

## SUMÁRIO

### DOUTRINA

#### Processo Civil

- Em busca de um direito comum arbitral: Notas sobre o laudo arbitral e a sua impugnação – VICENZO VIGORITI (traduzido e anotado por CARLOS ALBERTO CARMONA) ..... 11
- Hacia un lenguaje que justifique la cientificidad del derecho y del proceso – JUAN F. MONROY GALVEZ ..... 27
- Procedimentos especiais em matéria de locação de imóveis urbanos – JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ ..... 58
- A separação de corpos na união estável – JAMES EDUARDO C. M. DE OLIVEIRA ..... 85
- Prova emprestada no Processo Civil e Penal – EDUARDO TALAMINI ..... 92

#### Processo Tributário

- Controvérsias sobre o fato tributário nos embargos à execução fiscal – LUIZ CARLOS DERBLI BITTENCOURT ..... 115
- Anotações sobre o cabimento da antecipação da tutela em matéria tributária – JAMES MARINS ..... 120

### DOUTRINA INTERNACIONAL

#### Processo Civil

- Proceso de amparo y tutela de intereses difusos – ADOLFO GELSI BIDART ..... 133

### ATUALIDADES NACIONAIS

- Tutela antecipada em face da Fazenda Pública para recebimento de verbas de cunho alimentar – DORIVAL RENATO PAVAN e CRISTIANE DA COSTA CARVALHO ..... 137
- Da constitucionalidade dos arts. 6.º, 7.º, 41 e 42 da Lei da Arbitragem (9.307/96) – A Questão da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional – JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR ..... 170
- Interceptação de comunicações telefônicas – ROGÉRIO RIBAS ..... 173
- A reforma do Estado e o Judiciário: Em busca da eficácia social da prestação jurisdicional – ROBERTO ARMELIN e JOÃO ROBERTO EGYDIO PIZA FONTES ... 179

### CONFERÊNCIAS

- O Processo Civil francês na véspera do século XXI – ROGER PERRROT (traduzido por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA) ..... 203

© Edição e distribuição

### EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678

Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 3106-3772

CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

ADONIS 0100-1981

Diagramação eletrônica: Editora Revista dos Tribunais Ltda.,

Av. Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 – CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.  
Impressão: Editora Palma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280 – CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

## PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL E PENAL

EDUARDO TALAMINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito, forma e valor – 3. Admissibilidade da prova emprestada – Perspectiva constitucional: 3.1 Prova emprestada e contraditório; 3.2 Prova emprestada e oralidade; 3.3 Prova emprestada, juiz natural e inafastabilidade da jurisdição – 4. Outros requisitos de admissão e produção legítimas – 5. Prova emprestada no quadro da validade das provas – 6. A natureza do vício: 6.1 Consequências da inobservância dos requisitos constitucionais; 6.2 Inobservância dos requisitos “legais” de produção e admissão – Decorrências – 7. Irrelevância dos possíveis destinos do processo anterior – 8. Empréstimo *ex officio* de prova – 9. Prova produzida sob sigredo da justiça e prova obtida mediante interceptação autorizada – 10. Empréstimo de depoimento pessoal – 11. A recente disciplina da juntada *de verbali* no processo penal italiano – 12. Conclusão: funções e fundamentos da prova emprestada – Notas finais sobre sua admissibilidade e valor – A proporcionalidade – 13. Bibliografia.

### 1. Introdução

É indiscutível a existência de uma série de fatores que autorizam falar em “teoria geral do processo jurisdicional”. Processo civil e penal instrumentalizam a atuação da mesma função estatal. Ambos têm na sua essência um sistema de garantias constitucionais em prol do jurisdicionado. Identificam-se, igualmente, na pluralidade de escopos: atuação imparcial da ordem jurídica; pacificação social; garantia da liberdade – e assim por diante.

Até tendências aparentemente antagônicas de um e outro têm na sua base, no mais das vezes, o mesmo elemento unificador. Significativo nesse sentido é o destaque que se dá à “ampla defesa” no processo penal e ao “acesso à justiça” no jurisdicionado em face do Estado. É explicável do mesmo modo o realce à liberdade das provas e aos poderes pro-

batórios do Juiz, no processo civil, em confronto com a maior regulamentação dos meios probatórios e a intensificação do sistema acusatório, no processo penal: as duas orientações têm em vista a efetivação de maior equilíbrio entre as partes.<sup>1</sup>

De outro lado, é também inegável a existência de regimes diferenciados em determinados pontos dos processos civil e penal. A relação processual civil, por exemplo, normalmente se satisfaz com a possibilidade do contraditório; a penal, exige-o efetivo. No processo civil, o “princípio da verossimilhança” ganha a cada dia mais espaço: fazendo com que antes de o Juiz lançar mão das regras de

distribuição dos ônus probatórios para decidir valha-se intensamente das máximas da experiência, das deduções lógicas; ampliando as hipóteses de tutela de urgência etc. Já no processo penal, a garantia da presunção de inocência impõe que, na situação de dúvida, o Juiz decida contra a acusação, que titulariza a substancialidade dos ônus probatórios. E não deixa de ser interessante que mesmo esta diversidade de regimes decorra de aspecto comum: a permeabilidade do processo – civil ou penal – ao direito material. É precisamente em face da essencialidade dos bens sempre envolvidos na causa penal – a liberdade ou quando menos a honra do que se vê acusado – que se estabeleceu regime de garantias mais rígido na esfera penal. Tanto é assim que, toda vez que a causa civil tem por conteúdo matéria de indisponibilidade mais intensa, o processo civil “aproxima-se” do penal.

No campo probatório, dá-se o mesmo. “Estrutural” e “funcionalmente” a prova civil e a penal não se distinguem?<sup>2</sup> (fazão pela qual – antecipe-se – não há nenhum óbice ao traslado de prova de um para o outro,<sup>3</sup> desde que cumpridos os requisitos adiante expostos). Todavia, a diferença de intensidade do sistema de garantias de um e outro processo espelha variedades nas respectivas disciplinas probatórias.

Pretende-se examinar o empréstimo de prova tanto no processo civil quanto no penal sem que se perca de vista o complexo de igualdades e variações que caracteriza o confronto entre os dois ramos – sob a perspectiva do direito processual constitucional. Vai se tentar verificar em que medida o “traslado de prova” é constitucionalmente legítimo e quais valores constitucionais podem através dele vir a ser concretizados.

### 2. Conceito, forma e valor<sup>4</sup>

A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram.

A prova emprestada ingressa no segundo processo sob a *forma* de documento.

São trazidos do primeiro processo todos os elementos documentais em que se consignou a atividade probatória a ser reaproveitada. “Toma-se emprestada” perícia elaborada em outro processo, através da juntada de cópias autenticadas das folhas de que constaram; a decisão definidora do objeto da perícia; os quesitos formulados pelas partes e (ou) pelo Juiz; o laudo pericial; os possíveis quesitos de esclarecimento do laudo e sua resposta; as manifestações dos assistentes técnicos; o eventual termo de ouvida do perito e dos assistentes em audiência – e assim por diante. Igualmente, caso se empreste prova testemunhal, trasladam-se reproduções de todas as folhas dos autos do primeiro processo que documentaram a produção dessa prova. É indispensável o transporte de todas as peças atinentes à atividade probatória objeto do empréstimo ou de certidão com esse teor. Apenas assim o juiz do segundo processo poderá verificar a presença dos requisitos de legitimidade da prova emprestada (itens 3 e 4, adiante). Mais do que isso, só desta forma ele poderá valorá-la adequadamente.

<sup>(1)</sup> Sobre o tema, v. Dinamarco, *Instrumentalidade... cap. II; Cindra, Dinamarco e Grinover, Teoria geral... passim e em especial p. 65-66; Grinover, Liberdades públicas... p. 102-103, nota 117.*

<sup>(2)</sup> Carnelutti, “Prove civile...”, p. 3 *et seq.*  
<sup>(3)</sup> V. Resp 135.777-G0 (DJU, 16.02.1998, p. 89; 3.ª T.; rel. Min. Eduardo Ribeiro, v.u.).

<sup>(4)</sup> Sobre conceito, forma e valor da prova emprestada, confira-se, entre outros: Devís Echandía, *Teoria general... I, esp. p. 367; Moniz de Aragão, Exegese... IV-1, p. 62; Camargo Aranha, Da prova... p. 196-197; Ovidio B. da Silva, Curso... I, p. 295; Grinover, “Prova emprestada”, p. 66; Amaral Santos, *Prova judiciária... I, esp. p. 307 e 326; Lessona, Trattato delle prove... I, esp. p. 14-15.**

Em sentido parcialmente diverso, Devis Echandía afirma que seria “conveniente”, “mas não necessário”, juntarem-se todas essas peças. Segundo ele, seria “presumível” a validade da prova que se emprestou. A parte contrária à que está pleiteando o empréstimo é que teria o ônus de provar, através de cópias, o vício no processo anterior.<sup>5</sup> Ora, a “presunção” de validade somente se estabelecerá quando apresentada toda a documentação do *probatório*. Daí que incumbe à parte que requer o empréstimo trazer aos autos a integralidade destas peças. Isto feito, se a produção original da prova for inválida em face de algum aspecto *externo* ao procedimento *probatório* (por exemplo, a nulidade da citação), então sim, será ônus da parte contrária com provar a existência do defeito.

Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. Terá a *potencialidade* de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida. Ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, “prova inferior” ou “ato extrajudicial”.<sup>6</sup> O Juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria, se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo. Eis o aspecto essencial da prova trasladada: apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário. É tal diversidade que confere à prova emprestada regime jurídico específico — o qual não se identifica com o da prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem.

Bem por isso, o traslado de prova documental já apresentada em outro processo não constitui “prova emprestada”.<sup>7</sup> Não há, neste caso, o contraste entre forma e valor potencial.

### 3. Admissibilidade da prova emprestada — Perspectiva constitucional

Só se poderá conferir à prova emprestada o valor acima mencionado quando ela for reputada legítima. Como se dá em relação a todos os meios probatórios, existem requisitos para sua admissibilidade. De há muito se destaca a falácia que reside na busca incondicionada da suposta “verdade real”.

A reconstrução histórica dos fatos da causa não é valor absoluto; não é a meta final do processo. Escopo do processo é a atuação do ordenamento jurídico, com a consequente pacificação social que tal atuação trará. E a verificação dos fatos ocorridos é apenas uma etapa para a consecução desse objetivo. É óbvio que, para realizar tal fim, o Juiz deverá fazer o possível para apurar a verdade dos fatos. Mas a “verdade” — conceito absoluto — é inatingível. A falibilidade do ser humano não lhe permite alcançá-la; melhor dizendo: não lhe permite sequer saber-se e quando a está de fato alcançado. Um evento que ocorreu no passado talvez jamais possa ser reconstruído exatamente como foi.<sup>8</sup>

Isso não quer dizer que o Juiz deva renunciar ao ideal de atingir a verdade. Daí ser inadeguado distingui-la em três graus: a) a “verdade absoluta”, b) a “verdade material” (que seria a atingida

no processo penal); c) e a “verdade formal” (da qual se ocuparia o processo civil). Todo processo jurisdicional, como uma das etapas para a consecução de seus objetivos, visa da mesma forma a reconstrução dos fatos envolvidos na causa.<sup>9</sup> Mas existem outros valores a considerar.

De um lado, é impossível que a controvérsia permaneça indefinidamente irresolvida, em uma busca eterna da verdade — sob pena de denegação de tutela jurisdicional. Ainda que não convencido sobre “a verdade dos fatos”, em um dado momento o Juiz haverá de decidir — na última das hipóteses, contra quem não se desincumbiu de seus ônus probatórios (no processo penal, contra a acusação — em face da garantia da presunção de inocência do acusado — CF, art. 5.º, LVII).

De outro lado, a investigação probatória tem de ser compatibilizada com a série de princípios condensados na fórmula do devido processo legal. A atuação do ordenamento através do processo não se dá só com a prestação da tutela final. Também a incidência das garantias fundamentais no curso do processo é forma de atuação da ordem jurídica. Portanto, seria contra-senso que a atividade de reconstrução dos fatos — que só

se explica como instrumento para a atuação do ordenamento — se desenvolvesse ao arripio dos valores consagrados nesse mesmo ordenamento. E isso vale igualmente para o processo penal e o civil.

Nesse passo, a “presença das partes” e a “presença do juiz” são reconhecidos como aspectos essenciais para a validade e eficácia das provas.<sup>10</sup> Em face deste binômio, que tem *status* constitucional (art. 5.º, XXXV, XXXVII, LIII e LV), é que se há de examinar a admissibilidade da prova emprestada.

#### 3.1 Prova emprestada e contraditório

As partes do segundo processo têm de haver participado em contraditório do processo em que se produziu a prova que se visa a aproveitar. Mais precisamente, é imprescindível que a parte contra a qual vai ser usada esta prova tenha sido parte no primeiro processo.<sup>11</sup>

(10) Vide, entre outros: Couture, *Fundamentos*... p. 253; Grinover, “O conteúdo...”, p. 21 a 24; Grinover, S. Fernandes e M. Gomes Filho, *As nulidades*..., p. 106-107.

(11) Afirmando a necessidade da presença de ambas as partes, entre outros: Lessona, *Tratado*..., I, p. 14-15; Momin de Aragão, *Exegese*..., IV-1, p. 62; Arruda Alvim e Teresa A. Alvim, *Manual*..., II, p. 233. Afirmando apenas a necessidade da presença do desfavorecido pela prova, entre outros: Devis Echandía, *Teoria general*..., I, p. 367-368; Couture, *Fundamentos*..., p. 255-256; F. Marques, *Instituições*..., III, p. 305; e *Elementos*..., II, p. 307-308; Ovídio B. da Silva, *Curso*..., I, p. 295; Camargo Aranha, *Da prova*..., p. 197; Grinover, “Prova emprestada”, p. 66. O STF, em processo civil, já deu provimento a recurso extraordinário para reconhecer ofensa ao contraditório no empréstimo de prova cuja qual deveria operar (RTJ 56/283). Em outra ocasião, em causa penal, o STF rejeitou esse entendimento, mas denegou *habeas corpus* por considerar que a sentença de

(5) *Teoria general*..., I, p. 377-378.

(6) Era o que afirmavam, por exemplo, Bentham (*Tratado*..., II, p. 5-6), Sabatini (*Teoria delle prove*..., p. 426) e Florian (*Delle prove penale*, p. 128 e 130).

(7) Lessona, *Tratado delle prove*..., I, p. 14; Ovídio B. da Silva, *Curso*..., I, p. 296; Amaral Santos, *Prova judiciária*..., I, p. 309.

(8) V., por todos, Calamandrei, “Verità...”, p. 165-166, e Camelutti, *Diritto e processo*, p. 254.

Amaral Santos sustenta que no “sistema do juiz ativo”, em que o julgador tem “predominante função” na formação da prova, a negativa de valor à prova em prestada de processo entre terceiros teria de ser acolhida “com certa reserva”, vez que “a prova é do juiz”. Para ele, o requisito do contraditório no processo anterior só teria sentido no processo “dispositivo” (sic).<sup>12</sup> Não há como concordar com a afirmação. Em qualquer caso, o contraditório terá de ser respeitado. Em primeiro lugar, porque sempre — mesmo em um hipotético sistema de monopólio da iniciativa probatória pelas partes — as provas são “do juiz”, enquanto a ele se destinam. Depois, a concessão de maiores poderes ao Juiz não autoriza a restrição dos poderes das partes — que permanecerão *sujeitos* no processo, jamais se tornando seu *objeto*. Aliás, é precisamente no sistema de amplos poderes judiciais que maior relevância assume a garantia do contraditório como forma de controle do correto desempenho da função jurisdicional.

Na esfera civil, é mais freqüente a hipótese de não coincidirem integralmente as partes do processo em que se produziu a prova e as do processo para o qual se pretende emprestá-la. Haverá de se verificar se aquele a quem desfa-

vorece a prova emprestada participou de ambos. Já no processo penal, *em regra*, um dos pólos da relação processual será ocupado pelo Ministério Público. Daí que o traslado de prova em favor da defesa de um processo penal para outro, normalmente, não esbarrrará no requisito ora examinado: sendo uno e indivisível o Ministério Público, no mais das vezes ele terá participado de ambos. Mas não é correto afirmar que, por isso, a necessidade de verificação da presença do requisito só geraria dificuldades, no âmbito penal, quando a prova emprestada fosse usada contra o acusado.<sup>13</sup> Ainda que excepcionalmente, pode-se estar diante de ação penal “privada”. Nesta hipótese, a prova emprestada contrária à acusação submeter-se-á do mesmo modo ao requisito do contraditório. Se o querelante não houver sido parte no processo originário, não se admitirá, em princípio, o empréstimo. Além disso, ainda quando se tratar de ação penal pública, a prova emprestada em prol da defesa pode vir a ser inadmissível. Basta imaginar a hipótese de ela haver sido originariamente colhida em processo civil de que não participou o Ministério Público (Porém, em tais casos, ressalva-se a eventual aplicação do princípio da proporcionalidade — v. item 12).

Não procede a assertiva de que seria desnecessária a participação do prejudicado no processo anterior, bastando que se lhe desse oportunidade de manifestação sobre a prova depois de seu traslado.<sup>14</sup> É que o contraditório não consiste na simples garantia de defesa em face da prova já produzida. Mais do que isso,

através dele assegura-se a possibilidade de participação efetiva em toda atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado. Há o direito de “fiscalizar” e “influenciar” o desenvolvimento da instrução, inclusive a probatória.<sup>15</sup>

Sob o prisma do contraditório, comumente se aponta apenas a necessidade de que a parte contra a qual a prova emprestada operará tenha participado do processo anterior. Mas, para que o traslado de prova não seja incompatível com essa garantia, ainda outros dois aspectos devem ser observados.

Não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo. Por exemplo, pode ser inadmissível o empréstimo de elementos probatórios produzidos em procedimento de jurisdição voluntária que dispense o exame mais profundo das questões fáticas (v.g., inventário) para outro de jurisdição contenciosa.<sup>16</sup>

Há ainda outro tópico, com acentuada relevância para o processo penal. O direito processual civil geralmente se satisfaz com a potencialidade de contraditório: basta que se dê às partes a oportunidade de participar. O direito processual penal exige o contraditório efetivo. A defesa técnica é indispensável. Assim, não pode ser emprestada para processo penal (ou para processo “civil” em que preva-

leça a indisponibilidade da defesa) prova para ser usada contra alguém que, enquanto tenha formalmente figurado como parte no primeiro processo, dele não tenha participado em *efetivo* contraditório. A prova produzida contra revel em processo civil, v.g., não pode ser utilizada por empréstimo contra esta mesma pessoa em processo penal. Não fosse assim, através de caminho tortuoso, seria inobservada a regra da indisponibilidade da defesa técnica.

Mas as partes não têm só o direito ao contraditório. Possuem o direito de exercê-lo perante o órgão jurisdicional.<sup>17</sup> Por isso, a legitimidade constitucional do empréstimo de prova tem de ser examinada também diante de outros valores processuais constitucionalmente consagrados.

### 3.2 Prova emprestada e oralidade

A oralidade, enquanto complexo de subprincípios (imediateção, identidade física, concentração, irrecorribilidade das interlocutórias, poderes probatórios do Juiz...), estabelece como direttriz a necessidade de o julgador ter contato *passoa, direto e recente* com os elementos formadores de sua convicção para a decisão da causa.<sup>18</sup>

Na medida em que serve para garantir procedimento rápido (e, portanto, uma resposta célere) e a melhor formação do convencimento do Juiz (e, portanto, uma

pronúncia não se fundou na prova emprestada (RT 690/380). Vide ainda: *RePro* 11-12/347, em. 165; RT 300/229; RT 615/69; RT 667/267; RT 673/146; RT 719/166; JTA 106/207; JTA 111/360; RTJESP 105/217; RTJAMG 29/224; TRF-1.ª R., ApCiv 0103499-MG, DJU 05.08.1991, p. 17.737; TRF-1.ª R., ApCiv 0112779-MG, DJU 10.02.1992, p. 1.881; TRF-1.ª R., ApCiv 0116986-MA, DJU 05.03.1990; TRF-1.ª R., ApCiv 0108237-MG, DJU 09.05.1994, p. 21.397; TRF-1.ª R., ApCiv 0126637-MG, DJU 20.06.1994, p. 32.265; TRF-1.ª R., R.Ord.Trab. 0105655-DF, DJU 05.09.1994, p. 48.389; TRF-4.ª R., ApCiv 0408315-RS, DJU 22.02.1995, p. 8.834.

<sup>(12)</sup> *Prova judiciária...*, I, p. 312.

<sup>(13)</sup> Como faz Camargo Aranha, *Da prova...*, p. 197.

<sup>(14)</sup> Com esse argumento, o STF admitiu prova trazida de processo do qual a parte por ela desfavorecida não havia participado (RTJ 129/727). No mesmo sentido: TRF-1.ª R., ApCiv 0110064-MG, DJU 15.06.1992, p. 17.444.

<sup>(15)</sup> Cf. entre outros: Couture, *Fundamentos...*, p. 253-254; Dinamarco, *Execução civil*, p. 168-169; Grinover, “O conteúdo...”, p. 19 a 21; Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 107; Magalhães Gomes Filho, *Sobre o direito à prova...*, p. 141.

<sup>(16)</sup> Exemplo semelhante é dado por Ovídio B. da Silva, *Curso...*, I, p. 296.

<sup>(17)</sup> Cf. por todos Comoglio, *La garanzia...*, p. 217 *et seq.*, e Trocker, *Processo civile...*, p. 514-515.

<sup>(18)</sup> Chiovenda, “Lo stato attuale del processo civile in Italia...” (Saggi..., I), “Relazione sul progetto di riforma...” (Saggi..., II), “L’oralità e la prova” (Saggi..., II) e *Instituições...*, III, p. 45-65. Outras referências bibliográficas e mais amplas considerações sobre a natureza e a extensão da oralidade constam de “A nova disciplina do agravo...”, p. 126 a 132, de minha autoria.

resposta mais justa), a oralidade tem direito suporte constitucional nas garantias da adequada tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV) e do devido processo legal (art. 5.º, LIV). Ainda, um processo mais rápido e com juiz atuante e em contato direto com as provas e as partes amplia o acesso à justiça (também contido na fórmula do inc. XXXV do art. 5.º), aproximando-a dos menos favorecidos (eis porque a oralidade é adotada pelos juizados especiais).<sup>19</sup>

Mas, em si mesma, a oralidade não constitui garantia direta e absoluta, que valha em si e por si. É sempre desdobramento e meio de consecução de outros valores — esses sim, constitucionais. Daí que ela jamais pode ser imposta em termos absolutos. Cede espaço toda vez que existam outros mecanismos mais adequados ao cumprimento dos mesmos fins por ela visados — o que, aliás, é inerente ao Direito.

A recorribilidade de interlocutórias, por exemplo, prevista tanto no processo civil como no processo penal brasileiro, mitiga a oralidade. A própria possibilidade de revisão da decisão final pelo órgão de grau superior também lhe traz limitação, na medida em que se permite nova decisão por magistrados que não tiveram necessariamente contato direto com a produção das provas. Ainda, a utilização das cartas rogatórias, precatórias e de ordem igualmente diminuem a incidência da imediação. Enfim, há diversas hipóteses em que a oralidade não preva-

lece — sem que, por isso, verifique-se afronta ao sistema de garantias constitucionais do processo. Pelo contrário, a supressão desses mecanismos mitigadores da oralidade é que acabaria por gerar inconstitucionalidades: não se conceberia sistema constitucionalmente legítimo sem nenhum duplo grau; em que as interlocutórias fossem sempre irrecorri-veis por via autônoma; em que se vedassem as provas que tivessem de ser produzidas em outra localidade... — e assim por diante.

A prova emprestada insere-se perfeitamente neste quadro. Outros valores a autorizam (v. item 12), ainda que ela represente diminuição de incidência da diretiva da oralidade.

Isso não significa que, de algum modo, a oralidade não possa influir na avaliação da prova emprestada: precisamente porque não teve participação direta e imediata na atividade de produção originária da prova, o juiz, em face de outros elementos probatórios com ela incompatíveis, pode conferir-lhe fundamentadamente valor menor do que aquele que receberia se tivesse sido produzida diretamente no segundo processo (sobre o tema, v. item 12). Isso, entretanto, não é peculiaridade da prova emprestada. Pode acontecer em qualquer caso em que não se dê a imediação do juiz com as provas (colheita por carta; substituição de juiz no curso do processo...).

É levando em conta tal aspecto que se há de definir a possibilidade de emprestimo da inspeção judicial. Trata-se da verificação direta de pessoas ou coisas pelo juiz, para se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa (CPC, art. 440 *et seq.*; cabível também no processo penal, vez que moralmente legítima e não vedada expressamente). A imediação é inerente à inspeção judicial. Esta só terá valor específico e diferenciado do de outros meios probatórios quando realizada precisamente por aquele que julgará o

feito. Isso, contudo, não obsta seu “emprestimo”. Mas é a única prova que, se emprestada, não tem absolutamente como manter o valor originário (o que a afasta do aspecto comum aos demais emprestimos de prova, consistente na *potencialidade* de ser mantida a força probante original — v. 2.ª, acima). De qualquer modo, a restrição ao valor da inspeção não ocorrerá só nos casos de traslado, mas toda vez que o juiz que inspecionar não vier a ser o mesmo que julgará: para o segundo magistrado, sua documentação terá valor apenas enquanto veiculadora do depoimento do primeiro.

### 3.3 Prova emprestada, juiz natural e infastabilidade da jurisdição

O princípio constitucional do juiz natural desdobra-se em dois âmbitos: vedação a tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII, da CF) e garantia do juiz competente (art. 5.º, LIII, da CF). O princípio do juiz competente assegura às partes não só o direito de serem sentenciadas por autoridade jurisdicional cuja competência para tanto tenha sido previamente estabelecida, mas também a garantia de que a instrução processual ocorra perante esta mesma autoridade (“ninguém será *processado* nem sentenciado senão pela autoridade competente”).

Tal exigência estabelece limitação ao empréstimo da prova? A prova, para que possa ser emprestada, tem de haver sido produzida perante juiz que também seria competente para o julgamento do segundo processo?<sup>20</sup>

Um primeiro passo para a resposta à indagação pode ser dado através do exame da (extensão da) constitucionalidade

da regra segundo a qual são nulos apenas os atos decisórios praticados pelo juiz incompetente (CPC, art. 113, § 2.º, CPP, art. 567). Caso se considere constitucionalmente possível que provas colhidas perante o juiz incompetente sejam aproveitadas no prosseguimento do mesmo processo junto ao órgão competente, não haverá o que justifique a rejeição do empréstimo da prova tão-só pelo fato de o juiz do primeiro processo não deter competência para a causa objeto do segundo.

Podem ser resumidas em quatro as correntes de entendimento acerca do destino dos atos não decisórios praticados pelo juiz incompetente: a) seriam nulos (ou inexistentes) em qualquer caso, por ofensa à garantia do juiz competente; a lei infraconstitucional não poderia abrir exceção não prevista pela Constituição; b) seriam nulos (ou inexistentes) apenas nos casos de violação às normas constitucionais de repartição de competência; quando a incompetência decorresse de ofensa a norma infraconstitucional, seria aplicável a regra de aproveitamento dos atos não decisórios igualmente estabelecida em âmbito infraconstitucional; c) seriam nulos (ou inexistentes) somente nos casos em que os processos fossem instaurados perante a “Justiça Especial” quando competente a “Justiça Comum”, vez que só os órgãos desta estariam idealmente investidos de toda a jurisdição; d) seriam sempre válidos, vez que a Constituição limita-se a repartir competências: a economia processual justificaria o estabelecimento de regras infraconstitucionais de aproveitamento dos atos não decisórios.<sup>21</sup>

(19) Talamini, “A nova disciplina...”, p. 127. Por isso, não parece correto pura e simplesmente afirmar que a identidade física e a imediação “não vigoram no processo penal” (como fazem, p. ex., P. H. de Moraes e J. B. Lopes, *Da prova penal...*, p. 45). Mais acertada é a observação de Greco Filho, de que a identidade física não é “regra cogente” no processo penal, mas elemento “importante para a descoberta da verdade” (*Manual...*, p. 201).

(20) A admissibilidade da prova emprestada não tem sido examinada à luz desta garantia. Como exceção, confira-se Grinover (“Prova emprestada”, p. 63 e 66) — que chega a solução diversa da aqui preconizada.

(21) Sobre as várias correntes, vede: Cintra, Dinamarco e Grinover, *Teoria Geral...*, p. 238; Ap 34.847, do 2.º TACIVSP, colhida por Arruda Alvim e outros em *Competência...*, p. 338-339; voto do Min. Moreira Alves no RExt. 80.226-BA (RTJ 89/478-479).

Tem-se entendido que no processo civil é integralmente aplicável, sem violação à Constituição, a regra do aproveitamento dos atos não decisórios (CPC, art. 113, § 2.º)<sup>22</sup> com a ressalva de que, remetidos os autos para o órgão competente, esse tem poderes para reexaminar todos esses atos já praticados. Não que o processo civil seja infenso ao princípio do juiz competente. Este vigora também na esfera civil: a incompetência acarreta a invalidade dos atos decisórios instrumentais e finais; o desrespeito à competência absoluta enseja a rescisão da sentença de mérito transitada em julgado (CPC, art. 485, II). Todavia, reputa-se que a economia processual possui relevância axiológica suficiente para mitigar o rigor da exigência de integral processamento da causa perante juiz competente.

Isso é o que basta para reconhecer, no âmbito civil, que a incompetência do juiz do primeiro processo, relativamente à causa objeto do segundo, não é obstáculo ao empréstimo da prova.

No direito processual penal, entretanto, é mais freqüente a afirmação de que não seria aproveitável nenhum ato do processo desenvolvido perante juiz constitucionalmente incompetente. A norma do art. 567 do CPP só se aplicaria aos casos em que a incompetência decorres-

se de violação a preceitos infraconstitucionais.<sup>23</sup>

É dispensável, aqui, a verificação do acerto da tese. Para os fins do texto, é suficiente considerar os três aspectos que poderiam fazer justificável solução diferente daquela a que se chega no processo civil: a) a exigência de integral processamento perante o órgão competente assurgente, no caso da ação penal pública, que a própria denúncia seja proposta pelo órgão acusatório competente; b) garante, além disso, que o juiz constitucionalmente competente — e apenas ele — decida acerca do recebimento da denúncia ou queixa (a pendência da demanda penal é muito mais gravosa para o réu do que a litispendência civil); c) no mais das vezes, verificada a incompetência por ofensa a normas constitucionais, o aproveitamento de atos não decisórios é impraticável em virtude da radical diversidade entre o procedimento penal já desenvolvido perante o órgão incompetente e aquele que se deverá efetivar frente ao órgão competente.<sup>24</sup>

Ainda que razoáveis tais argumentos, para explicar a nulidade *ab initio* do processo penal praticado frente ao juiz incompetente, nenhum deles interfere na legitimidade constitucional do empréstimo da prova produzida perante juiz que não deteria competência para processar e julgar o feito para o qual se fará o traslado. Portanto, mesmo no processo penal, é dispensável que o Juiz que presidiu a colheita da prova a se emprestar detenha competência para conhecer a causa do segunda processo.

Um último requisito constitucional impõe-se indistintamente para o empréstimo de prova tanto no processo civil quanto penal. A prova tem de haver sido originariamente colhida em processo frente a órgão jurisdicional. Trata-se de decorrência direta da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (CF, art. 5.º, XXXV e LIV). Não há apenas o direito de ser ouvido e receber uma resposta do órgão jurisdicional. Mais ainda, existe o direito de perante esse — e com o completo sistema de garantias que peculiariza o processo jurisdicional — desenvolverem-se as atividades destinadas a “far valere sul piano probatorio le proprie ragioni e di influire sullo svolgimento della controversia”.<sup>25</sup> Nesse ponto, “presença das partes” e “presença do juiz” interagem.

Não se tratando de prova inerentemente preconstituída, sempre que possível (v. 12, adiante), deve ser produzida no processo jurisdicional, sob o pálio de suas garantias. Nesses casos, não é cabível o mero empréstimo de “prova” produzida em processo ou procedimento administrativo, inclusive inquerito policial.<sup>26</sup>

Não se tratando de prova inerentemente preconstituída, sempre que possível (v. 12, adiante), deve ser produzida no processo jurisdicional, sob o pálio de suas garantias. Nesses casos, não é cabível o mero empréstimo de “prova” produzida em processo ou procedimento administrativo, inclusive inquerito policial.<sup>26</sup>

(22) Trocker, *Processo civile...*, p. 514-515, comentando o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei que na Itália entregava a órgão administrativo, com exclusividade, a comprovação de determinados fatos. Tratando do mesmo caso, Comoglio destaca que haveria inconstitucionalidade ainda que existisse a possibilidade de contraditório frente à administração (*La garanzia...*, p. 218-219).

(23) Nesse sentido: Lessona, *Trattato...*, I, p. 31-32 (note-se que, quando o autor admite o empréstimo de prova de “giudizio amministrativo”, está a referir-se ao processo *giurisdizionale* desenvolvido perante a “Giustizia amministrativa”; a seguir, não aceita o traslado de prova colhida na “pratica od inchiesta amministrativa”). Na jurisprudência, afastando o empréstimo de prova colhida em inquerito, veja-se: *RJ/JESP* 99/201; *RePro* 43/289; *RTJ* 56/283 (nos três casos, porém, embora se fizesse menção à

Tampouco se admite o empréstimo de prova colhida em procedimento arbitral. Dentro de certos limites a arbitragem não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, representando importante meio alternativo de solução de conflitos. Todavia, não possui caráter jurisdicional.<sup>27</sup> O compromisso arbitral constitui ato de autonomia privada, no âmbito do direito material, pelo qual as partes submetem ao julgamento de terceiro controversia que envolva direito disponível. Além disso, a matéria subtraída à apreciação do Juiz limita-se precisamente à *solução* do tema objeto do compromisso. Para a resolução de outros conflitos, alheios ao que foi objeto da arbitragem, os atos instrutórios desenvolvidos perante o árbitro não se revessem de valor especial.<sup>28</sup>

É igualmente inviável o empréstimo de prova produzida no exterior. Órgãos, ainda que jurisdicionais, de outros Estados não exercem jurisdição brasileira (por isso a sentença estrangeira só adquire eficácia no Brasil se homologada pelo STF).<sup>29</sup> Todavia, em todos aqueles casos em que a prova não tenha como ser realizada no Brasil, torna-se admissível seu traslado de processo já desenvolvido em outro Estado (por exemplo: a ouvida

inadmissibilidade também por ser proveniente de inquerito, não se preencha igualmente o requisito do contraditório).

(27) Vede, entre outros, Chiovenda, *Instituições...*, I, p. 78 *et seq.*; Fazzalari, *Istituzioni...*, p. 505 *et seq.*

(28) Em sentido contrário: Dervis Echandía, *Teoría general...*, I, p. 376.

(29) Nesse sentido: Lessona, *Trattato...*, I, p. 31-32. Em sentido contrário, Dervis Echandía (*Teoría general...*, p. 376-377), afirmando incorretamente que essa também seria a posição de Lessona. Lessona admitia, *in* sim, aproveitamento de provas produzidas frente à “jurisdição consular” e aos “tribunais coloniais”, que na época integravam a jurisdição italiana.

(22) Tal entendimento tem prevalecido perante os Tribunais: v., p. ex., os acórdãos do STF e do 2.º TACIVSP, indicados na nota anterior; ainda: STF, RExt 88131-1, *DJU* 10.08.1979, p. 5.846; TRF-1.ª R., ApCiv 0121993-DF, *DJU* 03.08.1995, p. 48.251. Em doutrina, A. Alvim indica expressamente o aproveitamento de atos instrutórios — examinando o princípio do juiz natural — inclusive sob o prisma do juiz competente — apontando a necessidade de, como se dá com todo princípio, “coordená-lo”, “balanceá-lo” e “temperá-lo” com os demais valores constitucionais (*Il giudice...*, p. 237-238).

(23) Nesse sentido: Breda, “Efeitos da declaração...”, p. 186 a 189; Grinover, S. Fernandes e M. Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 45-46.

(24) Quanto a esse último aspecto, vede Breda, “Efeitos da declaração...”, p. 188.

de testemunhas no exterior; exame pericial sobre bem situado fora do território nacional etc.). Afinal, a exigência de que as provas se produzam frente à jurisdição brasileira tem seu limite na própria possibilidade de tal produção — sob pena de haver desartada restrição ao direito de provar (v. 12, adiante). Daí porque, nesses casos, não se põe em dúvida a legitimidade constitucional da carta rogatória. Conseqüentemente, a economia processual autoriza que, presentes os demais requisitos, empreste-se a prova já produzida no exterior, em vez de se expedir carta rogatória para a repetição do ato.

#### 4. Outros requisitos de admissão e produção legítimas

Há ainda requisitos que poderiam ser chamados de “legais” — embora indiretamente também atendam a valores constitucionais. Terão de ser observadas as prescrições atinentes à natureza originária da prova, tanto no primeiro processo quanto no segundo. Além disso, no processo para o qual a prova está sendo emprestada, terão de ser observadas as normas atinentes à prova documental, já que é sob esta forma que se dá o traslado.<sup>30</sup>

Cabe aqui uma diferenciação.

A exigência de que a prova no primeiro processo tenha sido regularmente colhida é requisito de *admissibilidade* para seu empréstimo.

Do mesmo modo, a observância no segundo processo das normas que disciplinam a admissibilidade da prova em sua essência originária também é pressuposto de *admissibilidade* do empréstimo. Exemplificando: em tese, não seria possível o empréstimo de prova testemunhal para a comprovação de fatos que não

admitem prova através de testemunha (v.g., CPC, art. 401). Esse requisito tende a ser mitigado, na medida em que as tarifas legais de prova vão recebendo interpretação cada vez mais restritiva (por exemplo, confira-se a tendência jurisprudencial limitadora do alcance e da extensão do art. 401 do CPC, nas notas ao preceito apostas por Theotonio Negão, *CPC...*, p. 307).

Ainda, inclui-se entre os pressupostos de *admissibilidade* da prova emprestada o respeito, no segundo processo, às normas que traçam os limites e condições para a juntada de documento.

Já a observância do procedimento da atividade probatória documental por ocasião do empréstimo não constitui um pressuposto para sua admissão — e sim parâmetro de regularidade do traslado. Não é um requisito da sua aceitação, mas da sua *produção válida*, depois de aceita, no segundo processo (a distinção tem relevância porque podem ser diferentes as conseqüências da admissão indevida e da produção indevida do empréstimo).

A mais significativa das normas relativas à *produção* da prova documental é a que assegura o contraditório. Nos termos do art. 398 do CPC, será ouvida a parte contrária à que requerer o empréstimo. Tendo sido o traslado determinado *ex officio*, ouvem-se ambas.<sup>31</sup>

Embora o CPP não possua regra genérica determinando a observância do contraditório por ocasião da juntada aos autos da prova documental, também no processo penal o Juiz deverá dar ciência do traslado às partes. A essa conclusão se chega quer pela aplicação extensiva (CPP, art. 3.º) do art. 475 do CPP (que proíbe “a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de

três dias”), quer pela aplicação subsidiária do art. 398 do CPC — senão pela incidência direta da garantia constitucional do contraditório (art. 5.º, LV).<sup>32</sup>

Por isso, não parecem acertadas as decisões que consideram desnecessária a abertura de vista à parte depois do empréstimo, sob o argumento de que ela já exercera o contraditório por ocasião da produção originária da prova.<sup>33</sup> A parte tem o direito de se manifestar sobre a admissibilidade do empréstimo, sobre o valor que concretamente no segundo processo a prova trasladada deve merecer — e assim por diante. Para tanto, tem de lhe ser dado conhecimento da juntada.

Há quem ainda estabeleça outro pressuposto da prova emprestada: a identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos.<sup>34</sup> Não é, porém, requisito *específico* da prova emprestada, senão o pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para a admissão de qualquer meio probatório.<sup>35</sup>

É no âmbito da relevância e pertinência que se insere a questão da possibilidade de empréstimo de prova sobre a saúde mental do acusado. Como observa Vicente Greco Filho: “O exame será sempre específico para os fatos relatados no inquérito ou no processo, e não pode ser substituído por interdição civil ou exame de insanidade realizado em razão de outro fato. Isto porque, em virtude do sistema biopsicológico sobre a inimpugnabilidade acolhido pelo Código Penal, os

peritos devem responder se à *época do fato* o acusado era, ou não, capaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se segundo esse entendimento. Logo, não pode haver aproveitamento de outro exame referente a outro fato”.<sup>36</sup>

Essa constatação limita bastante, mas não exclui por completo o empréstimo de prova acerca da sanidade. Pode ter havido em outro processo perícia relativa ao estado mental do acusado precisamente à *época do fato*. Além disso, o empréstimo pode destinar-se a comprovar insanidade superveniente — a qual também tem repercussão jurídica (CPP, art. 152). Fora dessas hipóteses o traslado de exame será inadmissível, posto que tem por objeto fato *irrelevante*.

#### 5. Prova emprestada no quadro da validade das provas

Tem prevailecido na doutrina brasileira classificação que distingue as provas “legais” em “ilícitas” e “légimas”. Nas palavras de Ada Grinover, reportando-se a terminologia de Nuvolone, “a prova pode ser ilegal, por infringir à norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. (...) Vê-se daí que a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima se faz em dois planos. No primeiro enfoca, a distinção diz com a natureza da norma infringida ou violada: sendo esta de caráter material, a prova será ilícita; sendo de caráter processual, a prova está ilegítima. No segundo plano, a distinção é estabelecida quanto ao momento em que se dá a violação, isso porque a prova será ilícita infringindo, portanto, norma material, quando for ‘colhida’ de forma que transgranda regra posta pelo direito material; será, ao contrário, ilegítima, infringindo norma de caráter processual, quan-

<sup>(30)</sup> Camargo Aranha, *Da prova...*, p. 197; Grinover, “Prova emprestada”, p. 66.

<sup>(31)</sup> Sobre o contraditório em relação às provas colhidas de ofício, v., por todos, Grinover, “O conteúdo...”, p. 24 e 27.

<sup>(32)</sup> Nesse sentido, entre outros: Grinover, “O conteúdo...”, p. 26; M. Gomes Filho, *Sobre o direito à prova...*, p. 163; Greco Filho, *Manual...*, p. 210.

<sup>(33)</sup> TRF-3.ª R., ApCiv 03007150-SP, *DOE* 02.04.1990, p. 80; TRF-3.ª R., ApCiv 03024861-SP, *DOE* 03.08.1992, p. 173.

<sup>(34)</sup> Amaral Santos, *Prova judiciária...*, l. p. 314; Camargo Aranha, *Da prova...*, p. 197.

<sup>(35)</sup> Nesse sentido, Grinover, “Prova emprestada”, p. 67.

<sup>(36)</sup> *Manual...*, p. 170 — com destaque no original.

do for 'produzida' no processo, em violação à regra processual".<sup>37</sup>

A prova emprestada que não atenda aos pressupostos apresentados nos dois itens anteriores se insere na categoria das provas "ilegítimas", vez que violadora de normas que tutelam valores atinentes "à lógica e à finalidade do processo". No item 9, examinam-se especiais hipóteses em que o empréstimo da prova pode se dar com a ofensa a normas de direito material, tornando-a "ilícita".

## 6. A natureza do vício

A natureza do vício e as consequências do empréstimo ilegítimo variam, contudo, conforme os requisitos que tenham sido desatendidos.

### 6.1 Conseqüências da inobservância dos requisitos constitucionais

Inobservados os requisitos constitucionais (item 3), a prova trasladada é juridicamente inexistente; é uma "não-prova", arremedo de prova.<sup>38</sup> Outra não pode ser a conseqüência da frontal violação às normas constitucionais. Emquanto prova constitucionalmente ilegítima:

a) *Não poderá ser nem anexada ao processo, por expressa coninação constitucional (art. 5.º, LVI). Embora a fórmula empregada no inc. LVI do art. 5.º da CF tenha aludido a provas "ilícitas", a sanção ali estabelecida aplica-se a toda prova ofensiva a valores constitucionais fundamentais, inclusive os processuais.*

(37) "Provas ilícitas", p. 170-171. Vede ainda de Grinover: "Interceptações...", p. 61, e *Liберdades...*, p. 96 a 99; e, em conjunto com Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 113.

(38) Grinover, Scarance Fernandes, Magalhães Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 20-21 e 121.

De mais a mais e diferentemente de outras espécies de provas produzidas em desrespeito a regras processuais, não há como se sanar o vício nesse caso: não há o que se fazer se a parte contra a qual se pretendia usar a prova emprestada não participou do processo anterior; igualmente nada há que supra a circunstância de o órgão perante o qual se produziu originariamente a prova não ter caráter jurisdicional. Logicamente, a repetição no segundo processo da prova que se pretendia emprestar não é "saneamento" do empréstimo ilegítimo. Nesse caso, não se estará suprindo defeito na prova trasladada, mas desenvolvendo-se exatamente a atividade probatória que em princípio seria dispensável se a prova emprestada fosse válida.<sup>39</sup>

b) *Se inadvertidamente juntada, terá de ser desentranhada. Esse é o sentido do vocábulo "inadmissibilidade". No processo penal italiano, a "inutilizabilidade" da prova proibida chegou a ser interpretada por alguns como sua tão-só impossibilidade de utilização no momento da valorção. O CPP de 1988 (art. 191) e os debates que o precederam deixaram claro que a "inutilizabilidade" consiste na inviabilidade de aproveitamento da prova desde o início do procedimento probatório; mais do que ser desconsiderada quando da decisão, a prova vedada não pode nem ser admitida.<sup>40</sup> A Constituição brasileira foi precisa. O termo emprega-*

(39) Nesse ponto, não há como não se mencionar a peculiar disciplina da prova emprestada no direito processual civil colombiano. Se aquele contra quem vai ser empregada não participou do processo anterior, a prova testemunhal emprestada é admissível desde que se proceda à sua "ratificação": a testemunha é chamada ao segundo processo para confirmar o que disse no primeiro (cf. Deyis Echandía, *Teoría general...*, I, p. 367-368). Ora, aí não há empréstimo nenhum, mas nova produção da prova.

(40) Cf. Galantini, *L'inutilizabilità...*, p. 85.

do evidencia que o procedimento probatório não poderá nem mesmo passar da etapa de admissão. Desrespeitada a regra e admitido o que não poderia sê-lo, sanciona-se com o desfazimento da admissão ofensiva à norma constitucional.

c) *De qualquer modo, caso permaneça nos autos, não poderá ser considerada no julgamento. O poder de livre valorção de que é investido o julgador pressupõe provas legais. Antes, delimitam-se as provas constitucionalmente admissíveis: dentro desse universo é que se desenvolve a liberdade para a formação de um convencimento motivado.*

d) *Se utilizada pelo juiz, acarretará a nulidade absoluta da decisão.*

As decorrências apontadas até aqui são basicamente as que afirma Ada Grinover, em parecer que envolveu caso penal.<sup>41</sup> Aplicam-se igualmente ao processo civil. Ressalve-se, apenas, que a incidência do princípio da proporcionalidade pode vir a afastar tais conseqüências, tanto no processo civil quanto no penal (v. item 12).

A ilustre processualista destaca ainda outro aspecto. A nulidade absoluta de que será eivada a decisão fundada na prova emprestada ilegítima ocorrerá independentemente de se considerar a parte que requereu o empréstimo. Isso porque, em primeiro lugar, à nulidade absoluta não se aplica o "princípio do interesse". Depois, em face do "princípio da comunhão", a prova é do Juiz e não das partes — sendo irrelevante quem a requer.<sup>42</sup>

A constatação é válida, como regra, para o processo penal. Especialmente em virtude da indisponibilidade da ação pública e da defesa técnica, as partes não podem dispor do contraditório perante o juiz constitucionalmente competente.

(41) "Prova emprestada", p. 65, 67-68.

(42) Idem.

Já no processo civil, em que a regra geral é a da disponibilidade das posições processuais, tem de ser outra a solução. Se a própria parte a quem a prova desfavorece requereu seu empréstimo (ou não o impugnou), fica afastado o óbice de ela não haver participado em contraditório no processo anterior. A situação não será em nada diversa daquela que haveria se, no próprio processo em que a prova foi produzida, houvesse sido dada a oportunidade de contraditório a essa parte e ela tivesse aberto mão de seu exercício. Ainda, quando no processo civil (em que prevaleça a disponibilidade da ação e da defesa) a própria parte desfavorecida por prova não produzida perante a Jurisdição é quem pleiteia seu empréstimo, ou com ele concorda, também então este não será inadmitido. De todo modo, ficará sempre ressalvada a hipótese de o Juiz, com base nos seus poderes probatórios, fundamentadamente determinar nova produção da prova — a despeito da concordância das partes quanto ao empréstimo (aliás, em qualquer caso o Juiz sempre terá essa possibilidade — v. item 12).

### 6.2 Inobservância dos requisitos "legais" de produção e admissão — Decorrências

Quando não se tiverem observado no processo de origem os pressupostos de produção válida da prova (v. item 4), será também inadmissível seu empréstimo — aplicando-se o regime discriminado no tópico anterior. Como já se expôs, não há como corrigir no segundo processo os vícios ocorridos no primeiro. Eventualmente, o processo de origem ainda não se encerrou e o vício de que padece a prova é sanável. Nessa hipótese, suprido o defeito no primeiro processo, poderá ser admitido seu empréstimo para o segundo.

Já se o defeito disser respeito exclusivamente ao segundo processo (v. item

4: inobservância das normas atinentes à prova em sua essência original ou das normas atinentes à prova documental), terão de ser diferenciadas duas hipóteses: a) inobservância das regras de *admissibilidade* da prova documental ou da prova em sua essência de origem; b) inobservância das regras sobre a *produção* da prova documental.

Relativamente ao primeiro caso (desrespeito às regras de admissibilidade), as consequências serão semelhantes às do item anterior. Então, caso se junte prova emprestada no procedimento do júri sem o respeito à limitação de juntaada ou leitura de prova documental constante do art. 475 do CPP, terá de ser desentranhada dos autos. Decisão a que se chegue depois de sua juntaada ou leitura será nula. Caso o júri dela tenha tomado conhecimento, impor-se-á sua dissolução. Afinal, como o júri é dispensado de apresentar a motivação do seu convencimento, não haveria como se verificar se ele valeu-se de tal prova inadmissível.

Diante da segunda hipótese (ofensa às normas de produção da prova documental) a resposta variará conforme a natureza do vício — submetendo-se à disciplina geral das nulidades no campo probatório e havendo a repetição de atos, quando necessário. Assim, por exemplo, se por ocasião da juntaada aos autos das peças que documentam a prova emprestada não se der vista às partes (ou à parte adversária da que requereu o traslado), a decisão que nela se fundar será nula, por ofensa ao contraditório. Todavia e por óbvio, a consequência não será a inadmissibilidade do empréstimo, mas a cassação do ato decisório e a concessão da oportunidade do contraditório que antes faltou.

## 7. Irrelevância dos possíveis destinos do processo anterior

O resultado do processo anterior, em si mesmo, não repercute sobre a defini-

ção da admissibilidade e eficácia da prova emprestada.

Assim, não importa qual foi a influência da prova no convencimento do Juiz do primeiro processo. O que se transporta de um processo para o outro não é a convicção a que chegou o julgador e sim as peças que documentaram a produção probatória.<sup>43</sup> Feito o traslado, o Juiz do segundo processo poderá chegar a conclusão diversa da adotada pelo primeiro Juiz relativamente à mesma prova. Por isso, é irrelevante se o processo anterior recebeu ou não julgamento de mérito e, em caso positivo, qual a valoração que nele mereceu a prova objeto do empréstimo — até porque a regra geral é a de que não se revestem da autoridade da coisa julgada as conclusões acerca da existência ou inexistência de fatos contidas na motivação da sentença (CPC, art. 469, II). Pode-se até emprestar prova de processo que ainda nem se encerrou.

Havendo a extinção do processo sem julgamento de mérito, só será vedado o empréstimo quando os atos de produção da prova tiverem sido atingidos pelo vício que acarretou o fim anormal do feito. Mas tal não significa um requisito para o empréstimo diferente dos já indicados acima. Apenas se estará levando em conta a exigência de que a prova tenha sido regularmente produzida no processo anterior (item 4, acima). O mesmo vale para o processo anulado. Apenas não se admitirá o empréstimo se a anulação decorrer de vício em ato anterior e que constitua antecedente lógico à produção da prova.<sup>44</sup>

<sup>(43)</sup> Devis Echandía, *Teoría general...*, I, p. 369.

<sup>(44)</sup> Nesse sentido: Devis Echandía, *Teoría general...*, I, p. 371-372, 375-376; Lessona, *Tratado...*, I, p. 21 *et seq.*; Amaral Santos afirma possível apenas o empréstimo quando a anulação decorre de defeito em momento subsequente à atividade probatória (*Prova judicial...*, I, p. 318 *et seq.*), não

## 8. Empréstimo *ex officio* de prova <sup>45</sup>

O Juiz poderá determinar de ofício o empréstimo de prova — observados os requisitos acima expostos. Aplica-se a regra do art. 130 do CPC. Nem se diga que, por conhecer de antemão o resultado probatório, sabendo a qual parte o empréstimo favorecerá, o Juiz estaria violando seu dever de imparcialidade. Basta inverter a questão para demonstrar o erro desse argumento: deixando de determinar o empréstimo, o Juiz estará sendo parcial em favor daquele que seria prejudicado pela prova.

Se a reconstituição dos fatos determinada de ofício vem a beneficiar *quem tem razão*, não há nisso infração ao dever de imparcialidade, mas o adequado cumprimento da função jurisdicional. A imparcialidade se concretiza pela concessão de iguais oportunidades aos litigantes e a consideração mais isenta possível de seus argumentos — e cessa aí. As vantagens que advêm no processo a alguma das partes, precisamente porque e na medida em que esta tem razão, não são mais do que consequências da correta atuação imparcial.

Não fosse assim, toda vez que se emitisse provimento jurisdicional ou se efetivasse medida executiva em favor de um dos litigantes, falaria imparcialidade. Na feliz expressão de Fazzalari, o provimento jurisdicional é, nesse sentido, “quisitivamente parziale, é tutto a favore di chi ha ragione”.<sup>46</sup>

se aperecebendo de que o vício pode estar em ato anterior à produção da prova sem que afete a validade dessa, por não lhe ser um antecedente lógico.

<sup>(45)</sup> O tema é examinado, à luz do dever de imparcialidade, por Ivan Ríghi (em “Os poderes do juiz?”), que inclusive relata interessante caso com que se defrontou, na condição de magistrado.

<sup>(46)</sup> *Istituzioni...*, p. 470.

## 9. Prova produzida sob segredo da justiça e prova obtida mediante interceptação autorizada

Cabe o exame de duas hipóteses parciais de empréstimo de prova, em que sua realização poderá importar violação de normas de direito material.

Há processos que, em atenução ao direito à intimidade ou ao interesse público, têm sua publicidade restrita às partes e seus procuradores (CF, art. 5.º, LX; CPC, art. 155; CPP, art. 792).

Alguém que seja terceiro em relação a tal processo não poderá pleitear o empréstimo de prova nele produzida, por não ter conhecimento do que nele ocorre. Se o tiver, poderá inclusive estar caracterizado crime de quebra de segredo da Justiça (Lei 9.296/96, art. 10). No mesmo tipo penal este terceiro incidirá quando, por conta própria e independente de autorização judicial, trouxer para os autos do feito em que é parte cópia de termos que documentaram a produção de prova em processo de publicidade restrita. O empréstimo, nessa hipótese, caracterizará prova “fifícia” (v. item 5), vez que produzido em violação a direito de intimidade ou ao interesse público. Os documentos juntados pela parte terão de ser desentranhados, sendo inutilizáveis no processo (v. item 6.1).

As partes do processo que tramita sob segredo da Justiça não poderão pretender o empréstimo de prova nele produzida para outro em que qualquer delas litigue contra terceiro — quando menos, porque isso afrontaria a garantia do contraditório (item 3.1).

Resta a hipótese do empréstimo de prova do processo de publicidade restrita para outro envolvendo exatamente as mesmas partes. Põem-se duas alternativas: a) constata-se que, embora integrante do processo que tramita sob segredo da Justiça, a prova não implica a necessidade de sigilo — trasladando-se-a, sim-

plesmente; b) ou, não sendo assim, passa a vigorar a publicidade restrita às partes e seus procuradores também no processo para o qual a prova é emprestada. Nesse último caso, o empréstimo não será possível se o segundo processo envolver, como litisconsorte ou assistente de qual-quer das partes, alguém que seja terceiro em relação ao primeiro processo — a não ser que o segredo da Justiça esteja tutelando exclusivamente interesse da própria parte que pleiteia o empréstimo, a qual, assim, concorda em estender o conhecimento da matéria sigilosa aos participantes do segundo feito.

A Constituição autoriza excepcionalmente a colheita de provas mediante interceptação de comunicações previamente autorizada por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5.º, XII, parte final). A Lei 9.296/96 disciplinou o tema, fixando os pressupostos da interceptação e restringindo-a à investigação ou com-provação de fatos que constituam crimes puníveis com reclusão (art. 2.º).

Indaga-se da possibilidade de, autorizada a interceptação em determinado processo penal, emprestar-se para outro processo a prova obtida através dela.

Na doutrina, há quem já tenha admitido tal empréstimo — inclusive para processo civil, no qual o Juiz jamais poderia diretamente autorizar a interceptação telefônica.<sup>47</sup> Barbosa Moreira resume os argumentos essenciais contra e a favor do empréstimo, nos seguintes termos: "(...) pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não fazia sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um 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..."<sup>48</sup>

Não cabe, aqui, examinar o acerto da opção política do Constituinte ao restringir drasticamente o emprego das provas ilícitas e das hipóteses de autorização de interceptações — mas, apenas, precisar o conteúdo da disciplina estabelecida no ordenamento.

A definição da questão exige que se considere o regime que a Lei 9.296/96 conferiu às interceptações autorizadas. E nos estritos limites deste diploma que opera a exceção à garantia da inviolabilidade das comunicações. Tanto é assim que, antes, o STF havia negado validade a interceptações telefônicas, mesmo quando autorizadas pelo Juiz em processo penal, por reputar que a parte final do inc. XII do art. 5.º da CF dependia de regulamentação legislativa.<sup>49</sup> O parágrafo único do art. 2.º da Lei 9.296/96 impõe que, "em qualquer hipótese", seja "descrita com clareza a situação objeto da investi-

gação". E, nos termos do art. 9.º, toda a gravação que não interessar à prova de tal situação "será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual, ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada". E, portanto, absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao Juiz quando se requer a interceptação — ainda que se presite à comprovação de outros fatos. Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão úteis — não se permitindo seu emprego

para outras finalidades, mediante empréstimo de prova.

Nos casos ora examinados, em que se concluiu pela negativa de empréstimo, fica também ressalvada a possível aplicação do princípio da proporcionalidade (v. item 12).

## 10. Empréstimo de depoimento pessoal

Enquanto espécie probatória, também o depoimento pessoal é passível de empréstimo para outro processo — desde que presentes os requisitos antes examinados. Exclui-se dessa afirmação a confissão ficta ou presumida, que, quando cabível, não é mais do que consequência da preclusão da possibilidade de cumprimento de um ônus — sendo, por isso, necessariamente limitada ao processo em que ocorre.

Carlo Lessona, depois de admitir o empréstimo de confissão, apresenta gravação ressaltava a esse entendimento, mediante um exemplo: em processo em que se buscava provar ser nulo o testamento por demência do testador, "confessa-se" que o testamento foi feito em 17 de abril — e não 16, conforme constara do respectivo instrumento — com a certeza de que isso não teria relevância para o feito; extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito, o sucumbente propôs nova ação, alegando falsa data do testamento e invocando a anterior "confissão". Para Lessona, a anterior admissão de que a data do testamento era falsa não poderia ser aproveitada como confissão no segundo processo, porque faltaria o *animus confitendi* (a intenção de o depoente fornecer, através de sua declaração, uma prova para o adversário).<sup>50</sup>

Não é de se concordar com tal assertiva. A confissão tem, em nosso sistema,

natureza de ato probatório. Não constitui ato de disposição, de submissão à pretensão do adversário. É precisamente por isso que não se identifica com o reconhecimento do pedido e a renúncia ao direito em que se funda a ação. No âmbito subjetivo do confite, a única exigência que se põe é a da voluntariedade da confissão — no sentido de ser livremente apresentada, sem que haja coação. É irrelevante que o confite tenha a intenção de, ao admitir fatos como verdadeiros, favorecer seu adversário. Daí que, *presentes os demais requisitos* (v. itens 3 e 4), pode ser trasladado para um segundo processo, servindo como confissão, o termo de depoimento pessoal em que a parte admitiu como verdadeiros fatos que, para o primeiro processo, eram irrelevantes.

Pondere-se, entretanto, que, como as demais fontes probatórias, a confissão tem valor relativo, submetendo-se à avaliação livre e motivada que o Juiz desenvolve (CPC, art. 131; CPP, arts. 197 e 200).

A este aspecto, somam-se outros, no processo penal, que mitigam a importância da confissão emprestada. O acusado tem o direito ao interrogatório. Este, mais do que ato de instrução, é ato de *defesa*: é a oportunidade que se dá ao réu do processo penal de apresentar direta e pessoalmente ao Juiz sua versão dos fatos. A falta desse ato acarreta a nulidade do processo (CPP, art. 564, III, e).<sup>51</sup> Assim e mesmo quando trazido de empréstimo o depoimento do acusado prestado em outro processo, é *indispensável* a realização do interrogatório — ocasião em que inclusive o réu será inicialmente informado de seu direito de permanecer em silêncio (CF, art. 5.º,

<sup>(47)</sup> Nery Jr., *Princípios...*, p. 145-146.

<sup>(48)</sup> "A Constituição e as provas...", p. 153.  
<sup>(49)</sup> HC 69.912-RS, DJU 26.11.1993 (v. *Infôrmative STF*, n. 36, de 29.06.1996); Acção Penal 307 (RTJ 162/3).

<sup>(50)</sup> Lessona, *Tratado...*, I, p. 628.

<sup>(51)</sup> Vide, por todos: Greco Filho, *Manual...*, p. 200; F. Marques, *Elementos...*, II, p. 321; Grinover, S. Fernandes e M. Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 71 *et seq.*

LXIII). Além disso, a confissão é retratável: o acusado pode negar fatos que antes admitira — cabendo ao juiz, livre e motivadamente, ponderar qual versão deve prevalecer (CPP, art. 200).

### 11. A recente disciplina da juntada de verbais no processo penal italiano

O CPP italiano de 1988, na parte destinada à prova documental, disciplinou a admissibilidade da juntada de verbali (termos a que se reduzem determinados atos processuais, inclusive a colheita de certas provas) de outros processos (art. 238, *comma* 1.º a 3.º). O dispositivo não significa a regulamentação integral da prova emprestada, pois nem toda prova se documenta em verbali.

Se os verbali foram produzidos em outro processo penal, a admissibilidade de sua juntada submete-se aos seguintes requisitos: a) devem retratar atos desenvolvidos com as garantias devidas para valer como prova. Como observa Grevi, já esse requisito exclui as provas produzidas em audiências ou inquéritos preliminares;<sup>52</sup> b) o traslado tem de ser consentido por ambas as partes, que renunciam ao direito de elaborar tal prova no processo em curso.

Caso os verbali tenham sido produzidos em processo civil, sua juntada aos atos do processo penal só é possível se o processo de origem já tiver sido definido com sentença transitada em julgado. Siracusano destaca que a convicção acerca das provas formada no primeiro processo não vincula o julgador do segundo.<sup>53</sup>

Por fim, os verbali que documentam atos que “não são repetíveis” têm seu traslado permitido independentemente desses requisitos.

Embora as normas ora noticiadas estejam previstas apenas para o processo penal, é inegável sua repercussão (por analogia ou aplicação subsidiária) sobre o processo civil italiano. Assim, Proto Pisani, depois de em princípio negar o cabimento do empréstimo de prova no processo civil, admite que a nova disciplina estabelecida para o processo penal “é destinada a riaprire e a porre su nuove basi di diritto positivo il problema”.<sup>54</sup>

### 12. Conclusão: funções e fundamentos da prova emprestada — Notas finais sobre sua admissibilidade e valor — A proporcionalidade

A função primeira e imediata do empréstimo da prova é a economia processual. Busca evitar a repetição desnecessária de atos a fim de que, com menor dispêndio de tempo e recursos materiais, o processo seja mais acessível a todos (é aplicação do célebre “princípio econômico”, formativo do processo). Sendo essa a função normal da prova emprestada, impõem-se com rigor a observância dos requisitos antes mencionados e a sanção por seu descumprimento. Afinal, a pura e simples economia processual não justificaria o olvido dos valores constitucionais indicados acima. Também por ser essa a função primária da prova emprestada, justifica-se a diferença de seu regime — em determinados pontos — no processo penal e civil, precisamente em virtude da diversidade de valores envolvidos em um e outro.

Dentro dos parâmetros antes delineados, é a economia processual, somada à circunstância de que nenhuma garantia constitucional está sendo violada, que autoriza o empréstimo da prova a despeito de inexistir sua previsão genérica no ordenamento. Como observava Couture — exatamente ao analisar a prova empre-

tada — a admissão de um meio de prova não depende tanto de sua expressão prevista legal quanto de sua consonância com os valores constitucionais.<sup>55</sup>

Assim, preenchidos os pressupostos específicos e genéricos, a parte tem *direito* a que se proceda ao empréstimo. Nessa hipótese, a simples possibilidade de sua reprodução não é motivo para a inadmissibilidade.

Isso não significa, contudo, que a prova emprestada receberá sempre, absoluta e necessariamente, o valor que tal vez possuísse em sua essência originária. Também não é correto dizer que, mesmo sendo admissível, ela não poderá jamais assumir tal valor. O juiz, no caso concreto e motivadamente, conferir-lhe-á o valor que ela mereça. Poderá até determinar que se repita a prova. Mas nisso, aliás, a prova trasladada não se diferencia dos outros meios probatórios: em qualquer caso, o juiz, concreta e fundamentadamente, avaliará a prova conforme sua convicção, podendo mandar repeti-la.

Por outro lado, ausentes os requisitos constitucionais para sua admissão, não é concebível nem mesmo sua permanência nos atos do segundo processo. Não parece acertada a afirmativa de que em tais situações poderia ser aproveitada como “simples indicio” ou “argumento de prova”.<sup>56</sup>

Basta que se considere o significado de “indício”: é o fato (“secundário”) já conhecido que possibilita, através de procedimento lógico (“presunção”), a conclusão quanto à existência ou inexistência de outro fato (“primário”). Quan-

do se fala em “prova indiciária”, está a referir-se ao meio probatório que demonstra a existência do indicio (a “prova do fato secundário”) ou à própria presunção. Então, a diferença entre “prova direta” e “prova indiciária” (ou indireta) não se encontra primordialmente na maior ou menor idoneidade de uma ou outra. Reside no objeto sobre o qual recaem: a primeira, diretamente sobre a afirmação atinentemente ao fato principal, “constitutivo, impeditivo ou extintivo” do direito em discussão (“A causou lesões corporais em B”; “X é pai de Y”); a segunda, sobre a afirmação de um fato que permite conclusão lógica, mais ou menos segura, sobre a existência, ou não, do fato principal (“A estava em outro país no momento em que B foi agredido”; “X é absolutamente impotente”). Ora, a prova que se pretende emprestar pode ter por objeto tanto a afirmação de fato principal quanto de fato secundário. Nesse sentido, sempre poderá ser prova “direta” ou “indireta” (“indiciária”). Não é a circunstância de não se preencherem os requisitos para seu empréstimo que transmutará seu objeto.

A tese ora criticada pura e simplesmente torna utilizável prova inconstitucional: a afirmação de que ela pode ser utilizada como indicio é apenas um primeiro passo; passo seguinte e inevitável é o reconhecimento de que, em face do livre convencimento, também tal “indício” pode embasar a decisão do juiz. Daí que o resultado final será o aproveitamento dessa prova, como outra qualquer. Nem se diga que, em tais casos, a prova inconstitucional serviria apenas para “corroborar” outros elementos probatórios, pois de duas uma: ou bem esses elementos probatórios por si só já bastariam (então a prova inconstitucional seria até dispensável, não havendo razão para permanecer nos atos); ou tais elementos seriam insuficientes e precisamente a prova inconstitucional é que faria a dife-

<sup>52</sup> “Prove”, p. 200.

<sup>53</sup> “Le prove”, p. 439.

<sup>54</sup> *Lezioni...*, p. 481.

<sup>55</sup> *Fundamentos...*, p. 255.

<sup>56</sup> Admittem, nesses termos, o empréstimo de prova ofensivo a garantias processuais, entre outros: Lessona, *Trattato...*, I, p. 15, 31-32-33; Devis Echantia, *Teoria general*, I, p. 374; Amaral Santos, *Prova judiciária...*, I, p. 307, 312-313; Moniz de Aragão, *Exegese...*, IV-1, p. 62.

rença (ou seja, estaria sendo *aproveitada* como elemento decisivo — em frontal colisão com a determinação constitucional de inaproveitabilidade). Enfim, a manutenção da prova inconstitucional nos autos como “simples indicio” acaba servindo de expediente para burlar a vedação ao seu emprego.<sup>57</sup>

Ocorre que, eventualmente, o emprestimo de prova não se destina apenas à economia processual. Há casos em que a prova é irrepetível ou, quando menos, sua repetição só se faria a um custo bastante alto e despropositado. A prova emprestada, então, assume função diversa e especial: evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil repetição. Seu fundamento passa a ser o próprio direito à prova — radicalmente ligado à ampla defesa e ao acesso à jurisdição: ou permite-se o traslado ou priva-se a parte de provar sua razão.

Em tais situações, não estando presentes os requisitos constitucionais da prova emprestada, surgirá conflito de valores igualmente fundamentais. Caso admitido o empréstimo, serão sacrificadas as garantias que estão à base daquelas requisitos. Na hipótese contrária, o direito à prova e os que lhe servem de supedâneo é que sofrerão o prejuízo.

A única solução concebível será a aplicação do princípio da proporcionalidade. Tais valores (e também os que estão em jogo nos próprios pólos da situação controversa, objeto do processo) terão de ser ponderados de modo a se verificar quais dentre eles são os mais

“urgentes e fundamentais” no caso concreto.<sup>58</sup>

Por isso, não se descartar em termos absolutos a admissão da prova emprestada que não preencha os requisitos antes mencionados. Outras situações-limite semelhantes à ora exposta poderão surgir e a admissão do traslado destinar-se-á a evitar resultados desarrastados e desproporcionais. É sob essa ótica que, em muitos casos, se justificará o transporte de prova favorável ao acusado, mas que não preenche as condições iniciais de admissão. Também assim a prova produzida em processo ou procedimento administrativo desfavorável à própria administração poderá ser aproveitada.

E em todas essas hipóteses, admitido o empréstimo, caberá ao Juiz, motivadamente, dar à prova o valor que em concreto ela mereça.

### 13. Bibliografia

ALVIM, J. Manoel Arruda. *Competência: repertório de doutrina e jurisprudência*. São Paulo : RT, 1986 (em coop. com Teresa A. Alvim e U. do Couto Maurício).

———. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. (I) e 4. ed. (II). São Paulo : Ed. RT, 1990 (I) e 1991 (II) (II, em coop. com Teresa A. Alvim).

ALVIM, Teresa Arruda. *Competência: repertório de doutrina e jurisprudência*. São

Paulo : Ed. RT, 1986 (em coop. com J. M. A. Alvim e U. do Couto Maurício).

———. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo : Ed. RT, 1991 (em coop. com J. M. A. Alvim), v. II.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Exegese do CPC*. Rio de Janeiro : Aide, s.d. v. IV-1.

ARANHA, Adalberto J. O. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

BEDAQUE, J. Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo : Ed. RT, 1994.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. M. Ossorio Florit, da edição francesa de *Traité des preuves judiciaires*, obra compilada dos manuscritos do autor por Etienne Dumont, publicada em 1823. Buenos Aires : Ejea, 1971, v. II.

BREDA, A. Acir. “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”, in *RePro* 20, 1980.

CALAMANDREI, Piero. “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, in *Rivista di diritto processuale*, 1955.

CARNELUTTI, Francesco. “Prove civile e prove penali”, in *Rivista di diritto processuale civile*, v. II, 1.ª parte, 1925.

———. *Diritto e processo*. Nápoles : Morano, 1958.

CHIOVENDA, Giuseppe. “L'oralità e la prova”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milão : Giuffrè, 1993, v. II (reimpresso).

———. “Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforma processuale”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milão : Giuffrè, 1993, v. I (reimpresso).

———. “Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milão : Giuffrè, 1993, v. II (reimpresso).

———. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale, da 2. ed. italiana; notas de Enrico T. Liebman. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965, v. I e III.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo :

Malheiros, 1994 (em coop. com Cândido R. Dinamarco e Ada P. Grinover).

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (reimp.), Buenos Aires : Depalma, 1990.

DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoria general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires : V. P. de Zavalla, 1981, v. I.

DINAMARCO, Cândido R. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.

———. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1992 (em coop. com Antonio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover).

———. *Instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Pádua : Cedam, 1992.

FERNANDES, Antonio Scaranec. “Os resultados da interceptação telefônica como prova penal”, in *RePro* 44, 1986 (em coop. com A. Magalhães Gomes Filho).

———. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993 (em coop. com Ada P. Grinover e A. Magalhães Gomes Filho).

FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penale*. Milão : C. Ed. F. Vallardi, 1921, v. I.

GALANTINI, Novella. *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Pádua : Cedam, 1992.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Os resultados da interceptação telefônica como prova penal”, in *RePro* 44, 1986 (em coop. com A. Scaranec Fernandes).

———. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993 (em coop. com A. Scaranec Fernandes e Ada P. Grinover).

———. “Sobre o direito à prova no processo penal”. Tese para o concurso de Livre-Docência na Fadusp, São Paulo, 1995 (inédita).

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

GREVI, Vitoria. “Prove”, in *Profilo del nuovo Codice del Procedura Penale*. 2. ed. Pádua : Cedam, 1992.

GRINOVER, Ada P. “Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal”,

<sup>57</sup> Confira-se panorama jurisprudencial acerca das provas ilegalmente obtidas em processo penal, apresentado por Scaranec Fernandes e Magalhães Gomes Filho (“Os resultados...”, esp. p. 94): em vários casos, a confissão de se reconhecer a invalidade da confissão exclusivamente perante a polícia, admitiu-se a sob o argumento de que foi corrobogada por outros elementos.

<sup>58</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), vede por todos Lorenz, *Metodologia...*, p. 490 et seq. Quanto à sua aplicação em tema de provas, confira-se, entre outros: Moniz de Aragão, *Exegese...*, IV-1, p. 80 et seq.; Grinover, S. Fernandes e M. Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 115-116, 119-120; Barbosa Moreira, “A Constituição e as provas...”, passim. Nestas duas últimas obras, há referências jurisprudenciais, inclusive do STF. Ainda que sem se referir expressamente ao princípio, Barbosa Moreira dele faz aplicação precisamente no tema da prova emprestada, na conferência “Provas atípicas” (p. 125).

- in *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- \_\_\_\_\_. "O conteúdo da garantia do contraditório", in *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- \_\_\_\_\_. "Prova emprestada", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 4, 1993.
- \_\_\_\_\_. "Provas ilícitas", in *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. v. II.
- \_\_\_\_\_. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993 (em coop. com A. Scarance Fernandes e A. Magalhães Gomes Filho).
- \_\_\_\_\_. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo : Ed. RT, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1992 (em coop. com A. C. de Araújo Cintra e Cândido R. Dinamarco).
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. da 5. ed. alemã, de 1983, por J. Lamago. 2. ed. Lisboa : C. Gulbenkian, 1989.
- LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. 3. ed. Florença : Fratelli Camelli, 1914. v. I.
- LIBBMAN, Enrico T. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco, da 4. ed. italiana, de 1980. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985. v. I.
- LOPES, João Batista. *Da prova penal: teoria e prática*. 1. ed. São Paulo : Julex, 1978 (em coop. com Paulo Heber de Moraes).
- MARQUES, J. Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1965. v. II.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1972. v. III.
- MAURÍCIO, U. do Couto. *Competência: repertório de doutrina e jurisprudência*. São Paulo : RT, 1986 (em coop. com Teresa A. Alvim e J. M. Arnuda Alvim).
- MORAIS, Paulo Heber de. *Da prova penal: teoria e prática*. 1. ed. São Paulo : Julex, 1978 (em coop. com João Batista Lopes).
- MOREIRA, J. Carlos Barbosa. "Provas atípicas", in *RePro* 76, 1994.
- \_\_\_\_\_. "A Constituição e as provas ilícitamente obtidas", in *RePro* 84, 1996.
- NEGRÃO, Theotônio. *CPC e legislação processual em vigor*. 27. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo : Ed. RT, 1992.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Nápoles : Jovene, 1994.
- RIGHI, Ivan. "Os poderes do juiz", in *Jurisprudência Brasileira* 169, 1993.
- ROMBOLI, Roberto. *Il giudice naturale: studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*. Milão : Giuffrè, 1981.
- SABATINI, Guglielmo. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*. 2.ª parte. Catanzaro : Gaetano Silipo, 1911.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no civil e no comercial*. 4. ed. São Paulo : Max Limonad, 1970. v. I.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre : Fabris, 1987. v. I.
- SIRACUSANO, Delfino. "Le prove", in *Manuale di diritto processuale penale*. Milão : Giuffrè, 1990. v. I.
- TALAMINI, Eduardo. "A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo", in *RePro* 80, 1995 (também em *Revista de Informação Legislativa* 129, 1996, e *Revista da AASP* 48, 1996).
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milão : Giuffrè, 1974.

## DOCTRINA - PROCESSO TRIBUTÁRIO

### CONTROVÉRSIAS SOBRE O FATO TRIBUTÁRIO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

LUÍZ CARLOS DERBLI BITTENCOURT

Pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do executivo fiscal, a Certidão de Dívida Ativa, embora unilateralmente expedida, guarda absoluta dependência de processo administrativo-tributário; no qual se apontam o nome do devedor, o valor da dívida bem como sua origem, natureza e fundamento. Em outras palavras, trata-se de título executivo causal, porquanto integrado a sua origem.

De uma vez, o processo administrativo-tributário, lastro da Certidão de Dívida Ativa, pode se originar de:

- a) Declarações e informações de débito prestadas pelo sujeito passivo; ou
- b) Débitos apurados pelo próprio credor.

Na primeira hipótese, tem-se o processo administrativo de rito sumário, calcado nas declarações e informações prestadas pelo devedor, no cumprimento de deveres instrumentais, acessórios de obrigação principal. Já na segunda hipótese, desenvolve-se *iter* procedimental de média complexidade, quando o débito se fundamenta em dados cadastrais do credor, ou de ampla complexidade, observado em exigência calcada em atividade fiscalizadora.

À variada amplitude do processo administrativo correspondem as três espécies de lançamento conhecidas no Direito Tributário brasileiro. Assim, no lançamento por homologação incumbe ao

sujeito passivo da obrigação estabelecer a "quantidade aritmética do tributo". No lançamento efetuado com base em declaração do sujeito passivo, a matéria de fato indispensável é informada à autoridade administrativa, a qual calcula o tributo e notifica o devedor. Por derradeiro, no lançamento efetuado de ofício a exata mensuração do débito é tarefa imposta ao sujeito ativo.

Nos lançamentos por homologação e nos lançamentos efetuados com base em declaração, o dever de calcular o montante devido se atribui, totalmente ou parcialmente, ao sujeito passivo da obrigação tributária, correspondendo, na mesma medida, agir da autoridade administrativa. Em caso de lançamento por homologação, a atividade administrativa é totalmente desempenhada pelo devedor tributário, enquanto no lançamento fundado em declaração o credor tributário recebe as informações sobre a matéria de fato e, em seguida, notifica o devedor de seu débito, calculado segundo os mesmos dados fáticos declarados.

Nos lançamentos efetuados de ofício, observam-se duas variantes de atividade administrativa: uma amparada em dados cadastrais e outra escorada em investigação fiscal ampla. Com apoio naqueles ou nesta, o lançamento prescinde de ampla colaboração do sujeito passivo, centrandose nas mãos dos órgãos fiscais a tarefa de apurar o fato tributário e quantificar a obrigação correspondente, notificando o devedor.