

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

MAILA DE AGOSTIN

**PROVA TESTEMUNHAL EMPRESTADA ENTRE PROCESSOS
CRIMINAIS QUE VERSAM SOBRE FATOS IDÊNTICOS: O CONFLITO
ENTRE OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO,
DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

MAILA DE AGOSTIN

**PROVA TESTEMUNHAL EMPRESTADA ENTRE PROCESSOS
CRIMINAIS QUE VERSAM SOBRE FATOS IDÊNTICOS: O CONFLITO
ENTRE OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO,
DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para
obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Marconi Borges Caldeira.

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011.

MAILA DE AGOSTIN

**PROVA TESTEMUNHAL EMPRESTADA ENTRE PROCESSOS
CRIMINAIS QUE VERSAM SOBRE FATOS IDÊNTICOS: O CONFLITO
ENTRE OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO,
DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Ciências Jurídicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 16 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marconi Borges Caldeira – Especialista - (UNESC) - Orientador

Prof. João de Mello – Especialista - (UNESC)

Prof. Anamara de Souza – Especialista - (UNESC)

Dedico este trabalho a todos os meus familiares, em especial meus pais Jander José de Agostin e Márcia Possamai de Agostin, como também meu irmão Gustavo de Agostin e meu namorado Anderson Maccari, sem os quais não poderia desfrutar deste momento único.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a toda a minha família, que conviveu comigo durante todo o período em que realizei este estudo e teve que suportar diversos momentos de estresse e impaciência que decorreram deste trabalho.

Em especial, agradeço aos meus avós paternos Lady de Agostin, já falecido, e Elza Mazzuco de Agostin, como também aos meus avós maternos Valdir Possamai e Claudete de Oliveira Possamai, todos essenciais na minha vida e grandes exemplos de pessoas a serem seguidas.

Também só tenho a agradecer aos meus pais e irmão, pelo amor e apoio que sempre me deram. Aos meus amigos, próximos e distantes, além de todos os meus colegas de trabalho do estabelecimento comercial Casa das Cores e do Fórum da Comarca de Urussanga.

Particularmente, aos meus amigos e colegas de curso, os quais estão ao meu lado neste momento de nervosismo e também de alívio pelo término de uma jornada e início de uma longa trajetória, que, tenho certeza, será de grandes realizações.

Cito ainda meu namorado Anderson Maccari, que sempre foi paciente e compreensivo comigo durante este período em que fiquei em função deste estudo.

Ademais, manifesto agradecimento a todos os professores desta Universidade que com certeza, de alguma forma, contribuíram com o engrandecimento de meus conhecimentos, especialmente a meu orientador Marconi Borges Caldeira. E por fim, não posso deixar de agradecer os Professores João de Mello e Anamara de Souza, respeitáveis ensinadores na área processual penal, por terem aceitado meu convite e se dispuseram a participar desta banca examinadora.

“Sábio é aquele que conhece os limites da própria ignorância.”

Sócrates.

RESUMO

O presente trabalho consiste em um estudo sobre a prova emprestada no processo penal, que atualmente é um assunto bastante discutido no ordenamento jurídico penal brasileiro. Especificamente, trata-se da hipótese de transportar a prova testemunhal colhida em um determinado processo para outro, desde que ambos versem sobre fatos idênticos. A prova emprestada geralmente é observada quando ocorre o denominado desmembramento do processo, principalmente nos casos em que há mais de um réu e os autos encontram-se em fases processuais diferentes, tendo como melhor exemplo explicitado no cotidiano quando um acusado é encontrado e citado, enquanto que o outro não é localizado e, portanto, encontra-se em local incerto e não sabido. Conseqüentemente, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público ou pelo querelante, que figuram no pólo ativo da presente demanda, são as mesmas. Assim, este tipo de prova consistiria em transladar os depoimentos prestados nos autos originais para um segundo processo. Porém, há entendimentos contrários quanto ao tema da prova emprestada. Existem doutrinadores que se posicionam no sentido de que a aplicação deste determinado tipo de prova estaria desrespeitando dois princípios constitucionais, quais sejam, da ampla defesa e do contraditório. Estes afirmam que no processo cindido teria que se realizar novamente toda a instrução processual, visto que o réu do segundo processo não fez uso de seus direitos garantidos através da Constituição Federal. Por outro lado, há autores com entendimentos diversos, defendendo que a prova emprestada poderia ser transferida de um processo para o outro em respeito aos princípios da celeridade e da economia processual, contudo, ela não poderia ter a mesma eficácia da prova produzida no processo originário e também não poderia servir unicamente para fundamentar uma condenação. Para tanto, a metodologia se deu através do método dedutivo, sendo a pesquisa realizada de forma teórica e qualitativa, utilizando-se de diversos materiais bibliográficos, como livros, artigos e sítios da internet. Assim, esta monografia visa analisar os princípios já citados, estudar a importância da prova, especialmente a testemunhal, e verificar as divergências existentes entre a aceitação da prova emprestada.

Palavras-chave: Prova Testemunhal. Prova Emprestada. Fatos Idênticos. Princípios Constitucionais. Conflito.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 9 |
| 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS | 10 |
| 2.1 Constituição e Princípios | 10 |
| 2.2 Diferenças entre Princípios e Regras | 12 |
| 2.3 Resolução de Conflitos Entre os Princípios | 14 |
| 2.4 Princípios Constitucionais Penais | 17 |
| 2.4.1 Princípio da Ampla Defesa | 17 |
| 2.4.2 Princípio do Contraditório | 19 |
| 2.4.3 Princípio da Celeridade Processual | 21 |
| 2.4.4 Princípio da Economia Processual | 24 |
| 3. PROVA PENAL E SUAS PECULIARIDADES | 26 |
| 3.1 Conceito de Prova | 26 |
| 3.2 Direito à Prova | 27 |
| 3.3 Finalidade da Prova | 28 |
| 3.4 Princípios da Prova | 30 |
| 3.5 Ônus da Prova | 31 |
| 3.6 Elementos da Prova | 33 |
| 3.7 Meios de Prova | 36 |
| 3.7.1 Da Prova Testemunhal | 37 |
| 3.7.1.1 Da Testemunha e seu Depoimento | 37 |
| 3.7.1.2 Das Classificações das Testemunhas | 39 |
| 3.7.1.3 Das Características das Testemunhas | 40 |
| 3.7.1.4 Da Produção da Prova Testemunhal | 42 |
| 4. PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL | 48 |
| 4.1 Conceito de Prova Empréstada | 48 |
| 4.2 Requisitos de Admissibilidade da Prova Empréstada | 49 |
| 4.3 Diferenças e Semelhanças com a Prova Empréstada no Âmbito Processual Civil | 51 |
| 4.4 Valoração da Prova Empréstada pelo Magistrado | 52 |
| 4.5 Eficácia da Prova Empréstada no Processo Penal para a Condenação do Acusado | 55 |
| 5. CONCLUSÃO | 67 |
| REFERÊNCIAS | 69 |

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como principal objetivo analisar a possibilidade de utilização da prova testemunhal emprestada entre processos criminais que versam sobre fatos idênticos, sob a ótica dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da celeridade processual, além do princípio da economia processual.

A prova emprestada se justificaria, ou não, na presente análise, quando ocorre a cisão, também chamada de desmembramento, do processo. Este procedimento é adotado, quase que exclusivamente, quando há mais de um réu nos mesmos autos e estes encontram-se em fases processuais distintas. O exemplo mais comum é quando um acusado é citado e apresenta a defesa prévia, enquanto que o outro está em local incerto e não sabido.

As testemunhas arroladas pela acusação, conseqüentemente, são as mesmas. A prova emprestada consistiria em utilizar estes depoimentos prestados nos autos de origem para fazer prova também no outro processo.

Há doutrinadores que criticam tal aplicação, fundamentando tal posição nos princípios da ampla defesa e do contraditório. Afirmam eles que o réu que teve seu processo cindido, assim, não estaria fazendo uso dos seus direitos garantidos pela Constituição Federal, já que ocorreu a oitiva da testemunha sem a sua presença.

Por outro lado, há estudiosos que acreditam que é possível transladar a prova anteriormente produzida para o processo cindido, porém esta não teria a mesma eficácia jurídica, tampouco poderia servir como única fundamentação para uma condenação. A presente monografia, portanto, visa analisar o tema em três etapas. Na primeira, tratar-se-á as regras e os princípios da Constituição Federal, dando-se ênfase aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da celeridade processual, além do princípio da economia processual. Na segunda, pretende-se estudar a importância da prova, especialmente a testemunhal, no processo criminal. Na terceira, será dedicada à denominada prova emprestada, verificando as divergências existentes entre a aceitação e eficácia da mesma.

Para tanto, a metodologia se deu através do método dedutivo, sendo a pesquisa realizada de forma teórica e qualitativa, utilizando-se de diversos materiais bibliográficos, como livros, artigos e sítios da internet.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Inicialmente, antes de analisar o ponto principal da monografia, a prova testemunhal emprestada no processo penal, faz-se necessário estudar os princípios constitucionais, enfatizando as suas características e a sua importância, além de destacar os mais relevantes para o presente estudo.

2.1 Constituição e Princípios

A Constituição Federal, como afirma Aquino e Nalini (2009, p. 46; 49):

[...] é fundamento de validade de toda a normatividade, pois, em relação às suas normas, todas as demais são inferiores [...] A Constituição é o primeiro parâmetro, a fonte inicial e fundante de todas as regras processuais. É fácil enfrentar a prolífica vocação legislativa brasileira se essa concepção estiver bem presente na consciência do intérprete. Pois, todas as normas incompatíveis com os ditames constitucionais, explícitos ou implícitos na constituição material, não chegam a produzir efeitos, não integram a realidade jurídica, menos ainda merecem cumprimento.

Inserida nela estão, principalmente, os direitos e as garantias reservadas a todos os cidadãos, que, geralmente, estão baseadas nos chamados princípios constitucionais.

Como define Cristóvam (2006, p. 69):

Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, representando normas constitucionais de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Estes, segundo o entendimento de Espíndola (1999, p. 50-52), devem ser analisados de duas maneiras diversas, sendo primeiramente como princípios positivos do Direito e, posteriormente, como princípios gerais do Direito.

O referido autor acredita que os princípios positivos do Direito:

[...] não podem ser valorados segundo a posição dicotômica do falso ou do verdadeiro, própria da Ciência, mas, sim, segundo as dicotomias analíticas do válido ou inválido, vigente ou não, eficaz ou ineficaz, adequadas à análise do Direito enquanto sistema de normas positivas. Deste modo, os “princípios positivos do Direito” pertencem à linguagem do Direito. Já os princípios gerais do Direito podem ser valorados segundo a idéia do falso e do verdadeiro, conforme as análises descritivas da Ciência Jurídica. Eles pertencem à linguagem dos juristas. (ESPÍNDOLA, 1999, p. 52).

Em resumo, o princípio geral do Direito é aquele que ainda não está positivado no ordenamento jurídico, porém é utilizado na fundamentação de decisões e, assim, apresenta importante destaque na formulação ou reformulação das jurisprudências. (ESPÍNDOLA, 1999, p. 52).

O doutrinador Cruz (2003, p. 106-107), contudo, afirma que os princípios caracterizam-se por serem gerais, já que é o início de toda a criação, aplicação e interpretação do direito; primários, pois a partir destes surgem outros princípios constitucionais; e por possuírem dimensão axiológica, eis que condicionam os valores que estão expressos em todo o ordenamento jurídico.

Os mesmos podem ser classificados em três tipos, que são os político-ideológicos, os fundamentais gerais e os específicos. (CRUZ, 2003, p. 113).

O primeiro é conhecido como os “princípios dos princípios”, pois possui como objetivo o de orientar todos os outros princípios inseridos na Carta Magna, o que acarreta dizer que são utilizados, geralmente, de maneira abstrata, podendo ser citados como exemplos aqueles inscritos no art. 4º da Constituição Federal. (CRUZ, 2003, p. 113).

Já o segundo é o oposto, pois tem maior aplicabilidade e grau de concretude, estando presente no art. 5º da Constituição Federal. (CRUZ, 2003, p. 113).

Por fim, o terceiro, que é encontrado no art. 7º, inc. VI, no art. 37, inc. VI, entre outros, todos da Carta Magna, são aqueles que orientam e tratam apenas de uma determinada matéria do Direito Constitucional, aplicando-os somente em casos específicos. (CRUZ, 2003, p. 113).

Assim, pode-se afirmar que os princípios constitucionais, tanto aqueles implícitos como também os expressos na Constituição Federal, devem ser analisados e ponderados no julgamento do caso concreto, pois estes garantem que os direitos dos indivíduos não sejam violados.

2.2 Diferenças entre Princípios e Regras

Antigamente, o pensamento jurídico formalista acreditava que os princípios eram apenas coadjuvantes na interpretação, já que eles sempre estiveram atrelados a noções conflitantes e sustentando que o direito e a moral são realidades distintas. Também na visão positivista legalista, os princípios desempenhavam apenas uma função secundária de preencher as lacunas existentes e orientar a atividade interpretativa, portanto, não sendo admitidos com a justificativa de que poderiam comprometer a segurança e a objetividade necessária à aplicação das leis. (PEREIRA, 2006, p. 92-93).

Pereira (2006, p. 94) aduz que, posteriormente: “[...] o entendimento da Constituição como ordem de valores e o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais são fatores que contribuíram decisivamente para o novo prestígio atribuído à temática dos princípios”.

Faz-se necessário, também, relatar o entendimento do doutrinador Cruz (2003, p. 100), que afirma que “não há oposição entre princípios e regras, ou seja, as normas jurídicas é que se dividem em princípios e regras”.

Contudo, o referido doutrinador explicita:

Mesmo para os autores que entendem não haver hierarquia entre princípio e regra constitucionais, existem, pelo menos, funções distintas dentro do ordenamento jurídico. [...] deve haver uma harmonia fundante entre os princípios e regras, como parte que coabitam em um mesmo ordenamento. (CRUZ, 2003, p. 102).

Cristóvam (2006, p. 73) afirma que um dos critérios que devem ser utilizados para fazer tal distinção é o da generalidade, pois os princípios são normas com alto grau de abstração, enquanto que as regras possuem um nível relativamente baixo.

O pensador Espíndola (1999, p. 65-66), além do grau de abstração já citado, retrata em sua obra outros critérios de diferenciação:

Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta. Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). “Proximidade da ideia de direito”: os princípios são Standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal. Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

O mesmo autor apresenta outras diferenças relevantes sobre as regras e os princípios:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das duas prescrições, nem mais nem menos. Em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou *standards* que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a *validade* simultânea das regras contraditórias. Os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas). (ESPÍNDOLA, 1999, p. 66-67).

Assim, restou demonstrado, como afirma Cristóvam (2006, p. 108), que “os princípios constitucionais não se apresentam de forma homogênea, podendo vir revestidos de naturezas e configurações diversas”.

Portanto, frisa-se a necessidade de se realizar distinções entre os princípios e as regras, mas também é importante ressaltar que ambos devem ser respeitados e analisados quando ocorrer o estudo do caso concreto.

2.3 Resolução de Conflitos Entre os Princípios

Como já explicitado no item 1.2 deste capítulo, há diferenças entre regras e princípios, o que acarreta, assim, em maneiras distintas de resolver os conflitos existentes.

Pereira (2006, p. 102) afirma, com relação às regras, que:

[...] não é possível adotar uma decisão que requeira que uma ceda espaço à outra. O afastamento de uma das regras deve ocorrer a partir da aplicação dos tradicionais critérios de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade).

O mesmo autor, ainda, aduz que há três maneiras possíveis de resolver as colisões entre as regras, que são:

A declaração de invalidade de pelo menos uma das normas; o entendimento de que uma delas não é aplicável ao caso, ou, ainda, a construção de uma exceção, entendendo-se que alguma das normas em conflito estabelece uma ressalva às condições de aplicação da outra. (PEREIRA, 2006, p. 122-123).

Em contrapartida, quando ocorrem conflitos entre os princípios, a sistemática é diferente, como a renomada autora Pereira (2006, p. 104-105) retrata:

A saída não se encontra em afirmar a invalidade de um dos princípios, nem tampouco em entender um deles como uma exceção ao outro. Sempre que dois princípios, identificados como aplicáveis a um mesmo caso, entram em choque – por conterem comandos antagônicos – um dos princípios tem que ceder, total ou parcialmente. [...] Assim, na hipótese em que algo é permitido por um princípio mas vedado por outro, um dos princípios deve recuar, sem que algum deles seja declarado inválido, ou inserida cláusula de exceção. Dessa forma, o problema do conflito de regras se resolve na dimensão de sua validade, enquanto o dos princípios é solucionado na dimensão do valor.

As soluções interpretativas para resolução destes conflitos podem ser de três tipos: a categorização, a hierarquização e a ponderação. (PEREIRA, 2006, p. 229).

A categorização, que é mais utilizada pela doutrina norte-americana e pela Suprema Corte norte-americana, é definida por Pereira (2006, p. 234) como:

[...] o esforço no sentido de correlacionar os fatos em exame às categorias expressadas nas normas constitucionais. [...] significa delinear os contornos dos direitos e, a partir das categorias gerais formuladas, qualificar as situações de fato, enquadrando-as na classe pertinente. [...] é entender as normas jurídicas como tipos, os quais devem ser correlacionados às questões fáticas de modo a definir seus casos de aplicação.

Esta maneira de resolução, nos dias atuais, busca “retomar a lógica mecanicista e o espírito conservador que subjaziam ao formalismo positivista”, o que acarreta, portanto, no questionamento de que se “a categorização é um mecanismo satisfatório para resolver todos os casos, e, mais especificamente, os casos difíceis”. (PEREIRA, 2006, p. 236; 243).

Já a hierarquização consiste em:

[...] estabelecer hierarquias prévias rígidas entre os bens constitucionalmente tutelados. [...] as colisões entre estes e bens coletivos, são resolvidas de acordo com pautas preestabelecidas que determinam o peso abstrato e a importância de cada um deles concluindo-se no sentido da prevalência do que ostenta maior hierarquia. (PEREIRA, 2006, p. 243-244).

Dentro deste tipo de solução estão inseridas diversas maneiras de ver e interpretar a hierarquização:

De acordo com uma visão mais radical, seria possível estabelecer uma hierarquia entre as normas da Constituição e o direito suprapositivo, com prevalência deste último. [...] Uma outra vertente admite a possibilidade de instituir-se uma hierarquia material entre as normas integrantes da Constituição. Segundo essa teoria, seria admissível invalidar normas oriundas do poder constituinte originário por desconformidade com outras normas de mesma origem, mas de maior importância valorativa. [...] Um outro modelo de hierarquização não concebe que normas oriundas de poder constituinte originário sejam invalidadas, mas admite que se estabeleça uma ordem de preferência abstrata absoluta entre os direitos fundamentais, a qual deve imperar como critério de solução de conflitos em todos os casos concretos. [...] Outra modalidade de hierarquização é aquela empregada como critério adjacente à ponderação. Nesse caso, não se trata de determinar prevalências absolutas de alguns direitos, mas de presumir um escalonamento abstrato entre certos bens e interesses constitucionalmente

protegidos, o qual poderá ser afastado, na apreciação de casos concretos, mediante justificação. (PEREIRA, 2006, p. 244-246; 248).

A terceira e última maneira de solucionar os conflitos entre os princípios é a ponderação, que pode ser definida como:

[...] a técnica interpretativa destinada a identificar e formular a norma jurídica aplicável ao caso concreto que, nas últimas décadas, veio a assumir grande destaque na metodologia das Cortes Constitucionais, sendo empregada como metódica alternativa aos esquemas formalistas. O vocábulo ponderação tem sido usado para designar, de forma genérica, as diversas operações hermenêuticas consistentes em sopesar bens, valores, interesses, normas ou argumentos. Em sentido estrito, a ponderação pode ser definida, de forma esquemática, como a técnica de decisão pela qual o operador jurídico contrapesa, a partir de um juízo dialético, os bens e interesses juridicamente protegidos que se mostrem inconciliáveis no caso concreto, visando a determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada. (PEREIRA, 2006, p. 220-221).

A ponderação pode ser classificada como a ponderação de razões e a ponderação de interesses e bens. A primeira se aproxima da categorização pura, que induz a pensar por tipos, enquanto que a segunda é destinada a aplicação dinâmica das normas constitucionais. (PEREIRA, 2006, p. 264-265).

Relacionada a esta está outro princípio, o da proporcionalidade, “cuja estrutura argumentativa determina de que modo o Judiciário deve implementar o sopesamento e fundamentar a solução final”. (PEREIRA, 2006, p. 279).

Pereira (2006, p. 287) reflete sobre esta técnica de interpretação nos dias de hoje, relatando que, atualmente:

[...] a idéia de que a ponderação caracteriza-se como metodologia adequada para solucionar problemas constitucionais está conectada à tese de que o processo de sopesamento deve abarcar, além dos princípios de conflito, o princípio da liberdade do legislador, que atua sempre como razão em favor da preservação da norma, salvaguardando, assim, a dimensão democrática do Estado Constitucional.

Portanto:

[...] a necessidade de utilizar a ponderação decorre não só da insuficiência dos critérios clássicos de solução de antinomias, mas, sobretudo, do fato de que os métodos tradicionais de interpretação também não viabilizam soluções satisfatórias em grande parte das questões constitucionais controvertidas. Por isso, a ponderação deve ser entendida como um

procedimento hermenêutico complementar – e, em certos casos, alternativo – aos métodos de interpretação. (PEREIRA, 2006, p. 290).

Assim, é de extrema relevância a análise destas soluções interpretativas, pois o texto constitucional pode e deve ser atualizado frequentemente, baseando-se nas mudanças pelas quais passa a sociedade.

2.4 Princípios Constitucionais Penais

As fontes do direito processual penal estão inseridas na Constituição Federal, as quais são preceitos plenamente aplicáveis ao processo, de forma autônoma, porém, estão hierarquicamente subordinadas aos comandos constitucionais. (BONFIM, 2009, p. 11).

Uma destas fontes são os princípios constitucionais que se aplicam ao processo penal, sendo que, dentre eles, os mais relevantes para o presente estudo são os da ampla defesa, do contraditório, da celeridade e da economia processual.

Cabe ressaltar, também, que “contraditório e ampla defesa perfazem uma mesma garantia processual, pois não pode existir ampla defesa sem contraditório e vice-versa”. (CARVALHO, 2009, p. 145).

Assim, a partir do tema proposto para a presente monografia, faz-se necessária a análise dos quatro princípios acima citados.

2.4.1 Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa está consubstanciado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (BRASIL, 2011):

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Nestes últimos anos, este princípio tomou grandes proporções no processo penal, principalmente nos pronunciamentos dos tribunais e nas reformas legislativas. (FERNANDES, 2010, p. 266).

Os doutrinadores Bedê Júnior e Senna (2009, p. 178-179) enfatizam que:

Por este princípio, as partes ou os interessados na administração da justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário [...] A ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se concretiza em muitas outras, sendo impossível delimitar aprioristicamente todo o seu alcance [...] é uma conseqüência do devido processo legal, sendo, portanto, inerente a um processo justo. Pelo princípio da ampla defesa, a parte tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor meios de prova, eis que a defesa representa inquestionavelmente um interesse público, essencial em um Estado Democrático de Direito.

A defesa do réu pode ser exercida de duas maneiras, por meio da defesa técnica e da autodefesa.

A primeira caracteriza-se, como denomina Bonfim (2009, p. 43), por ser:

[...] aquela exercida em nome do acusado por advogado habilitado, constituído ou nomeado, e garante a paridade de armas no processo diante da acusação, que, em regra, é exercida por um órgão do Ministério Público. A defesa técnica é indisponível. [...] Sem isso, não poderá prosseguir o processo.

Já a segunda, é aquela defesa exercida pelo próprio réu, e “consiste no seu direito de participação e de presença”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 186).

Um desdobramento da autodefesa é o direito a participação, que nada mais é do que o:

[...] direito do réu estar presente no ato de produção de provas a respeito do fato contra si imputado, como, por exemplo, o direito de acompanhar a oitiva de testemunhas [...] a autodefesa é dispensável pelo réu [...] permite-se que o réu eventualmente venha a abrir mão de tais direitos. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 186-187).

A defesa, portanto, é de extrema relevância para o processo penal, pois “a ausência de defesa contraria os princípios do contraditório e da ampla defesa. A defesa deficiente, embora tecnicamente em outro plano, conduz ao mesmo resultado”. (SOUZA NETTO, 2003, p. 124).

Com base neste princípio, o acusado tem diversas garantias no processo judicial, como por exemplo, o direito à informação pessoal do inteiro teor da acusação, o direito ao silêncio, o direito de não auto-incriminação, a liberdade processual, o direito ao prazo razoável para a preparação da defesa e o direito de se manifestar ao final no processo. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 188).

O réu também tem o direito, com fulcro no princípio da ampla defesa, de participar da audiência de inquirição das testemunhas, “porque o réu é quem tem conhecimento dos fatos”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 210).

Assim, esta garantia constitucional deve ser preservada e respeitada durante todo o processo penal.

2.4.2 Princípio do Contraditório

Igualmente ao princípio anteriormente estudado, o princípio do contraditório também está inserido na Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LV.

Ele consiste:

[...] na possibilidade de uma das partes manifestar-se contrariamente à pretensão deduzida pela outra parte, podendo inclusive apresentar contraprova. Frise-se que o contraditório vige durante toda a relação jurídico-processual, sendo que, sempre que uma parte se manifestar, deve-se abrir oportunidade à outra para contraditar. Logo, o contraditório existe não somente no que concerne à fase postulatória, estendendo-se às demais fases do processo. Note-se que a noção de contraditório é essencialmente potencial, sendo que, aberta a possibilidade de manifestação da parte, sem que esta se manifeste, não se pode dizer que houve mácula ao contraditório. (CORREIA, 1998, p. 15).

O exercício deste princípio inicia-se com a citação do réu, como escreve Amaral (2002, p. 43):

O exercício de tal princípio inicia-se pela citação, que leva o conhecimento ao réu sobre a pretensão do autor, fazendo-se presente em todas as fases do processo. Estabelecido o contraditório, enseja-se o direito de defesa, que se manifesta pela produção de provas documentais, periciais e ou testemunhais. Esta defesa, que se manifesta pelo princípio da oralidade, permite a comunicação entre o juiz e as partes, como forma de aproximá-las do julgador, possibilitando a coleta de material probatório, prevendo também, o contato direto e pessoal daquele com as testemunhas.

Embora muitos acreditem no contrário, o princípio do contraditório não é aplicável apenas à defesa, mas também à acusação, como explicita os autores Bedê Júnior e Senna (2009, p. 130-131):

[...] interessa à coletividade um processo penal eficaz e justo, é absurdo entender que a acusação não possa invocar o princípio do contraditório, sob pena de se consagrar uma proteção deficiente aos interesses da coletividade. [...] a vítima e seus familiares são indivíduos, que também merecem a proteção estatal e que também possuem direitos fundamentais. [...] Assim, é inegável que a vítima também é merecedora de um processo justo e eficaz, razão pela qual limitar o princípio do contraditório exclusivamente à defesa configura uma patente desconsideração da vítima no processo penal, protegendo-a de forma insuficiente dos ataques aos seus bens jurídicos.

Portanto:

[...] o princípio do contraditório significa que cada ato praticado durante o processo seja resultante da participação ativa das partes. [...] Relevante é que o juiz, antes de proferir cada decisão, ouça as partes, dando-lhes igual oportunidade para que se manifestem, apresentando argumentos e contra-argumentos. [...] Por esse motivo, deve-se assegurar a ambas as partes iguais direitos de participar da produção da prova e de se manifestar sobre os documentos juntados e argumentos apresentados pelo *ex adversu* ou pelo juiz. (BONFIM, 2009, p. 41-42).

O réu, sob o prisma deste princípio constitucional, tem o direito à informação, o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, e à bilateralidade da audiência. (TUCCI, 2004, p. 176).

O primeiro ocorre quando o acusado é informado do aforamento da ação por ocasião da citação válida. (TUCCI, 2004, p. 178).

A segunda é a concessão a ambas as partes de terem possibilidades idênticas de oferecer todos os elementos de convicção ao julgador, bem como de participar e de se manifestar de todos os atos probatórios. (TUCCI, 2004, p. 196).

E a terceira, que encontra amparo no princípio da justiça e se justifica pela indispensável intimação das partes de todos os atos praticados na audiência, garantindo assim o equilíbrio na *persecutio criminis*. (TUCCI, 2004, p. 189).

Também é possível identificar duas espécies de contraditório, o real e o diferido, que são explicados pela doutrina de Bonfim (2009, p. 42-43):

Contraditório real, assim se denomina o que se efetiva no mesmo tempo de produção probatória, como ocorre, por exemplo, durante a inquirição de testemunhas em juízo. Nessa oportunidade, confere-se imediatamente à parte contrária a possibilidade de reperguntas. Contraditório diferido, o que ocorre posteriormente à produção da prova, ou seja, quando das alegações, debates, requerimentos e impugnações ulteriormente pelas partes. Desse modo, em caso de impossibilidade de efetivação do contraditório real, pela natureza da prova, [...] ou pela natureza do procedimento, [...] deve ser garantido às partes o contraditório diferido.

Conclui-se, assim, que “o princípio do contraditório é essencial ao devido processo legal, pois só assim teremos um processo realmente justo, já que não há processo justo que não se realize em contraditório”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 131-132).

Por fim, entende-se que este princípio constitucional também deve ser amplamente utilizado durante toda a análise do caso concreto.

2.4.3 Princípio da Celeridade Processual

O princípio da celeridade processual foi introduzido na Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº. 45/2004, estando atualmente previsto em seu artigo 5º, inciso LXXVIII (BRASIL, 2011):

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Este princípio, como afirma Capez (2006, p. 26), “busca uma pronta e eficaz prestação jurisdicional”.

Ainda, como aduz o estudioso Bonfim (2009, p. 70-71):

Trata-se de um princípio pelo qual não só os atos processuais, vistos isoladamente como partículas do procedimento, mas também a concessão da própria tutela requerida, nos casos em que o requerente tenha razão, sejam providos com celeridade, privilegiando a eficácia da tutela concedida. O princípio, evidentemente, deve ser contraposto à necessidade de um grau aceitável de segurança jurídica, já que a consecução da função jurisdicional apenas se dará de forma plena se houver equilíbrio entre a eficácia e a correção das decisões.

Assim, o princípio da celeridade processual é uma decorrência inafastável dos princípios da dignidade e do contraditório, pois tanto a investigação criminal quanto o processo penal acabam restringindo a dignidade, a intimidade e a vida privada do investigado ou réu. (CARVALHO, 2009, p. 234).

Ainda, entende Carvalho (2009, p. 234):

A mera existência do processo impõe restrições de direitos do réu, como a identificação criminal se não for civilmente identificado ou nos casos autorizados por lei, a anotação da distribuição da ação penal, o ônus de comparecer aos atos processuais sob pena de revelia e condução [...] e o ônus de comunicar ao juiz a mudança de endereço [...] Todas estas restrições precisam ser cifradas no tempo em homenagem ao princípio da dignidade.

Portanto, para que estas restrições não causem ainda mais prejuízos, é importante que a persecução criminal seja rápida e, assim, acabe sendo respeitado um dos muitos direitos que pertencem ao réu, como explicita o autor supracitado:

[...] o contraditório e a ampla defesa são direitos assegurados ao réu, direitos que devem ser exercidos em tempo igualmente razoável. O réu tem, efetivamente, um direito à tutela jurisdicional, ou seja, um direito à sentença, dentro dos prazos legais. Se existe uma pretensão contra o réu, tem ele o direito de livrar-se desta pretensão e o instrumento de que dispõe é a defesa. Se o réu fica cerceado prolongadamente do direito de exercer defesa, a ação que contra ele se dirige adquire conotação de constrangimento ilegal. Portanto, tem o réu, mesmo solto, no processo criminal, o direito ao cumprimento dos prazos processuais, direito esse que é consectário do contraditório [...] ressaltando-se, porém, a extrapolção dos prazos por motivo justificado. (CARVALHO, 2009, p. 234-235).

Para impedir a eternização dos processos, os meios mais utilizados são o instituto da prescrição e a criação de incidentes de aceleração processual. Por exemplo, há um prazo para que as diligências probatórias sejam requeridas no inquérito policial, sendo que se este é extrapolado, devem os autos serem encaminhados ao Ministério Público da maneira que se encontram. (CARVALHO, 2009, p. 236).

Ainda, poderiam ser criados incidentes para acelerar o processo quando os prazos estiverem próximos de serem vencidos, como requisitar documentos *on line*, realizar atos fora do expediente forense, entre outros. (CARVALHO, 2009, p. 236).

Também existem alguns meios que são utilizados para garantir a celeridade, como os juizados especiais cíveis e criminais e o processo eletrônico. (NERY JÚNIOR, 2010, p. 320).

Um dos critérios que deve ser examinado para que haja a razoabilidade de um processo é a gravidade da infração penal, já que para diferentes crimes, como os hediondos, os dolosos contra a vida, os de média ofensividade e os de menor potencial ofensivo, deveria contemplar, para cada um desses procedimentos, um prazo final para duração dos inquéritos e dos processos. (CARVALHO, 2009, p. 238).

Outra consideração a ser analisada é se o réu está preso ou solto, pois em se tratando de réu preso, os prazos para este deveriam ser bem menores, na proporção de um quarto dos prazos regulares. (CARVALHO, 2009, p. 238).

Por conseguinte, outro relevante ponto é o do número de réus constantes no processo, devendo também haver uma variação dos prazos. (CARVALHO, 2009, p. 238).

Assim, aduz Aquino e Nalini (2009, p. 48):

A inserção de mais um direito fundamental deve ensejar a todos os responsáveis pelo funcionamento da máquina judicial uma consciência mais atilada para adotar a gestão verdadeiramente eficiente para a Justiça. O andamento célere dos processos, além de entender a esse comando constitucional, reduzirá a intolerável sensação de impunidade, intuída pela maior parte da população brasileira.

Por fim, este princípio, garantido constitucionalmente, também deve ser considerado e ponderado diante do caso concreto.

2.4.4 Princípio da Economia Processual

O princípio da economia processual encontra respaldo, por exemplo, nos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal.

O artigo 563 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) narra que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Já o artigo 566 do referido Código (BRASIL, 2011) aduz que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.

Nesse diapasão, relevante frisar que a consagração do referido princípio está consubstanciado no brocardo francês *pás de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade se não houver um prejuízo. (BONFIM, 2009, p. 58).

Este princípio é definido por Bonfim (2009, p. 57-58) como o:

[...] aproveitamento dos atos judiciais praticados, ainda que tenham sido conduzidos de maneira diversa daquela prescrita em lei. O princípio tem por finalidade evitar a repetição desnecessária de atos processuais. Se um ato determinado, embora tenha sido conduzido de forma diversa daquela estabelecida na lei, foi eficaz no atingimento dos objetivos para os quais foi realizado, é racional que o trâmite do processo não seja prolongado, uma vez que não houve qualquer prejuízo às partes ou ao processo.

Bonfim (2009, p. 58) ainda acrescenta que o objetivo é evitar a repetição desnecessária de atos em que a irregularidade presente no momento em que foram produzidos não possuem qualquer relevância para o processo.

Neste contexto, Bonfim (2009, p. 58) salienta que “tampouco serão repetidos aqueles atos cuja prática se tenha dado de maneira irregular, mas que não tenham influído na apuração dos fatos que constituam a lide ou na decisão da causa”.

Capez (2006, p. 25) também possui entendimento semelhante, expressando que:

O processo é instrumento, não se podendo exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em plena disputa. Exprime a procura da máxima eficiência na aplicação do direito, com o menos dispêndio de atos processuais possível. No processo penal, não se anulam atos imperfeitos

quando não prejudicarem a acusação ou a defesa e quando não influírem na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

O mesmo autor ainda traz outras hipóteses em que este princípio é aplicado, como por exemplo, “a reunião de processos conexos ou em relação de continência (CPP, arts. 76 e 77), a reconvenção, a ação declaratória incidental, o litisconsórcio etc.”. (CAPEZ, 2006, p. 25).

Por fim, Feitoza (2010, p. 131) conclui que:

O princípio da economia processual estabelece que o processo deve alcançar seu resultado com o menor gasto possível de recursos humanos, temporais e materiais, inclusive com o menor número possível de atos e com o mínimo custo pecuniário.

Portanto, percebe-se que o referido princípio está diretamente ligado ao princípio da celeridade, visto que aplicada a economia processual no caso concreto, esta reflete e garante a observância do princípio constitucional da celeridade processual.

3. PROVA PENAL E SUAS PECULIARIDADES

É também de extrema relevância, antes de alcançar o ápice da presente monografia, definir e analisar o instituto da prova, suas características e peculiaridades, além de dar ênfase principalmente à prova testemunhal, realizando um aprofundado estudo e, conseqüentemente, ressaltando a sua grande importância.

3.1 Conceito de Prova

A definição do que seja prova pode ter inúmeros conceitos, ser interpretada de diversas maneiras e ser analisada sob ângulos diferentes.

O verbo provar deriva do verbo *probare*, que significa, popularmente, verificar, examinar. Contudo, na linguagem jurídica, tal termo possui concepção diversa, sendo, portanto, o ato de manifestação, de pôr algo em evidência, de demonstrar a verdade e a certeza do que se alega, ou seja, de convencer alguém de alguma coisa. (BARROS, 2002, p. 105).

Em contrapartida, a palavra prova vem do latim *probus*, que, no cotidiano, traduz-se por aquilo que é bom, honrado, correto. Porém, no meio processual, como afirma Barros (2002, p. 105-106), “a prova resume-se a todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”.

Assim, resta evidente a diversidade de concepções referente à prova, como muito bem explicita o doutrinador Badaró (2003, p. 158-159):

Num primeiro sentido, a prova se identifica com a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato. É a ação de provar o conjunto de atos praticados pelas partes e pelo juiz para verificação da veracidade de uma afirmação de fato. Neste sentido fala-se que a prova da alegação incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156). Noutra acepção, prova é o resultado da atividade probatória, identificando-se com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não um determinado fato. É o resultado da atividade probatória. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo. Por fim, também é possível identificar a prova com o meio de prova em si mesmo. Fala-se, por exemplo, em prova testemunhal ou prova por indícios.

O doutrinador Bonfim (2009, p. 303) conceitua prova como “o instrumento usado pelos sujeitos processuais para provar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”.

Portanto, a definição de prova é muito ampla e, dependendo do ponto de vista pela qual é analisada, pode expressar significados distintos.

3.2 Direito à Prova

O direito à prova está diretamente ligado aos direitos de ação e de defesa, pois “de nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações”. (FERNANDES, 2005, p. 77).

Fernandes (2005, p. 78-79) subdivide o direito à prova em direitos da parte, que são:

[...] a) direito de requerer a produção de prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.

E prossegue explicitando que:

A presença das partes é condição de observância do contraditório. Não se trata de impor à parte a obrigatoriedade de sua presença em todo ato de qualquer tipo de processo, mas de colocá-la “em condições de participar” [...] No processo penal, o membro do Ministério Público não pode deixar de comparecer aos atos de instrução; o acusado pode ausentar-se, mas se impõe a presença de advogado que o defenda. (FERNANDES, 2005, p. 79).

O mesmo autor continua relatando a importância do direito à prova, relevando a:

[...] necessidade de que o juiz, ao sentenciar, leve em conta a prova produzida pelas partes. De nada adianta assegurar no processo penal ao promotor, ao querelante e ao réu a oportunidade de realizar a prova se o juiz não considerá-la ao motivar a sentença. (FERNANDES, 2005, p. 80).

Portanto, a prova deve ser oportunizada às partes e considerada pelo juiz ao proferir a sentença.

3.3 Finalidade da Prova

A prova é geralmente vista como algo necessário para se alcançar a verdade e, assim, buscar uma decisão mais justa.

Todavia, Lima (2008, p. 50-51) afirma que:

Para que tenhamos uma decisão justa, deve ser buscada a verdade, que para o processo significa a busca do verdadeiro conhecimento dos fatos, o mais próximo possível da certeza, através da prova, para fins de realizar uma decisão justa. [...] Ocorre que no processo dificilmente (ou nunca) se atingirá a certeza absoluta, pois como a instrução probatória equivale à busca do fato histórico, deverá haver uma reconstrução dos fatos com dados do passado, através da prova, para se buscar a verdade e, conseqüentemente, a certeza, obtida através desta forma de reconstrução não permite, em regra, uma certeza absoluta, mas meramente relativa, tendo em vista as próprias deficiências humanas. O que terá o juiz é uma aproximação, ou seja, uma probabilidade, significando que deve buscar algo mais que a simples possibilidade, algo mais próximo da certeza, e isto é que é, em maior ou menor grau, a probabilidade. É o que se chama de certeza possível. [...] Como o processo não se pode prolongar de forma indefinida, tendo que ter um termo, preponderam os conceitos de certeza e convencimento, como se fossem a verdade, mas como visto, esta é só relativa, pois tanto a verdade como a certeza na forma absoluta não são atingíveis, o que há é um convencimento que se apóia sempre em uma verdade relativa.

Continua o autor alegando que:

O processo tem por fim a descoberta da verdade real e é através da instrução probatória que o juiz poderá chegar a esta verdade, reconstruindo e buscando na instrução criminal elementos sobre o fato concreto ocorrido, para depois sopesar a prova e chegar à decisão final. Irá ser elucidado, então, o *thema probandum*, que é a hipótese a ser verificada através da prova. (LIMA, 2008, p. 54).

Em resumo, afirma Capez (2006, p. 282), que esta “destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa”, pois é “o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual”.

Assim, explicita Barros (2002, p. 113) que:

[...] a produção de provas passa a ser requisito básico e insubstituível para a própria realização do direito material. E impõe-se que as provas sejam claras, seguras e aptas a transmitir a necessária confiança do julgador, de modo que, livre de qualquer dúvida, esta possa firmar a convicção racional da existência do fato criminoso e de sua autoria, pois, em sentido inverso, restringindo-se o conjunto probatório aos limites da verdade provável, forçosamente inviabiliza-se a aplicação da pena, restando apenas a solução da ação penal com base no *in dubio pro reo*.

Conseqüentemente, o juiz:

[...] pode inquirir testemunhas não arroladas, examinar documentos, determinar a busca e apreensão e outras tantas diligências de ofício e valer-se até de exames produzidos pela moderna medicina ou por sofisticada tecnologia, ainda que não previstas no velho CPP, agindo sempre com o intuito de reconstituir a realidade dos fatos, tenham eles sido alegados ou não, e desde que amparado pela legislação vigente. (BARROS, 2002, p. 114).

O artigo 155 do Código de Processo Penal aduz quanto à figura do juiz (BRASIL, 2011):

Art. 155: 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.

§ único - Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Contudo, a finalidade, ou também denominada função da prova, varia de acordo com a concepção que está presente no processo. (BADARÓ, 2003, p. 160).

Há teorias existentes acerca do assunto, sendo que enquanto uma teoria nega que seja possível o conhecimento verdadeiro dos fatos e, assim, não haveria o porquê se falar em provas, a outra, chamada de semiótica ou narrativista, acredita que exista a possibilidade de se atingir a verdade real dos fatos. (BADARÓ, 2003, p. 161).

Badaró (2003, p. 161) ainda aduz que, para a segunda teoria, “a prova serve como um elemento de persuasão para que cada uma das partes procure convencer o juiz de sua *story of the case*”.

Ato contínuo, o referido autor salienta que “a prova assume função de ser um instrumento para fundamentar racionalmente uma escolha da versão dos fatos que se possa definir como verdadeiro”. (BADARÓ, 2003, p. 161).

Em contrapartida, alega que “a ausência de prova sobre uma hipótese fática significa a incerteza sobre o fato, mas não equivale à confirmação da hipótese contrária”. (BADARÓ, 2003, p. 162).

Ou seja, é imprescindível que a finalidade da prova seja buscar a verdade real dos fatos, para que assim seja proferida, no processo, uma decisão justa para o réu.

3.4 Princípios da Prova

Há diversos princípios gerais que podem ser aplicáveis à prova, tendo os doutrinadores não divergido na importância de alguns deles.

Um princípio de grande relevância para a produção de provas é o princípio da aquisição ou comunhão de provas, o qual produz a idéia de que as provas não são exclusivamente da parte que a produzir, e sim de ambas, pois a prova pertence na realidade ao processo, que está em busca da verdade real. (CAPEZ, 2006, p. 312).

Outro princípio a ser considerado quanto à prova é o da auto-responsabilidade das partes, o qual aduz “que cada um dos sujeitos processuais é responsável pelas consequências de sua inatividade”. (DEZEM, 2008, p. 92).

Ainda, há o princípio da audiência contraditória, pois “toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte”. (CAPEZ, 2006, p. 312).

Também cabe lembrar o princípio da oralidade, o qual afirma que deve haver a predominância da palavra falada, como depoimentos, debates e alegações (CAPEZ, 2006, p. 312). Assim, “os depoimentos das testemunhas deveriam ser

orais, não podendo ser substituídos por declarações por escrito, que não tem o mesmo valor”. (LIMA, 2008, p. 72).

Por conseguinte, existe o princípio da concentração, que advém do princípio anteriormente exposto e que aduz quanto à necessidade de ocorrer a concentração de toda a produção de prova em uma audiência. (LIMA, 2008, p. 73).

Já o princípio da publicidade afirma que “a regra é que a produção dos atos judiciais, e, assim, a produção das provas, seja pública, só podendo se dar o segredo de justiça excepcionalmente, em casos previamente expressos”. (LIMA, 2008, p. 73).

Por fim, outro princípio muito utilizado é o do livre convencimento motivado, eis que “diz respeito ao poder do juiz de valorar a prova sem estar preso a valores previamente fixados em lei, mas devendo para tal motivar a sua conclusão na aferição probatória”. (LIMA, 2008, p. 74).

Contudo, cabe ressaltar que outros doutrinadores, como Guilherme Madeira Dezem (2008, p. 93-99) ainda elencam outros princípios a serem analisados sob a ótica da prova, como os princípios da verdade real, da liberdade probatória, da não-auto-incriminação e presunção de inocência.

Assim, é perceptível a ampla variedade de princípios que possuem relevância no assunto e devem ser analisados e respeitados quando o tema em questão for a prova.

3.5 Ônus da Prova

Pedroso (2005, p. 22-23) explicita muito bem o conceito de ônus da prova e a quem ela incumbe:

Determinar a quem incumbe o ônus da prova, processualmente falando, é fixar ou resolver como deve ser repartida, entre as partes, a tarefa de provarem os fatos alegados. Denomina-se ônus da prova, conseqüentemente, a incumbência, responsabilidade ou encargo que tem alguém no sentido de demonstrar a existência de um fato ou situação, para dela extrair uma relação de direito, *id est*, suas conseqüências jurídicas defluentes. O ônus *probandi*, dessarte, impende àquele que postula o reconhecimento e a proclamação de determinada situação fática, para com ela alcançar a incidência da lei pertinente e da solução jurídica que couber. [...] uma vez que o processo penal envolve como partes, que se digladiam

sob o crivo do contraditório, a acusação (Ministério Público ou querelante) e o réu ou querelado (através de seu defensor), perscrutar o que incumbirá a cada uma delas demonstrar no curso da *persecutio criminis in iudicio*, para a obtenção dos efeitos almejados.

Capez (2006, p. 308) aduz que a principal diferença existente entre a obrigação e o ônus da prova é com relação a sua obrigatoriedade:

Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não-cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Nesse último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação. A prova é indubitavelmente um ônus processual. [...] Portanto, cabe provar a quem tem interesse em afirmar. A quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas.

Como bem retrata Barros (2002, p. 111), o ônus, portanto, não traz um dever para as partes, é apenas uma opção que lhe é proporcionada para que obtenha uma vantagem, não prejudicando ou causando dano a outrem se não a utilizar. Assim, tratando-se de:

[...] incumbência, ônus, ou encargo atribuído às partes, a estas cabe primariamente proceder a demonstração da verdade. Nunca é demais alertar que não se trata de um dever, porque quem alegar e não comprovar a veracidade de sua alegação não será punido por essa omissão, embora corra o risco de ter de suportar o prejuízo que dela decorre. Portanto, ônus não pode ser confundido com obrigação. Aliás, a noção de ônus é utilizada quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para se obter uma certa vantagem. [...] Daí a máxima: *Allegatio et non probatio, quae non allegatio*, ou seja, quem alega e não prova, se mostrará como se estivesse calado ou nada alegasse. (BARROS, 2002, p. 111).

Continua o referido autor relatando o ônus que existe especificamente no processo penal:

Ao acusado, de modo geral, somente recai o ônus de provar o alibi que apresentar. Em juízo, cabe tradicionalmente ao representante do Parquet o encargo de provar a imputação feita contra o acusado para só então se efetivar o *jus puniendi* estatal. Há de reparar, ademais, que a prova produzida por uma das partes não possui o condão de impedir que a parte adversa dela tire proveito. Isso porque no processo penal prevalece o princípio da comunhão dos meios de prova, de sorte que, ao ingressar no processo, a prova perde qualquer conotação que se lhe queira dar de benefício exclusivo para a acusação ou para a defesa. Se a testemunha arrolada na denúncia apresenta em juízo um depoimento que favorece a

defesa do acusado no processo, nada impede ao defensor utilizar-se de tal prova como fundamento de seus argumentos; aliás impõe-se-lhe o dever de aproveitar tudo aquilo que beneficiar o seu cliente. Assim sendo, a utilização das provas por qualquer das partes é de ser plenamente aceita, independentemente de quem a tenha produzido, notadamente porque interessa tanto àquelas quanto ao julgador descobrir a verdade. (BARROS, 2002, p. 112).

O artigo 156 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) é claro ao se referir ao ônus da prova:

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.

Portanto, cabe-se afirmar que o ônus da prova compreende dois sentidos, o positivo, pois a partir da produção de prova pode-se obter uma vantagem, e o negativo, já que através da prova produzida é também possível se evitar um prejuízo. (BADARÓ, 2003, p. 172).

Assim, pode-se afirmar que o ônus da prova é a possibilidade permitida às partes para que estas, caso queiram, produzam provas que as favoreçam no processo penal.

3.6 Elementos da Prova

As provas são classificadas por diversos doutrinadores, principalmente, quanto ao objeto e ao sujeito. Outros autores ainda as especificam com relação à sua forma e ao seu efeito.

Badaró (2003, p. 159-160) define o que seria o objeto da prova:

[...] o objeto da prova é sempre a alegação de um fato e não o ato em si mesmo. Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real. O fato ocorreu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos

conceitos ou nossos juízes a respeito de um objeto. [...] o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa. O que se pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou “probo”, são as alegações sobre o fato.

Vieira (2005, p. 17) também define o objeto da prova como sendo “o que se deve demonstrar, isto é, o fato, a circunstância, a causa, etc., sobre o que versa o litígio”.

Ou seja, como afirma Aquino (1995, p. 09), “o objeto da prova nada mais é do que o fato, o *thema probandum*”.

Capez (2006, p. 282) também faz a sua definição:

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória.

O mesmo autor divide o objeto com relação aos fatos que independem e dependem de prova. (CAPEZ, 2006, p. 283).

Os fatos que independem de prova são classificados em fatos axiomáticos ou intuitivos, fatos notórios, presunções legais e fatos inúteis. (CAPEZ, 2006, p. 283).

Explicita o referido doutrinador:

Fatos axiomáticos ou intuitivos: aqueles que são evidentes. A evidência nada mais é do que um grau de certeza que se tem dos conhecimentos sobre algo. Nesses casos, se o fato é evidente, a convicção já está formada, logo, não carece de prova. [...] Fatos notórios (aplica-se o princípio *notorium non eget probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova). É o caso da verdade sabida. Fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade. [...] Presunções legais porque são conclusões decorrentes da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas, podendo ser absolutas (*juris et de jure*) ou relativas (*juris tantum*). [...] Fatos inúteis: princípio frustra *probatum quod probantum non relevat*. São os fatos, verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real. Exemplo: a testemunha afirma que o crime se deu em momento próximo ao do jantar, e o juiz quer saber quais os pratos que foram servidos durante tal refeição. O mesmo ocorre com os fatos imorais, aqueles que, em razão de seu caráter criminoso, inescrupuloso, ofensivo à ordem pública e aos bons costumes, não podem beneficiar aquele que o pratica. (CAPEZ, 2006, p. 283).

Por outro lado, os fatos que dependem de prova são “todos os fatos restantes que devem ser provados, inclusive o fato admitido ou aceito”. (CAPEZ, 2006, p. 283). Apenas nesses casos, portanto, “existe a necessidade da produção probatória porque o juiz pode questionar o que lhe pareça duvidoso ou suspeito”. (CAPEZ, 2006, p. 283-284).

O objeto da prova, como ensina Barros (2002, p. 106-107), pode ser dividido em prova direta e indireta:

A primeira é aquela que tem por objeto imediato o fato que se quer provar, ou seja, consiste no próprio fato ou se refere ao próprio fato probando. [...] Já a prova indireta é aquela que afirma outro fato, que não se confunde com o fato probando, mas que, por via do raciocínio, chega-se ao fato que se quer provar. Desse modo, os indícios são autênticas provas indiretas.

Outro elemento apontado seria o sujeito da prova, o qual é “a pessoa ou coisa de quem ou de onde deriva a prova”. (BARROS, 2002, p. 107).

Este pode ser classificado em prova real e prova pessoal:

Real: são as provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação (ex.: o lugar, o cadáver, a arma etc.); Pessoal: são aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas através de declaração ou narração do que se sabe (o interrogatório, os depoimentos, as conclusões periciais). (CAPEZ, 2006, p. 107).

Ainda, Barros (2002, p. 107-108) afirma que há um terceiro elemento, que seria a forma da prova, esta subdividida em documental, material e testemunhal.

Documento, do latim *documentum*, de *docere* (mostrar, indicar, instruir) é o papel escrito que traz em si a declaração de existência ou inexistência de um ato ou de um fato. [...] É no documento que se consubstancia a prova documental, também denominada instrumental ou literal. O documento pode ser público (escritura) ou privado (um escrito pessoal qualquer). [...] Relativamente à prova material, afirma-se ser aquela que resulta da verificação existencial de determinado fato, que demonstra a sua materialização, como se dá com o corpo e delito. Testemunhal é a prova que consiste na manifestação pessoal oral. A prova testemunhal é espécie do gênero prova oral, que é mais abrangente, posto incluir os esclarecimentos de perito e assistente técnico, bem como as declarações da vítima.

Por conseguinte, Capez (2006, p. 306) elenca outro elemento da prova, que é o efeito ou o valor que a prova possui, podendo esta ser plena, que “trata-se

da prova convincente ou necessária para a formação de um juízo de certeza no julgador” ou não plena, também chamada de indiciária, que “trata-se de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não se exige um juízo de certeza”.

Portanto, há vários elementos de prova a serem levados em consideração e analisados, principalmente pelo julgador do processo penal, para ponderar a valoração dos depoimentos colhidos das testemunhas.

3.7 Meios de Prova

Capez (2006, p. 307) aduz qual seria o conceito de meio de prova, pois “meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”.

Lima (2008, p. 56) muito bem ressalta a divergência entre meios de prova e fontes de prova, sendo que o primeiro “é o instrumento com o qual se adquire para o processo um elemento a ser utilizado na decisão, como o depoimento testemunhal”, enquanto o segundo “é tudo aquilo que é idôneo a fornecer resultados apreciáveis pela decisão do juiz, como ocorre com a testemunha e com o documento”.

Ou seja, fonte de prova é anterior ao processo e, quando surge uma nova fonte, esta será levada ao conhecimento do juiz através do meio de prova. Assim, pode-se dizer que os meios de prova nada mais são do que “os instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são levadas para o processo”. Por exemplo, cabe citar que a testemunha em si é a fonte de prova que irá ser levada ao conhecimento do magistrado através do meio de prova que são as suas declarações em juízo. (BADARÓ, 2003, p. 166).

O Código de Processo Penal arrola determinados tipos de prova, dentre eles: do exame do corpo de delito e das perícias em geral (arts. 158 a 184), do interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), da confissão (arts. 197 a 200), do ofendido (art. 201), das testemunhas (arts. 202 a 225); do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228), da acareação (arts. 229 a 230), dos documentos (arts. 231 a 238), dos indícios (art. 239) e da busca e apreensão (arts. 240 a 250).

Dentre todos acima citados, o principal tipo de prova a ser objeto do presente estudo é a prova testemunhal.

3.7.1 Da Prova Testemunhal

A produção de prova testemunhal é de extrema importância para o processo penal, visto que “quase não se admite demanda judicial sem a produção de prova testemunhal como meio para reconstruir uma verdade jurídica e produzir uma certeza judiciária”. (AQUINO, 1995, p. 12).

Contudo, afirma Lima (2008, p. 161-162) que:

Apesar de sua importância, e de ser a prova por excelência, já que a mais comum, pela falibilidade da pessoa humana, que vai dar o testemunho, é chamada de “a prostituta das provas”, pois não é incomum que o depoimento da testemunha contenha muito de seu emocional e, assim, poderá distorcer, pela percepção à distância, os caracteres de uma pessoa etc.

Assim, percebe-se a relevância da prova testemunhal a ser produzida no processo penal, pois em vários autos este tipo de prova é essencial para que o juiz profira uma sentença justa.

3.7.1.1 Da Testemunha e seu Depoimento

A palavra testemunha se origina do termo latim *testari*, que significa mostrar, confirmar. (CAPEZ, 2006, p. 336).

Capez (2006, p. 336) define o conceito de testemunha:

Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.

Conseqüentemente, o testemunho ou também denominado depoimento, é a “narração perante o juiz, contendo o que foi percebido por qualquer dos seus sentidos. Tais percepções devem referir-se aos fatos controversos da lide, os quais são objeto desta prova”. (AMARAL, 2002, p. 103).

Estas percepções podem ser alteradas por diversos fatores, como a afetividade, a repressão, a cultura, o hábito e a inteligência. (AMARAL, 2002, p. 105).

Por conseguinte, Amaral (2002, p. 104) define cinco fatores que fundamentam o testemunho sobre um acontecimento, que seriam:

[...] a) como a pessoa percebeu o acontecimento: depende das condições do meio e das aptidões da pessoa; b) como sua memória conservou os fatos: refere-se à questão de cunho orgânico do funcionamento do mnêmico; c) sua capacidade de evocá-lo: há intervenção de mecanismos psíquicos; d) o desejo ode expressá-lo: manifestar a sinceridade; e) como lhe é permitido expressá-lo: refere-se à precisão com que a pessoa é capaz de descrever suas impressões e representações.

Conseqüentemente, o fundamento do valor do testemunho, de acordo com Aquino (1995, p. 16-17):

[...] está na razão de crer na presunção de que alguém que tenha presenciado um acontecimento de relevância jurídica possa ter percebido, através de suas percepções sensoriais, a verdade e queira transmiti-la. Dessa assertiva depreende-se que a presunção em referência alicerça-se em dois pontos: a capacidade de o homem perceber a ocorrência dos fatos e a veracidade humana.

Portanto, diante da relevância da prova testemunhal, como explicita Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2009, p. 146):

[...] deve ser assegurado à acusação e à defesa o direito de produzir no processo prova testemunhal, direito esse que se concretiza pela manifestação de diversas faculdades: de arrolar testemunhas, substituí-las ou delas desistir, com a garantia de que serão tomadas providências para a inquirição das pessoas indicadas, e, sobretudo, de participar efetivamente da audiência em que a prova testemunhal será produzida.

Assim, apenas quando se disponibiliza esse direito às partes, a cada qual tem a oportunidade de provar o que alegou, é que se pode alcançar um processo sem vícios e se obter uma sentença judicial mais próxima da verdade real dos fatos.

3.7.1.2 Das Classificações das Testemunhas

A doutrina faz diversas classificações com relação às testemunhas.

A primeira distinção necessária a se fazer é diferenciá-las em testemunhas diretas e testemunhas indiretas. Dezem (2008, p. 238) afirma que:

A testemunha direta é aquela que tem conhecimento direto dos fatos, apreendidos por sua percepção. Já a testemunha indireta não possui conhecimento direto dos fatos, tendo tomado conhecimento do ocorrido por terceiras pessoas.

Já Bonfim (2009, p. 351) ainda faz uma subdivisão desta classificação, entre testemunhas presenciais e testemunhas oculares:

[...] as primeiras dizem respeito àquelas que estavam presentes no palco dos acontecimentos no momento de sua ocorrência, sem que, obrigatoriamente, tenham visto o que aconteceu. Assim, por deficiência visual, falta de atenção ou qualquer outro meio ou obstáculo que haja impedido a visualização do que versa seu testemunho, referida pessoa estava “presente”, sem que tenha visto o ocorrido. Por outro lado, a testemunha ocular, como a própria expressão sugere, é aquela que viu o que ocorreu sem que obrigatoriamente estivesse presente por ocasião da prática do fato. É o caso, por exemplo, da testemunha que assiste à prática do delito estando à distância dos fatos, mediante o uso de binóculos.

Ainda há as chamadas testemunhas numerárias ou extranumerárias, que para Dezem (2008, p. 239):

[...] testemunhas numerárias são as que contam para fins do limite máximo de testemunhas, cuja oitiva pode ser requerida no processo. Testemunhas extranumerárias são aquelas que não são consideradas dentro deste número máximo.

E continua o referido autor explicitando que “não se compreendem no número máximo de testemunhas aquelas que não prestem compromisso e as testemunhas referidas. Também não entram nesse número as que nada saibam que possa interessar à causa”. (DEZEM, 2008, p. 239).

Há também as testemunhas próprias e impróprias. Lima (2008, p. 165) acredita que:

A primeira é a que vai ser ouvida sobre o fato que presenciou ou ouviu dizer, mas sempre sobre o *thema probandum*, e a segunda prestará depoimento sobre ato do procedimento, ou seja, a respeito [...] do flagrante, se este foi regular ou não, se o delegado estava presente etc.

Ainda, há as testemunhas arroladas, referidas e informantes. A primeira Dezem (2008, p. 239) define como aquela “cuja oitiva é requerida pelas partes”. Já a segunda, o mesmo doutrinador explicita como sendo aquelas que “surgem no processo a partir do depoimento de alguma outra testemunha ou de alguma nova peça juntada aos autos”. (DEZEM, 2008, p. 239). Por fim, as informantes, também chamadas de declarantes, são as testemunhas que não prestam o compromisso legal de dizer a verdade. (BONFIM, 2009, p. 351).

Portanto, há várias classificações que envolvem as testemunhas, sendo que durante a instrução criminal é de extrema importância que as classifiquem para determinar o tipo de depoimento que prestou e, conseqüentemente, valorar o seu testemunho.

3.7.1.3 Das Características das Testemunhas

As principais características das testemunhas são a oralidade, a judicialidade, a objetividade e a retrospectividade.

A oralidade está prevista no artigo 204 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011):

Art. 204: O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.
 §único – Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

Dezem (2008, p. 236) relata que:

Por oralidade entende-se a situação que se caracteriza pela impossibilidade da prova ser substituída por escritos da parte, devendo ser prestada diretamente em juízo pela própria testemunha [...] A regra da oralidade pode ser excluída segundo duas ordens de fatores: a) por impossibilidade física da parte de produzir o testemunho oralmente, ou b) pelo fato de determinadas pessoas possuírem prerrogativa de oferecerem seus depoimentos por escrito.

Corroborar com o noticiado acima o artigo 221 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011):

Art. 221: O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

§ 1º – O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

§ 2º - Os militares deverão ser requisitados à autoridade superior.

§3º - Aos funcionários públicos aplicar-se-á o disposto no art. 218, devendo, porém, a expedição do mandado ser imediatamente comunicada ao chefe da repartição em que servirem, com indicação do dia e da hora marcados.

Bonfim (2009, p. 352) também traz outra hipótese do depoimento ser escrito, que é no caso de as testemunhas serem mudas, surdas ou surdas-mudas. Por conseguinte, também há previsão legal para a oitiva da testemunha quando ela não conhece a língua nacional, disposto no artigo 223 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011):

Art. 223: Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas.

§único – Tratando-se de mudo, surdo ou surdo-mudo, proceder-se-á na conformidade do art. 192.

Barros (2002, p. 196-197) retrata as disposições contidas no artigo 192 do Código de Processo Penal:

[...] se o depoente for mudo, as perguntas orais deverão ser respondidas por escrito, desde que não se trate de analfabeto, hipótese em que intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso de dizer a verdade, pessoa habilitada a entendê-lo; se o depoente for surdo, as perguntas devem ser feitas por escrito, às quais ele responderá oralmente; e se a testemunha for surdo-mudo, as perguntas serão formuladas por escrito e na mesma forma dar-se-ão as respostas.

Cabe ressaltar o artigo 220 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) o qual afirma que “as pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem”.

Por outro lado, Dezem (2008, p. 236) aduz que “por judicialidade, entende-se que a prova testemunhal é aquela colhida em juízo, sob o crivo do contraditório na presença dos sujeitos do processo”.

Dezem (2008, p. 237) também explicita acerca da objetividade e da retrospectividade:

Por objetividade entende-se a situação que se caracteriza pela impossibilidade de a testemunha se manifestar sobre suas apreciações pessoais, mas unicamente e, de forma precisa, sobre os fatos que lhe forem perguntados, salvo quando as impressões pessoais forem inseparáveis da narrativa do fato. Por fim, por retrospectividade entende-se que a testemunha deve depor sobre fatos passados, não lhe cabendo tecer considerações sobre eventos futuros e hipotéticos. Aliás, esta é a idéia da prova testemunhal, que busca reconstruir o quanto afirmado pelas partes.

Capez (2006, p. 337) ainda traz outras duas características, as quais seriam a imediação, onde “a testemunha deve dizer aquilo que captou imediatamente através dos sentidos”, e a individualidade, pois “cada testemunha presta seu depoimento isolada da outra”.

Assim, principalmente as quatro características das testemunhas acima citadas, quais sejam, a oralidade, a judicialidade, a objetividade e a retrospectividade, devem ser observadas para que o depoimento da testemunha obtenha mais credibilidade.

3.7.1.4 Da Produção da Prova Testemunhal

O artigo 202 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) aduz que “toda pessoa poderá ser testemunha”. Portanto, não há, em princípio, “limitações acerca da idade, da capacidade civil e de outras qualidades que impeçam alguém de servir como testemunha no processo penal”. (BONFIM, 2009, p. 353).

Na produção da prova testemunhal, as testemunhas possuem obrigações e também direitos, como bem demonstra o doutrinador Bonfim (2009, p. 350-351):

As testemunhas têm três obrigações: a) de comparecer [...]; b) de prestar compromisso (art. 203 do CPP) e c) de prestar o testemunho do que sabem, ou seja, não podem omitir e não podem mentir [...]. Têm as testemunhas, por outro lado, três direitos: a) o direito a expor completa e coerentemente tudo o que sabem sobre o fato objeto do processo ou a respeito do qual foram chamadas a depor; b) o direito a um tratamento leal e respeitador do devido processo legal; c) o direito à compensação do dia trabalhado, conforme determinado na lei.

O artigo 203 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) aduz quanto ao compromisso prestado pela testemunha:

Art. 203: A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Ainda, o artigo 205 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) traz a hipótese de dúvida acerca da identidade da testemunha, aduzindo que “Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo”.

Assim, quanto à obrigatoriedade do testemunho, define o artigo 206 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011):

Art. 206: A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

A doutrina, ainda, entende que no artigo acima citado inclui-se também “a pessoa que viva em união estável com o réu”. (NUCCI, 2009, p. 101).

Além disso, é importante ressaltar que “os laços de parentesco e afinidade devem ser constatados no momento do depoimento e não na data do fato criminoso”. (NUCCI, 2009, p. 102).

Por conseguinte, o artigo 208 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) elenca as pessoas que não prestam o compromisso de dizer a verdade, trazendo em seu bojo a redação de que “Não se deferirá o compromisso a que alude

o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”.

Explica o doutrinador Lima (2008, p. 168):

[...] apesar de, em princípio, todas as pessoas poderem ser testemunhas no processo penal, deve-se ter em conta que aquelas pessoas debilitadas, por problemas de saúde ou senectude, os deficientes mentais e as crianças (menores de 14 anos), por razões evidentes, não têm em seus testemunhos a força probatória devida, daí não prestarem compromisso, ou seja, são ouvidos apenas como informantes. Ora, a pessoa doente ou de idade avançada não possui a mesma percepção da realidade que as pessoas sãs ou mais jovens, tendo a memória e a expressão afetadas. O doente mental, por outro lado, é dado a devaneios e fantasias próprias de sua doença.

O mesmo autor faz uma ressalva:

Quanto ao testemunho infantil, em vista da imaturidade da criança, influenciável psicológica e moralmente, sendo ainda o infante tendente à imaginação fértil e a inocentes mentiras, deve ser visto com a necessária e prudente reserva. (LIMA, 2008, p. 169).

Por conseguinte, a vítima também não presta o compromisso legal de dizer a verdade. (AQUINO, 1995, p. 103).

Em contrapartida, o artigo 207 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) traz o rol daqueles que estão proibidos de depor, possuindo a seguinte redação: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Para uma melhor compreensão, Lima (2008, p. 167-168) entende necessário relatar alguns conceitos:

Função é o exercício de uma atividade por força de lei, decisão judicial ou convenção (funcionário público, tutor etc.); ministério é a atividade decorrente de condição individual, mormente ligada à religião (padre, irmã de caridade, pastor protestante etc.); ofício é atividade de prestar serviços manuais (eletricista, bombeiro, relojoeiro); profissão é qualquer atividade desenvolvida com fim de lucro (engenheiro, médico, advogado etc).

Do artigo 209 ao artigo 223 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) são realizadas referências à produção da prova testemunhal e é estabelecida a ordem processual a ser seguida.

O artigo 209 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) traz a possibilidade de o juiz ouvir outras testemunhas não arroladas pelas partes.

Art. 209: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§1º - Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§2º - Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

As testemunhas, durante a audiência de instrução e julgamento, que para Amaral (2002, p. 108) “é o momento para se produzir a prova testemunhal”, são inquiridas isoladamente e diretamente pelas partes, sendo que o juiz as adverte do cometimento do crime de falso testemunho, e ainda não permite a expressão de suas opiniões, como estabelecem os artigos 210, 211, 212, e 213 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011):

Art. 210: As testemunhas serão inquiridas cada uma *per sí*, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

§Único – Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.

Art. 211: Se o juiz, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito.

§Único – Tendo o depoimento sido prestado em plenário de julgamento, o juiz, no caso de proferir decisão na audiência (art. 538, §2º), o tribunal (art. 561), ou o conselho de sentença, após a votação dos quesitos, poderão fazer apresentar imediatamente a testemunha à autoridade policial.

Art. 212: As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem a relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

§Único – Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Art. 213: O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2009, p. 154) lembram que a ordem de inquirição das testemunhas é:

As testemunhas arroladas pela acusação serão ouvidas antes das indicadas pelo acusado, ficando assim assegurada a plena defesa do réu que, tendo prévio conhecimento dos elementos que dispõe o Ministério Público para demonstrar a imputação, poderá melhor produzir a sua prova.

Cabe ressaltar, ainda, a importância do contido no artigo 214 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011), visto que trata da possibilidade de contraditar a testemunha:

Art. 214: Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

Contraditar a testemunha significa, portanto, “excluir uma testemunha proibida de depor”, enquanto que a arguição de suspeição “tem por finalidade retirar a credibilidade da testemunha que deporá, demonstrando a existência de circunstâncias ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé”. (BONFIM, 2009, p.355).

Por fim, o autor Amaral (2002, p.107) corrobora com o explicitado nos artigos acima citados e acrescenta que:

Os impedidos são os que têm vínculo de parentesco e afinidade em relação às partes, comprometendo a imparcialidade do depoimento. Já os suspeitos, incorrem no descrédito face a comportamentos, antecedentes, interesses, que levam a parte a desconfiar de sua imparcialidade por uma questão subjetiva.

Já dos artigos 215 ao 219 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011), há a previsão de algumas formalidades e também cuidados que o magistrado deve ter na colheita da prova testemunhal, bem como algumas medidas que podem ser tomadas para assegurar a produção adequada deste tipo de prova.

Art. 215: Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.

Art. 216: O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos.

Art. 217: Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

§único – A adoção de qualquer das medidas previstas no *caput* deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

Art. 218: Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública

Art. 219: O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

Ainda, a testemunha, diante de determinadas circunstâncias, pode ter o seu depoimento colhido antecipadamente, como prevê o artigo 225 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011):

Art. 225: Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

Por fim, a testemunha também possui uma obrigação perante o Juízo mesmo após prestar o seu depoimento, prevista no artigo 224 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011), o qual retrata que “As testemunhas comunicarão ao juiz, dentro de 1 (um) ano, qualquer mudança na residência, sujeitando-se, pela simples omissão, às penas do não comparecimento”.

Portanto, o Código de Processo Penal especifica como deve ser a produção da prova testemunhal na instrução processual, contudo a doutrina também esclarece determinados aspectos, inclui algumas conclusões e realiza questionamentos acerca de todo o exposto.

4. PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL

O tema prova emprestada está inserido na maioria das obras escritas no âmbito do processo penal, contudo são poucos os doutrinadores que se aprofundam no assunto, visto que, geralmente, os livros apenas trazem a definição deste tipo de prova.

4.1 Conceito de Prova Emprestada

Inicialmente, é necessário enfatizar que o tema prova emprestada “não possui disciplina no Código de Processo Penal. Trata-se, portanto, de prova inominada ou atípica”. (MACHADO; JUNQUEIRA; FULLER, 2008, p. 155).

O autor Capez (2006, p. 299) a conceitua como aquela que é “produzida em determinado processo e a ela destinada, depois transportada, por traslado, certidão ou qualquer outro meio autenticatório, para produzir efeito como prova em outro processo”.

Aquino e Nalini (2009, p. 230) reafirmam o acima exposto, fundamentando a posição de que “a cópia pura e simples há de ser desprezada, em virtude da facilidade de sua adulteração”.

Em outras palavras, Pedroso (2005, p. 147) conceitua a prova emprestada como sendo aquela que é “produzida em um processo, a outro se transporta para que nele sirva a alguma elucidação. Empréstase, assim, elemento instrutório de feito diverso para que sirva de prova no processo a que responde o réu”.

Este tipo de prova pode ser oriunda de qualquer meio de prova, como “o depoimento de uma testemunha, um laudo de exame de corpo de delito, um documento, a confissão do acusado, enfim, todo meio de prova”. (BONFIM, 2009, p. 310).

Diante do exposto, é perceptível que a denominada prova emprestada possui divergências quanto à possibilidade de sua utilização.

4.2 Requisitos de Admissibilidade da Prova Emprestada

A maior parte da doutrina entende que para a admissão da prova emprestada faz-se necessária a observação de alguns requisitos.

O principal deles seria a “necessidade de a parte por ela atingida ter participado do processo primitivo (em que a prova foi originalmente produzida), com possibilidade de exercer as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV)”. (MACHADO; JUNQUEIRA; FULLER, 2008, p. 156).

Ou seja, este requisito sustenta que a prova emprestada deve “ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, ao menos, em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova”. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2009, p. 117).

E explica:

Isso porque o princípio constitucional do contraditório exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. Em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2009, p. 117).

Os mesmos doutrinadores apresentam um segundo requisito que entendem que deve ser considerado, o princípio do juiz natural, que está inserido no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal (BRASIL, 2011):

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Observado este princípio, salienta-se que:

[...] para o transporte puro e simples de uma prova, de um processo para o outro, seria necessário que o contraditório no processo originário tivesse sido instituído pelo 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). (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2009, p. 118).

Todavia, Rangel (2007, p. 424-425) inclui ainda mais dois requisitos para a prova emprestada, sendo eles: a exigência de que tenham sido observadas, no processo anterior, as formalidades previstas em lei durante a produção da prova e a necessidade de que o fato probando seja o mesmo.

O primeiro requisito retrata que “se a lei exige determinados requisitos para que um determinado ato seja praticado, há que se cumprir o mandamento legal, sob pena de surgir atipicidade processual”. (RANGEL, 2007, p. 424-425).

No entanto, o segundo requisito caracteriza-se pelo fato de que o “objeto de prova deve ser idêntico tanto no processo onde a prova foi produzida quanto no processo para o qual será transferida, pois, do contrário, haverá cerceamento, seja de acusação ou de defesa”. (RANGEL, 2007, p. 425).

Rangel (2007, p. 425) exemplifica com sabedoria este requisito:

[...] durante a oitiva de uma testemunha no processo X (que apura um crime de homicídio imputado à Tício), a mesma depõe dizendo que no dia do fato viu Tício ao volante de um automóvel, marca Perereca, cor verde, com um bagageiro no teto. Tício, agora, responde pelo crime de receptação do automóvel marca Perereca, cor verde, que tem um bagageiro em cima do teto. O Ministério Público requer ao juiz o depoimento da testemunha do processo X para fazer prova da receptação, além de outros elementos de prova que possui. Nesse fato, o caso probando é o mesmo, ou seja, o objeto de prova é idêntico: Tício estava na posse de um carro marca Perereca, de cor verde, com um bagageiro no teto.

Ainda, Bedê Júnior e Senna (2009, p. 160) acrescentam um quinto requisito, que seria que a prova emprestada também deve observar “as formalidades legais da prova documental no segundo processo”.

Ressaltam os referidos autores que:

[...] a prova emprestada ingressa no segundo processo como forma documentada. Assim, objetivando resguardar o princípio do contraditório, entendemos que o referido ingresso deve observar os requisitos inerentes à prova documental, notadamente no que se refere à concessão de prazo para a parte contrária se manifestar acerca do documento juntado, o que de modo algum quer significar que referida prova tem natureza de prova documental. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 160-161).

Nesse diapasão, conclui-se que a admissibilidade da prova emprestada, para a maioria dos doutrinadores, depende de todos, ou pelo menos alguns, dos requisitos anteriormente mencionados.

4.3 Diferenças e Semelhanças com a Prova Emprestada no Âmbito Processual Civil

No processo penal, é comum coincidirem na íntegra todas as partes do processo, visto que, geralmente, o papel acusatório é realizado pelo Ministério Público. Apenas em ações penais privadas se verifica o oposto. (TALAMINI, 1998, p. 148).

Contudo, em ações cíveis, isto é dificilmente observado. Portanto, “haverá de se verificar se aquele a quem desfavorece a prova emprestada participou de ambos”. (TALAMINI, 1998, p. 148).

Outro ponto divergente entre os processos cíveis e os penais é que o processo de natureza cível “geralmente se satisfaz com a potencialidade de contraditório: basta que se dê às partes a oportunidade de participar”. (TALAMINI, 1998, p. 149).

Em contrapartida, em ação penal é necessário o efetivo contraditório, sendo a defesa técnica um direito indisponível ao acusado, e se, esta não for garantida, não poderá ocorrer o traslado de prova emprestada para um segundo processo. (TALAMINI, 1998, p. 149).

No processo cível, diferentemente do penal que vigora a oitiva de testemunhas, a prova mais utilizada é a documental.

Nos termos do artigo 398 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011) “sempre que uma das partes requerer a juntada de documentos aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 05 (cinco) dias”.

Este é o fundamento que Talamini (1998, p. 153) cita para caracterizar a prova emprestada no âmbito civil, salientando ainda que “tendo sido o traslado determinado *ex officio*, ouvem-se ambas”.

Em ações penais, o autor Talamini (1998, p. 153) entende que, com a juntada da prova emprestada aos autos do segundo processo, o magistrado também deve dar ciência às partes.

Em consonância, o citado doutrinador explica que, tanto nas ações cíveis, quanto nos processos penais:

[...] não parecem acertadas as decisões que consideram desnecessária a abertura de vista à parte depois do empréstimo, sob o argumento de que ela já exercera o contraditório por ocasião da produção originária da prova. A parte tem o direito de se manifestar sobre a admissibilidade do empréstimo, sobre o valor que, concretamente, no segundo processo, a prova trasladada deve merecer – e assim por diante. Para tanto, tem de lhe ser dado conhecimento da juntada. (TALAMINI, 1998, p. 153).

Portanto, frise-se que há diferenças entre os processos penais e os cíveis, contudo, a essência da prova emprestada permanece a mesma e os requisitos de admissibilidade, para ambas, em regra, também são os mesmos.

4.4 Valoração da Prova Emprestada pelo Magistrado

Primeiramente, cabe explicar que a prova emprestada, apesar de ser transferida para o segundo processo sob a forma documental, tem o seu valor probatório igual àquele produzido no processo original, ou seja, “se for utilizada como prova emprestada um testemunho, seu valor será de prova testemunhal”. (DEZEM, 2008, p. 111).

Como explica Talamini (1998, p. 147), “ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, prova inferior ou ato extrajudicial”.

A formação do convencimento do juiz de direito depende de duas atividades, conforme leciona Aquino (1995, p. 59):

Num primeiro momento, o julgador conhece os fatos objeto de sua apreciação de uma maneira isolada, isto é, utilizando-se dos diversos meios probatórios; num segundo momento, ele começa a reconstruir mentalmente o fato passado, manipulando as peças como num jogo de quebra-cabeça, agora já conjugando e relacionando entre si os meios probatórios coligidos,

de molde a aceitar uns em detrimento de outros, buscando uma conclusão final.

Greco Filho (1999, p. 213-214), ainda, aduz quanto à valoração das provas pelo magistrado:

Ao juiz cabe atribuí-lhes o valor que merecem, daí decidindo sobre a procedência ou improcedência do pedido. Por mais complexa que seja a norma jurídica a ser aplicada, ou por mais complexa que seja a situação de fato, não pode o juiz declinar da jurisdição. O juiz deve avaliar as provas e julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando o direito ao caso concreto.

A doutrina elenca, principalmente, três sistemas de apreciação e valoração da prova pelo magistrado, sendo eles: o sistema da prova legal ou tarifado, o sistema da livre apreciação ou convicção íntima e o sistema da persuasão racional ou livre convencimento. (GRECO FILHO, 1999, p. 214).

Este tipo de sistema nada mais é do que “o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo”. (RANGEL, 2007, p. 441).

Cabe ressaltar que um dos primeiros sistemas existentes foi o ordálio, no qual “o juiz, na verdade, não valorava a prova, apenas constatava o seu resultado. Houve época em que o réu era obrigado a cruzar sobre brasa e, no final, se queimasse os pés era culpado; do contrário não”. (GOMES, 2005, p. 185).

Por outro lado, Feitoza (2010, p. 748) explicita que o sistema da convicção íntima do juiz é aquele em que o magistrado:

[...] pode julgar com a prova dos autos, sem a prova dos autos e, até, contra a prova dos autos. Além disso, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levam a proferir determinada decisão, podendo, inclusive, valer-se de conhecimento particular a respeito do caso, abandonando toda a prova dos autos.

Nos dias atuais, esse sistema ainda vigora no julgamento do Tribunal do Júri, “onde os jurados não fundamentam suas decisões (veredictos) e podem decidir contra a prova dos autos”. (FEITOZA, 2010. P. 748).

Em contrapartida, o sistema da prova legal surgiu para se contrapor ao modelo da convicção íntima do juiz, como afirma o doutrinador Rangel (2007, p. 444):

O sistema da íntima convicção deixava o réu ao arbítrio do julgador e necessário se fez vir aos poucos temperando esse arbítrio, impondo-se ao juiz a observância de certos preceitos legais, diminuindo, assim, a sua discricionariedade. O juiz deveria observar o que dizia a lei e não mais agir movido por impulsos pessoais, decidindo como bem quisesse. Passou-se, assim, a adotar o sistema das provas legais.

Assim, este sistema consiste em:

[...] a lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância. Não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores imposto pela lei. [...] Somente vigora como exceção, em hipóteses como, por exemplo, as dos arts. 158 (quando a infração deixar vestígios, nem a confissão do acusado supre a falta de exame de corpo de delito, estando o juiz limitado à prova pericial), 155 (estado de pessoas somente se prova mediante certidão, não se admitindo a prova testemunhal) e 406, § 2º (proibição de juntada de documento), todos do CPP. (CAPEZ, 2006, p. 310-311).

É desse sistema que se origina a idéia de “*testis unus, testis nullus*”, pelo qual o depoimento de uma só testemunha, por mais detalhado e verossímil que seja, não tem qualquer valor. (CAPEZ, 2006, p. 311).

A partir deste meio de valorização da prova pelo magistrado, surge o sistema do livre convencimento, já que:

[...] descobriu-se que este sistema coarctava o juiz na busca da verdade processual, não o deixando decidir contra aquilo que estava nítido ser errado. Pois, se o réu, por exemplo, confessasse a prática do crime, mas prova testemunhal idônea demonstrasse que aquela confissão era pra proteger determinada pessoa, o juiz nada poderia fazer a não ser, confessada a infração, condenar o réu. Ou seja, o sistema da certeza legal acabava por impedir que a verdade processual viesse à tona ou, se viesse, ficasse distorcida. O legislador, percebendo seu erro em preestabelecer valor para os meios de prova, impondo ao juiz um critério de avaliação em que não lhe dava liberdade para decidir de forma contrária ao que estava patente ser errado, procurou um novo sistema em que se reunisse o da íntima convicção e o da certeza legal. Surge, assim, o do livre convencimento. (RANGEL, 2007, p. 446).

Por fim, o sistema do livre convencimento ou também denominado da persuasão racional é o adotado nos dias atuais pelo Código de Processo Penal (BRASIL, 2011), estando inserido em seu artigo 155, *in verbis*:

Art. 155: 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.
§único – Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Cabe ressaltar que o referido artigo teve sua redação alterada pela Lei 11.690/2008.

Por conseguinte, este sistema:

[...] ao mesmo tempo que mantém a liberdade de apreciação, vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão de modo a se poder aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento. Este sistema, em primeiro lugar, dá à lei a liberdade de apreciação, ou seja, as provas não têm predeterminado nem peso legal. Cada circunstância de fato será apreciada no contexto das demais provas e pode valer mais ou menos segundo o entendimento não preordenado do juiz. Em segundo lugar, porém, limita a lei esse convencimento e a apreciação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, segundo o princípio *id quod non est in actis non est in mundus* (o que não está nos autos não existe). Consagra-se, aí, o princípio da verdade formal, ou seja, o juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real). (GRECO FILHO, 1999, p. 214-215).

Assim, observa-se que os sistemas apresentados foram se adequando à época em que a sociedade estava vivenciando e também à realidade da aplicação da teoria na prática processual, para que o julgamento proferido pelo magistrado se aproximasse cada vez mais da verdade dos fatos.

4.5 Eficácia da Prova Emprestada no Processo Penal para a Condenação do Acusado

Conforme exposto no item anterior, o magistrado, ao julgar o processo pelo sistema de valoração da prova adotado atualmente pelo Código de Processo Penal, deve considerar, geralmente, que todas as provas possuem o mesmo valor. (FEITOZA, 2010, p. 748).

Ademais, preceitua Tourinho Filho (2010, p. 522) que “não há hierarquização nas provas” e faz referência à análise realizada pelo juiz:

Se é certo ficar ele adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade real. Está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se do seu conteúdo.

Ainda, é importante destacar que os depoimentos de testemunhas são fundamentais para o magistrado formar o seu livre convencimento e, assim, proferir sentença que considera que seja justa ao caso concreto. (NUCCI, 2009, p. 98).

Acredita Aquino (1995, p. 116) que:

[...] ideal seria que o magistrado, ao final de cada inquirição, em breve relatório, manifestasse sua opinião subjetiva a respeito do testemunho colhido. Tal medida facilitaria o trabalho de seu colega julgador. Nesse contexto, quanto mais completa for a colheita do testemunho, mais amplo será o exame da prova por parte do julgador. Outra solução recomendável seria a adoção de gravadores de som para a colheita e melhor conservação do meio probatório em estudo. [...] Do mesmo modo, os juízes de segundo grau de jurisdição, ao conhecerem os recursos, teriam também condição, ouvindo a fita magnética, de fazer uma correta crítica do testemunho.

Cabe ressaltar, ainda, que o que se transporta de um processo para o outro são apenas “as peças que documentaram a produção probatória”. Portanto, a sentença proferida em ambos os processos, não necessariamente, será a mesma. Ademais, “pode-se até emprestar prova de processo que ainda nem se encerrou”. (TALAMINI, 1998, p. 156).

Em determinadas situações, porém, surgem algumas controvérsias sobre a eficácia da prova testemunhal produzida.

O maior exemplo é quando ocorre a cisão de um processo penal. Geralmente, isso é motivado pelos autos possuírem mais de um réu e encontrarem-se em fases processuais distintas. Como as testemunhas de acusação são as mesmas em ambos os processos, em tese, poderia-se utilizar a prova emprestada.

Esta cisão é permitida em observância ao artigo 80 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011):

Art. 80: Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Grande parte da doutrina sustenta a idéia de que a prova emprestada, para ser utilizada em um segundo processo e possuir eficácia plena, deverá, obrigatoriamente, respeitar os requisitos de admissibilidade já explanados no item 2.2.

Barros (2002, p. 42) acredita que os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser sempre respeitados, pois:

[...] a intenção do legislador é a de assegurar ao juiz e às partes os meios necessários que permitam reproduzir a verdade no processo criminal. No que está absolutamente certo, pois a verdade, que tanto se busca como fundamento da decisão, somente poderá sobressair do bojo do processo se este contiver um diálogo *inter partes*.

Nucci (2008, p. 343) tem o seguinte posicionamento:

O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida. Ex.: o depoimento de uma testemunha pode ser extraído de um feito e juntado em outro, mas se torna indispensável saber se se tratavam das mesmas partes envolvidas, pois, do contrário, deve a testemunha ser novamente inquirida, permitindo-se que a parte ausente promova as suas reperguntas.

Tourinho Filho (2010, p. 511) também entende que “o valor probatório dessa “prova emprestada” fica condicionado à sua passagem pelo crivo do contraditório, do contrário ela se torna ilícita, já que obtida com violação de princípios constitucionais”.

O mesmo entendimento possui Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2009, p. 118), aduzindo que se esta prova for “indevidamente transportada para um segundo processo, em violação ao princípio do contraditório, configurará prova ilícita, sujeita às correlatas conseqüências processuais”.

A prova ilícita ocorre quando há vedação em decorrência de a mesma ter sido produzida em contrário às normas de direito material, ferindo princípio constitucional. Difere desta a prova ilícita por derivação, a qual a prova em si é lícita, porém foi produzida com base em um fato ilícito, bem como a prova ilegítima, que é aquela que afronta a uma norma de cunho processual. Todavia, estes três tipos de

prova, em regra, não são admitidos no processo penal. (CAPEZ, 2006, p. 285-286; 304).

Tal afirmação é consubstanciada no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (BRASIL, 2011):

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Assim, verificada a presença de prova ilícita “no momento de sua aquisição para o processo, o juiz não pode aceitá-la, devendo indeferir sua produção ou rejeitar a aquisição, pois esta será uma prova inadmissível”. (LIMA, 2008, p. 84).

Contudo, “caso tal ilicitude venha a ser constatada após a prova já estar incorporada ao processo, o juiz não poderá levá-la em conta ao formar seu convencimento, devendo excluí-la do processo, dando-se o desentranhamento”. (LIMA, 2008, p. 84-85).

Conclui Rangel (2007, p. 425) que isto:

[...] acarretará a nulidade absoluta do processo a partir do seu ingresso, autorizando a cassação da sentença pelo Tribunal em eventual recurso de apelação da defesa. Ou, se já houver o trânsito em julgado da sentença, a impetração de *Habeas Corpus* por ser o processo manifestamente nulo.

Contudo, Amaral (2002, p. 69) defende a idéia de que “fica a critério do juiz considerá-la válida ou carecedora de relevância para seu convencimento”.

Cabe ressaltar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que, em se tratando de crimes de competência do Tribunal do Júri, são os jurados que detêm legitimidade para analisar a validade e a admissão da prova emprestada. (DEZEM, 2008, p. 112).

Nesse norte, outros doutrinadores entendem que este tipo de prova pode ser aceito e analisado pelo juiz, porém com alguns cuidados, visto que “embora atenda aos reclamos da economia processual, deve ser encarada com reserva pelo juiz, pois não foi produzida sob o crivo do contraditório do processo que a tomou por empréstimo”. (CAPEZ, 2006, p. 361).

O próprio Supremo Tribunal Federal já considerou que é admissível a prova emprestada que desrespeitar o princípio do contraditório, contudo esta possui valor precário. (CAPEZ, 2006, p. 361).

Rangel (2007, p. 424) acredita que, se não respeitados os requisitos para a se obter a eficácia plena da prova emprestada, esta servirá somente como um indício.

O referido autor tem o seguinte posicionamento:

[...] se a prova emprestada sem um dos requisitos acima foi a única em que se fundou a condenação do réu, o Tribunal, em eventual recurso defensivo, deverá desconsiderá-la e, diante da ausência de provas, [...] absolver o réu, reformando a sentença em vez de cassá-la. Os princípios do *favor rei*, da economia processual e da celeridade devem ser chamados à colação para sustentar tal decisão. (RANGEL, 2007, p. 425).

Já escreveu Pedroso (2005, p. 148) sobre o tema:

Se o réu não participou na produção do elemento instrutório que se empresta, deixando dessa maneira de exercer seu direito de contrariedade, essa prova terá valor precário ou de simples adminículo. Vale dizer: sozinha, não encontrará ensanchas para respaldar um decreto de preceito condenatório, porque não foi colhida sobre o crivo do contraditório; complementada e corroborada, contudo, por outros elementos da instrução, poderá servir de orientação ao Magistrado para a formação de seu livre convencimento.

Ademais, Tucci (2004, p. 198) relata que:

[...] infringindo um dos mais importantes reclamos do processo moderno, qual seja o da celeridade na prestação jurisdicional, importará, inequivocamente, em afronta ao *due processo of law*, especificado na garantia conferida ao imputado, de término do procedimento penal em prazo razoável.

Bedê Júnior e Senna (2009, p. 157) ainda salientam que “a prova produzida em determinado processo, por se referir ao mesmo fato, poderá ser transportada para outro processo, por questão de economia processual”.

Ato contínuo, os referido doutrinadores aduzem que:

O primeiro fundamento para admissibilidade da prova emprestada reside no princípio da economia processual, princípio esse que, como se sabe, configura um dos princípios informativos do direito processual (civil e penal), destinado à produção do melhor resultado possível com o menor dispêndio

de recursos. Realmente, se é possível a prática de um menor número de atos processuais com a mesma eficiência e desde que respeitado o direito das partes, não há razão para não se admitir a validade da prova emprestada, sendo inequívoco que sua utilização também contribui para minorar as conseqüências deletérias da morosidade para a prestação da tutela jurisdicional, atualmente um dos principais obstáculos para o acesso à Justiça. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 157).

Talamini (1998, p. 159) também ressalta a importância dos princípios da celeridade e da economia processual:

A função primeira e imediata do empréstimo da prova é a economia processual. Busca evitar a repetição desnecessária de atos a fim de que, com menor dispêndio de tempo e recursos materiais, o processo seja mais acessível a todos (é a aplicação do célebre “princípio econômico”, formativo do processo).

Também há doutrinadores que fundamentam a utilização da prova emprestada no princípio da comunhão das provas com o objetivo de alcançar a verdade processual. Estes afirmam que:

De fato, se a prova, uma vez produzida, pertence ao processo e não às partes, não há motivo para não admitir a conveniência da prova emprestada na busca da verdade. Com efeito, ainda que diversas as naturezas e as conseqüências materiais e processuais nas quais o fato se veja discutido, o objetivo do Poder Judiciário sempre será a composição do conflito de forma justa, o que pressupõe a maior proximidade possível da verdade fática. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 157).

Portanto, há doutrinadores que acreditam que tal prova é admissível no processo desmembrado em respeito ao princípio, também constitucional, da celeridade processual, porém, o depoimento da testemunha trasladado não terá a mesma eficácia jurídica e não poderá servir como única fundamentação para uma condenação.

Assim, afirma Pedroso que, “coloca-se a questão exatamente a respeito do valor que tal prova pode apresentar para esteio de uma condenação”. (2005, p. 147).

Em regra, o depoimento de apenas uma testemunha pode servir como única prova para uma condenação, como explicita o autor Paiva (2004, p. 262):

Um testemunho, embora isolado, pode apresentar um caráter saliente de verdade, do qual aliás podem carecer testemunhos numerosos, mas suspeitos. É certo que a verdade de um único testemunho não pode ser contrastada, e desde o momento em que se levanta uma sombra de suspeita contra ele, justo é repeli-lo. Mas, se a testemunha se apresenta a depor por um modo simples, claro, formal, em ordem a excluir a possibilidade de um erro voluntário, se o seu depoimento tem o cunho de toda a sinceridade (1) o juiz não pode deixar de prestar a esse depoimento singular o grau de credibilidade e de confiança, que as qualidade e antecedentes da testemunha devem inspirar (2).

Também trata Lima (2008, p. 163) que “pelo princípio do livre convencimento motivado, um só testemunho pode embasar o decreto condenatório, desde que mereça credibilidade”.

Os doutrinadores Morais e Lopes (1994, p. 45), aduzem que se as provas emprestadas “se harmonizarem com o conjunto probatório [...], nenhuma razão séria existe para desprezar”.

Nesse diapasão, portanto, há doutrinadores que comparam a prova emprestada com a prova colhida pela autoridade policial.

Morais e Lopes (1994, p. 51) explicitam que o inquérito policial é um “procedimento investigatório de caráter inquisitivo – em que a autoridade procura colher provas do fato e da autoria da infração penal”.

E continuam os referidos autores salientando que “não vige, no inquérito policial, o princípio do contraditório, porque não há razão para se assegurar o direito de defesa a quem ainda não foi formalmente acusado”. (MORAIS; LOPES, 1994, p. 51).

Capez (2006, p. 310) é um dos doutrinadores que afirma que “não se admite prova emprestada quando transplantada de inquérito policial, uma vez que é pressuposto básico que ela se tenha produzido originariamente perante as mesmas partes e sob o crivo do contraditório”.

Corroboram com o já exposto, os autores Morais e Lopes (1994, p. 45), que aduzem que “de um modo geral, as provas do inquérito policial não justificam, por si, a imposição de uma condenação, por inobservância do princípio do contraditório”.

Por outro lado, quando trata-se da utilização de provas não repetíveis, como é o caso, por exemplo, dos laudos periciais, Bedê Júnior e Senna (2009, p. 157) acreditam ser “perfeitamente viável a utilização de prova emprestada produzida

em inquérito civil ou policial, obviamente conservando o mesmo valor que porventura tenha tido no procedimento”.

Bedê Júnior e Senna (2009, p. 157-158), ainda, salientam que:

[...] para preservar o direito das partes de provar suas alegações, deve ser permitida a prova emprestada quando se verificar que sua repetição já não é mais possível ou é excessivamente onerosa e custosa, uma vez que somente dessa forma se estará velando pelo direito constitucional à prova.

Também existem autores que fazem uma comparação da prova produzida através de carta precatória.

O artigo 222 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011) estatui acerca da carta precatória e também da carta rogatória:

Art. 222: A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória com prazo razoável, intimadas as partes.

§1º - A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§2º - Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§3º - Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Art. 222-A: As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos do envio.

§único- Aplica-se às cartas rogatórias o disposto nos §§1º e 2º do art. 222 deste Código.

Cabe ressaltar que o artigo 222, §3º, do Código de Processo Penal, acima citado, traz em seu texto que a presença do defensor é permitida, e não obrigatória, o que também acarreta em divergências doutrinárias, porém, estas não fazem parte do presente estudo.

Ademais, quanto à oitiva de testemunhas mediante carta precatória, Bonfim (2009, p. 356) aduz que “a intimação das partes acerca da expedição da carta precatória, entretanto, supre a necessidade de intimação determinando data e horário para o comparecimento das partes perante o juízo deprecado”.

Por conseguinte, esta afirmação está consolidada através da Súmula 273 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2011), que expressa que “intimada a

defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”.

Assim, “devem os interessados acompanhar, no juízo deprecado, o dia de realização do ato, caso queiram estar presentes”, sendo que “a presença do réu somente é necessária na audiência de instrução e julgamento”. (NUCCI, 2009, p. 113-114).

Contudo, entende Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2009, p. 150) que:

Apesar de não ser exigência legal, melhor atende ao direito de defesa que o réu e defensor sejam cientificados sobre a data designada para a audiência na comarca deprecada. Havendo réu preso, deve ser requisitado. Se ausente o defensor constituído, deve ser nomeado defensor para o ato.

Portanto, conclui-se que o dispositivo da carta precatória é muito utilizado atualmente, pois:

Em muitos casos as testemunhas a serem ouvidas, ou as coisas a serem objeto de perícia, se encontram fora da comarca na qual tramita o processo. Não sendo razoável exigir-se da testemunha o seu deslocamento até a sede do Juízo, e parecendo, ainda, menos sensato que o juiz viaje para colher a prova testemunhal em outra comarca, a solução adotada pela lei é a colheita dessa prova por meio de carta precatória. Nessa hipótese, o juiz do feito requisita ao seu colega da comarca da residência da testemunha, ou em que se encontre a coisa a ser periciada, a prática do ato respectivo de instrução. (MORAIS; LOPES, 1994, p. 38).

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2009, p. 154) salientam ainda que é admitida:

[...] desde que ressalvado o contraditório, eventual inversão quando, expedida carta precatória para ouvir testemunha de acusação, a não-suspensão do processo ocasione a inquirição de testemunha da defesa antes da realização da audiência na comarca deprecada.

Ato contínuo, em se tratando de carta rogatória, Talamini (1998, p. 152) acredita que “é igualmente inviável o empréstimo de prova produzida no exterior”.

Porém, o autor faz uma ressalva:

Todavia, em todos aqueles casos em que a prova não tenha como ser realizada no Brasil, torna-se admissível seu traslado de processo já desenvolvido em outro Estado (por exemplo: a ouvida de testemunhas no exterior) [...] Afinal, a exigência de que as provas se produzam frente à

jurisdição brasileira tem seu limite na própria possibilidade de tal produção. Daí por que, não se põe em dúvida a legitimidade da carta rogatória. Conseqüentemente, a economia processual autoriza que, presentes os demais requisitos, empreste-se a prova já produzida no exterior, em vez de se expedir carta rogatória para a repetição do ato. (TALAMINI, 1998, p. 152).

Conseqüentemente, isto acarreta em “exceção ao princípio geral de que ao juiz do processo cabe presidir à produção de todas as provas”, ou seja, “está derogando o princípio de que a prova deve ser produzida perante o juiz do processo”. (MORAIS; LOPES, 1994, p. 38; 44).

Todavia, “há diversas hipóteses em que a oralidade não prevalece – sem que, por isso, verifique-se afronta ao sistema de garantias constitucionais do processo”. (TALAMINI, 1998, p. 150).

Nesse diapasão, o doutrinador Capez (2006, p. 362) entende que “a eficácia da prova emprestada, de natureza oral, equivale à da produzida mediante precatória”.

Embora a prova emprestada represente uma diminuição na oralidade, outros valores autorizam a sua aplicação. (TALAMINI, 1998, p. 150).

Na prática, a prova emprestada é vista por alguns profissionais como algo que, dependendo de quem ela favoreça, pode ser perfeitamente válida, respeitando ou não os requisitos de admissibilidade, ou totalmente inaceitável.

O defensor do réu no processo penal atua, ou deveria atuar, sempre em favor de seu cliente. Contudo, diversos são os artifícios utilizados para garantir o menor prejuízo possível ao acusado.

Quanto ao tema da prova emprestada, alguns advogados fazem uso dos princípios constitucionais, principalmente da ampla defesa e do contraditório, a fim de obter um resultado mais benéfico ao réu.

Outros, em contrapartida, se utilizam de artimanhas para conseguir obter esta vantagem. O meio mais comum presenciado, no que diz respeito à prova emprestada, é o defensor do acusado não aceitá-la com o intuito de alcançar dois objetivos. O primeiro é atrasar o processo, tentando ocasionar a prescrição dos autos, e, conseqüentemente, ser declarada extinta a punibilidade do réu. Já o segundo seria a hipótese do defensor requerer a produção da prova testemunhal novamente, visto que decorreu um maior lapso temporal entre os fatos e o dia que a testemunha será inquirida, possuindo, assim, maiores probabilidades de a

testemunha não se recordar, com os detalhes necessários, dos fatos ocorridos e o réu ser absolvido.

Barros (2002, p. 199) retrata que:

Vários são os aspectos que influenciam negativamente a colheita da prova oral. O mais comum condiz com o transcurso do tempo operando como fator de enfraquecimento da memória, da qual pouco a pouco vão se apagando os detalhes que caracterizam o fato delituoso.

Também conclui Aquino (1995, p. 115) que “muitas vezes, devido ao lapso temporal ocorrido entre o investigatório e o chamamento judicial, as testemunhas mudaram de endereço e, conseqüentemente, não são encontradas”.

Ademais, “a capacidade que temos de conservar um fato está muito ligada, ou melhor, condicionada, à maneira de ser do indivíduo, suas tendências, como também a alterações que decorrem do tempo”. (AQUINO, 1995, p. 42).

E assim, “quanto maior for o lapso temporal decorrido entre o acontecimento e o depoimento, menos atendível tornar-se-á o valor do testemunho”. (AQUINO, 1995, p. 42).

Ante todo o exposto, conclui Lima (2008, p. 72) que:

[...] a chamada prova emprestada (produzida em outros autos e trazida para certo processo) não pode gerar qualquer efeito contra a parte que não participou de sua produção, *v. g.*, se houver desmembramento de um processo, a prova anterior deverá ser repetida na presença da parte que teve o processo desmembrado.

Acerca do conflito entre os princípios constitucionais referentes à prova emprestada, Bedê Júnior e Senna (2009, p. 197) se posicionam no sentido de que não é possível afirmar que “tal solução conflita com o princípio da duração razoável do processo, haja vista que esse [...] deverá ceder espaço para o princípio da ampla defesa”.

Por fim, Talamini (1998, p. 160-161) resume as divergências existentes com relação à prova emprestada no processo penal:

A tese ora criticada pura e simplesmente torna utilizável prova inconstitucional: a afirmação de que ela pode ser utilizada como indício é apenas um primeiro passo; passo seguinte e inevitável é o reconhecimento de que, em face do livre convencimento, também tal “indício” pode embasar a decisão do juiz. Daí que o resultado final será o aproveitamento dessa

prova, como outra qualquer. Nem se diga que, em tais casos, a prova inconstitucional serviria apenas para “corroborar” outros elementos probatórios, pois de duas uma: ou bem esses elementos probatórios por si só já bastariam (e então a prova inconstitucional seria até dispensável, não havendo razão para permanecer nos autos); ou tais elementos seriam insuficientes e precisamente a prova inconstitucional é que faria a diferença (ou seja, estaria sendo aproveitada como elemento decisivo – em frontal colisão com a determinação constitucional de inaproveitabilidade). Enfim, a manutenção da prova inconstitucional nos autos como “simples indício” acaba servindo de expediente para burlar a vedação ao seu emprego. Ocorre que, eventualmente, o empréstimo de prova não se destina apenas à economia processual. Há casos em que a prova é irrepetível ou, quando menos, sua repetição só se faria a um custo bastante alto e despropositado. A prova emprestada, então, assume função diversa e especial: evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil repetição. Seu fundamento passa a ser o próprio direito à prova – radicalmente ligado à ampla defesa e ao acesso à jurisdição: ou permite-se o translado ou priva-se a parte de provar sua razão. Em tais situações, não estando presentes os requisitos constitucionais de prova emprestada, surgirá conflito de valores igualmente fundamentais. Caso admitido o empréstimo, sairão sacrificadas as garantias que estão à base daqueles requisitos. Na hipótese contrária, o direito à prova e os que lhe servem de supedâneo é que sofrerão o prejuízo. A única solução concebível será a aplicação do princípio da proporcionalidade. Tais valores (e também os que estão em jogo nos próprios pólos da situação controvertida, objeto do processo) terão de ser ponderados de modo a se verificar quais entre eles são os mais “urgentes e fundamentais” no caso concreto. Por isso, não se descarta, em termos absolutos, a admissão da prova emprestada que não preencha os requisitos antes mencionados. Outras situações-limite semelhantes à ora exposta poderão surgir e a admissão do translado destinar-se-á a evitar resultados desarrazoados e desproporcionais. É sob essa ótica que, em muitos casos, justificar-se-á o transporte de prova favorável ao acusado, mas que não preenche as condições iniciais de admissão. Também assim, a prova produzida em processo ou procedimento administrativo desfavorável à própria administração poderá ser aproveitada. É, em todas essas hipóteses, admitindo o empréstimo, caberá ao juiz, motivadamente, dar à prova o valor que, em concreto, ela mereça.

Portanto, apesar de todos os argumentos expostos no presente estudo, e mesmo o sistema adotado pelo magistrado sendo o do livre convencimento do juiz, geralmente, não há como saber, exatamente, qual o valor que ele atribuiu a cada prova, se considerou a prova emprestada como eficácia plena ou apenas como um indício.

5. CONCLUSÃO

No primeiro capítulo, verificou-se a importância da Constituição Federal no Código de Processo Penal brasileiro. Distinguiram-se regras e princípios e também apresentaram-se as soluções possíveis para a resolução de conflitos entre os princípios constitucionais. Ademais, ressaltaram-se os mais relevantes para o presente estudo, quais sejam, da ampla defesa, do contraditório e da celeridade, além do princípio da economia processual, todos amplamente aplicados no processo penal brasileiro.

Posteriormente, já no segundo capítulo, estudou-se a prova no processo penal de um modo geral, explicitando-se o conceito, o direito dos indivíduos à produção da prova, a quem pertence o ônus de provar, sua finalidade, os princípios relacionados, os elementos e os meios de prova realizados dentro do processo penal. Especificamente, analisou-se a prova testemunhal, dando-se ênfase ao depoimento prestado pela testemunha, às classificações e às características da mesma, além de narrar toda a produção deste tipo de prova.

E por último, no terceiro capítulo, foi realizada a análise da prova testemunhal emprestada, que atualmente é um tema que gera diversas discussões e debates. Estudou-se o conceito de prova emprestada no processo penal, os requisitos necessários para a sua admissibilidade, as semelhanças e diferenças existentes com o processo civil, os sistemas de valoração das provas utilizadas pelo magistrado e também a eficácia da mesma, que é o assunto que acarreta nas maiores divergências existentes.

Assim, ressaltou-se no presente estudo as controvérsias existentes, principalmente no que se refere à aplicação de um princípio e a inutilização de outro. Percebe-se, portanto, que há entendimentos contrários quanto ao tema, que é observado, geralmente, quando ocorre a cisão de um processo onde figuram mais de um réu e estão em diferentes fases processuais.

Nesse sentido, a maioria dos doutrinadores acredita que a prova emprestada só pode ser trasladada do processo originário para servir como prova em um segundo processo, se esta contiver os requisitos necessários para a sua admissibilidade, sendo o principal deles, a observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Se isto não ocorrer, defendem eles que a prova

emprestada será considerada ilícita, e, conseqüentemente, ocorrerá a nulidade do processo.

Já outros autores possuem entendimento diverso. Aduzem eles que a prova emprestada pode ser aceita e analisada pelo juiz em respeito aos princípios da celeridade e da economia processual, contudo devendo esta ser cuidadosamente aplicada.

Ainda, a prova emprestada é comparada à prova produzida através de carta precatória ou rogatória e inquérito policial, podendo esta servir como um indício para o convencimento do magistrado e não sendo utilizada como única prova existente para uma condenação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Vilma Aparecida do. **Prova testemunhal: depoimento on-line**. Curitiba: Juruá, 2002.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Richi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed., de acordo com as Leis 11.689/2008 e 11.719/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 maio 2011.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 maio 2011.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 maio 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas**. Atual. de acordo com as Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008. Campinas: Millennium, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, crítica e práxis**. 7. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.030/2009, 12.033/2009 e 12.037/2009. Niterói: Impetrus, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Penal**. V. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais: IELF, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. V. II. 3. ed. atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. **Da Prova Penal**. 2. ed. Campinas: Copola, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAIVA, José Navarro da Cunha. **Tratado Teórico e Prático das Provas no Processo Penal**. Campinas: Minelli, 2004.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.313/06 JECRIM, 11.340/06 violência doméstica, 11.343/06 drogas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

TALAMINI, Eduardo. Prova Emprestada no Processo Civil e Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 140, p. 145-162, out./dez. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/426>. Acesso em: 23/05/2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. V. I. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **A Prova no Processo Penal: conceito, ônus, valoração e classificação das provas no processo penal**. 2. ed. Santo André: Ledix, 2005.