

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI  
FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**EDILSON DE MOURA OLIVEIRA**

**A PROVA EMPRESTADA: SUA ADMISSIBILIDADE E REQUISITOS DE USO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Campina Grande-PB

2019

**EDILSON DE MOURA OLIVEIRA**

**A PROVA EMPRESTADA: SUA ADMISSIBILIDADE E REQUISITOS DE USO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho monográfico de conclusão de curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito na Faculdade Reinaldo Ramos em Campina Grande-PB, como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientador: Prof. Ms. Valdeci Feliciano  
Gomes

Campina Grande-PB

2019

---

O48p

Oliveira, Edilson de Moura.

A prova emprestada: sua admissibilidade e requisitos de uso no ordenamento jurídico brasileiro / Edilson de Moura Oliveira. – Campina Grande, 2019.

39 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2019.

"Orientação: Prof. Me. Valdeci Feliciano Gomes".

1. Provas – Processo Penal. 2. Prova Emprestada. 3. Direito Penal.  
I. Gomes, Valdeci Feliciano. II. Título.

CDU 343.14(043)

**EDILSON DE MOURA OLIVEIRA**

**A PROVA EMPRESTADA: SUA ADMISSIBILIDADE E REQUISITOS DE USO  
NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Aprovada em: 14 de Junho de 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

Valdeci Feliciano Gomes

Prof. Ms. Valdeci Feliciano Gomes

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)

Renata Maria Brasileiro Sobral

Profa. Ms. Renata Maria Brasileiro Sobral

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)

Bruno César Cadé

Prof. Esp. Bruno César Cadé  
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Dedico aos meus pais!

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele.

Aos meus pais e a minha família que me apoiaram nos momentos de dificuldades e a meus amigos pelo carinho e paciência na caminhada para conclusão deste trabalho.

Do fundo do coração, sou grato aos meus pais, que me propiciaram uma vida digna onde eu pudesse crescer, acreditando que tudo é possível, desde que sejamos honestos, íntegros de caráter e tendo a convicção de que desistir nunca seja a ação continua, que sonhar e concretizar os só depende de nossa vontade, e ao nosso mestre que nos orientar para nossa vida.

Muito Obrigada!

*“Amo ao Senhor porquê ele ouve as  
nossas súplicas,  
Por isso estamos alegres.”*

Salmos 116.1

## Resumo

Muito embora existam diferenças inegáveis nos diferentes pilares que sustentam os ramos do Direito, sendo basilar os procedimentos processuais do direito penal e civil, ambos tratam de forma primordial o aspecto comum que existe na essência do decurso processual, que diz respeito a permeabilidade e alcance do direito material pretendido. Neste viés, o instituto da Prova Emprestada, se mostra bastante útil ao direito formal. Atendendo aos requisitos legalmente dispostos, a prova emprestada exigirá legitimidade em todo o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que as garantias observadas em seus vários ramos venham a ser diferentes, sabendo que quanto mais complexa, mais se aproximará a prova criminal, norteadas pelo direito penal. Neste viés, o objetivo da pesquisa tem cunho explicativo e exploratório, possuindo sua natureza básica e método bibliográfico, propondo uma análise do uso da prova emprestada, e buscando entender os requisitos a ela imposta como condição de validade processual, principalmente dentro do processo penal brasileiro.

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

## **Abstract**

Although there are undeniable differences in the different pillars that sustain the branches of law, being basic procedural procedures of criminal and civil law, both deal with primordial form the common aspect that exists in the essence of the course of procedure respect the permeability and scope of substantive law. This bias, the Test Institute borrowed, shown very useful formal law. In view of the requirements legally arranged, the proof will require legitimacy throughout the loaned Brazilian legal system, although the observed guarantees in its various branches will be different, knowing that the more complex, more if approach to criminal evidence, guided by criminal law.

**Keywords:** Proof. Criminal Law. Criminal Process.

## Resumen

Aunque hay diferencias definidas en los diferentes pilares que sostienen a las ramas del derecho, siendo los procedimientos procesales básicos de derecho penal y civil, tanto ocuparse de forma primordial el aspecto común que existe en la esencia del curso del procedimiento, que refiere a la permeabilidad y el alcance del derecho sustantivo. En vista de los requisitos legalmente dispuestos, la prueba requiere legitimidad en todo el sistema legal brasileño, aunque las garantías observadas en sus diversas ramas será diferentes, sabiendo que cuanto más compleja, más acercan a prueba Penal, guiado por la ley penal. Este sesgo, la investigación propone el análisis del uso de la evidencia y tratará de entender los requisitos que impuso como condición de validez, principalmente en el proceso penal. This bias, the research proposes the analysis of the use of evidence and will seek to understand the requirements she imposed as a condition of validity, mainly within the criminal proceedings. The goal of the research is explanatory and exploratory nature, possessing the basic nature and your bibliographic method.

**Palabras clave:** Prueba. Derecho Penal. Proceso Penal. .

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>10</b> |
| <b>CAPÍTULO 1</b>  |           |
| <b>1. DA PROVA EMPRESTADA .....</b>  | <b>13</b> |
| 1.1 CONCEITOS E NATUREZA DA PROVA EMPRESTADA .....                                   | 13        |
| 1.2 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA .....   | 16        |
| <b>CAPÍTULO 2</b>  |           |
| <b>2. TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA .....</b>                                 | <b>20</b> |
| 2.1 CONCEITO E HISTORICIDADE DA TEORIA E SEUS<br>DESDOBRAMENTOS <sup>21</sup>        |           |
| 2.2 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ATUAL .....  | 24        |
| <b>CAPÍTULO 3</b>  |           |
| <b>3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO<br/>PENAL E CÍVEL .....</b> | <b>27</b> |
| 3.1 DO ÔNUS DA PROVA CRIMINAL E CÍVEL.....   | 27        |
| 3.2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....   | 29        |
| 3.3 VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....                                      | 31        |
| 3.4 DESENTRANHAMENTO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO .....                              | 31        |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>   | <b>33</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>36</b> |

## INTRODUÇÃO

Muito embora existam diferenças inegáveis nos diferentes pilares que sustentam os ramos do Direito, sendo basilar os procedimentos processuais do direito penal e civil, ambos tratam de forma primordial o aspecto comum que existe na essência do decurso processual, que diz respeito a permeabilidade e alcance do direito material pretendido.

Atendendo aos requisitos legalmente dispostos, a prova exigirá legitimidade em todo o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que as garantias observadas em seus vários ramos venham a ser diferentes, sabendo que quanto mais complexa, mais se aproximará da prova criminal, norteadas pelo direito penal.

Neste viés, a pesquisa propõe a análise do uso da prova emprestada, e buscará entender os requisitos a ela imposta como condição de validade processual, principalmente dentro do processo penal brasileiro.

O método utilizado na pesquisa foi dedutivo, uma vez que analisará publicações, doutrina e a letra da lei. Com isso, “Parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusão de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica” (GIL, 2011, p. 09).

A natureza será básica quanto a sua técnica, por se desenvolver em meio a material bibliográfico, jurisprudências de tribunais superiores como o STF e STJ, lei específica e teses sobre o tema já publicados.

A abordagem será qualitativa, não propondo soluções, por motivos de não ser a presente pesquisa numérica ou quantificada, e sim, uma busca pela compreensão e esclarecimento ao leitor sobre a obrigação dos requisitos necessários à admissibilidade da prova emprestada, analisando o texto da lei vigente.

Também será levado em consideração a Teoria do Fruto da Árvore Envenenada, seu conceito, historicidade, de que maneira foi captado pelo Direito Penal e como refletiu nas políticas públicas, e efetividade nos vários ramos do direito.

Com isso, o objetivo da pesquisa tem cunho explicativo e exploratório, como explica Antonio Carlos Gil da seguinte forma:

As pesquisas exploratórias têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores. (GIL, 2008, p. 27)

São aquelas pesquisas que têm como preocupação central os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Este é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas. (GIL, 2008, p. 28)

Os procedimentos técnicos utilizados serão de uma pesquisa teórica, que se baseará em pesquisa documental e bibliográfica, se desdobrando inicialmente com foco na pesquisa documental, visto que o tema requer uma análise rica do texto da lei, vindo em seguida a necessidade do conhecimento doutrinário e de teses publicadas no Brasil e no exterior, servindo de base para comparação de direitos, de forma que auxilie a interpretação teleológica do instituto atual.

Os estudos exploratórios estarão voltados à área de Direito Penal e Processo Penal, adentrando ainda à seara do Direito Civil, por entender serem estes os norteadores de todo o ordenamento jurídico brasileiro de maneira subsidiária. Serão utilizados livros, buscas eletrônicas e artigos científicos que tratem sobre o tema proposto.

Sendo assim, esclarece ainda Antonio Carlos Gil que:

A pesquisa documental assemelha-se muito à pesquisa bibliográfica. A única diferença entre ambas está na natureza das fontes. Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa. (GIL, 2008, p. 51)

A presente pesquisa estará dividida em três capítulos, onde no primeiro serão apresentados dados introdutórios, históricos e legais sobre a prova, e sua fundamentação jurídica legal, doutrinária e jurisprudencial, assim como a importante atenção a ser dada ao Princípio Constitucional do Direito ao Contraditório, mais à frente aprofundado no capítulo terceiro da pesquisa. Neste capítulo também será exibida a exigência do ônus da prova, e os cabimentos arbitrários concedidos taxativamente ao magistrado do caso concreto, dependendo do ramo do direito.

No capítulo dois serão esmiuçadas, com cunho analítico, a Teoria do Fruto da Árvore Envenenada, e os desdobramentos dessa teoria no âmbito jurídico. Será cabível breve, mas concreto apontamento das principais decisões judiciais, base para a atual jurisprudência brasileira.

No terceiro e último capítulo, a pesquisa tratará a forma procedimental do uso da prova emprestada nos principais ramos do direito, assim como a comparação do ordenamento jurídico pátrio com o internacional mais relevantes atualmente para o processo penal.

## 1 DA PROVA EMPRESTADA

### 1.1 CONCEITOS E NATUREZA DA PROVA EMPRESTADA

A prova emprestada nada mais é a utilização probatória produzida em um processo em que a parte envolvida sejam as mesmas ou não, onde a função imediata e principal é a economia processual, e a duração razoável do processo.

A busca para evitar a repetição da reprodução da prova, o desperdício de tempo e recursos materiais, tornam a prova emprestada um meio eficiente de evolução dentro do processo.

O Princípio da Economia Processual busca proporcional de fato a economia no meio judicial que seria exigido e dispendido para atender a solicitação probatória naquele processo, tornando célere, econômico e de total interesse as partes o bom caminhar das etapas, dos procedimentos dentro do processo, respeitando obviamente as exigências legais para o aceite da prova que venha a ser emprestada, por ter sua origem em um outro processo no qual figure a parte interessada.

Neste viés, arguiu Fred Didier ao citar:

Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é **trasladada para outro processo** sob a forma documental. (grifo nosso, DIDIER, 2013, P. 52)

Exemplo disto poderia ser usado em uma certidão de nascimento onde sua legitimidade venha a ser questionada pois se diz respeito a um processo de inventário. Neste processo, por determinação judicial que atendeu o pedido de um dos herdeiros para que fosse periciado tal documento, veio em seguida a confirmação de sua validade através de laudo técnico realizado no IPC.

Em paralelo, mesmo indivíduo figurando como sujeito passivo em processo criminal e que busca como meio probatório a avaliação do mesmo documento, qual seja a certidão de nascimento apresentada no DETRAN quando da solicitação de Habilitação para Dirigir.

Sabendo o advogado do réu que já existia em um outro processo um laudo técnico que confirma ser o documento verdadeiro, será muito bem-vindo ao

processo o empréstimo desta prova pois proporcionará não só celeridade, quanto economia de recursos materiais dentro do processo.

Existem situações em que uma nova reprodução de prova se torna impossível, tornando assim o empréstimo da prova já colhida em outro processo, não só um a questão de celeridade ou economia, mas teria essa a conotação de direito a própria prova, só ser esta única e indispensável ao processo, totalmente ligada a ampla defesa e ao acesso à jurisdição, levantando o entendimento de que ou permite-se o traslado ou impede, priva-se a parte de provar sua razão.

Em harmonia de entendimento, Daniel Assumpção afirma:

A utilização de prova já produzida em outro processo responde aos anseios de economia processual, dispensando a produção de prova já existente, e também da busca da verdade possível, em especial quando é impossível produzir novamente a prova. (NEVES, 2013, p. 430).

Importante atentar que quando a prova emprestada vier a ser utilizada em um processo criminal com competência cabível no Tribunal do Júri, que tutelam crimes dolosos contra a vida, caberá sua valoração aos jurados.

Isso por ser a prova emprestada inserida no processo com outra roupagem, ou seja, a natureza da prova emprestada muda, dependendo da produção de sua origem em processo original.

Assim teremos o valor probatório diferente do original, no momento em que esta prova for trasladada, passando este a ser puramente documental, ainda que não exista hierarquia entre as provas.

Em situações em que em um processo original for produzido através de perícia um laudo, as declarações em esfera judicial de alguma testemunha arrolada; esta prova emprestada será recepcionada no feito como prova documental, e não pericial ou testemunhal.

Válido lembrar que todas as informações produzidas dentro do inquérito policial possuem natureza de elementos informativos, e não de prova.

Só após o deferimento por parte do juiz competente, em relação a denúncia apresentada pelo titular da ação, é que esses elementos passam a possuir natureza probatória, seguindo o procedimento processual, quando em contra ponto é aberto o momento adequado à outra parte de refutar tal prova no seu exercício do direito à ampla defesa e contraditório.

Neste liame, a prova emprestada exige o traslado entre processos, e não quando esta for produzida apenas em fase de inquérito policial, pois este não admite o exercício do contraditório, cabendo exceção apenas àquelas provas impossíveis de serem reproduzidas posteriormente por motivos diversos, como exemplo, pela decurso do tempo, sendo assim o contraditório postergado em cabível fase processual.

No que diz respeito a figuração das mesmas partes no processo ao qual a prova emprestada será trasladada, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona sobre o tema que se mostrava repetitivo, no informativo 543, arguindo que “é admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada”.

E continua em sua explanação sobre o tema, nas palavras do relator do julgado, harmonizando judicialmente matéria que versa sobre prova emprestada com partes diferentes nos processos, e mesmo que esteja ensejada tal decisão em esfera de processo civil, em nada obsta tal entendimento em seara criminal.

Assim segue a decisão com redação:

[...] A grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo. Igualmente, a economia processual decorrente da utilização da prova emprestada importa em incremento de eficiência, na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo, inserida na CF pela EC 45/2004. Assim, é recomendável que a prova emprestada seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. **Porém, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade sem justificativa razoável para isso.** Assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, o empréstimo será válido. (grifo nosso, EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014).

Neste viés, são elencados requisitos fundamentais no que se diz respeito a prova emprestando, sendo a duração razoável do processo um desses requisitos, em consonância com a economia e celeridade processual.

O informativo supracitado, e que convenientemente será repetido em tópico posterior nesta pesquisa, elenca objetivamente o conceito, e requisitos necessários para a utilização da prova emprestada, sendo apontados estes como:

- Celeridade processual, com fulcro na duração razoável do processo.
- Economia processual ao evitar reprodução da mesma prova.
- Eficiência processual ao apresentar valor probatório no feito.
- Garantia da ampla defesa e contraditório no processo.
- Expansão do uso da prova emprestada em processo em que figurem partes diferentes.

## 1.2 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

No atual ordenamento jurídico brasileiro, em harmonia com o disposto em outros países, a prova emprestada encontra larga aceitação processual, visto seu caráter de economia processual, celeridade quanto a razoável duração do processo e garantia do sentimento de justiça.

Sabe-se que quando uma lide desrespeita o tempo razoável de duração, gera na sociedade e também no indivíduo a sensação de impunidade e falta de efetivação das normas. Perde assim a pretensão do estado em atuar como gerador de limites de ilícitos, fiscalizador e garantidor da paz social.

Os princípios constitucionais oriundos do Devido Processo Legal são:

- Ampla Defesa e Contraditório
- Duração razoável do processo
- Economia processual

Neste liame, encontra-se respaldo para a prova emprestada tanto nas normas legais, quanto na jurisprudência em todas as cortes do país, como também no seio da melhor doutrina, como muito bem expõe o doutrinador Daniel Assumpção Neves:

A utilização de prova já produzida em outro processo responde aos anseios de economia processual, dispensando a produção de prova já existente, e também da busca da verdade possível, em especial quando é impossível produzir novamente a prova. (NEVES, 2013, p. 430).

Em total concordância, vejamos ainda o que diz o conceituado doutrinador Fredie Didier, levando em grande conta a contribuição histórica e digna de louvor deste estudioso dos Direito Civil material e formal, na elaboração da redação do atual Código de Processo civil Brasileiro:

“Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é **trasladada para outro processo** sob a forma documental.” (DIDIER, 2013, p. 52).

A garantia processual ao réu em paridade de armas, em que este pode vir em momento oportuno questionar a veracidade da prova, sendo ela em processo original, como também trasladada de forma emprestada para outro processo, atendendo seu cabimento pelo juiz da causa, tem como resposta o desentranhamento desta prova dentro do processo, anulando seus efeitos no pleito daquele direito pretendido pelo autor.

Sobre este procedimento, o Código Penal dispõe:

**Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

**§ 1º** São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

**§ 2º** Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

**§ 3º** Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Em tópico subsequente teremos uma melhor abordagem das consequências de uma prova ilegal e seu entendimento doutrinário em teorias como “O Fruto da

Árvore Envenenada”, que em outras capitulações também é chamada de Teoria da Prova Ilícita por derivação, como a literalidade do nome já diz.

A jurisprudência em comum entendimento com o texto legal na seara do direito processual penal, atenta para a ilicitude de provas, e no capítulo três da presente pesquisa o tema será melhor abordado, bastando no momento a análise do informativo 543, que se apresenta como norteador e estimulador do uso da prova emprestada.

Vejamos a ementa da citada e importante decisão, em sede de recurso especial:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PROVA EMPRESTADA ENTRE PROCESSOS COM PARTES DIFERENTES.

**É admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada.** A grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo. Igualmente, a economia processual decorrente da utilização da prova emprestada importa em incremento de eficiência, na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo, inserida na CF pela EC 45/2004. Assim, é recomendável que a prova emprestada seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. Porém, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade sem justificativa razoável para isso. Assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, o empréstimo será válido. (REsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 4/6/2014).

No informativo 543 do Supremo Tribunal de Justiça, com jurisprudência importante para o tema, e assim se tornando precedente para decisões de outros tribunais, temos a redação proferida pela ministra e relatora do recurso especial, Nancy Andrichi.

Esta decisão aborda o instituto da prova emprestada em várias nuances, expondo seu objetivo principal ao apontar princípios constitucionais, de processo civil e penal, se mostrando um norte para as decisões dos subseqüentes julgadores.

Tal decisão aborda ainda a importância para a atenção que o direito ao contraditório deve possuir quando utilizada a prova emprestada, e estimula o uso

desta dentro dos processos, ampliando inclusive a possibilidade de seu uso quando ainda as partes não forem atores em processo original.

## 2. TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA

### 2.1 CONCEITO E HISTORICIDADE DA TEORIA E SEUS DESDOBRAMENTOS

A Teoria do fruto da árvore envenenada está totalmente relacionada ao princípio constitucional do Devido Processo Legal, pois entende que todas as provas geradas dentro de um processo que tenham como origem um ato ilícito, contaminará e invalidará todas que sejam derivadas deste ato.

Ou seja, uma prova ilícita irá contaminar e tornar ilícita todas as outras que nela tenham sua origem.

Por exemplo, uma escuta telefônica que foi autorizada judicialmente, encerra no dia 20 de abril de 2019, às 20h. Porém, a operadora de telefonia, por motivos técnicos continua fornecendo acesso ao departamento policial por alguns minutos a mais, e acontece que a prova esperada pelos investigadores acontece numa chamada telefônica às 22h do dia 22 de abril de 2019.

Neste caso, a prova será considerada ilícita por não possuir respaldo em sua autorização judicial, e não deve ter valor probatório dentro do processo.

Outro exemplo mais amplo é quando um indivíduo é preso, em ato suspeito do cometimento de um crime, e sob tortura, este indivíduo confessa ter cometido o crime do qual está sendo acusado.

Assim, devido a tortura ser considerado ato ilícito, inclusive tem ensejo especial em legislação específica, não só a confissão será considerada nula, como também todas as outras informações ou provas geradas a partir deste ato de tortura.

Sendo assim, as provas são consideradas ilícitas por derivação, sendo totalmente compreensível esta determinação.

Ora, se a origem da coleta da prova não tem cunho lícito, não for legítima, tudo o que dela se aproveitar, dos os desdobramentos e consequências dessa prova, também será ilícita por derivação dentro de um senso lógico, no momento em que esta prova não seja possível ser colhida de outra forma.

Se fosse admitida, estaria desrespeitando uma premissa encontrada no texto de nossa Constituição Federal de 1988.

Discorrendo sobre o tema, o ministro e relator de um julgado, Celso de Melo, em voz própria na Suprema Corte, arguiu que:

Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos [...] (STF – RHC: 90376 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/04/2007, Segunda Turma, data de publicação: Dje- 018 DIVULG 17-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL -02276-02 PP003221 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n 136, 2007, p 145-147)

A acusação deverá utilizar outras provas para que possa ser possível a atribuição da autoria daquele crime.

As provas serão consideradas ilegais ou ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, nas situações a seguintes:

- A prova ilícita agride direito material, quando bate de frente e em desarmonia com a Constituição Federal de 1988 e com o Código Penal Brasileiro.
- As provas ilegítimas agredem normas do Código de processo Penal, quando existir as ilegalidades dentro do processo.

Exemplo disso é quando acontecer o que está disposto no art 479, caput, CPP que diz que “ Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.”

Assim, qualquer prova apresentada dentro deste prazo para que o direito ao contraditório da outra parte possa tomar conhecimento dela e exercer seu direito de contestação.

Tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas, serão inadmissíveis, sendo desentranhadas do processo, de acordo com o Código Processo Penal:

Art. 157. **São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas**, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (grifo nosso, art. 157, Código de Processo Penal)

Neste caso, percebe-se que no momento de legislar sobre o tema, a redação do texto legal deu tratamento igual as provas ilícitas e ilegítimas, no momento em que forem desentranhadas do processo.

Assim a diferença entre as provas ilegais, salva-se apenas em entendimento doutrinário, e não em texto legal, possuindo afinal mesmo destino que é a nulidade de seus efeitos o desentranhamento da prova no processo.

Mesma consequência acontecerá em caso de prova emprestada, que tenha sua nulidade declarada em processo de origem.

A pesquisa mostrará os efeitos e consequências da nulidade da prova emprestada no capítulo terceiro, sendo por hora esta informação resumida nesta fase de desenvolvimento da pesquisa.

O próprio vislumbre do nome da teoria já explica bem seu conceito original qual seja, a árvore estando envenenada, todos os seus frutos também estarão.

Esta teoria surgiu no Direito Penal dos Estados Unidos, no caso *Silverthorne Lumber & Co v. United States* de 1920, com a expressão “fruits of the poisonous tree” e influenciou a seara criminal no mundo inteiro.

No caso em comento, a Suprema corte Americana considerou como prova ilícita uma intimação de um acusado criminal, onde as informações de sua participação em um delito foram conseguidas através de uma busca ilegal direta. Neste caso, não seria admitida esta prova do envolvimento do acusado no processo, revogando a intimação do mesmo.

Embora tenha surgido em 1920, no caso *Silverthorne Lumber & Co v. United States*, só veio a ser colocada em prática, em âmbito jurídico, no caso *Nardone v. United States* de 1937, pela primeira vez, através do Min. Franckfurter.

Mesmo tendo sido tecida tal teoria no direito norte americano nas décadas de 1920 e 1930, foi de fato inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 2008, com a publicação da Lei 11.690/08.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal já utilizava tal teoria como fundamento de suas decisões, como mostra o RHC 90.376, julgado em 03 de abril de 2007:

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos sob pena de ofensa à garantia constitucional do "*due process of law*", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadas no plano do nosso sistema de direito positivo.

- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vexatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "*male captum, bene retentum*". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. (STF, RHC 90.376, julgado em 03 de abril de 2007)

A garantia do devido processo legal está respaldada em inúmeros textos constitucionais, sendo a exigência da licitude de uma prova, a maior garantia da legitimidade do processo e consistência na busca pela verdade real, e a segurança jurídica que o direito formal emprega, ao atender o direito material pretendido pelo postulador da causa.

## 2.2 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ATUAL

As provas emprestadas seguem o mesmo entendimento que as originadas no processo, do qual foram trasladadas, obedecendo, portanto, vários dispositivos legais no tocante a sua aceitação.

Nas palavras de Eugênio Pacelli, a referida teoria é conceituada da seguinte forma:

A teoria *The fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. (PACELLI, 2004)

Neste sentido Guilherme Madeira Dezem alega que a Teoria da Árvore Envenenada corresponde ao dizer que: “as provas ilícitas acabam por contaminar todas as demais provas que dela sejam consequências”.

Dentro da pesquisa em comento, de forma supracitada em seu texto legal, foi possível analisar no Código de Processo Penal, no art. 157, que quando uma prova for considerada ilícita, a mesma deve ser desentranhada do processo, e segue-se o feito como se a mesma jamais tivesse existido, cessando também seus efeitos.

Da mesma maneira se procede quando a prova emprestada tiver algum vício, tanto no processo de origem, quanto no qual está fora trasladada.

Abre a pesquisa para um importante parêntese, elencando a importância da necessidade da veracidade de uma prova, seja ela emprestada ou ainda originada do processo, quanto ao respeito a dignidade da pessoa humana nas palavras do consagrado SHAKESPEARE:

Que a boa fama, para o homem, senhor, como para a mulher, é jóia de maior valor que possui. Quem furta minha bolsa me desfalca de um pouco de dinheiro. É alguma coisa e é nada. Assim, como era meu, passa a ser de outro, após ter mil outros. Mas o que me subtrai o meu bom nome defrauda-me de um bem que a ele não enriquece e a mim me torna totalmente pobre. (SHAKESPEARE, 2001, p. 34)

A jurisprudência, segue o fluxo de suas decisões reafirmando este entendimento em várias cortes, no que se mostra cabível o apontamento de algumas dessas decisões:

[...] ILICITUDE DA PROVA. INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER). INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A *Exclusionary Rule* consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. [...] A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ('FRUITS OF THE POISONOUS TREE'): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação [...] (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Jurisprudência Comparada (A Experiência da Suprema Corte Americana): Casos 'Silverthorne Lumber CO. V. United States (1920); Segura V. United States (1984); NIX V. Williams (1984); Murray V. United States (1988)' (HC 93050, Relatado pelo Min. Celso de Mello).

Com esta sequência considerável de decisões, o Supremo Tribunal Federal vem mantendo entendimento da reprovabilidade processual quanto a admissão de provas ilícitas no feito, por serem estas consideradas afronta a princípios constitucionais que buscam zelar pelo devido processo legal, com paridade de armas, onde a busca pela verdade é tão almejada, e se mostra indispensável à garantia de um estado democrático de direito.

### 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL E CÍVEL

#### 3.1 DO ÔNUS DA PROVA CRIMINAL E CÍVEL

Sobre o ônus da prova, temos uma decisão jurisprudencial proferida em recurso apresentado ao Superior Tribunal de Justiça, que traz a seguinte redação:

[...] A prova emprestada, quando suficiente para convencer o julgador, não demanda a concorrência de outras provas para fundamentar a decisão. - Cabe ao juiz definir quais as provas necessárias para a formação do seu convencimento, por ser ele o destinatário da prova. - Para o credor ter de volta todos os valores, deveria comprovar a fraude praticada em cada uma das notas fiscais apresentadas, e não o fazendo não se podendo presumir ou deduzir que todo o recebido de reembolso seja decorrente de fraude, devendo a restituição se ater somente as quantias comprovadamente recebidas mediante fraude. - O valor do débito deve ser apurado em liquidação de sentença quando ainda não se apresenta líquido. - O devedor não produziu qualquer prova capaz de afastar aquelas produzidas em ação anulatória, o que é suficiente para sua condenação na restituição do que auferiu de reembolso de forma ilícita. - **Cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e ao requerido a existência de fato impeditivo, modificativo ou extinto do direito do autor, nos termos do art. 333, I e II, do Código de Processo Civil.** - [...] (grifo nosso, STJ - REsp: 1508548 DF 2014/0345842-0, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Publicação: DJ 12/04/2018).

O Recurso especial acima resumido na parte principal, que trata sobre a incumbência do ônus da prova emprestada, atenta ao já disposto no próprio Código de Processo Civil de 2015, o qual mantém o entendimento legal anterior, apontando caber ao autor da causa o dever de provar o direito pretendido, assim como o dever e direito do réu em provar causas de impedimento desse direito, objeto de apreciação no processo.

No *caput* do art. 7º do CPC, diz que:

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (art. 7º, CPC).

Todavia, tal incumbência inicial pode ser alterada ao ser analisado o caso concreto pelo juiz da causa, atentando sempre para a hipossuficiência de alguma das partes, e assim, redirecionando a obrigação probatória dentro do processo.

Neste viés, importante verificar a letra da lei que diz:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo. (art. 373, Código de Processo Civil).

Ora, no processo penal também consta no seio da seara criminal o apontamento legal no Código de Processo Penal ao afirmar que:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Art. 156, inciso I e II, Lei 3.689/41).

Tendo por base que todo o direito formal, no que se dispõe em suas normas processuais, é regido subsidiariamente e em harmonia com os Códigos de Processo Civil e Penal, atentando ainda não fugir do foco da presente pesquisa, basta frisar a disposição legal e jurisprudencial dessas duas cartas para fincar o entendimento de que o ônus da prova cabe tanto na prova original quanto na emprestada, ao autor da causa.

Dentro do processo em que uma prova for trasladada de outro pelo seu viés de empréstimo, e agora com sua natureza documental, não importando anteriormente se tratar de um testemunho ou perícia, será esta objeto de contestação no atual processo, atendendo ao princípio constitucional da ampla defesa e contraditório, sem nenhuma novidade processual, garantindo o devido processo legal, e paridade de armas às partes.

### 3.2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Devido Processo Legal é um princípio não só encontrado em nossa Carta Magna, mas se mostra um supremo princípio universal, visto que encontra raízes diretamente nos princípios fundamentais, arduamente defendidos e conquistados em um país democrático.

Assim é o que diz CANOTILHO:

[...] a idéia de due process jurisdicional que, como se viu, esteve na origem da sedimentação da 'justiça processual e procedimental', é hoje agitada a propósito da conformação justa e adequada do 'direito à tutela jurisdicional. (CANOTILHO, 1998, p.451).

A disposição deste princípio está incutida em todo ordenamento jurídico dos povos cultos e zelosos pelos direitos humanos, por um estado onde a democracia se reflete nos valores sociais e estão expressos nas leis sob as quais se encontram regidos, e esperados em suas relações internacionais.

Este aspecto de correspondência e respeito aos direitos humanos, em respeito e harmonia a dignidade da pessoa humana, não é negociável, em uma era cada vez mais globalizada, unificada em seus propósitos sociais.

Sobre este princípio, encontramos guardada na Constituição Federal de 1988, no Art. 5º, inciso LIV, ao afirmar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A CF afirma legitimamente que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade, dignidade ou propriedade fora do devido processo legal, onde esses direitos constitucionais lhes são garantidos.

Este princípio frutifica em outros, que diz respeito ao:

- Princípio da publicidade dos atos processuais
- Princípio da Ampla defesa e do Contraditório
- Princípio do juiz natural
- Procedimento Regular

Em análise do que dispõe a melhor doutrina sobre estes princípios constitucionais, temos:

Orienta-se o processo civil igualmente por outro grande princípio, o *due process of law*, de origem anglosaxônica, introduzido em texto legal pela primeira vez no art. 39, da Magna Charta Libertarum, de 1215, por João Sem Terra, onde inicialmente foi rotulada a expressão como *law of the land*, verbis: 'No freeman shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, except by the legal judgment of his peers or by the law of the land'.

[...]

Como garantia processual, tem ele sido focalizado como síntese de três princípios fundamentais, a saber, do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular.

O princípio do juiz natural reclama julgador constitucionalmente investido na função, competente para o litígio e imparcial na condução e decisão da causa.

O princípio do contraditório enraíza-se na garantia constitucional da igualdade substancial, um dos fundamentos da democracia e um dos direitos essenciais do ser humano.

O procedimento regular, por seu turno, contempla a observância das normas e da sistemática previamente estabelecida como garantia das partes no processo. (TEIXEIRA, 1989, p. 79-84)

Sobre este último, no Procedimento Regular, reencontramos a incidência dos reflexos dos Frutos da Árvore Envenenada.

Sendo estas provas ilícitas, contendo vícios materiais, processuais ou ainda em desconformidade com os princípios elencados em nossa constituição, estarão estas provas sujeitas ao desentranhamento do processo, onde em sua utilização através de empréstimo, também herdarão seu caráter de ilicitude, por derivação.

Isto ocorrerá mesmo que em momento de instrução oportuna dentro do processo, venha o contraditório se manifestar com valor probatório diferente.

### 3.3 VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Discorrendo sobre o processo, em sua obra, afirma CALAMANDREI:

O órgão jurisdicional não se movimenta por si, se não há algum que requeira ou estimule; e o pronunciamento da sentença ou a posta em prática da execução forçada imediatamente à petição, senão que, antes de que aquele fim seja alcançado, é necessário que cumpram numerosos atos que se sucedem num período de tempo mais ou menos longo, o conjunto dos quais, considerados como uma unidade em vista do fim que os reúne, constitui, empiricamente, o processo em sentido judicial (CALAMANDREI, 1999, p. 254).

Em consonância encontramos guarida na legislação processual cível:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. (Art. 332, Código de Processo Civil).

### 3.4 DESENTRANHAMENTO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO

A prova é considerada ilícita, quando nesta se encontra algum tipo de vício, e deve ser descartada, desentranhada do processo, tanto no processo original, lembrando que, da mesma forma acontece com aquele para o qual fora trasladado, em se tratando de prova emprestada, cessando seus efeitos e considerada como se nunca tivesse sido juntada aos autos.

A doutrina costuma classificar como ilícitas as provas obtidas com violação de normas de direito material e de direito constitucional, tais como provas obtidas com violação de domicílio, violação de correspondência, mediante tortura física ou psicológica etc.; e ilegítimas, que são aquelas que foram produzidas como inobservância de normas de direito processual, tais como provas produzidas por autoridade suspeita, impedida ou incompetente, oitiva de testemunha sem compromissá-la, confissão obtida em interrogatório sem a presença de defensor, oitiva de incapaz sem a presença de curador etc. (PINTO, 2000, p. 7).

Após ser considerada ilícita, o postulador da causa, juntando sua exposição aos autos do processo, deve peticionar ao magistrado da causa, em favor do

deferimento de seu pedido, no momento em que lhes for possibilitado o direito ao contraditório, em paridade de armas.

Pode ainda o juiz da causa, de ofício, justificadamente, decidir pela ilicitude da prova, e assim a desclassificar como aceita no processo, desentranhando-a como diz o disposto em lei no art. 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Art. 157, Código de Processo Penal)

Dessa maneira, entendendo o que está disposto no supracitado artigo, sendo inadmissíveis as provas ilícitas, tanto aquelas utilizadas no processo original, quanto em seu traslado sendo a prova emprestada, por ferir a pretensão de busca pela verdade no presente processo.

Entendendo o texto legal, ainda podem ser consideradas provas lícitas e admissíveis em seu valor probatório, aquelas que se evidenciem como possíveis de colhimento por meio independente das ilícitas originais.

Assim, se uma informação for obtida no momento do colhimento de uma norma que venha a ferir norma material ou princípio constitucional, como por exemplo em meio a uma tortura, mas esta seja possível através de outro meio viável, e lícito, será considerada como válida.

O parágrafo segundo do art. 157, CP, expõe tal explicação de forma cristalina quanto a estas orientações.

Outro exemplo clássico, é a informação colhida através de um grampo telefônico ilegal, e juntada aos autos do processo, mas em seguida confirmada em depoimento de uma testemunha, ou em um laudo pericial.

Um exemplo seria: a Delegacia de Crimes contra a Infância e Juventude de um determinado município, investigando um crime de estupro contra vulnerável, onde em uma escuta considerada legalmente clandestina (por ter expirado o tempo de sua autorização judicial), o pai da vítima confessa a um terceiro ter cometido o crime em comento.

Feita a Denúncia pelo Ministério Público pela Promotoria de Defesa da Infância na qual tramita o feito, esta percebe tal prova considerada ilícita no momento processual da Resposta Escrita do acusado.

Posterior ao fato, em resultado de laudo pericial entregue pelo Instituto de Perícia Criminal, fica confirmado que o material genético colhido do pai da vítima em sede de investigação criminal, comparado com o que fora colhido pela vítima, era de fato do autor daquele crime.

Assim, a prova se mantém robusta e válida nos autos do processo, vindo a ser possível sua utilização como prova emprestada em outro processo, ainda que não envolvam diretamente as partes, como vem sendo mantido o entendimento jurisprudencial, com natureza documental, perdendo sua natureza de prova pericial, mas sendo irrelevante para o feito, visto que não existe hierarquia de provas.

Obviamente que, no processo para o qual a prova fora trasladada, será passível de contestação no momento oportuno do processo, como já foi visto, em razão do respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e contraditório, sendo inclusive uma importante preocupação dentro do processo penal, já que este alcança a tutela de bens considerados mais gravosos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova emprestada se mostra muito importante dentro do processo, visto que sua utilidade busca proporcionar celeridade e economia processual, assim como atender a razoável duração do processo para que de fato se garanta o sentimento de satisfação na realização de justiça, pleiteada pelo indivíduo, e concretizado por parte do Estado, já que uma justiça tardia, muitas vezes nega ao que está pleiteando um direito de se sentir satisfeito quanto aquela demanda.

Considera-se ainda que existem situações em que uma nova reprodução de prova se torna impossível, tornando assim o empréstimo da prova já colhida em outro processo, não só um a questão de celeridade ou economia, mas teria essa a conotação de direito a própria prova, só ser esta única e indispensável ao processo, totalmente ligada a ampla defesa e ao acesso à jurisdição, levantando o entendimento de que ou permite-se o traslado ou impede, priva-se a parte de provar sua razão.

A prova emprestada exige o traslado entre processos, e não quando esta for produzida apenas em fase de inquérito policial, pois este não admite o exercício do contraditório, cabendo exceção apenas àquelas provas impossíveis de serem reproduzidas posteriormente por motivos diversos, como exemplo, pela decurso do tempo, sendo assim o contraditório postergado em cabível fase processual.

No informativo 543 do Supremo Tribunal de Justiça, com jurisprudência importante para o tema, e assim se tornando precedente para decisões de outros tribunais, temos a redação proferida pela ministra e relatora do recurso especial, Nancy Andrichi, onde foi visto na pesquisa que esta decisão aborda o instituto da prova emprestada em várias nuances, expondo seu objetivo principal ao apontar princípios constitucionais, de processo civil e penal, se mostrando um norte para as decisões dos subsequentes julgadores.

Tal decisão aponta ainda a importância para a atenção que o direito ao contraditório deve possuir quando utilizada a prova emprestada, e estimula o uso desta dentro dos processos, ampliando inclusive a possibilidade de seu uso quando ainda as partes não forem atores em processo original.

A garantia do devido processo legal está respaldada em inúmeros textos constitucionais, sendo a exigência da licitude de uma prova, a maior garantia da legitimidade do processo e consistência na busca pela verdade real, e a segurança

jurídica que o direito formal emprega, ao atender o direito material pretendido pelo postulador da causa.

Dentro da pesquisa em comento, de forma supracitada em seu texto legal, foi possível analisar no Código de Processo Penal, no art. 157, que quando uma prova for considerada ilícita, a mesma deve ser desentranhada do processo, e segue-se o feito como se a mesma jamais tivesse existido, cessando também seus efeitos.

Da mesma maneira se procede quando a prova emprestada tiver algum vício, tanto no processo de origem, quanto para o qual fora trasladada.

Uma sequência inabalável de decisões das cortes superiores reafirmam a importância no estímulo e uso da prova emprestada dentro do processo, e com esta sequência considerável de decisões, o Supremo Tribunal Federal vem mantendo entendimento da reprovabilidade processual quanto a admissão de provas ilícitas no feito, por serem estas consideradas afronta a princípios constitucionais que buscam zelar pelo devido processo legal, com paridade de armas, onde a busca pela verdade é tão almejada, e se mostra indispensável à garantia de um estado democrático de direito.

A prova é considerada ilícita, quando nesta se encontra algum tipo de vício, e deve ser descartada, desentranhada do processo, tanto no processo original, lembrando que, da mesma forma acontece com aquele para o qual fora trasladado, em se tratando de prova emprestada, cessando seus efeitos e considerada como se nunca tivesse sido juntada aos autos.

O Devido Processo Legal é um princípio não só encontrado em nossa Carta Magna, mas se mostra um supremo princípio universal, visto que encontra raízes diretamente nos princípios fundamentais, arduamente defendidos e conquistados em um país democrático.

A grande preocupação por parte dos votos dos magistrados quanto a garantir o contraditório à parte do processo que esteja em polo passivo, tem amplo fundamento, visto que aquela prova emprestada é recebida no processo atual para o qual ela foi trasladada com natureza documental, porém com mesmo valor probatório que qualquer outra prova que venha a constar nos autos do atual processo.

Portanto, será esta prova passível de contestação, em paridade de armas, garantindo assim ao acusado seu direito de defesa apontado no princípio constitucional da ampla defesa e contraditório, derivado diretamente do Devido

Processo Legal, apontado no art. 5º de nossa Carta Magna, que discorre sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, indispensáveis para a constituição de um Estado Democrático de Direito, sedimentado na Constituição Federal de 1988, a grande custo.

Por fim, resta claro que a prova emprestada não só encontra amplo respaldo no ordenamento jurídico brasileiro quanto a sua utilização, como também incentivo por parte da conclamada jurisprudência nas cortes superiores ao versar sobre o tema, não esquecendo das disposições legais quanto ao desentranhamento das provas quando estas se mostrarem ilícitas, e respeitando o direito da parte acusada em contradizer as provar trasladadas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 26 de março de 2019, às 20h32min.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Presidência da República, Casa Civil. Brasília, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Presidência da República, Casa Civil. Brasília, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Presidência da República, Casa Civil. Brasília, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 26 de maio de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Presidência da República, Casa Civil. Brasília, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 27 de maio de 2019.

BRASIL. EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-543-do-stj-2014,49511.html>. Acesso em: 20 de março de 2019.

CALAMANDREI, P. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookeseller, v. 1, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Alamedina, 1998.

CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, v. 1, 1998.

DEZEM, **Guilherme Madeira**. **Da Prova Penal**. 1ª edição. São Paulo: Millenium, 2008. P. 134.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1 e 2. 20ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2015.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil**, 29 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2001.

NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2013.

NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11ª ed. São Paulo: Editora Juspodvm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2015.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Inovações do Código de Processo Civil**, 1 ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

PAULA, Alexandre de. **Curso de Processo Civil Anotado**, 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986. V II.

PINTO, Ronaldo Batista. **Prova Penal Segundo a Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**, 3 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1991. V. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 6 ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1994.V. IV.

SHAKESPEARE, W. Othelo, **O Mouro de Veneza**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. 8. ed. São Paulo: Ediouro, 2001.

TÁVORA; Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2016.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O processo Civil na Nova Constituição**. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 53, p. 79-84, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Inovações do Código de Processo Civil**, 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

STF – RHC: 90376 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/04/2007, Segunda Turma, data de publicação: Dje- 018 DIVULG 17-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL -02276-02 PP003221 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n 136, 2007, p 145-147.