

PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL E A UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS COLHIDOS EM COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

Transferred evidence in criminal proceedings and the use of information collected from Parliamentary Committee of Inquiry

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 106/2014 | p. 157 - 179 | Jan - Mar / 2014

Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal | vol. 6/2015 | Jan - Dez / 2015

DTR\2014\296

Gustavo Badaró

Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O artigo tem por objeto o acórdão do STF da APn 470/MG, na questão relativa ao valor que os elementos de informação produzidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito podem ter no processo penal. A análise é feita a partir dos requisitos da prova emprestada para, então, distinguindo as provas pré-constituídas das provas constituídas, verificar o valor dos elementos de informação produzidos nas CPI's, ante a necessidade de observância do contraditório na produção da prova no processo penal.

Palavras-chave: Comissões Parlamentares de Inquérito - Prova emprestada - Valoração da prova.

Abstract: The article aims at the judgment of the Supreme Court of Criminal Action 470/MG, the question concerning the value that the information produced by the Parliamentary Committees of Inquiry may have in criminal proceedings. The analysis is based on the requirements of transferred evidence, then, distinguishing the real evidence and oral evidence, check the value of the information produced in the PCI's, against the need to respect the adversarial presentation of evidence in criminal proceedings.

Keywords: Parliamentary Committees of Inquiry - Transferred evidence - Value of proof.

Sumário:

1. Introdução - 2. O tratamento do tema no acórdão - 3. Da prova emprestada: conceito e requisitos de admissibilidade - 4. Das provas pré-constituídas e provas constituídas: diferenças quanto ao regime do contraditório - 5. Os elementos informativos das CPI's e sua utilização como prova emprestada - 6. Conclusão - 7. Bibliografia

1. Introdução

Entre os diversos temas de processo penal tratados no acórdão da APn 470/ MG, será analisada a possibilidade de os elementos de convicção colhidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito serem valorados como prova em processo penal.

No aresto em comento foram mencionadas três Comissões Parlamentares de Inquérito: a CPMI dos Correios, a CPI dos Bingos e a CPMI da Compra de Votos, que, em função do apelido dado para a prática, ficou conhecida como "CPI do Mensalão". Houve, também, referência à CPI do Banestado.

De se ressaltar que, durante o julgamento, o tema não foi debatido em profundidade por todos os ministros, embora enfrentado, expressamente, por quatro julgadores. Prevaleceu o entendimento de que as provas colhidas em investigações preliminares, no caso, em Comissões Parlamentares de Inquérito, são validamente utilizáveis em posterior processo penal, se neste forem submetidas ao contraditório e confirmadas por outras provas.

Como já afirmarmos em outro artigo sobre o mesmo aresto, a escolha de um tema envolvendo a valoração da prova traz uma dificuldade adicional. O STF, tem a função precípua de valorar leis e sua compatibilidade ou não com a Constituição Federal. Trata-se, pois, de função hermenêutica. Neste caso, porém, exerce anormalmente a função de julgador de um processo penal, sendo chamado também a realizar uma atividade *heurística* de reconstrução dos fatos a partir da prova produzida. Evidente que o STF não está acostumado com a atividade de reconstrução histórica dos fatos, valorando provas para decidir, entre as diversas afirmações contrárias sobre um fato, qual

delas encontra maior suporte e confirmação nos meios de prova produzidos.¹

Além disso, o tema toca diretamente o coração da atividade probatória: prova é todo meio produzido em contraditório de partes, e perante o juiz imparcial. Evidente que, não se trata de regra absoluta ou inquebrantável, mas qualquer restrição indevida a sua aplicação pode levar a uma errônea reconstrução histórica dos fatos, comprometendo a legitimidade da decisão, principalmente no caso de decisões condenatórias.

2. O tratamento do tema no acórdão

Antes de analisar os fundamentos teóricos do tema, é preciso expor o que sobre ele se decidiu no "acórdão do mensalão". Optou-se pela transcrição integral, seja porque tais passagens não são muito longas, seja para que não haja qualquer dúvida sobre a posição de cada um dos ministros.

Principiando pelo voto do relator, o Min. Joaquim Barbosa, ao apreciar a preliminar envolvendo a possibilidade de valoração das provas produzidas na fase de investigação, manifestou-se sobre o tema em item específico: "(B.8. Provas produzidas na fase de investigação - f. 52.698/52.696)", que se reproduz na integralidade:

"A prova a ser considerada no julgamento criminal é aquela realizada sob o contraditório, conforme estabelecido expressamente no art. 155 do CPP.

Isso não significa que o juiz não possa considerar, na formação de seu convencimento, elementos informativos colhidos na fase de investigação criminal. O que se exige é que tais elementos informativos sejam, na fase judicial, submetidos ao contraditório.

Assim, documentos e perícias produzidos na fase de investigação podem ser utilizados na formação da convicção judicial se submetidos ao contraditório no curso da ação penal. No tocante aos documentos, suficiente a ciência das partes quanto à sua existência, de modo a permitir a impugnação específica ou a contraprova. O mesmo se diga quanto à prova pericial, desde que franqueados o questionamento, a complementação do laudo, a oitiva dos peritos e a apresentação de pareceres técnicos.

A questão é mais problemática no que diz com a prova oral. Depoimentos prestados na fase de investigação, em inquérito policial ou por Comissão Parlamentar, devem ser renovados em Juízo, possibilitando às partes o exame direto e o cruzado. Vencida essa condição, ou seja, oportunizado o exame direto e cruzado pelas partes em Juízo, as declarações pretéritas, prestadas na fase de investigação, podem ser consideradas para a valoração das provas, especialmente para eventuais questionamentos acerca da credibilidade de seu conteúdo em caso de alterações de versão.

Aliás, o cotejo dos depoimentos do acusado e das testemunhas na fase de investigação com aqueles colhidos na fase judicial é muito comum na prática forense.

Eventual contradição deve ser resolvida à luz do restante do conjunto probatório, inviável adotar fórmula única, muito embora, em princípio, tenha maior valor o depoimento prestado em Juízo.

A consideração das declarações pretéritas não é vedada pelo art. 155 do CPP, que proíbe apenas ao juiz fundamentar sua decisão 'exclusivamente' nos elementos informativos colhidos na investigação.

Portanto, na espécie, as provas produzidas na fase da investigação, submetidas que foram, de modo geral, ao contraditório, podem ser validamente valoradas para o julgamento que se enceta. A avaliação de eventuais exceções há de ser feita em concreto."

Também no voto do Min. Luiz Fux houve preocupação destacada com o tema, que foi objeto de análise em tópico denominado "As provas colhidas em investigações preliminares e o contraditório":

"O contraditório e a prova representam binômio inseparável, o que foi objeto de todas as sustentações. Nesse contexto, há que se enfrentar o tema da eficácia das provas colhidas em procedimentos preliminares de investigação, como Comissões Parlamentares de Inquérito e inquéritos policiais.

As CPI's são comissões temporárias do Legislativo nacional, destinadas à apuração de dados

relativos a fatos determinados e relevantes, com o fito de posterior promoção da responsabilidade cível, criminal e política de eventuais envolvidos. De acordo com a doutrina do insigne jurista Luís Roberto Barroso, a fórmula 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais', constante do art. 58, S 3.o, da CF/1988, 'atribui às comissões parlamentares de inquérito competências instrutórias amplas, que incluem a possibilidade de (i) determinar diligências, (ii) convocar testemunhas (que têm o dever de dizer a verdade, sob pena de crime de falso testemunho), (iii) ouvir indiciados (quando estes não optem pelo silêncio), (iv) requisitar documentos públicos, (v) determinar a exibição de documentos privados, (vi) convocar ministros de Estado e outras autoridades públicas, (vii) realizar inspeções pessoais, transportando-se aos locais necessários' (*Temas de direito constitucional*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 138).

O inquérito policial é um procedimento administrativo pré-processual que tem por objetivo colher elementos aptos à formação da *opinio delicti* do órgão acusador sobre a autoria e a materialidade do crime, seja pela sua configuração, seja pela sua não ocorrência. Precisamente em razão desse viés unilateral, como preleciona Bruno Bodart, 'a participação do investigado no procedimento pré-processual não se fundamenta no princípio do contraditório' (Bodart, Bruno Vinícius Da Rós. *Inquérito policial, democracia e Constituição - Modificando paradigmas. Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. III. ano 2. p. 133. Rio de Janeiro, jan.-jul. 2009).

Os elementos amealhados no curso desses procedimentos preliminares, todavia, não ficam permanentemente alijados da apreciação judicial em futuro processo.

A uma, porque estes elementos podem ser confirmados, sob o crivo do contraditório, no curso do processo penal, adquirindo, desse modo, a eficácia necessária para embasar um decreto condenatório. É o caso, deveras comum, da testemunha que ratifica em juízo todas as declarações prestadas em sede preliminar, oportunidade na qual o réu exerce em plenitude o seu direito de defesa. A prova, para todos os efeitos, passa a ser processual, na esteira da jurisprudência deste STF (v. HC 83.348, 1.ª T., j. 21.10.2003, rel. Min. Joaquim Barbosa).

A duas, em razão da expressa exceção contida na parte final do art. 155 do CPP, que autoriza que o magistrado fundamente a sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação quando cuidar-se de 'provas cautelares, não repetíveis e antecipadas'.

Por fim, há que se ter em mente que o mesmo art. 155 do CPP apenas proíbe que o juiz fundamente 'sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação', não impedindo a utilização de elementos pré-processuais quando acompanhados e corroborados por provas produzidas em juízo. Esta também a pacífica jurisprudência deste Pretório Excelso, como se nota a partir dos seguintes julgados:

'Os elementos colhidos no inquérito policial podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementados por outros indícios e provas obtidos na instrução judicial. Precedentes.' (HC 104.669, 1.ª T., j. 26.10.2010, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

'Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e prova que passam pelo crivo do contraditório em juízo.' (HC 102.473, 2.ª T., j. 12.04.2011, rel. Min. Ellen Gracie,- assim também, AgRg no RE 425.734, 2.ª T., j. 04.10.2005, rel. Min. Ellen Gracie).

Superadas as questões prejudiciais probatórias, passo às premissas teóricas referentes aos delitos em espécie."

A questão também foi tratada pelo Min. Marco Aurélio:

"No tocante a problemática do inquérito, indago: seria o inquérito um simples penduricalho, algo sem significado maior, a ponto de alijar-se do cenário jurídico todos os elementos coligidos nesta fase? A resposta é negativa. Tem-se o aproveitamento do que lançado nesse estágio. Se, de um lado, é certo que não se pode chegar à condenação a partir das peças coligidas, de outro lado, não menos correto é que essas podem compor a formação de ideia sobre a procedência ou improcedência da acusação.

O que digo sobre os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito ou da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito? Os poderes da CPI, isso está na Constituição Federal, não são os inerentes à

autoridade policial, mas às autoridades judiciais. (...).

Afirmo, Presidente, que indícios não merecem a apoteose maior, mas também não merecem a excomunhão. Não é dado alijar os indícios quando julgamos um processo-crime. Devemos considerá-los, fazendo-o, também, presentes os elementos probatórios, alcançados na instrução desse mesmo processo-crime.

A visão há que ser conjunta, e Vossa Excelência tem uma frase que lançou, penso, no Eleitoral, remetendo sempre ao conjunto da obra. Portanto, nós, magistrados, julgamos a partir de um conjunto - como disse - de elementos. Somam-se os elementos para chegar-se à conclusão sobre a procedência ou a improcedência da imputação" (f. 54.030/54.031).

Por fim, e mais sucintamente, as provas produzidas nas CPI's foram mencionadas pelo Ministro Ayres Britto:

"o processo penal é o *locus* da produção probatória, pois serviente do contraditório e da ampla defesa. O que, a meu juízo, também não impede o magistrado de reforçar a sua convicção com elementos legitimamente produzidos na fase investigatória (Inquérito, CPI) ou mesmo em outras esferas de apuração (TCU, Banco Central). Mecanismos de investigação de fatos e responsabilidades que têm expresso assento constitucional" (f. 56.171).

Dos passos do acórdão acima transcritos,² observa-se que, com alguma variação de terminologia, considerou-se, sem maiores distinções entre elementos de provas decorrentes de fontes pessoais e os elementos de fontes reais, que os elementos de prova obtidos em comissões parlamentares de inquérito podem ser utilizados com prova em processo penal, desde que neste sejam submetidos ao contraditório judicial.

Além disso, acresceu-se que, embora os elementos produzidos em CPI's não sejam, por si só, aptos a fundamentar um juízo de certeza, além de qualquer dúvida razoável, necessário para uma condenação penal, teriam eles a forma de "indícios", que corroborados por outras provas judiciais, poderiam levar a uma condenação.

O fundamento legal para tanto foi o art. 155 do CPP, que disciplina quais as provas que podem ser valoradas pelo juiz, para a formação do seu livre convencimento e, em especial, qual o limite para a utilização dos elementos de informação produzidos no inquérito policial. Foi constante a analogia entre os elementos produzidos no inquérito policial, com os elementos obtidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

3. Da prova emprestada: conceito e requisitos de admissibilidade

Obviamente, como se trata de elementos de informação produzidos em Comissões Parlamentares de Inquérito, seu transporte para processos judiciais - no caso, para processo penal de competência originária do STF - e posterior valoração pelo magistrado se dará por meio da chamada prova emprestada.

Nesse ponto, não cabe qualquer analogia com a situação do inquérito policial em relação ao processo penal que dele se origina. Isso porque, o inquérito policial integra a persecução penal, sendo sua fase preliminar. Já as Comissões Parlamentares de Inquérito, embora tenha finalidade investigatória, não se consubstanciam em instrumento de investigação criminal, mas de investigação de fato certo e determinado, politicamente relevante, inserido no âmbito da atividade fiscalizatória do Poder Legislativo.

Com relação aos elementos do inquérito policial, a questão de sua valoração ou não no posterior processo penal não envolve o problema da prova emprestada. As discussões, quando existentes, do ponto de vista doutrinário são sobre a conveniência ou não do seu desentranhamento dos autos do processo.

Diversamente, no que diz respeito aos elementos de informação colhidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, como não se trata de investigação processual penal, sua eventual utilização em processo penal terá que ser analisada sob a ótica da prova emprestada, o que implica uma primeira dificuldade: não há definição legal dos requisitos para a produção e valoração da prova emprestada no ordenamento jurídico brasileiro,³ ficando a matéria restrita ao debate doutrinário e

jurisprudencial.

A prova emprestada é a prova produzida em um determinado processo e, depois, trasladada, na forma documental, para outro processo. No segundo processo, em que se junta a prova emprestada, embora trasladada na forma documental, ela terá o valor probante originário (por exemplo: de prova testemunhal, de laudo pericial etc.).

Do ponto de vista doutrinário, embora com alguma variação entre os autores, tem se exigido, para que a prova originária de um processo possa ser validamente trasladada para outro processo, a observância dos seguintes requisitos: (1) que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante juiz natural; (2) que a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; (3) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; (4) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo.

O *primeiro requisito* que tem sido exigido pela doutrina para que prova produzida em um processo possa ser validamente utilizada em outro processo é que tenha sido produzida *na presença do juiz natural*.⁴

Tal exigência não significa que, em ambos os processos, o juiz deva ser o mesmo. Não se trata de identidade física do juiz. O juiz natural, nesse contexto, deve ser entendido como sinônimo de autoridade judiciária, isto é, um sujeito legalmente investido do poder jurisdicional. Obviamente, não se poderá emprestar provas produzidas perante autoridades não jurisdicionais, com as resultantes de processos administrativos (por exemplo: processos administrativos disciplinares), de inquéritos policiais por fatos diversos, ou em processos arbitrais.⁵ E, no caso, como se verá, também não se admite a produção de uma prova decorrente de uma fonte pessoal, mediante a colheita unilateral de declarações, perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito, mas sem a presença de autoridade jurisdicional.

O *segundo requisito* é o *respeito ao contraditório*.⁶ Não basta que no segundo processo a prova, ou melhor, o documento por meio do qual será trasladada a prova do processo originário venha a ser *submetido* a posterior contraditório judicial. No caso de fontes de provas constituída, normalmente decorrentes de fontes pessoais, cuja *produção* do meio de prova correspondente deve ocorrer em contraditório (por exemplo: oitiva de uma testemunha, da vítima ou de corréu), é necessário que, em ambos os processos, o contraditório tenha se desenvolvido entre as mesmas partes, no processo originário e no segundo processo.⁷ Existe, por outro lado, corrente menos rigorosa quanto aos requisitos subjetivos de validade da prova emprestada, considerando necessário apenas que a parte contra a qual vai ser utilizada a prova tenha sido parte no primeiro processo.⁸

Ora, para que seja assegurado o direito de inquirir testemunhas, no caso de prova testemunhal emprestada, é fundamental que a parte tenha participado, inclusive com direito a reperguntas, da oitiva no processo originário, posto que, a toda evidência, no segundo processo, o testemunho será juntado na forma de documento, sendo inviável a inquirição. Sem a possibilidade de inquirição no processo originário e no processo que recebeu a prova emprestada, a violação ao art. 8 (2) (f), da Convenção Americana de Direitos Humanos é evidente.

É da essência das fontes de provas orais que sua produção se dê em contraditório perante o juiz. Para estas, exige-se, pois, que sejam *produzidas em contraditório* judicial.⁹ Já em relação às fontes de provas reais, que preexistem ao processo (por exemplo: uma carta, ou extrato bancário, ou um contrato) o que se tem é a juntada de um documento aos autos do processo, sendo *submetido ao contraditório* de partes, mas a sua produção não se dará em contraditório. Neste caso, não há porque não se admitir a utilização, como prova emprestada, de documento que tenha sido originariamente juntado em um processo administrativo e que seja posteriormente trasladado, como prova emprestada, para um processo jurisdicional. No segundo processo, o documento será *submetido* ao contraditório de partes. Seria admissível, por exemplo, que se utilizasse como prova emprestada um contrato entre o acusado e uma instituição financeira, que seja trasladado de um processo administrativo perante o Bacen ou a Comissão de Valores Mobiliários, ou mesmo um recibo ou extrato comprovantes de depósitos bancário entregues uma Comissão Parlamentar de Inquérito.

O *terceiro requisito* é que o *objeto da prova seja o mesmo* em ambos os processos. Por exemplo, não se pode emprestar uma prova produzida em um processo civil sobre guarda de filho, em que se fez prova de que o pai, por usar substância entorpecente, não poderia ter a guarda da criança, para

demonstrar que o acusado era usuário de drogas, em um processo penal.¹⁰

Finalmente, o *quarto requisito* é que *âmbito da cognição judicial* deve ter sido o mesmo em ambos os processos e, conseqüentemente, o exercício do contraditório seja de intensidades equivalentes. Não se pode aceitar, por exemplo, que uma prova produzida em um processo cautelar, com cognição sumária, seja trasladada para um processo penal condenatório, de cognição plena. Obviamente, tal restrição não diz respeito às medidas cautelares de produção antecipada de prova, nem aos chamados meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica.

Além desses aspectos, é necessário que no processo anterior, em que foi originariamente produzida, a prova tenha *obedecido todos os requisitos legais*. Por outro lado, como será trasladada na forma documental, é preciso que o seu ingresso no processo de destino se dê com observância das regras sobre produção de prova documental.¹¹ Evidente, pois a prova a se trasladada deve ser uma prova validamente produzida.¹² Não se transportam provas ilícitas ou ilegítimas.

Por outro lado, *a prova produzida no processo originário deve ser trasladada em sua integralidade para o processo de destino*.¹³ Ou seja, não se pode pretender transportar apenas parte da documentação do meio de prova, o que impediria uma valoração completa do mesmo.¹⁴ Assim, por exemplo, no caso de transporte de uma prova pericial, não se pode levar apenas o laudo inicial, deixando de transportar a resposta a quesitos complementares ou os esclarecimentos orais dos peritos. No caso de uma prova testemunhal, não será admissível juntar apenas o termo em que consta o depoimento, mas não se levar a parte em que houve a contradita e o seu resultado. Se houve a instauração de um incidente de falsidade documental em relação a um documento juntado aos autos, não se pode trasladar para outro processo apenas o documento em si.

Em suma, para que a prova emprestada possa ser admitida é necessário que no processo originário ela tenha sido produzida perante um autoridade investida da função jurisdicional, em contraditório de partes, ou ao menos dele tendo participado o sujeito contra quem se pretende fazer valer a prova no processo ao qual será trasladada. Além disso, é necessário que o processo originário e o processo derivado tenham o mesmo nível de cognição e de possibilidade de exercício do contraditório, e vertam sobre o mesmo *thema probandum*. Por fim, é de se exigir que no processo originário a prova tenha sido lícita e legitimamente produzida e que o ato de documentação em que se registrou tal prova seja integralmente transportado para o processo derivado.

Obedecido esses requisitos uma prova produzida em um processo poderá ser trasladada para outro processo.

4. Das provas pré-constituídas e provas constituendas: diferenças quanto ao regime do contraditório

A análise da admissão da prova emprestada no processo penal não chegará a resultados satisfatórios ao se buscar uma única teoria geral comum a todos os meios de provas. Para tanto, porém, não é necessário que se estabeleçam regimes especiais para cada um dos meios de prova.

Tomando como parâmetro as diferenças quanto ao exercício do contraditório, é suficiente distinguir as *provas pré-constituídas* e as *provas constituendas*. Isso porque, a distinção entre a natureza das fontes de prova não tem razão de ser em si, mas enquanto implicam diferentes modalidades de produção do meio de prova.¹⁵ As provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existentes ao processo, enquanto que as constituendas são constituídas e produzidas com atos do processo.¹⁶ As *provas constituendas* se formam no âmbito do processo, enquanto que as provas pré-constituídas existem fora do processo, em procedimentos extraprocessuais.¹⁷

As *provas constituendas*, como, por exemplo, aquelas decorrentes de fontes de provas pessoais (por exemplo: vítimas e testemunhas), têm sua produção no curso do próprio processo, exigindo a realização de atividade processuais das partes e do juiz, bem como demandando tempo para sua produção em contraditório. Já as *provas pré-constituídas*, como os documentos, são simplesmente juntadas aos autos do processo, já tendo sido criadas previamente e extra-autos. Justamente por isso, o juízo de admissibilidade e o procedimento de produção de tais provas são diversos.

Aliás, nesse ponto, o próprio ordenamento jurídico diferencia o regime legal de admissão da prova documental, dos demais meios de prova.¹⁸ Justamente por se tratar de prova pré-constituída, é desnecessário um prévio juízo de admissibilidade, não havendo necessidade sequer de se perquirir

sobre a relevância do documento.¹⁹ A prova documental é diretamente produzida, isto é, juntada aos autos na própria petição, na qual, impropriamente, "se requer a juntada" de algo que já se está juntado aos autos. No máximo, há um juízo *a posteriori*, em razão de alegações de inadmissibilidade da prova documental, mas por critérios jurídicos de exclusão, como, por exemplo, se tratar de uma carta obtida por meios ilícitos.

Quanto ao momento de produção da prova documental, há ampla liberdade probatória das partes para a juntada de documentos em qualquer fase do processo.²⁰ Mesmo no regime processual civil, em que há uma limitação quanto ao momento procedimental da juntada de documentos,²¹ a jurisprudência tem sido bastante restritiva quanto à aplicação de tal dispositivo, exigindo apenas que os documentos essenciais devem ser juntados com a petição inicial, nos termos do art. 283 do CPC, sendo permitida a juntada posterior de outros documentos.

A mesma liberdade, porém, não existe para a produção da prova decorrente de fonte pessoal, sujeita a limites legais de admissibilidade e produção bem mais rígidos.²² Há restrição legal quanto ao momento de requerimento da prova oral, o número de testemunhas e o rito para a produção da prova testemunhal.

Quanto a este último aspecto, Comoglio assevera que a oralidade da produção do depoimento, em contraditório de parte, na presença do juiz, "configura um denominador mínimo de *forma oral* e de controle dialético", que não pode ser "substituído por uma equivalente *forma de depoimento escrito*, realizado fora do contraditório".²³

Porém, embora seja inegável a importância do contraditório, possibilitando às partes uma interlocução prévia sobre tudo aquilo que possa interferir na decisão judicial, sendo considerado um elemento estrutural do processo, ele não deve ser considerado uma "condição geral e absoluta para utilização do meio de prova".²⁴ Como explica Taruffo, a regra segundo a qual a prova deve se formar em contraditório vale somente *no processo*, ou seja, para as *provas constituídas*, que propriamente são criadas no processo; já para as outras provas, isto é, as *pré-constituídas*, o importante é que seja garantido o contraditório, não para a formação da prova,²⁵ mas para a sua valoração.²⁶ Neste caso, basta que as provas pré-constituídas sejam submetidas ao contraditório, antes da decisão judicial.²⁷

É exatamente no sentido acima que deve ser interpretado o *caput* do art. 155 do CPP²⁸ que, com base na garantia do contraditório, distingue entre *prova, produzida em contraditório*, de um lado, e *elementos informativos colhidos na investigação*, produzidos na fase policial, sem a dialética de partes, de outro. Não se confundem, pois, atos de prova e atos de investigação.

A necessidade de que os meios de prova decorrente de fontes pessoais sejam produzidas em contraditório decorre do valor heurístico de tal garantia. O contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários,²⁹ representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade.³⁰ Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade.³¹ As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros.³²

A distinção entre provas "produzida em contraditório" e provas "submetidas ao contraditório", segundo Ubertis, equivale às expressões "contraditório *sobre* a prova" e "contraditório *para* a prova", que implicam, respectivamente, um contraditório *fraco* e um contraditório *forte*.³³

A observância do contraditório, no caso, em sua face mais forte e eficiente, além de uma escolha epistemológica, trata-se, também, de uma imposição que o legislador ordinário não pode deixar de acolher em relação à produção da prova oral, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8.o (2) (f), prevê que o acusado tem o "direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos".

O dispositivo convencional assegura o direito ao confronto, com inspiração da VI Emenda da Constituição dos EUA, cuja ideia central, no dizer de Malan, "é a seguinte: o *right of confrontation* impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma *pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição* deste último. Logo, a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova

contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições".³⁴

Além de assegurar o direito de produzir as suas provas e participar da produção, em confronto, das provas da parte contrária, o direito ao confronto fortalece o sistema acusatório.

Enquanto no método inquisitório a busca da verdade é conduzida unilateralmente, de forma epistemologicamente comprometida, por um inquisidor que busca, a todo custo, a confirmação de uma verdade por ele pré-estabelecida e escolhida, no sistema acusatório, informado pelo contraditório, a reconstrução histórica dos fatos é baseada em um confronto dialético entre as provas produzidas pelas partes na presença do juiz, permitindo um resultado imparcial e de melhor qualidade.³⁵

Por todo o considerado, a prova testemunhal deve ser produzida em contraditório, o que não se confunde com a mera submissão, a posterior, de uma prova produzida inquisitorialmente, a um contraditório diferido. A garantia da defesa está na institucionalização do poder de confrontação da acusação por parte do acusado.³⁶

No processo acusatório, o accertamento do fato deve ocorrer segundo um modelo dialético, e sob esse perfil, no que diz respeito às provas constituídas, decorrentes de fontes pessoais, "a oralidade é funcional ao contraditório, porque permite o máximo de dialeticidade processual".³⁷

5. Os elementos informativos das CPI's e sua utilização como prova emprestada

Estabelecidas as premissas acima, é possível analisar o valor dos elementos informativos colhidos pelas comissões parlamentares de inquérito e sua valoração em processo penal, a partir da distinção entre provas pré-constituídas, de um lado, e constituídas, de outro.

Toda vez que se trate de uma prova pré-constituída, como o contraditório não é necessário para a formação de tal prova, bastando que, para que possa ser valorada, seja submetida, posteriormente, ao contraditório judicial, é perfeitamente possível ao juiz penal valorar provas pré-constituídas, como, por exemplo, contratos, recibos, cartas e extratos bancários que tenham sido obtidos por comissões parlamentares de inquéritos. Fundamental, apenas, que tais documentos sejam, no curso do processo penal, submetidos ao contraditório. Embora o Código de Processo Penal não tenha regra expressa, deve ser aplicado, por analogia, o art. 398 do CPC, que prevê a manifestação da parte contrária, no prazo de cinco dias, toda vez que uma das partes junte documento aos autos, o que é uma decorrência do princípio do contraditório.

Já no caso de provas constituídas, que devem ser produzidas em contraditório de partes, perante o juiz da causa, em regra, não será possível a utilização, em processo penal, de um elemento gnosiológico decorrente de fonte pessoal colhida em comissão parlamentar de inquérito. Isso porque a oitiva de tal pessoa perante a comissão não se terá dado em contraditório de partes e perante um juiz terceiro e imparcial, mas de forma inquisitória, sem contraposição de quem quer que seja, e perante um agente político, naturalmente interessado no resultado da investigação.

Quando muito, tal depoimento poderá servir de confronto, com outro prestado em contraditório de partes perante o juiz, para, a partir de contradições e divergências de conteúdo, dar-se maior, menor ou mesmo nenhum peso, por falta de credibilidade do depoente, ao conteúdo do depoimento. Jamais, porém, se poderá optar por uma cômoda aceitação da versão proferida inquisitorialmente na comissão de inquérito, ao invés do depoimento de conteúdo diverso prestado em contraditório de partes.³⁸ Seria ignorar totalmente o potencial heurístico do contraditório, em quanto mecanismo dialético de verificação da resistência de hipóteses conflitantes.

A única exceção em que se poderia admitir a valoração de um elemento de prova pessoal (por exemplo: o depoimento de uma testemunha), ou seja, de uma prova constituída, obtido por uma comissão parlamentar de inquérito e, portanto, sem contraditório de partes, como prova a ser valorada no processo penal, seria no caso de a fonte de *prova irrepetível*,³⁹ fazendo incidir a exceção da parte final do *caput* do art. 155 do CPP.⁴⁰

Trata-se de hipótese de contraditório impossível, em razão de causas que incidem externamente sobre a fonte de prova, impedindo sua aquisição processual em contraditório. A impossibilidade pode decorrer de causa natural (por exemplo: a morte da testemunha) ou de um comportamento ilícito do acusado ou de terceiro (por exemplo: violência, ameaça, suborno ou mesmo assassinato do

depoente).

Prevalece o posicionamento no sentido de que a irrepetibilidade que autoriza a valoração judicial do elemento de prova colhido sem contraditório é aquela que decorre de fatores imprevisíveis, quando da sua obtenção. Isso porque, se era previsível a ocorrência de fator externo que poderia tornar irrepetível o ato (por exemplo: a morte da testemunha enferma), o correto é produzir antecipadamente a prova, nos termos do art. 225 do CPP.⁴¹

A distinção entre prova irrepetível e prova antecipada tem relevantes efeitos práticos. Na prova irrepetível, não houve contraditório na sua produção e não poderia haver, porque a fonte de prova, por fatores imprevisíveis, não mais está disponível. Já na prova antecipada, fatores previsíveis do risco de indisponibilidade da fonte de prova justificaram sua produção antecipada, mas em contraditório de partes e perante um juiz. Na prova irrepetível não há contraditório; na antecipada, há contraditório realizado antes do momento normal.

Mesmo assim, nessa hipótese, ainda que se admita que esse elemento de informação produzido em ausência de contraditório possa ser valorado pelo juiz no momento de formação do seu convencimento, é questionável seu valor. Seria possível condenar um acusado, com base exclusivamente em um elemento de informação colhido por uma comissão parlamentar de inquérito (por exemplo: o depoimento de uma testemunha), cuja posterior produção em contraditório judicial mostre-se impossível (por exemplo: porque a testemunha faleceu)?

A parte final do *caput* do art. 155 do CPP parece indicar no sentido de uma resposta positiva: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Ou seja, para a formação do convencimento judicial, são valoráveis apenas as provas produzidas em contraditório. Os elementos de informação não contraditórios, colhidos no inquérito policial, não têm valor pleno, somente sendo dotados de força corroborativa, quando existentes outras provas no mesmo sentido, adquiridas em contraditório. Por outro lado, no caso das três exceções - provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis - não se exige a confirmação por outros meios, sendo tais elementos bastantes em si para uma condenação, porque ressalvados na parte final do referido dispositivo legal.

Em suma, o Código de Processo Penal autoriza a valoração judicial da prova irrepetível (*rectius*: do ato de investigação realizado sem contraditório, cuja fonte tornou-se indisponível, sendo irrepetível a produção do meio de prova correspondente).

Todavia, se tal posição for aceita sem ressalvas, haverá violação da garantia do art. 8 (2) (f) da CADH, pois o acusado poderá ser condenado, exclusivamente, com base em um depoimento de uma testemunha que não estava presente no Tribunal, não lhe sendo dada oportunidade de inquiri-la. Preferível, portanto acolher a solução intermediária quem vem sendo adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que considera incompatível com o art. 6.o (3) (d) da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴² uma condenação penal fundada exclusivamente ou de forma preponderante em depoimentos prestados antes da fase judicial, sem observância do contraditório.⁴³

Cabe observar que regime equivalente ao do Tribunal de Estrasburgo é aplicado nos EUA, em que mesmo havendo expressa previsão do *right of confrontation* na VI Emenda - *in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witness against him* -, entende-se que quando a testemunha é "indisponível" (*unavailable*) para depor e tal condição é causada diretamente ou indiretamente pelo acusado (por exemplo: em razão de ameaças ou mesmo de tê-la matado), é possível valorar o seu depoimento prestado anteriormente, e sem o confronto da parte contrária.⁴⁴

Finalmente, não se pode admitir que os depoimentos prestados perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito, e depois reduzidos a termos, sejam juntados ao processo penal como se prova documental fosse e, neste caso, sob essa nova roupagem - de prova pré-constituída -, simplesmente bastaria submetê-los ao contraditório. Impossível aceitar, em relação às fontes de prova orais, a utilização das *provas anômalas*, isto é, de declarações escritas de fontes de prova oral como se depoimento fossem.⁴⁵ A toda evidência, esta troca de etiquetas não é suficiente para transformar uma prova constituída em pré-constituída.

6. Conclusão

A prova emprestada deve observar os seguintes requisitos: (1) que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante juiz natural; (2) que a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; (3) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; (4) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo. Além disso, deve ser validamente produzida no processo originário e trasladada integralmente para o processo de destino.

As provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existent ao processo, sendo criadas em procedimentos extraprocessuais. Posteriormente, são apenas juntadas aos autos e submetidas ao contraditório.

As provas constituídas são constituídas e produzidas com atos do processo, sendo formadas em contraditório de partes e perante um juiz terceiro e imparcial.

As provas pré-constituídas obtidas por comissões parlamentares de inquérito, desde que posteriormente submetida a contraditório de partes em processo judicial, poderão ser valoradas pelo juiz na sentença penal.

No caso de obtenção, por comissão parlamentar de inquérito, de elementos de prova decorrentes de fontes pessoais, em especial de depoimentos de testemunhas, estes não poderão ser valorados pelo juiz. No processo penal, a prova testemunhal é espécie de provas constituídas, que deve ser formadas em contraditório de partes, e na presença de um julgador imparcial que julgará a causa. Sem isso, impossível sua valoração como prova emprestada.

A única exceção em que se pode admitir que um elemento de informação decorrente de fonte pessoal (prova constituída), obtido por uma comissão parlamentar de inquérito, seja valorada no processo penal, é no caso de a fonte de *prova irrepetível*.

No caso de uma prova irrepetível, por ser produzida sem contraditório de partes, e com baixo potencial heurístico, a condenação penal não poderá ter por fundamento exclusivo ou preponderante tal elemento gnosiológico, sob pena de violar o art. 8.º (2) (f) da Convenção Americana de Direitos Humanos.

7. Bibliografia

Amaral Santos, Moacyr. *Prova Judiciária no cível e comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1966. vol. 1.

Aragão, Egas D. Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, [s.d.]. vol. IV.

Arruda Alvim, José Manoel de; Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Manual de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: RT, 1991. vol. II.

Badaró, Gustavo. O alibi do acusado e o *in dubio pro reo* no acórdão da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 251-272. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.

_____. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada e declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

Bargi, Alfredo. *Procedimento probatorio e giusto processo*. Napoli: Jovene, 1990.

Bentham, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971. vol. I.

Calamandrei, Piero. La dialetticità del processo. In: _____. *Opere giuridici*. Napoli: Morano, 1965. vol. I.

Camargo Aranha, Adalberto José Q. T. de. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

- Carnelutti, Francesco. *La prova civile*. 2. ed. Roma: Edizioni Dell'Ateneo, 1947.
- Comoglio, Luigi Paolo. *Le prove civile*. Torino: Utet, 1998.
- _____; Zagrebelsky, Vladimiro. Modelo acusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1993.
- Cordero, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- Crevani, Riccardo. La prova testimoniale. In: Taruffo, Micheli (coord.). *La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2012.
- De Luca, Giuseppe. Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. ano. 35. p. 1255-1276. Milano: Giuffrè, ott.-dic. 1992.
- Ferrajoli, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998.
- Ferrua, Paolo. Contraddittorio e verità nel processo penale. In: _____. *Studi sul processo penale - Anamorfosi del processo accusatorio*. Torino: Giappichelli, 1992. vol. II.
- Gomes Filho, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- _____. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In: Moura, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- Grinover, Ada Pellegrini. Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. In: _____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Prova emprestada. O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996
- _____; Gomes Filho, Antonio Magalhães; Fernandes, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- Guedes, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Dissertação de Doutorado, São Paulo, USP, 2013.
- Lessona, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. Firenze: Fratelli Camelli, 1914. vol. I.
- Malan, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: "right of confrontation" na produção da prova oral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- Marques, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. II.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1871.
- Popper, Karl. *A miséria do historicismo*. Trad. de Octany S. da Mota e Leônidas Hegenbert. São Paulo: Ed. Cultrix/Ed. USP, 1980.
- Rangel, Paulo. *Direito processual penal*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- Souza, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- Talamini, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo* vol. 91. p. 95. São Paulo: Ed. RT, jun.-set. 1998.
- Taormina, Carlo. *Il regime della prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2007.
- Taruffo, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

Tonini, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2000.

Tucci, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista do Advogado*. n. 61. São Paulo: AASP, nov. 2000.

Ubertis, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In: _____. *Verso un "giusto processo" penale*. Torino: Giappichelli, 1997.

_____. Giusto processo e contraddittorio in ambito penale. In: _____. *Argomenti di procedura penale II*. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000.

Vilares, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva da Jurisdição e CPIs*. São Paulo: ÔnixJur, 2012.

Zappalà, Enzo. Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio. *Diritto Penale e Processo*. n. 7. p. 886-893. Milano: Ipsosa, 1998.

1 Badaró, Gustavo. O alibi do acusado e o *in dubio pro reo* no acórdão da APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*. vol. 933. p. 251-272. São Paulo: Ed. RT, jul. 2013.

2 Em vários passos do acórdão, os Ministros transcreverem trechos de depoimentos de testemunhas e corréus perante as CPI: Min. Joaquim Barbosa (f. 53.583, 53.656, 55.110, 55.111, 55.114, 55.124, 55.125, 55.126, 55.148, 55.165, 55.166, 55.192, 55.208, 55.241, 55.256, 55.257, 56.239, 56.246, 56.282, 56.285/56.286, 56.287, 56.310/56.311, 56.321/56.322, 56.334/56.335, 57.395/57.396, 57.403, 57.415); Min. Ricardo Lewandowski (f. 55.376, 55.377, 55.506, 55.507); Min. Ayres Britto (f. 56.149/56.151, 56.185, 56.186, 56.187), Cármen Lúcia (f. 56.748, 56.749, 56.755); Min. Luiz Fux (f. 57.619, 57.609, 57.643 e 57.675).

3 O Anteprojeto de Projeto de Código de Processo Penal apresentado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado e que deu origem ao PLS 156/2009 também não tratava da prova emprestada. Todavia, durante a sua tramitação perante o Senado, foi aprovada emenda que passou a disciplinar a matéria, nos seguintes termos:

"Art. 166. Admite-se a prova emprestada, quando *produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada*.

§1.o Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou remessa de cópia autenticada.

§ 2.o Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar."

4 Nesse sentido: Grinover, Ada Pellegrini. *Prova emprestada. O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 58; _____.; Gomes Filho, Antonio Magalhães; Fernandes, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 119.

5 Em sentido contrário, para Ada Pellegrini Grinover (*Prova emprestada... cit.*, p. 58), a necessidade de respeito ao juiz natural significa que o juiz do processo em que foi produzida a prova originária seja o mesmo juiz do processo em que se vai trasladar a prova emprestada, posto que deve se tratar do juiz competente. No mesmo sentido posicionam-se Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (*As nulidades ... cit.*, p. 119-120), que acrescentam: "a rigor, para o transporte puro e simples de uma prova, de um processo para outro, seria necessário que o contraditório no processo originário tivesse sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa (entendendo-se, com o termo 'juiz', não a pessoa física investida na função, mas o órgão jurisdicional constitucionalmente competente)".

6 Aliás, em relação à prova emprestada Eduardo Couture (*Fundamentos del derecho procesal civil*.

Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 160) assevera que "el problema no es tanto un problema de formas de la prueba, como un problema de garantías del contradictorio". Evidente que a exigência de respeito ao contraditório - assim como a necessidade de produção perante o juiz natural - deve ser interpretada de forma diversa no que diz respeito às provas pré-constituídas, que não são produzidas em contraditório, mas apenas submetidas ao contraditório posterior, como se verá no item 5.

7 Nesse sentido: Aragão, Egas D. Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, [s.d.]. vol. IV, p. 62; Arruda Alvim, José Manoel de; Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991. vol. II, p. 233. Na doutrina estrangeira é o posicionamento de Lessona, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. Firenze: Fratelli Camelli, 1914. vol. I, p. 14-15.

8 Nesse sentido manifestam-se: Marques, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. II, p. 307-308; Grinover, Ada Pellegrini. *Prova emprestada ... cit.*, p. 62; Camargo Aranha, Adalberto José Q. T. de. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 197; Talamini, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*. vol. 91. p. 95. São Paulo: Ed. RT, jun.-set. 1998. Nesse último sentido, decidiu o STF:

"(...) III. Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a *prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes.*" (STF, RE 328.138, 1.ª T., j. 16.09.2003, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.10.2003, p. 21 - d.n.).

9 Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (*As nulidades ... cit.*, p. 119) "se a prova emprestada foi indevidamente transportada para o segundo processo, em violação ao princípio do contraditório, configurará *prova ilícita*" (destaques no original).

10 Nesse sentido: Amaral Santos, Moacyr. *Prova Judiciária no cível e comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1966. vol. 1, p. 314; Paulo Rangel. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 446. Já para Camargo Aranha (*Da prova... cit.*, p. 255) basta que os fatos sejam semelhantes. Em sentido parcialmente contrário, Eduardo Talamini (*Prova emprestada... cit.*, p. 103), embora reconhecendo tal necessidade, entende que não se trata de um requisito específico da prova emprestada, mas de um pressuposto genérico de pertinência e relevância de qualquer meio probatório.

11 Como explica Ada Pellegrini Grinover (*Prova emprestada... cit.*, p. 63): "Outros requisitos existem, no campo da legalidade da prova. São eles: (a) a observância dos princípios que regem a prova, vista em sua natureza jurídica original (prova testemunhal, depoimentos pessoais etc.), tanto no processo primitivo como no segundo processo; (b) a observância dos princípios que regem a prova documental, no processo em que a prova foi transportada".

12 Nesse sentido: Rangel, Paulo. *Direito... cit.*, p. 446; Talamini, Eduardo. *Prova emprestada... cit.*, p. 102.

13 Guedes, Clarissa Diniz, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Dissertação de Doutorado, São Paulo, USP, 2013. p. 273.

14 Sobre as condições extrínsecas do documento, Carl Joseph Anton Mittermaier (*Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1871. p. 458) já advertia que, "para ganhar a confiança, deve ser apresentado inteiro, sem o menor vestígio de alteração ou de mutilação; se tiver numerosas riscaduras, se linhas inteiras houverem sido apagadas, se metade do documento houver sido arrancado, é logo tido por imprestável".

15 Como explica Franco Cordero (*Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 55) quanto a estrutura do ato aquisitivo, "prove che preesistono nella realtà extraprocessuale, si contrappongono quelle formate nel processo". Tal classificação é mais relevante, para fins de prova emprestada do

que a distinção comum nos clássicos entre provas reais e pessoais. Por exemplo, Jeremías Bentham, (*Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971. vol. I, p. 30) segundo a fonte da prova provenha de pessoas ou coisas, as provas são pessoais ou reais.

16 Comoglio, Luigi Paolo. *Le prove civile*. Torino: Utet, 1998. p. 8.

17 Taruffo, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 352.

18 No processo penal, ante a sua evidente relevância, o legislador preestabelece a necessidade de oitiva da vítima, que não se confunde com testemunha e, sequer, precisa ser arrolada. O art. 201, *caput*, do CPP prevê que: "Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações" (destaquei). Mesmo se tratando de provas constituídas, diante da sua inquestionável relevância, posto que a vítima sempre terá algo a esclarecer sobre o modo, o momento ou o autor do delito, o legislador determina a oitiva da vítima.

19 Somente quanto ao documento cuja juntada tenha sido determinada *ex officio* pelo juiz é que se exige o juízo lógico de relevância. O art. 234 do CPP prevê que:

"Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a *ponto relevante da acusação ou da defesa*, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível". (destaquei).

20 No regime do Código de Processo Penal, o art. 231 prevê que: "Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo" (destaquei).

21 O art. 396 do CPC dispõe que: "Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações".

22 Usa-se aqui a distinção tal qual exposta por Michele Taruffo (*La prova dei fatti giuridici* cit., p. 441): prova real é aquela constituída de uma coisa, documental é aquela constituída de um documento (mas qualquer coisa pode ser um documento) e pessoal é aquela fornecida por uma pessoa.

23 Comoglio, Luigi Paolo. *Le Prove civile ...* cit., p. 259-260. Tal posicionamento, contudo, do ponto de vista do direito posto italiano, não mais vigora diante da reforma do Código de Processo Civil promovida pela Lei 69/2009, que nos arts. 257-*bis* e 103-*bis*, das disposições transitórias, passou a admitir, em relação à prova testemunhal, a possibilidade de um depoimento por escrito. Como explica Riccardo Crevani (*La prova testimoniale*. In: Taruffo, Micheli (coord.). *La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 363-364) a razão de tal novo instrumento foi atender a necessidade de "accelerare il tempi della giustizia civile", ainda que "al fine di ottenere tempi più veloci e più certi per la definizione dei giudizi, sia sacrificabile, al meno in parte, il principio dell'contraddittorio in relazione al momento della formazione della prova testimoniale". No processo penal brasileiro, o depoimento escrito é possível nos casos previstos no parágrafo único do art. 221 do CPP, em que o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do STF poderão optar pela prestação de depoimento por escrito.

24 Taruffo, Michele. *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 403.

25 Os documentos, explica Francesco Carnelutti (*La prova civile*. 2. ed. Roma: Edizioni Dell'Ateneo, 1947. p. 291) "è una prova che no si fa sotto gli occhi di chi ne usa".

26 Idem, ibidem, p. 403.

27 Carlo Taormina (*Il regime della prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2007. p. 390) chega mesmo a dizer que a juntada do documento aos autos é "a forma típica de processualização da prova documental".

28 Sobre o novo dispositivo, Gomes Filho, Antonio Magalhães (*Provas...* cit.. p. 249) destaca que: "A

verdadeira *pedra angular* da nova disciplina da prova penal trazida pela Lei 11.690/2008 é a vinculação do próprio conceito de *prova* à observância do *contraditório*" (destaques no original).

29 De Luca, Giuseppe. Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. ano. 35. p. 1261. Milano: Giuffrè, ott.-dic. 1992.

30 Cf. Calamandrei, Piero. La dialetticità del processo. In: _____. *Opere giuridici*. Napoli:

Morano, 1965. vol. I, p. 682; Ferrajoli, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998, p. 763; Bargi, Alfredo *Procedimento probatorio e giusto processo*. Napoli: Jovene, 1990. p. 92; Ferrua, Paolo. Contraddittorio e verità nel processo penale. In: _____. *Studi sul processo penale - Anamorfoosi del processo accusatorio*. Torino: Giappichelli, 1992. vol. II, p. 76; Comoglio, Luigi Paolo; Zagrebelsky, Vladimiro. Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, 1993. p. 481; Ubertis, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In: _____. *Verso un "giusto processo" penale*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 90; 98. Na doutrina pátria, cf. Grinover, Ada Pellegrini. Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. In: _____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 313; Tucci, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista do Advogado*. n. 61. p. 92. São Paulo: AASP, nov. 2000.

31 Ubertis, Giulio. *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000. p. 36. O contraditório, para Antonio Magalhães Gomes Filho (*A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 39) possui "um valor *heurístico*, constituindo a mais adequada *metodologia* para a completa apuração dos fatos".

32 Nesse sentido: Zappalà, Enzo. Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio. *Diritto Penale e Processo*. n. 7. p. 886-893. Milano: Ipsoa, 1998. p. 888; e Gomes Filho, Antonio Magalhães. *A motivação...* cit., p. 39. Segundo Karl Popper (*A miséria do historicismo*. Trad. de Octany S. da Mota e Leônidas Hegenbert. São Paulo: Ed. Cultrix/Ed. USP, 1980. p. 104-105) "exatamente porque nosso objetivo é o de formular teorias tão perfeitas quanto possível, devemos submetê-las a testes tão severos quanto possível, ou seja, devemos tentar identificar erros que nelas se contenham, devemos tentar falseá-las. (...). Com efeito, se não formos críticos, sempre encontraremos aquilo que desejamos: buscaremos e encontraremos confirmações, e não procuraremos nem veremos o que possa mostrar-se ameaçador para as teorias que nos agradam".

33 Ubertis, Giulio. Giusto processo e contraddittorio in ambito penale. In: _____. *Argomenti di procedura penale II*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 17-18) que exemplifica: quando basta o *contraddittorio sull'elemento di prova* o juiz pode valorar um depoimento feito sem a sua presença; enquanto no *contraddittorio per l'elemento di prova* o juiz somente pode valorar um dado cognitivo produzido através da participação das partes no momento em que a testemunha presta seu depoimento.

34 Malan, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: "right of confrontation" na produção da prova oral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 79-80. E, em outra passagem, especifica o conteúdo de tal direito, com base na lição de Stefano Maffei: "O direito ao confronto possui um conteúdo normativo multifacetado, se consubstanciando no direito fundamental do acusado: (i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas; (v) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal. A esse rol parece razoável acrescentar o direito do acusado a se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com o seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas" (idem, p. 87).

35 Gomes Filho, Antonio Magalhães. Provas ... cit., p. 251.

36 Ferrajoli, Luigi. *Diritto e ragione...* cit., p. 130.

37 Tonini, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2000. p. 75.

38 Para Fernanda Regina Vilares (*Processo penal: reserva da Jurisdição e CPIs*. São Paulo: ÔnixJur, 2012. p. 193) "a prova produzida no decorrer dos trabalhos de um inquérito parlamentar em sentido estrito será apenas uma forma de demonstrar fatos, de aclarar pontos de controvérsia, mas não poderá ser utilizada com o escopo de promover uma condenação judicial, seja ela cível ou penal".

39 Nesse sentido, *idem*, p. 200.

40 Em relação às provas produzidas pelas CPI's, não há que se cogitar das exceções da *prova antecipada* e da *prova cautelar*. Isso porque, não há partes na CPI, sendo inviável, portanto, antecipar o contraditório. Além disso, o presidente de uma CPI não pode ser equiparado a um juiz de direito, sujeito terceiro e imparcial, perante o qual tal prova possa ser produzida antecipadamente. Como explica Ubertis (*Giusto processo e contraddittorio... cit.*, p. 12-13) onde não há possibilidade de defesa, não há espaço para uma dialética de partes contrapostas, que somente pode se desenvolver perante um sujeito "terzo e imparziale". Sobre a prova pericial produzida nas CPI's, o tema será tratado ao final do presente item.

41 Gomes Filho, Antonio Magalhães. Prova... *cit.*, p. 254.

42 O referido dispositivo consagra o direito do "acusado a interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação".

43 CEDH, Caso Barberá, Messegué e Jabardo c. Espanha, sentença de 06.12.1988.

44 Quanto à chamada testemunha indisponível, seu conceito é encontrado no art. 804 (a) das *Federal Rules of Evidence* que, embora com vistas à disciplina da *hearsay witness*, mas tratando da indisponibilidade da fonte original da informação para depor pessoalmente no julgamento, o art. 804 (a) das *Federal Rules of Evidence* prevê as situações fáticas que estão incluídas no conceito de indisponibilidade da testemunha, que ocorre quando esta última: (a) é dispensada pelo juiz de depor, por haver privilégio testemunhal (*testimonial privilege*); (b) se recusa a depor, não obstante ordem do juiz; (c) não se recorda dos fatos; (d) não pode depor, por motivo de morte ou de enfermidade física ou mental; (e) está ausente, e a parte processual proponente da prova não conseguiu forçar a testemunha a comparecer por notificação, ou por quaisquer outros meios razoáveis. O dispositivo, porém, expressamente prevê que a testemunha não será considerada indisponível, caso as circunstâncias acima mencionadas decorram decorrentes de atitudes da própria parte proponente da prova, com o objetivo precípuo de impedir que a testemunha compareça ou deponha. Em seguida, são definidas as exceções a *rule against hearsay*, sendo que das mais relevantes para o tema, destacam-se a : (a) depoimento anterior, prestado quer no mesmo processo quer em processo diverso, caso a parte processual contra a qual tal prova será produzida já tenha tido uma oportunidade e similar motivo para inquirir o autor desse depoimento; (b) depoimento oferecido contra parte processual que concorreu para a prática de ato ilícito que acarretou a indisponibilidade do depoente para testemunhar (*forfeiture by wrongdoing*). Para uma análise da *forfeiture doctrine*, na doutrina nacional, cf.: Souza, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 78-89, com profunda explicação do caso *Crawford vs. Washington*, julgado pela Suprema Corte dos EUA.

45 Sobre a impossibilidade de utilização de declarações escritas de testemunhas, como se documento fosse, cf.: Badaró, Gustavo. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada e declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 351-362.