considerada um problema. Isso porque as formalidades do procedimento probatório penal visam, exatamente, efetivar as garantias que são inerentes ao acusado, uma vez que o embate entre os mecanismos estatais de investigação e repressão criminal e a dignidade humana do acusado estão em constante conflito³⁷.

Com efeito, partir da compreensão de certas formalidades no processo penal como garantias ao acusado, principalmente no tangente à produção das provas, tem-se que a questão estaria menos ligada à *tipicidade* e mais relacionada com a *ritualidade*. Desse modo, há limitações probatórias do processo penal que incidem num momento diverso da *admissibilidade*; trata-se do momento da *produção da prova*. Independentemente de ser típica ou não, no processo penal, o que mais importa é que a prova seja produzida de acordo com o procedimento legalmente previsto ou, pelo menos, que observe um procedimento previamente delineado mediante plena garantia da ampla defesa e do contraditório. O apego à legalidade procedimental se justifica sob duas perspectivas: a perspectiva epistemológica, da busca da verdade, e a perspectiva político-jurídica, da presunção de inocência. Pode-se dizer que tais perspectivas se encontram intrinsecamente relacionadas pelo seguinte: no processo penal, as normas legais sobre o procedimento probatório visam, primordialmente, assegurar que eventual condenação esteja baseada num arcabouço probatório capaz de infirmar o *status* de inocência

³⁶ É o que relata **Jairo Parra Quijano** (**Manual de derecho probatorio**. 15. ed. Bogotá: Libería Ediciones del Profesional, 2006, p. 15), citando, no sentido da taxatividade dos meios de prova, a posição de Giovanni Conso (Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale. **Rivista di diritto e procedura penale**, 1970, p. 1 e ss.).

³⁷ GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão Racional e Limitações Probatórias**: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de Doutorado, USP, 2013, p. 225-231.

constitucionalmente garantido ao réu. Assim, por exemplo, o reconhecimento de pessoa ou coisa segue, em geral, um procedimento mínimo para evitar falsos reconhecimentos ou lembranças, o que, sem dúvida, favorece tanto a busca da verdade como os direitos humanos do réu. Ainda, as limitações ao procedimento probatório penal podem estabelecer garantias decorrentes de outros direitos do acusado - como o direito ao silêncio³⁸ - que não se aplicam ao processo civil.

Outrossim, no âmbito da *valoração da prova*, pode-se dizer que, enquanto as regras de prova legal³⁹ constituem, no processo civil, uma violação inconstitucional à persuasão racional, limitando desnecessariamente a busca da verdade; no processo penal, algumas dessas regras se justificam ante a perspectiva de compensar o desequilíbrio da relação processual em relação ao réu. Desse modo, sempre nos pareceu inconstitucional a proibição de prova exclusivamente testemunhal para a demonstração de determinados atos ou negócios jurídicos que, à luz do direito material, sequer necessitam de serem documentados para serem considerados válidos, a exemplo do que ocorria com o art. 401 do CPC/1973⁴⁰, não reproduzido pelo CPC/2015. No campo do processo penal, todavia, há regras de prova legal que, claramente, hierarquizam os meios probatórios, a fim de garantir um grau mínimo de prova para efeitos de condenação do réu. Trata-se das chamadas *provas legais negativas*, cujo exemplo mais conhecido é a exigência de exame de corpo de delito para os crimes que deixem vestígios, realizado, em princípio, mediante prova pericial direta. A perícia indireta apenas estará autorizada se exame direto for impraticável, e a prova testemunhal é subsidiária a esta última (artigo 158 do Código de Processo Penal). Em nenhuma hipótese, dispõe a lei processual penal brasileira, a confissão poderá substituir os meios de prova precedentemente referidos, o que significa que a confissão, como único meio de prova, não está apta a fundamentar a condenação do réu. Uma clara restrição à valoração racional do juiz, plenamente justificada pelos princípios aplicáveis ao processo penal. Nesse caso, tutela-se a inocência do réu, ao mesmo passo em que se garante racionalidade ao processo cognitivo; já no processo civil, a vinculação de valores predeterminados ou hierarquizados aos meios de prova suprimem a racionalidade do juiz sem qualquer justificativa principiológica razoável.

³⁸ Art. 5º, LXIII da CF e no art. 186, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal.

³⁹ Aqui nos referimos às regras de prova legal estabelecidas *exclusivamente* pelo direito processual - provas legais em sentido *próprio*, excluindo-se desta concepção, para fins deste trabalho, as provas legais determinadas pelo direito material como requisitos de existência, validade e eficácia do ato jurídico. Nesses casos, apesar de se cogitar de “prova legal” o que ocorre é a previsão de determinada formalidade - ex.: instrumento público ou particular - para a prática do ato.

⁴⁰ Dispunha o artigo: “Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”

Por fim, na fase de julgamento das questões fáticas, opera-se algo semelhante. Os critérios de julgamento no processo civil são mais equilibrados: o ônus probatório é distribuído entre as partes, as presunções legais podem favorecer a uma ou a outra parte, conforme as regras materiais ou processuais vigentes e o *standard* probatório comumente adotado é o da prevalência da prova. Já no processo penal, o julgamento deve ser guiado pelo *in dubio pro reo*, que acaba por atribuir ao acusador ônus exclusivo de produzir prova além da dúvida razoável para a condenação. Disso também decorre a inconstitucionalidade de qualquer presunção legal em detrimento do réu.

Podem existir limitações probatórias que incidam, a um só tempo, sobre diversas fases do procedimento. Veja-se, por exemplo, a restrição, já mencionada, que o direito ao silêncio impõe à busca da verdade no processo penal, da qual decorre a proibição de se interpretar o comportamento daquele que se silencia (art. 186, parágrafo único, do CPP). Tal limitação incide tanto no modo de produção da prova, permitindo ao acusado que permaneça em silêncio, como nas regras de valoração e julgamento, ao proibir qualquer presunção em desfavor daquele. Frise-se, todavia, que semelhante restrição não se aplica ao processo civil. Nesse sentido, basta lembrar que o artigo 232 do Código Civil de 2002 autoriza expressamente o juiz a presumir fato decorrente da recusa de uma das partes a se submeter à perícia, o que certamente seria considerado inconstitucional se o fato *probando* constituísse um crime de que fosse ou pudesse ser acusada a parte que se esquivou da perícia. Somente nesse último caso vigora a garantia de não valoração do silêncio ou omissão; no processo civil, a omissão poderá ser interpretada negativamente e valorada no conjunto probatório, desde que o fato *probando* não seja incriminador ou desonroso à parte.

As semelhanças e diferenças entre o processo civil e penal podem ser analisadas por um paralelo da teoria de Walzer do minimalismo e maximalismo moral. Discorrendo sobre a questão da universalidade ou não dos direitos humanos, o autor defende a possibilidade de se encontrar um núcleo axiológico mínimo que seria composto por valores compartilhados pelas diversas comunidades e ordenamentos jurídicos, constituindo o mínimo moral. Esse núcleo, quando em contato com princípios específicos de cada cultura, ganharia contornos mais específicos e adequados para aquela realidade, o que é chamado de máximo moral.⁴¹

Transpondo esse entendimento para o direito probatório, é possível encontrar objetivos compartilhados entre o processo civil e penal, tal como a busca pela verdade e a consecução do

⁴¹ WALZER, Michael. **Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad**. Londres: Notre Dame University Press, 1994, *passim*.

direito ao contraditório e do direito à prova. Esses objetivos nucleares, quando aplicados aos diferentes âmbitos processuais, apontam para algumas diferenças, devido à forma de aplicação e à própria diversidade de compreensão das normas principiológicas nos diversos contextos.

Para as diferenças principiológicas observadas nos processos civil e penal concorrem diversos fatores, a começar pela própria disparidade entre as relações jurídicas processuais num e noutro âmbito. No processo penal há um desequilíbrio estrutural e *sistemático* na relação jurídica.⁴² ⁴³ No processo civil, o ideal de paridade de armas tende a ser facilitado pela inexistência de disparidades de poder *na própria relação jurídica processual*, o que pode ser excepcionado pelas prerrogativas do Poder Público em juízo, mas não em igual medida ao exercício de poder que o Estado impõe, enquanto investigador e acusador, no processo penal.⁴⁴ Portanto, ao se destacar o desequilíbrio estrutural do processo penal condenatório, não se está a afirmar que no processo civil as partes sejam rigorosamente iguais, já que, em qualquer contexto processual, as desigualdades sociais, econômicas e técnicas podem influir na consecução da isonomia material. Afirma-se, contudo, que a pretensão punitiva do Estado justifica a incidência de princípios específicos, concernentes à persecução penal e aos direitos do réu.

A finalidade específica do processo penal condenatório também deve ser considerada como um traço característico, a diferenciá-la dos contextos probatórios da jurisdição não-penal. Por mais variados e relevantes que possam ser os bens jurídicos⁴⁵ tutelados no processo civil, no processo penal o *objetivo* da prova é, invariavelmente, o esclarecimento de um fato tipificado pela lei como crime, bem como a demonstração da autoria e responsabilidade do acusado, com a consequência da imposição de uma sanção punitiva a ele. A finalidade da prova, portanto, não está associada apenas à importância do bem jurídico em jogo, mas, também, ao papel exercido

⁴² Sobre o desequilíbrio na relação processual penal e a dificuldade de se estabelecer o contraditório em paridade de armas, *cf.*, por tudo e por todos: GIOSTRA G. Contraddittorio (principio del). **Enciclopedia Giuridica Treccani**, 2007, vol. IX, p. 2; BARGI, Alfredo. **Procedimento Probatorio e giusto processo**. Napoli: Jovene, 1990, Capítulo Primeiro, item 2.1., p. 83-85; BADARÓ, Gustavo Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, Capítulo II, item 2.9, p.145.

⁴³ V. ainda, sobre o desequilíbrio das partes no processo penal e o distanciamento da disciplina probatória do processo civil: TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre 'por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar', de Larry Laudan. In: **Racionalidad y Estándares de Prueba**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), p. 116 e ss..

⁴⁴ Exceto nos casos de processo civil punitivo, como nas ações civis ajuizadas por entes estatais ou pelo próprio Ministério Público, que reputeem ao réu a prática de ilícitos de maior gravidade, *v.g.*, ações de improbidade administrativa, em que, muitas vezes, pode ser verificado desequilíbrio estrutural análogo àquele observado na relação processual penal.

⁴⁵ Admitimos, como Leonardo Greco (**Instituições de processo civil. Volume II: Processo de Conhecimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, Capítulo IV, especialmente n^{os} 4.6 e 4.7, p. 119-122), que o processo civil pode, em determinadas situações, tutelar bens jurídicos tão relevantes - ou até mais - quanto aqueles tutelados pelo processo penal.

pelo Estado-acusador, na condição de perseguidor, em contraposição à estigmatizada figura do réu no processo penal; há, ainda, a posição peculiar do Estado-juiz, garantidor dos direitos fundamentais do réu como premissa necessária a qualquer condenação.

Desse modo, o juízo de proporcionalidade que autorizará as restrições ao exercício do direito à prova nos processos civil e penal será substancialmente diferente, seja em abstrato ou no caso concreto, uma vez que envolverá diferentes princípios ou, ainda, atribuirá diferente valor ou peso aos mesmos princípios⁴⁶.

A partir dessas particularidades de cada sistema é que se estudará o fenômeno da circulação de provas entre o processo civil e o processo penal.

3 A CIRCULAÇÃO DE PROVAS E A PROVA EMPRESTADA

A *prova emprestada* é aquela que, produzida em um primeiro processo, é utilizada posteriormente em outro processo por meio do traslado dos elementos que a documentaram⁴⁷. Esse fenômeno também recebe o nome de *circulação probatória* ou *traslado da prova*⁴⁸ e constitui objeto do presente estudo. Sua característica distintiva é que, apesar de sempre ingressar no segundo processo de forma documentada, preserva a natureza possuída no processo originário. Seu valor, no entanto, é fixado pelo magistrado que recebe o traslado da prova, não tendo, necessariamente, correspondência com seu valor no processo original⁴⁹.

⁴⁶ Para além da questão da licitude, interessante aspecto a ser analisado, mas que carece de espaço no presente trabalho, é a diferença de incidência do princípio dispositivo na busca da verdade no processo civil e penal. Enquanto no processo civil Greco defende que a inércia das partes é importante restrição à aferição da verdade, o art. 156 do CPP estabelece, ao arpejo dos valores constitucionais, o princípio inquisitivo, conferindo ao magistrado o poder de iniciativa probatória. Nesse sentido: Greco, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento** v. II. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 131-132; LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 37-38.

⁴⁷ TALAMINI, EDUARDO. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, out./dez/ Brasília, 1998. p. 146.

⁴⁸ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Op. cit.** p. 867.

⁴⁹ Apesar de alguns autores afirmarem que a prova emprestada, atendidos os requisitos de admissibilidade, teria o mesmo valor do processo que foi trasladada (BADARÓ, Gustavo. Prova Emprestada no Processo Penal e a Utilização de Elementos Colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** v. 22, n. 106, p. 157-179, jan./fev., 2014. p. 162.; GRINOVER, Ada Pelegrini. Prova Emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 4, p. 60-70, out. 1993, p. 66.), deve-se compreender tal afirmação no sentido de que a eficácia ou valor *potencial* da prova é idêntica àquela do processo originário. E assim é porque a natureza da prova permanece a mesma; contudo, a eficácia *a ser atribuída no caso concreto* deverá variar conforme a persuasão racional do juiz, no conjunto probatório. Logo, a natureza da prova se conserva apesar da forma documentada da prova emprestada. Assim, a prova pericial quando emprestada, terá a mesma natureza de perícia no segundo processo. A definição do seu valor, no processo destinatário, será, no entanto, definida pelo magistrado do processo destinatário. A previsão do art. 372, CPC foi expressa nesse sentido. No mesmo sentido: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda, **op. cit.**, n. 24.6.2, p. 869-870, TALAMINI, Eduardo, **op. cit.**, p. 148. Observe-se, ainda, que, mesmo se tratando do mesmo magistrado, afigura-se plenamente possível que, em virtude da argumentação desenvolvida a propósito da prova emprestada - e até mesmo independentemente da produção de novas provas, a conclusão fática venha a se modificar substancialmente.

Apesar de ter sido legalmente prevista no CPC/2015⁵⁰, sua utilização já se encontrava amplamente aceita na doutrina e nos tribunais pátrios à luz da legislação revogada, assim como em outros ordenamentos jurídicos. O que se questiona neste estudo é a compatibilidade dos critérios estipulados para sua utilização com os direitos fundamentais.

3.1 Fundamentos da circulação probatória

O direito à prova e o princípio da liberdade dos meios de prova, estudados nos tópicos anteriores, juntamente com o princípio da economia⁵¹ e da celeridade processual, fundamentam a utilização da *prova emprestada*. Em relação aos dois primeiros fundamentos, a utilização da circulação probatória ocorre em razão do direito fundamental de trazer ao processo elementos fáticos que sustentem o direito das partes, mesmo que não haja regulamentação legal do meio utilizado. Ambos fundamentos se relacionam com outro, de caráter metajurídico, da circulação de provas, que seria a contribuição da prova emprestada para a demonstração da verdade e, conseqüentemente, a fundamentação de uma decisão mais justa⁵².

A fundamentação nos princípios da economia e da celeridade processual ocorre em razão de se evitar a repetição de atos processuais já realizados e, conseqüentemente, minorar os ônus financeiro e temporal, tanto para a administração da justiça, quanto para as partes. Os benefícios trazidos pela circulação probatória permitiriam, então, a supressão parcial de outros princípios, como a oralidade e a imediatidade.

Ocorre que, como se apontou anteriormente, a supressão de certas garantias processuais somente se faz possível quando em confronto com outros valores constitucionais. No entanto, essa supressão deve ocorrer de forma criteriosa, sob risco de a prova, admitida e produzida em circunstâncias de cerceamento indevido das garantias constitucionais, ser considerada ilícita.

Nesse sentido, a previsão do art. 372 do CPC/2015 não inovou nos critérios para a utilização da prova emprestada, transcrevendo aqueles já elencados pela doutrina, que serão analisados a seguir.

⁵⁰ "Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório."

⁵¹ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Prova Emprestanda. **Revista de Processo**. n.2, dez. 2011, São Paulo, p. 408.

⁵² VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova nei processi civili**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 8-9.

3.2 Requisitos para a utilização da prova emprestada: o juiz natural

O primeiro requisito de admissibilidade da prova emprestada a ser analisado é a exigência de a prova ter sido produzida perante um juiz natural. Tal requisito se apresenta de maneira heterogênea na doutrina nacional, sendo possível observar sua exigência em diferentes graus. A partir de um entendimento mais restritivo, Ada Pellegrini Grinover aponta a necessidade de identidade entre o juiz da primeira e da segunda causa. No entendimento da autora, não se poderia abdicar do princípio da imediação sem o sacrifício do contraditório, principalmente nas provas originariamente orais⁵³. Do mesmo modo, na visão da autora, não seria possível o traslado da prova entre processos com diferentes juízes, em razão da incompetência do magistrado do processo destinatário para o primeiro processo. No que toca ao primeiro argumento, o próprio legislador aceita o sacrifício da imediação em detrimento de valores como a economia processual, *v.g.*, estampada na possibilidade de se realizar diligências probatórias por meio de cartas precatórias. O mesmo argumento se aplica ao segundo fundamento apresentado, uma vez que a economia processual também condiciona a garantia do juiz natural em alguns casos, sendo possível, mesmo sob a vigência do CPC/1973 (art. 113, 2º), a convalidação de atos praticados por juiz absolutamente incompetente em nome de tal princípio, com exceção de atos decisórios e ausente prejuízo para as partes. Já sob a vigência do CPC/2015, até mesmo as decisões proferidas por juiz incompetente conservam sua eficácia, até que outra seja proferida, *se for o caso*, pelo juízo competente (art. 64, § 4º). O aproveitamento de atos processuais não somente possibilita a economia processual, como também privilegia o acesso à justiça⁵⁴.

A partir da ideia de unidade de jurisdição, a adoção do requisito do juiz natural afasta-se, pois, da exigência da identidade física do juiz. Desse modo, a doutrina passa a entender que o requisito é a produção originária da prova perante autoridade jurisdicional, sendo excluída a possibilidade de utilização de provas colhidas em processo administrativo, arbitral, entre outros⁵⁵.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 4, p. 60-70, out. 1993, p. 66.

⁵⁴ GRECO, Leonardo. Translatio iudicii e a reassunção do processo. **Revista de Processo**. v. 166. dez., 2008, p. 11.

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo. Prova Emprestada no Processo Penal e a Utilização de Elementos Colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** v. 22, n. 106, p. 157-179, jan./fev., 2014. p. 164.

Já Eduardo Talamini considera essencial a produção perante autoridade judicial *brasileira*, de modo que reputa inviável o empréstimo de prova produzida no exterior, exceto nos casos de impossibilidade de produção da prova no Brasil⁵⁶.

Todavia, tal requisito também demanda uma releitura à luz da proporcionalidade. Isso porque o reconhecimento da igualdade dos Estados na Constituição (art. 4º, V) implica reconhecer também a jurisdição dos outros Estados nacionais. Esse entendimento é patente na própria Constituição, que possibilita a homologação de sentenças e as cartas rogatórias (art. 105, I, *i*). Ademais, o próprio CPC/2015 (art. 27, II) estabelece a possibilidade da cooperação jurídica internacional em matéria de provas. Além da disposição do CPC/2015, o Brasil incorporou, mediante decreto legislativo, em 2017, a Convenção de Haia sobre Obtenção de Provas no Exterior em matéria Cível e Comercial⁵⁷, que visa, em certo grau, uniformizar o procedimento probatório no processo civil internacional. Desse modo, reconhecida a possibilidade de utilização das provas colhidas no estrangeiro por meio da cooperação jurídica⁵⁸, juntamente com o princípio da economia processual, revela-se possível a circulação probatória internacional. Assim, sob a ótica do direito internacional, o princípio da unidade da jurisdição também não seria absoluto, podendo ser ponderado com outros princípios constitucionais, como o direito à prova, o acesso à justiça e a economia processual. No entanto, é essencial que o magistrado que recebe a prova possa aferir que aquela tenha sido colhida de acordo com as garantias processuais fundamentais do processo destinatário, por força da Constituição e do art. 26, I do CPC/2015.

Apesar de também se valer da argumentação sobre possibilidade da circulação internacional, Cristina Vanz demonstra a fragilidade do fundamento na unidade de jurisdição a partir de outro prisma, que é a evidente diferença estrutural e axiológica entre o processo civil e o penal⁵⁹. Desse modo, é mais apropriado fundamentar a circulação da prova na unidade dos fins da jurisdição, e não na unidade da jurisdição em si. Isso porque, apesar se colocarem diversas diferenças estruturais entre os processos de natureza distinta ou até mesmo de ordens jurídicas distintas, o escopo da pacificação social se coloca como um mínimo ético que integra a atividade jurisdicional e permite a circulação probatória.

⁵⁶TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, out./dez/ Brasília, 199., p. 153. No mesmo sentido: RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da prova emprestada. **Revista de Direito Privado**, v.11, n. 41, jan./mar. 2010, p. 216.

⁵⁷ BRASIL, Decreto Nº 9.039, De 27 De Abril De 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9039.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

⁵⁸ Aspecto polêmico que envolve a convenção é o fato de esta permitir que a colheita de provas seja realizada por autoridade consular do país que requer a prova, cf. Cap. II da Convenção. A colheita perante órgão não jurisdicional pode colocar em xeque a eficácia da prova.

⁵⁹VANZ, Maria Cristina. **Op cit.**, p. 13.

Observe-se, outrossim, que o art. 372 apenas alude à exigência de que a prova tenha sido produzida “*em outro processo*”, o que, numa interpretação mais restrita, apenas permite concluir que a prova tenha sido produzida perante um órgão de natureza jurisdicional.

Diante disso, poderia ser dito, à luz da doutrina tradicional e de uma interpretação mais apressada do art. 372 do CPC/2015, que o primeiro requisito para a circulação probatória é a produção da prova perante autoridade judiciária, ainda que não competente para dirimir o conflito estabelecido no processo originário ou no que receberá o traslado da prova.

Por outro lado, há de se ponderar que, mesmo diante da identidade de fins da jurisdição, o aproveitamento da prova por juízo diverso daquele perante o qual foi originariamente produzida exige a compatibilidade de garantias entre os procedimentos. Exige-se, ainda, que o procedimento específico do processo originário seja adequado às finalidades da prova no processo destinatário. Assim, por exemplo, não parece apropriado aproveitar a oitiva do réu em depoimento pessoal, produzida no processo civil, para efeitos de substituir seu interrogatório no processo penal. Tal conduta, além de suprimir diversas garantias processuais - sobretudo o direito à ampla defesa -, é inapropriada no âmbito do processo penal, haja vista a natureza diversa e as peculiaridades da oitiva da parte em cada um dos processos. O depoimento pessoal da parte, apesar de ser ordinariamente associado ao objetivo de obter a confissão no processo civil, constitui meio de prova amplo, tendente a esclarecer os fatos e a garantir o direito das partes de serem ouvidas a respeito deles;⁶⁰ já o interrogatório no processo penal é, antes de tudo, meio de defesa, e, como tal, ocupa posição de maior destaque. Além disso, o interrogatório, ao contrário do depoimento pessoal, deve ser realizado ao final das provas orais (art. 400 do CPP), mediante garantias específicas (direito ao silêncio, à prévia entrevista com seu procurador etc.).

Registre-se que mesmo a questão da necessidade de produção da prova *perante uma autoridade judiciária* deve ser solucionada de forma diversa nos processos civil e penal. Enquanto naquele há ampla possibilidade de provas pré-constituídas extrajudicialmente (seja

⁶⁰ Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. **El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil.** Tradução de Tomás A. Banzhaf. La Plata: Libreria Editora Platense, 2002, *op. cit.*, Parte I, Seção I, Capítulo III, § 19, pp. 236-238. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco: “É do passado o dogma de que o depoimento pessoal servisse única e exclusivamente para extrair confissões. A visão moderna desse meio de prova e de sua finalidade no contexto do sistema de livre convencimento foi propiciada pelas investigações conduzidas pela ciência do processo penal em torno do interrogatório do acusado, na segunda metade do século XX: hoje é pacífico que nesse ato processual-penal prepondera o escopo defensivo sobre o probatório, o qual, naquela visão superada, só se consumaria mediante a obtenção de elementos contrários ao interrogado. A analogia entre o depoimento pessoal em processo civil e o interrogatório feito no penal autoriza transpor com facilidade tal raciocínio de lá para cá, chegando-se ao mesmo entendimento.” (**Instituições de Direito Processual Civil**, *op. cit.*, vol. III, Capítulo XCIV, item 1.189, pp. 644-645).

pelas partes, seja em processo administrativo⁶¹ ou em procedimento arbitral⁶², o processo penal, na perspectiva da doutrina garantista, tende a exigir a presença do juiz e a produção da prova no curso do processo e não na fase preparatória. Tal exigência visa garantir que o contraditório se desenvolva de forma a não prejudicar a liberdade moral da pessoa. A propósito, Giulio Ubertis enfatiza a importância da judicialidade da prova na fase da produção de provas orais no processo penal,⁶³ e traz à tona exemplos de julgamentos da Corte Europeia de Direitos do Homem em que se reconheceu a violação do direito à prova devido à oitiva de testemunhas ou da vítima na fase preliminar, sem possibilidade de contra-interrogatório pelo imputado e sem a repetição da prova em audiência.⁶⁴

3.3 Segue: o respeito ao contraditório, identidade de partes e dos fatos

Os demais requisitos elencados para a admissibilidade da prova emprestada, a saber, a identidade de partes e da relação fática, podem ser resumidos na exigência do respeito ao contraditório, que foi o único expressamente reconhecido pelo art. 372 do CPC/2015. Assim, é indispensável que o fato sobre o qual recai a prova seja o mesmo nos dois processos, de modo a garantir que o contraditório exercido no primeiro seja eficaz no processo destinatário. O mesmo se aplica à identidade de partes: somente com esse requisito se garante que tenha havido,

⁶¹ A jurisprudência do STJ admite ampla e indiscriminadamente o empréstimo da prova do processo administrativo para o processo civil, desde que atendidos os requisitos do art. 372 (v., exemplificativamente, STJ, 2ª T., REsp 1570427-RN, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 7.6.2016, *DJe* 2.9.2016). A nosso ver, é possível tal transposição, observadas as garantias de cada processo, e presente a imparcialidade do órgão administrativo. Todavia, quando se trata de procedimento administrativo *disciplinar*, o transporte da prova para, v.g., uma ação de improbidade, estará impossibilitado em virtude da observância dos princípios aplicáveis ao direito processual penal, por se tratar de hipótese de processo civil *punitivo*. Ainda, quanto à prova produzida na fase de inquérito civil, esta é colhida por órgão assumidamente *parcial* (lembre-se que o Ministério Público figurará como autor de eventual ação civil pública), razão por que nos parece inadequado o seu aproveitamento. Sobre o tema, cf. GUEDES, Clarissa Diniz. **Op. cit.**, p. 266; 301.

⁶² Contra, no sentido da imprescindibilidade do órgão jurisdicional no processo de que se originou a prova emprestada: TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Informação Legislativa**. V. 35, n. 140, Brasília, out-dez 1998, p. 151, posicionando-se contrariamente ao empréstimo da prova advinda de procedimento arbitral. No sentido do texto, de que a prova pode ser transposta do processo arbitral para o âmbito civil, AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalizado. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 114.

⁶³ Diritto alla prova nel processo penale e corte europea dei diritti dell'uomo. **Rivista di diritto processuale**. Ano XLIX. Padova: CEDAM, 1994, p. 489, p. 496. Em sentido análogo, a propósito da utilização de provas orais previamente colhidas pelo Ministério Público, sem a presença do juiz: BADARÓ, Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz, e MORAES, Maurício Zanoide (orgs). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 346.

⁶⁴ Corte Europeia de Direitos do Homem, Caso Kostovski, Estrasburgo, novembro de 1989, Caso Windisch, Estrasburgo, 19 de setembro de 1990, Caso Delta, Estrasburgo, 19 de dezembro de 1990, Caso Saïdi contra França, Estrasburgo, 20 de setembro de 1993, todos disponíveis no endereço eletrônico <http://www.echr.coe.int.>, acesso em 14.10.2017.

ao menos, oportunidade de contraditório na formação da prova a ser trasladada. Veja-se, todavia, que, quanto à identidade de partes, há quem sustente ser suficiente a presença, no processo originário, da parte contra quem se produz a prova no processo destinatário. Trata-se de entendimento razoável, desde que seja possível verificar previamente e com clareza quem seria, de fato, a parte prejudicada pela produção da prova.⁶⁵ Nesse ponto, é necessário lembrar que a eficácia *in concreto* da prova dependerá da persuasão racional do juiz, do conjunto probatório e da argumentação desenvolvida sobre as questões fáticas *no processo destinatário*. Ainda, é possível que o quadro cognitivo desse último processo seja diverso (mais ou menos limitado) que o anterior, de forma que todos esses fatores devem ser considerados no momento da aferição do requisito da identidade de partes.

Importante destacar que o requisito do contraditório se faz presente: a) no processo originário, em todas as fases do procedimento probatório; e b) no processo destinatário, no momento da admissão da prova emprestada e, após sua produção, com o objetivo de influir, *a posteriori*, na interpretação e valoração de seu conteúdo, o que, sem dúvida, repercutirá no julgamento das questões fático-probatórias.

Com efeito, sendo requerida a circulação da prova, deve a parte contrária se manifestar sobre o pedido de juntada da prova *documentada*. Assim, não é possível, via de regra, a utilização de prova em que uma das partes não tenha participado da produção no processo originário sob o argumento que o contraditório seria possibilitado a ela no segundo processo. Isso porque, à guisa de exemplificação, a manifestação posterior a um laudo técnico trasladado para os autos é substancialmente diferente do direito da parte de acompanhar a perícia por meio de seu assistente técnico e formular quesitos para o perito⁶⁶. No primeiro caso, o contraditório incide *sobre* a prova *já produzida* e, no segundo, o contraditório seria exercido *durante a produção da prova e para* que as partes possam influir em seu conteúdo⁶⁷. Portanto, salvo nas

⁶⁵ De forma contrária, admitindo a circulação da prova entre processos em que figurem partes diversas, *cf.*: “(...) 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.” (STJ, Corte Especial, EREsp 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.6.2014, *DJe* 17.6.2014). No mesmo sentido: Fredie DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. vol. 2, Salvador: Jus Podivum, 2016, p. 134.

⁶⁶ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **op cit.**, p. 872.

⁶⁷ Sobre a importância do contraditório no momento da formação da prova *cf.* CHIAVARIO, Mario. **La reforma del proceso penal**. Torino: UTET, 1988, p. 169.

hipóteses de prova documental literal,⁶⁸ pré-constituída por natureza, o contraditório efetivo só terá sido observado quando exercido pelas partes (ou pela parte prejudicada) *no momento da formação da prova*, com ampla possibilidade de influir na formação do elemento probatório.

É sabido que o caráter principiológico do contraditório permite sua relativização diante de outros princípios constitucionais. Ainda assim, a nosso ver, não tem a economia processual por si, peso suficiente para suprimir o contraditório e suas garantias inerentes nesse caso⁶⁹, sendo necessária a análise do bem jurídico tutelado pela produção da prova emprestada mediante juízo de proporcionalidade devidamente fundamentado pelo magistrado que recebe a prova trasladada.

Entende-se, mais, que, no processo civil, mesmo quando o contraditório tenha sido exercido previamente por ambas as partes no processo originário, é possível que, à luz de novas circunstâncias e argumentos, um dos litigantes possa insistir na repetição da prova, refutando o empréstimo. Tal prerrogativa é inerente ao contraditório e à própria natureza *contextual* da argumentação, de modo que, não havendo má-fé em seu exercício, nada obsta, por exemplo, que uma das partes pretenda fazer valer o direito de reinquirir uma testemunha ou mesmo de reformular quesitos periciais no processo específico. Sendo a prova passível de repetição, e considerado o contraditório como o direito à participação *no processo específico de que trata a apuração dos fatos*, nada obsta que se busque influenciar o juiz de forma diversa no segundo processo. Só haverá caráter protelatório se tal conduta não for devidamente justificada, à luz do novo contexto processual.

Já no âmbito do processo penal, mesmo o fato de a prova não ser passível de reprodução no processo destinatário pode ser considerado insuficiente para ensejar a flexibilização do contraditório, tendo em vista os direitos fundamentais do acusado, inerentes ao contraditório e

⁶⁸ Excluída, portanto, a prova por meios audiovisuais, cujo contraditório é peculiar e merece, inclusive, a exibição do vídeo em audiência (art. 434, parágrafo único do CPC/2015).

⁶⁹ Parte da doutrina entende que não seria necessário que a parte que pretende o traslado tenha participado no processo anterior, justificando apenas a necessidade da prova. cf. AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalizado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 107-108. Tal posicionamento é também defendido no direito italiano por RICCI, Gian Franco. *Prove civili e processo penale*. *Op. cit.*, p. 861, que traz, em outra obra, exemplos abundantes na jurisprudência de transporte de provas entre processos com partes diferentes (**Le prove atipiche**. Milano: Giuffrè, 1999, p. 21-22, nota de rodapé nº 28). Ao nosso ver tal possibilidade decorre de juízo excepcional de admissibilidade, considerando valores muito relevantes para tamanha supressão do contraditório - o que ocorre quando se trata de provas irrepitíveis. De forma convergente com a possibilidade de empréstimo da prova irrepitível no processo civil, mesmo que flexibilizado o contraditório: COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove, Terza edizione**. Torino: UTET Giuridica, 2010, Capítulo I, item 5, p. 59; *Id.*, **Il principio di economia processuale**. vol. I, Padova: CEDAM, 1980, p. 194 e ss..

Todavia, em hipótese alguma esta supressão poderia ocorrer no âmbito do processo penal. Em sentido contrário, já decidiu o STJ, considerando suficiente o contraditório *sobre a prova*, exercido na fase pré-processual. No caso, reputou-se, ainda, que a utilização das informações colhidas no inquérito civil sequer consistiria *empréstimo* de prova, com o que não concordamos, pelas razões que serão mais adiante expostas no texto (STJ, 6ª T., RHC 79.534/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 4.4.2017, *DJe* 17.4.2017).

à ampla defesa, bem como, no caso da prova testemunhal e do depoimento da vítima, o direito ao confronto.⁷⁰ É certo que a produção da prova pericial ocorre, em geral, na fase pré-processual, o que autoriza, de forma excepcional, o transporte da prova para o processo, quando não haja mais possibilidade de reproduzi-la. O mesmo se diga quanto às provas produzidas antecipadamente em caráter cautelar. Todavia, reputa-se inadmissível o empréstimo da prova quando desatendidos os requisitos mínimos à sua produção no inquérito ou no processo originário – como a exigência de um perito oficial na prova pericial (art. 159, *caput*, do Código de Processo Penal, na redação atribuída pela Lei nº 11.690/2008).⁷¹ Em casos tais, entendemos que não se poderá transigir com a violação legal, ainda que imprimindo menor valor à prova no processo destinatário. Do contrário, legitimar-se-ia, pelo empréstimo, a produção de prova irritual e, pois, ilícita.

Nesse ponto, deve-se ponderar que o aproveitamento, pela sentença condenatória de mérito, dos elementos resultantes do inquérito, viola a sobredita exigência de judicialidade da prova penal, bem como a necessidade de observância do contraditório no momento da formação da prova. Por tal razão, a não ser nos casos de impossibilidade de reprodução da “prova”,⁷² mostra-se inconcebível a utilização, como fundamento da sentença penal condenatória, das informações obtidas no inquérito, seja do próprio processo sentenciado, seja, ainda, de processo distinto. Ainda assim, quanto às “provas” irrepetíveis colhidas *antes da identificação do suspeito ou indiciado*, deve-se acolher o posicionamento adotado por Leonardo Greco⁷³ acerca da impossibilidade de constituírem fundamentos essenciais da condenação.

Ressalte-se, contudo, que o entendimento jurisprudencial vigente reflete a incompletude do art. 155 do Código de Processo Penal, que apenas veda a prolação de sentença fundada *exclusivamente* nos elementos de informação obtidos no inquérito policial, sem cominar de nulidade o ingresso no processo desses elementos que, em geral, são obtidos de

⁷⁰ Cf. MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, *passim*.

⁷¹ Com a ressalva do §1º, *verbis*: “§ 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.”

⁷² Como explica Gian Franco Ricci, o critério da irrepetibilidade, previsto para o processo penal como parâmetro para autorizar a utilização, na fase processual, dos elementos colhidos sem contraditório nas fases preliminares, está ligado exclusivamente a exigências específicas desse processo. Tanto assim que “não seria errado observar que, em certos casos, a adoção, para fins probatórios, de um ato irrepetível no processo penal (p. exemplo, os produtos das investigações preliminares), pode conduzir a consequências muito mais nocivas que o uso, no processo civil, de provas produzidas num outro processo, ainda que renováveis”. (Prove penali e processo civile, **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. XLIV, n. 3. Milano: Giuffrè, 1990, p. 897 - tradução livre).

⁷³ O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**. nº 24., p. 77-78.

forma inquisitória.⁷⁴ Afigura-se-nos, todavia, por tudo o que já foi dito até aqui, que tal entendimento viola a Constituição.

4 A (IN)SUFICIÊNCIA DOS REQUISITOS TRADICIONAIS NA CIRCULAÇÃO PROBATÓRIA

Analisados criticamente os critérios majoritariamente exigidos para a circulação probatória⁷⁵, verificou-se que esses não podem ser aplicados de maneira generalizada e irrefletida, seja no processo civil, seja no processo penal. A previsão do art. 372, bem como a jurisprudência e doutrina sobre o tema, muitas vezes, interpretam os requisitos à prova emprestada de forma simplista e alheia à observância dos direitos fundamentais. Ainda, ignoram-se, como regra geral, as peculiaridades inerentes a cada segmento (penal ou civil).

A seguir, será visto, também, que esses requisitos são usados indiscriminadamente para o traslado de prova entre processos de mesma natureza e entre aqueles de natureza diversa⁷⁶, sob o já analisado fundamento da unidade de fins da jurisdição. Examinando esses requisitos à luz da dogmática constitucional e a partir de uma concepção garantística dos direitos fundamentais, mostra-se necessário o estabelecimento de critérios adicionais (sem qualquer pretensão de exauriência) para equilibrar a busca pela verdade e a proteção dos direitos fundamentais no âmbito da circulação de provas.

4.1 As diferenças estruturais e principiológicas entre os processos civil e penal

A circulação de provas entre processos de natureza distinta é plenamente possível, com fundamento em argumentos metajurídicos, como o da busca pela verdade, e jurídicos, como o

⁷⁴ Não se ignora que, apesar da visão clássica, propiciada por José Frederico Marques (**Elementos de direito processual penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 157), o inquérito penal deva ser, preponderantemente, contraditório (v., nesse sentido, por todos TUCCI, Rogério Lauria, **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, Capítulo XV, item 15.3.4, p. 305-306, com a ressalva das diligências para as quais o sigilo seja indispensável à obtenção da informação - tais como as buscas e apreensões, interceptações telefônicas -, procedendo-se, nestes casos ao contraditório diferido). Essa contraditoriedade consiste, inclusive, na melhor forma de se solucionarem as questões atinentes à utilização dos elementos de informação provenientes do inquérito, dada a impossibilidade de se eliminar por completo a influência deles no convencimento judicial. Trata-se, contudo, de posicionamento arrojado, que não condiz com a prática cotidiana, de modo que seria irresponsável transferir o resultado da fase de investigação para a fase processual, em condição análoga à de prova. Veja-se, ainda, que a finalidade do contraditório na fase de investigação é diversa daquela relativa à fase processual: naquela, busca o *acusador* elementos suficientes para a *denúncia*, o que deve ser feito sem violação aos direitos fundamentais do suspeito; já na fase processual, o contraditório se presta a *instruir o juízo sobre todos os pressupostos* fático-jurídicos da condenação, de modo que seu objeto é muito mais amplo.

⁷⁵ Os quais se resumem a: (1) produção da prova perante órgão jurisdicional; (2) identidade de partes; (3) mesmo objeto da prova; e (4) respeito ao contraditório.

⁷⁶ GUEDES, Clarissa Diniz. **op cit.**, p. 272.

direito à prova e a unidade dos fins da jurisdição. No entanto, como se apontou, as diferenças estruturais entre os dois processos justificam restrições à circulação de provas entre eles. Isso se deve, em grande parte, ao *relativismo* da questão da licitude da prova, devendo ser aferida de acordo com as normas aplicáveis, abstrata e concretamente, a determinada relação jurídica processual⁷⁷. Dessa maneira, uma prova que se apresenta lícita em um primeiro processo, pode não ter a mesma característica em processo diverso, em razão das peculiaridades da relação processual e da diversidade dos bens jurídicos envolvidos. Deve-se notar que a atividade probatória em cada âmbito processual é concebida em conjunto com outras normas jurídicas, como as que determinam a distribuição do ônus da prova, os poderes instrutórios e os *standards* de convencimento do julgador. Essa conjugação de fatores que permite que cada sistema mantenha sua harmonia, que pode facilmente ser quebrada mediante a inserção descuidada de elementos produzidos em processo de natureza diversa.

Assim, a título de exemplificação, se para o processo penal há previsão legal ou constitucional de meios de prova invasivos, esses são contrabalançados por maiores limitações à valoração da prova e ao julgamento das questões fáticas (proibição de presunções em detrimento do réu, ônus unilateral do acusador de comprovar os fatos inculpatórios, *standard* de prova além da dúvida razoável). Por outro lado, as provas penais devem ser produzidas em conformidade com o procedimento legal, de forma a preservar as garantias do réu. Já no processo civil, a distribuição equilibrada do ônus da prova e a satisfação, via de regra, como *standard* da preponderância, sugerem a menor necessidade de provas invasivas. Em contrapartida, nesse âmbito, a liberdade dos meios de prova se apresenta de maneira mais extensiva, com grande aceitação de meios não tradicionais de prova, que são acompanhados pela possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova.

As repercussões da diferente incidência de garantias em cada âmbito podem ser extremamente relevantes para o resultado do processo. No exemplo da circulação de depoimento pessoal no processo civil como interrogatório no processo penal, não é somente o escopo dos institutos, que já foi destacado, que torna o traslado impossível, mas todo o conjunto de garantias incidentes em cada âmbito processual. Enquanto no processo civil o silêncio da parte no depoimento pessoal pode caracterizar a confissão ficta, no processo penal o direito ao silêncio é protegido constitucionalmente, sendo vedada sua interpretação de forma prejudicial ao acusado⁷⁸. Assim, é evidente que o comportamento da parte será extremamente diferente em

⁷⁷Ibid, *op. cit.*, p. 289.

⁷⁸ A observação ressalta que não somente as garantias incidentes no momento de admissão e produção de prova serão consideradas para se aferir a possibilidade do traslado, mas também aquelas que incidem em outras fases

cada âmbito, considerando as potenciais repercussões desse comportamento. Ainda que se obtenha a confissão expressa no processo civil, essa pode ter sido motivada puramente pelo receio das consequências processuais do silêncio, o que não ocorreria no processo penal. Ademais, a simples ausência de advertência sobre o direito ao silêncio já seria suficiente, no âmbito penal, para tornar o interrogatório ilícito.

A circulação no sentido inverso (do processo penal para o civil) também é problemática, uma vez que o acusado que ficou silente no interrogatório poderia, no depoimento pessoal, ter respondido a certas perguntas, sabendo que seu silêncio importaria na confissão ficta.

Os mesmos argumentos se aplicam, *mutatis mutandis*, à prova testemunhal. Enquanto no processo civil se observa maior proeminência de poderes instrutórios do juiz, cabendo a ele a inquirição das testemunhas, no processo penal, de modelo adversarial, a inquirição cabe às partes. Assim, o juiz do processo civil pode vir a formular questão extremamente prejudicial àquele que figurará como acusado no processo destinatário, transportando-se para o processo penal um depoimento sobre perguntas que sequer seriam formuladas, nesse último, pela acusação e pela defesa.

De modo diverso, aquele que figura como acusado no processo penal destinatário pode, no processo civil originário, ter se absterido de inquirir uma determinada testemunha em razão da distribuição dinâmica do ônus da prova naquele cenário. No entanto, no processo penal, tal abstenção implicaria violação à garantia da defesa técnica e consequente nulidade do ato processual. Destaque-se, ainda, que não são somente as *garantias específicas* de cada processo que devem ser observadas nesse filtro metodológico, mas também os *contornos específicos assumidos pelas garantias gerais* nos diferentes âmbitos. Nesse sentido, pode ser admissível, no processo civil, a declaração escrita da testemunha, por se entender razoável o exercício posterior e mitigado do contraditório. No entanto, devido ao maior peso que tal princípio assume no processo penal, o traslado da declaração escrita como prova testemunhal não poderia ser admitido.

Esses exemplos tornam evidente o peso que a diferença assumida pelas garantias nos processos de natureza diversa irá exercer na circulação probatória entre eles, bem como as consequências que a inobservância dessas diferenças pode causar no processo que recebe a

processuais, como o julgamento. Para além do caso da vedação de interpretação prejudicial do silêncio do acusado, os diferentes *standards* incidentes em cada processo terão repercussões diretas no traslado da prova, como será evidenciado no tópico sobre as provas excepcionais. Isso porque, muitas vezes, essas provas são admissíveis no processo penal pela exigência de um modelo de constatação mais elevado (além da dúvida razoável) que inexistente no processo civil. Inexistindo o *standard*, a prova excepcional não teria justificativa legal, via de regra, no processo civil, impossibilitando a circulação.

prova emprestada. As considerações traçadas podem ser sintetizadas em um critério indispensável para a circulação de prova que envolva processos de naturezas distintas: *há de se analisar se haveria qualquer óbice à produção daquela prova de forma originária no processo destinatário, tendo em vista as garantias processuais inerentes àquele âmbito específico*. Trata-se de aporte que deve ser utilizado juntamente com os tradicionalmente estipulados.

4.2 As provas excepcionais e o juízo de proporcionalidade no processo originário

O critério supracitado deve ser tido como uma premissa geral para a circulação entre processos de naturezas distintas. Contudo, quando se analisa a utilização de meios de prova excepcionais, surge a necessidade de uma cautela ainda maior em relação ao transporte da prova. As *provas excepcionais* são aquelas que usualmente são vedadas pelo ordenamento jurídico, em razão de regra geral proibitiva ou norma protetiva de direitos fundamentais, mas que são excepcionalmente admitidas por juízo de proporcionalidade⁷⁹, realizado em abstrato (logo, expresso em lei prévia) ou no caso concreto (por ordem judicial)⁸⁰.

Pode-se apontar, à guisa de exemplificação, uma prova produzida mediante violação do direito à privacidade em processo que verse sobre a tutela de interesse de menor e que seja, excepcionalmente, considerada lícita. Isso pode ocorrer pelo fato de que tanto a privacidade, quanto a tutela do interesse de menor são princípios constitucionais passíveis de ponderação no caso concreto. Diante desse cenário, pode o magistrado, pela aplicação da proporcionalidade, admitir a prova que viola a privacidade, por entender que o outro princípio constitucional deve prevalecer no caso concreto. Imagine-se, agora, que a mesma prova venha a ser requerida em processo que verse apenas sobre interesses pecuniários. Muito provavelmente a violação à privacidade maculará a prova com ilicitude, pela ausência de direito fundamental que possa se sobrepor, no caso concreto, à privacidade. Seria correto, então, o transporte da prova considerada lícita no processo originário, mas que não possuiria o mesmo atributo caso fosse produzida no processo destinatário? Considerando que a prova emprestada tem o *potencial* de assumir a mesma natureza e o mesmo valor que possui no processo originário, o traslado, nesse

⁷⁹ A máxima da proporcionalidade, assim intitulada por Robert Alexy, é analisada em três níveis. O primeiro nível é o da adequação, que consiste na identificação se o meio escolhido para a persecução do fim almejado é o mais adequado. Em seguida, examina-se a necessidade, que é a análise de se o meio escolhido é o menos gravoso para alcançar aquele fim. E, por fim, aplica-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste no sopesamento de princípios. Nesse último ângulo, os princípios serão considerados de acordo com o peso que cada um possui no caso concreto, sendo que o grau de supressão de um deles deve ser igualmente proporcional ao grau de realização do outro. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002)

⁸⁰ GUEDES, Clarissa Diniz. **op cit.** p. 290, n.r. 755.

caso, nos parece verdadeira afronta à regra de inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CF/1988) e poderia resultar na nulidade do processo.

A relativização contextual da licitude da prova pode ser observada, também, de forma abstrata. É que ocorre no processo penal, quando se autoriza a utilização da descoberta fortuita proveniente de interceptação telefônica como fonte de prova limitada a crimes conexos que também sejam punidos por reclusão, excluída a possibilidade de utilização em crimes cuja pena seja de detenção. Isso porque há uma ponderação do legislador entre a violação da privacidade e o bem jurídico protegido pela tutela penal, somente sendo justificada a violação do direito à privacidade em crimes de maior potencial ofensivo. A utilização de prova advinda da interceptação em processo penal que visa punir crime que não atenda aos requisitos da Lei 9.296/1996, por meio da circulação de provas, seria contornar a exceção constitucional expressa.⁸¹

Nesse ponto, é importante refutar o argumento que justifica a circulação da prova excepcional que seria considerada ilícita no processo destinatário, que é a alegação de que o bem jurídico tutelado pela norma proibitiva dessa prova já haveria sido violado, não justificando a restrição de sua utilização. Ora, tal fundamentação não considera o fato de que o tempo e a amplitude da utilização da prova excepcional são diretamente proporcionais à violação do direito fundamental por ela violado⁸², sendo esse, também, um dos motivos de se requerer a possibilidade de que a prova pudesse ser produzida licitamente no processo destinatário.

Dessa maneira, diante da constatação de eventual juízo de proporcionalidade no processo originário, conclui-se pela necessidade de um requisito adicional aos já elencados para a circulação probatória, que é a *observância do juízo de proporcionalidade realizado para admitir a prova excepcional no processo originário, considerando os bens jurídicos ponderados*⁸³. Em vista disso, o juiz do segundo processo somente poderá admitir o traslado

⁸¹ Como exemplifica Vicente Greco Filho: “Outra hipótese é a de surgirem fatos criminosos diferentes daquele que fundamentou a interceptação, como, por exemplo, se, investigando-se tráfico de drogas, verifica-se a participação em sequestro. Poderia a gravação feita ser utilizada como prova desses fatos? Entendemos que sim, desde que a infração possa ser ensejadora de interceptação, ou seja, não se encontre nas proibições do art. 2º e desde que seja fato relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crimes, continência ou conexão (...). O que não se admite (inclusive o mesmo ocorre no direito estrangeiro) é a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência.” (**Interceptação telefônica**. Considerações sobre a Lei 9.296/1996. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.35-36). Em sentido contrário: “Entendo ser plenamente constitucional a utilização de material de interceptação telefônica para embasar a denúncia dos crimes apenados com pena de reclusão e os crimes, que embora punidos com detenção, sejam conexos àqueles.” (Voto do Min. Nelson Jobim no HC 83.515, de que foi relator, Pleno do STF, 16.9.2004, *DJ* 4.3.2005, *RTJ* 193-02, p. 609). No mesmo sentido: (Inq 3965, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., j. 22.11.2016, *DJe*-259 divug 5.12.2016, public 6.12.2016).

⁸² GUEDES, Clarissa Diniz. **Op cit.** p. 291.

⁸³ Importante destacar que essa observação não implica a impossibilidade de total de transporte das provas excepcionais do processo civil para o processo penal, uma vez que o processo civil pode tratar de bens jurídicos

caso entenda que a aplicação da proporcionalidade no processo destinatário também resultaria na licitude da prova excepcional, isto é, que o bem jurídico tutelado naquele processo tem peso suficiente para legitimar a produção da prova.

Essa conclusão tem várias implicações para efeitos de transporte da prova entre processos de natureza diversa (civil e penal), tais como: a) a da inadmissibilidade do empréstimo de prova, em detrimento do réu no processo penal, proveniente de um juízo de proporcionalidade realizado no processo civil para fins de afastar a violação abstrata a direitos fundamentais consagrados em ambos os processos; b) a de que o produto de interceptação telefônica licitamente autorizada no processo penal não poderia ser utilizado no processo civil, sob pena de violação ao art. 5º, XII, da CF/1988, o que será mais detidamente analisado.

4.3 As provas invasivas autorizadas no processo penal e complementariedade dos requisitos elencados

A circulação, para o processo civil, da prova obtida por meios invasivos excepcionalmente autorizados no processo penal, como a interceptação telefônica, merece uma análise mais detida, por evidenciar a necessidade de se observar, concomitantemente, os dois critérios estipulados no trabalho. A questão já é amplamente debatida no âmbito doutrinário e jurisprudencial a partir da hipótese, majoritariamente aceita, de utilização do resultado da interceptação telefônica em processos cíveis, principalmente de índole punitiva, como ações de improbidade administrativa. Não há dúvidas de que o bem jurídico tutelado na ação de improbidade, ou em outras ações civis públicas da mesma índole, sejam de mesmo valor, ou até mesmo de valor superior, àqueles que autorizam a interceptação telefônica lícita no processo penal. Desse modo, nesses casos, pode-se dizer que a circulação atendeu ao segundo critério estipulado pelo trabalho, que é a observância do juízo de proporcionalidade dos bens jurídicos tutelados. No entanto, o traslado da prova continua sendo a transferência de um elemento excepcional do processo penal desacompanhado das garantias que contrabalançam sua

tão relevantes quanto o processo penal. Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**, op. cit., p. 117 e 118, tecendo objeções à ausência de ressalvas à vedação das interceptações telefônicas no processo civil: “Tampouco parece razoável - e o tema, a nosso ver, faz jus a consideração especial - a diferença que se estabeleceu (c) entre o campo penal e o civil. Não se repitam aqui as velhas e desmoralizadas trivialidades sobre o caráter mais ‘grave’ dos efeitos da sentença penal em comparação com os da sentença civil. Um pensamento superficial costuma trazer a colação, a tal respeito, a oposição entre decisões que só interessam ao patrimônio e decisões que afetam a liberdade pessoal. É esquecer que no âmbito civil se trata com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também que no processo penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quanto a infração não é punível senão com multa

utilização. Trata-se de hipótese em que a desconformidade com o primeiro critério é clara: a prova seria ilícita caso produzida no processo civil. Isso porque, ainda que de índole punitiva, no processo civil não se observa qualquer semelhança com as garantias do acusado no processo penal. Pelo contrário, embora não concordemos com tal posicionamento, adota-se, na prática, quase que uma inversão dos valores processuais penais, atribuindo ao réu uma quase presunção de culpabilidade, tendo os tribunais superiores aceitado, em determinadas ocasiões, até mesmo a inversão do ônus da prova, cabendo ao réu provar sua inocência.⁸⁴ Essa ausência de garantias, acompanhada de *standards* mais baixos para a convicção do magistrado, reforça a tese de que o transporte ora analisado é extremamente perigoso para um processo justo, o que já seria o suficiente para impedi-lo.

Há que se ressaltar, ainda, que a aceitação do transporte de prova obtida por interceptação ignora, por completo, a norma proibitiva do art. 5º, XII da Constituição, que é excepcionada apenas para a seara penal. Trata-se de juízo de proporcionalidade prévio realizado pelo constituinte e que possui caráter de regra⁸⁵, demandando uma aplicação mais rígida. Assim, a aceitação desse traslado abre espaço para verdadeiro desvio de finalidade da prova. Caso se coadune com o entendimento da possibilidade desse transporte, abre-se espaço para o desvio de finalidade da prova obtida. Isso ocorre, por exemplo, quando, sabendo ser ilícita a interceptação telefônica no processo civil, ajuíza-se ação penal com intuito de produzir aquela prova para posterior circulação. À luz da experiência estadunidense da teoria da bandeja de prata⁸⁶, o desvio de finalidade em si deve ser considerado fator de grande preocupação em relação às garantias processuais e causa de inadmissão da prova, principalmente quando visa contornar norma constitucional que protege direitos fundamentais. Valendo-se da metáfora de

⁸⁴ STJ, 1. T., REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão j. 23.4.2009, DJe 18.5.2009

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Op cit.**, passim.

⁸⁶ KNIJNIK, Danilo. **Op cit.**, p. 80-81. A teoria versa sobre a possibilidade ou não de se aceitar o ingresso, em cortes federais, de provas produzidas de forma contrária às leis estaduais. Tal possibilidade havia sido vedada pela Suprema Corte na década de 1960, no caso *Elkin v. US*, em entendimento fundado na quarta emenda constitucional e em questões peculiares do federalismo estadunidense. Recentemente, no entanto, vislumbra-se novas formas de aplicação da bandeja de prata, criticável pela doutrina. Nesse sentido, vem sendo aplicada, também, e em grande similitude com a bandeja de prata, a doutrina do *hand-off procedure*, que também visa contornar as vedações de utilização de provas ilícitas. (BLOCK, Micah G.. The Hand-Off Procedure or The New Silver Platter: How Today's Police Are Serving Up Potentially Tainted Evidence Without Even Revealing the Search that Produced It to Defendants or to Courts. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 3, n. 62, p.863-903, Mar. 2010.)

Barbosa Moreira⁸⁷, trata-se de hipótese em que a constituição expulsa a prova pela porta e ela volta a entrar pela janela, que é aberta pelo próprio Supremo Tribunal Federal⁸⁸.

Raciocínio análogo deve ser aplicado a outras provas (ou meios de obtenção) invasivas ou ofensivas a direitos fundamentais, disciplinadas excepcionalmente para o processo penal, como a delação premiada, o agente infiltrado e outras técnicas presentes na lei de organização criminosa (Lei 12.850 de 2013). Essas são técnicas de investigação polêmicas, restritas a crimes *específicos* e previstas no contexto da relação jurídica processual penal. Em suma, são instrumentos de investigação com os quais a lei - de forma constitucional ou não - revestiu o aparato estatal persecutório para efeitos de “compensar” o ônus unilateral da acusação de produzir prova além da dúvida razoável de todos os pressupostos à condenação.

A hipótese dos meios invasivos de obtenção da prova demonstra a complementariedade dos dois critérios suplementares aqui estabelecidos. Isso porque, como se evidenciou, pode haver no processo civil, ainda que de índole não punitiva, bens jurídicos relevantes a ponto de justificarem, em tese, a violação da privacidade no mesmo grau da interceptação telefônica. No entanto, a produção daquela prova originariamente no processo civil pode ser vedada expressamente por regra constitucional e a ausência de outras garantias inerentes ao processo penal faz com que o ingresso da prova obtida por meio da interceptação desequilibre a relação processual.

⁸⁷ “Suponhamos que se cuide de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se tinha autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não se teria podido autorizar a interceptação. *Quid iuris* se o interessado quer utilizá-la como ‘prova emprestada’ perante o juiz civil? No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização. A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se o cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela...” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. **Temas de direito processual. Sexta série**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.120).

⁸⁸ “[...] No que tange à possibilidade de utilização de interceptações telefônicas como base para a propositura de ação de improbidade, cabe a distinção entre a possibilidade de deferimento da medida e a utilização do resultado de sua execução, visto que, de fato, considerando-se que a ‘ação’ por improbidade administrativa tem natureza cível como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2797/DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), não há como se admitir a possibilidade de deferimento de medidas de interceptação telefônica para fins de sua instrução, o que infringiria o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal. Por outro lado, situação distinta ocorre quando a interceptação foi realizada a partir dos postulados do dispositivo constitucional mencionado, porquanto superada a barreira do conhecimento dos elementos envolvidos, não se justificando o impedimento de sua utilização para outros fins, desde que resguardada a não- publicidade dos dados. Com esse entendimento, o STF, no Inquérito 2424/RJ (Rel. Min Cezar Peluso), admitiu a possibilidade de utilização de interceptação telefônica produzida no inquérito policial em processo disciplinar, orientação aplicável, *mutatis mutandis*, às “ações” de improbidade administrativa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 860.738, Mato Grosso. Agravante: José Nazareno Franco França. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de junho de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 20 jun. 2014.

4.4 Os requisitos para a produção da prova emprestada

Diante dos critérios traçados para a *admissão* da prova emprestada, tem-se que dois aspectos práticos ganham especial relevância na *produção* dessa prova. O primeiro é o traslado integral dos elementos probatórios, inclusive dos atos judiciais que admitiram a prova. Isso porque, é a partir desse subsídio que o magistrado do processo destinatário poderá averiguar se houve o devido contraditório no processo originário⁸⁹; quais bens jurídicos foram considerados no eventual juízo de proporcionalidade para admissão da prova; e se garantias específicas de cada processo foram respeitadas. Essa aferição pode ser integralizada pelo contraditório das partes sobre o pedido de traslado da prova, assim como possibilidade das partes de produzir provas *sobre* a prova emprestada. Com isso, o segundo aspecto é a relevância da motivação na decisão que admite ou não a prova emprestada. Ao nosso ver, a explicitação dos argumentos considerados para admissão ou não da circulação, principalmente em casos nos quais essa pode ofender garantias fundamentais, é essencial para a legitimidade da prova e do próprio processo.

CONCLUSÃO

O trabalho teve por objetivo analisar o fenômeno da circulação de provas entre os processos civil e penal. Valendo-se do método jurídico compreensivo de pesquisa, buscou-se analisar o problema inicial, acerca da suficiência dos requisitos tradicionais, revisitando os fundamentos e a aplicação desses requisitos. A partir do marco teórico adotado, constatou-se que as diferentes garantias incidentes em cada âmbito processual resultam em maior rigor metodológico para o transporte da prova, confirmando a hipótese inicial de insuficiência dos requisitos comumente utilizados.

Como se observou, não são raras as hipóteses nas quais os pressupostos tradicionais da prova emprestada serão atendidos, mas que, ainda assim, essa implicará a violação de garantias processuais das partes. Isso ocorre em razão de a licitude da prova ser um questão contextual, que será aferido no caso concreto.

Primeiramente, afirmou-se que a circulação entre esses processos de natureza distinta é possível, com fundamento na unidade de jurisdição. Entretanto, como se ressaltou, esse fundamento deve ser visto com a devida ressalva, uma vez que os fins da jurisdição no processo

⁸⁹ Cabe ainda lembrar, como assevera Talamini, que o contraditório incide de maneira distinta nos dois processos. Enquanto o processo civil se satisfaz com a potencialidade do contraditório, o processo penal o efetiva contraditório. TALAMINI, Eduardo. **Op cit.**, p. 149.

civil e penal podem não guardar identidade entre si. Essa diversidade de escopo reforça as diferenças estruturais e axiológicas que foram destacadas durante todo o trabalho.

Desse modo, o primeiro requisito suplementar a ser observado, quando se intente trasladar uma prova entre processos de natureza diversa, é a compatibilidade das garantias que incidem em cada processo ou, ainda, os diferentes contornos que essas garantias assumem nos respectivos âmbitos. Para exemplificar o requisito proposto, analisou-se a impossibilidade da circulação do depoimento pessoal colhido em processo civil como interrogatório no processo penal. Nesse caso, enquanto o silêncio é direito constitucional no processo penal, sendo vedada sua interpretação contra o acusado, no processo civil pode implicar a confissão ficta da parte quanto aos fatos alegados. Destacou-se, ainda, que essas garantias não se limitam às normas sobre a admissão e produção da prova, mas se aplicam, também, à extensão da atividade cognitiva exercida e sobre a valoração e o julgamento das premissas fáticas. Assim, é salutar a observância de normas que incidirão no momento do julgamento, como a possibilidade ou não de distribuição do ônus da prova e a existência de modelos de constatação (*standards*) mais elevados.

Em seguida, analisaram-se os casos em que a prova que se pretende transportar é de caráter excepcional. Isto é, provas que usualmente são vedadas pelo ordenamento jurídico por norma proibitiva geral ou protetiva de direitos fundamentais, mas que é excepcionada por juízo de proporcionalidade, em abstrato ou em concreto. Nesses casos, observou-se a necessidade de um segundo requisito suplementar para a circulação probatória, que é a constatação que, caso aquela ponderação ocorresse no processo destinatário, também resultaria na licitude excepcional da prova. Com isso, objetiva-se impedir o desvio de finalidade da prova e evitar que a vedação de prova ilícita seja contornada, preservando direitos fundamentais tutelados.

Por fim, foi ressaltada a importância dos aspectos procedimentais na produção da prova emprestada, principalmente do traslado integral dos autos, como meio de o magistrado do segundo processo aferir os requisitos propostos. Ademais, também é indispensável que as partes possam exercer o contraditório sobre a prova emprestada e que o juiz fundamente sua decisão pela admissão ou não da circulação probatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalizado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. São Paulo: RT, 2017

_____. Prova Emprestada. **Revista de Processo**. n.2, dez. 2011, São Paulo. p. 408

AROCA, Juan Montero. **Proceso Civil y Ideologia: un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In YARSHELL, Flávio Luiz, e MORAES, Maurício Zanoide (orgs). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 341-352.

_____. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância**. Disponível em:

<<http://badaroadvogados.com.br/download.php?f=163e275d557d171dcb920bdfe39279cf>>.

Acesso em 22 set. 2017.

_____. **A busca da verdade no processo penal e os seus limites: ainda e sempre o problema do prazo de duração da interceptação telefônica**. in SANTORO, Anonio Eduardo Ramires; MIRZA, Flávio (orgs.). Os 20 anos da Lei 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

_____. BADARÓ, Gustavo. Prova Emprestada no Processo Penal e a Utilização de Elementos Colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** v. 22, n. 106, p. 157–179, jan./fev., 2014.

BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. **Commentario Alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti Dell'Uomo e Delle Libertà Fondamentali**. Milão: CEDAM, 2001.

BLOCK, Micah G.. The Hand-Off Procedure or The New Silver Platter: How Today's Police Are Serving Up Potentially Tainted Evidence Without Even Revealing the Search that Produced It to Defendants or to Courts. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 3, n. 62, p.863-903, Mar. 2010

BODART, Bruno. V. Das Rós. **Tutela de Evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2.ed. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL, **Decreto 592 de 9 de julho de 1990** – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2017.

_____. **Decreto Nº 9.039, De 27 De Abril De 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/D9039.htm>. Acesso em 04 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 860.738, Mato Grosso. Agravante: José Nazareno Franco França. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de junho de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 20 jun. 2014.

_____. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 21 out. 2017

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno:** contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil.** Tradução de Tomás A. Banzhaf. La Plata: Libreria Editora Platense, 2002

DAMAŠKA, Mirjan. **Evidence law adrift,** New Haven – London: Yale University Press, 1997

DENTI, Vittorio. L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. *Rivista di diritto processuale*, Milano: Giuffrè, p. 31-70, 1965

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandrina. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el Derecho.** Madrid: Marcial Pons, 2005.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.** Tercera edición. Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2010

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: RT, 1997.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. II. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica.** Considerações sobre a Lei 9.296/1996. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** vol. 4, Outubro de 1993.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão Racional e Limitações Probatórias:** enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de Doutorado, USP, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

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

LOMBARDO, Luigi. **La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo**. Milano: Giuffrè, 1999.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINETTO, G. Contraddittorio (Principio del). **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1959.

MOREIRA, José Carlos Barbosa . **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo**, in Temas de Direito Processual, 9ª série, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. **Temas de direito processual. Sexta série**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OEA, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos Humanos: O Desafio Da Interculturalidade. **Revista Direitos Humanos**. n.2, jun. 2009.

TALAMINI, EDUARDO. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, out./dez/ Brasília, 1998. p. 145-160.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. **La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti**. Roma: Laterza, 2009

TROCKER, **Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè: 1974

TWINING, William. **Rethinking evidence. Explanatory essays**. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

UBERTIS, Giulio. Direito alla prova nel processo penale e corte europea dei diritti dell'uomo. **Rivista di diritto processuale**. Ano XLIX. Padova: CEDAM, 1994, p. 489- 503.

UE, **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2017.

VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova nei processi civili**. Milano: Giuffrè, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova como requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

WALZER, Michael. **Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad**. Londres: Notre Dame University Press, 1994.