

PARECER

Conforme consulta feita pela Comissão de Direito Criminal, da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, este é o parecer a respeito do tema “Prova Emprestada; escuta feita em uma ação pode gerar outras ações”.

A interceptação telefônica é a prova em questão e, para ser realizada lícitamente, precisa ser feita com ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei determina, para formar conjunto probatório em investigação criminal ou instrução processual penal.

A prova emprestada é aquela produzida em um processo, como parte do conjunto probatório, que vem a ser utilizada em outro processo distinto. Porém, a questão fundamental a ser tratada é sobre a legitimidade para a prova colhida (interceptação telefônica) embasar um novo processo.

A lei 9.296 de 1996 regulamenta o artigo 5º, inciso XII, parte final da Constituição Federal de 1988, ao tratar da interceptação telefônica autorizada por juiz com a finalidade de contribuir com investigação criminal ou instrução de processo penal, ou seja, a fase administrativa do inquérito policial e a judicial do processo penal. Contudo, a referida lei não aborda a questão da escuta telefônica como prova a servir de fundamento para outra ação penal, ou simplesmente como prova emprestada.

Assim, há uma diferença fundamental entre a prova emprestada, ou seja, “aquela que já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extraem peças para aplicá-la à causa em questão” (Bentham) e a prova colhida num processo que surge como ponto de partida de outra ação.

A interceptação telefônica, autorizada por juiz, como prova, tem plena legitimidade para ensejar outra ação. Ao se analisar o conteúdo da interceptação, se ficar evidente que as pessoas investigadas ou acusadas estão envolvidas em outra atividade ilícita, não há como

fazer vistas grossas a este fato. Por exemplo, na investigação sobre narcotráfico, a interceptação (sempre autorizada) revela que os mesmos sujeitos estão envolvidos no tráfico de pessoas. É perfeitamente legítimo que o conteúdo desta interceptação seja elemento essencial de nova investigação/ação. É preciso sempre respeitar os limites da ação em curso no caso de denúncia já aceita. Todavia, o início de outra investigação/ação não pode deixar de ser feita quando há fortes evidências de crime apuradas em interceptação telefônica de outro processo em curso.

Jurisprudência compatível:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova (STF Relator Ministro Cezar Peluzo, 20/06/2007).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. ANÁLISE DETIDA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO WRIT. DEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA APURAR A PRÁTICA DE OUTROS CRIMES, DIVERSOS DOS CONTIDOS NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONTEXTO DA OPERAÇÃO "ANACONDA". VIOLAÇÃO AO

DIREITO DE DEFESA PRELIMINAR PREVISTO PELA LEI Nº 8.038/90. IMPROCEDÊNCIA. CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADOS, EM RELAÇÃO AOS FATOS IMPUTADOS. ANÁLISE DA PRÁTICA DE OUTROS CRIMES NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO E DE DEFESA. DESENTRANHAMENTO DAS **PROVAS**. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Denúncia lastreada na transcrição de inúmeras conversas **telefônicas** legalmente interceptadas, entre o paciente e seu co-réu, bem como no resultado de uma diligência de busca e apreensão legitimamente autorizada, apontando o possível recebimento de vantagens indevidas pelo paciente, em razão de seu cargo. 2. Imputação do crime de corrupção passiva devidamente narrada, não havendo prejuízo para a realização plena do direito de defesa. Inépcia incorrente. 3. As alegações do impetrante referentes à atipicidade da conduta e ausência de justa causa remetem ao próprio mérito da ação penal de origem, devendo ser ali formuladas no momento processual adequado. 4. Impossibilidade do trancamento da ação penal, na hipótese, tendo em vista ser medida excepcionalíssima, somente autorizada, na via do habeas corpus, em caso de flagrante constrangimento. Jurisprudência pacífica. 5. Legalidade do deferimento de diligências requeridas no bojo da denúncia, para o fim de apurar a possível prática de outros crimes, além daqueles narrados na denúncia. Estreita ligação entre os fatos apurados na ação penal de origem e aqueles averiguados na "Operação Anaconda". Caso legítimo de "descoberta fortuita" em investigação criminal. Razoabilidade. 6. O deferimento de diligências para apurar outros fatos, diversos daqueles narrados na denúncia, não configurou violação ao procedimento do contraditório preambular previsto nos artigos 4º e 5º da Lei nº 8.038/90, pois a decisão impugnada determinou, textualmente, a notificação dos acusados para oferecer resposta preliminar aos termos da denúncia. 7. De todo modo, resta claro que os outros crimes não narrados na denúncia não poderão ser julgados na ação penal de origem, pois em relação aos mesmos não houve

qualquer acusação, nem pôde o paciente se defender na oportunidade que lhe foi oferecida. 8. Ordem parcialmente concedida, apenas para garantir o desentranhamento dos documentos destinados a provar fatos em tese criminosos diversos daqueles narrados na denúncia, podendo, contudo, servir de lastro probatório para o oferecimento de outra ação penal (STF Relator Ministro Gilmar Mendes, 27/02/2007)

Conclusão

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. "A prova jurídica traz consigo, inevitavelmente, seu caráter ético. No sentido etimológico do termo – *probatio* advém de *probus* que deu, em português, *prova* e *probo* –, *provar* significa não apenas constatação demonstrada de fato ocorrido – sentido objetivo–, mas também aprovar ou fazer aprovar– sentido subjetivo. Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos em sentido favorável (o que envolve questões de justiça, equidade, bem comum etc).

Desta maneira, observado o caráter ético e as diretrizes jurídicas da interceptação telefônica autorizada, há legitimidade para que sirva de fundamento a outra ação.

A busca da verdade real é o pilar da ação penal. Ao se constatar a evidência de crime diverso em interceptação telefônica, deve-se buscar a verdade real através de nova investigação/ação. Não há como se omitir diante de evidências, é necessário buscar a verdade real entendendo esta de maneira amplíssima.

SMJ

Dora Rocha Awad
advogada

São Paulo, 28 de outubro de 2008.

À

Comissão de Direito Criminal da OAB/SP

Att. Sr. Presidente da Comissão

Dr. Fernando José da Costa.

PIA 

Ref.: Parecer sobre o tema "Prova Emprestada; Grampo telefônico legal pode ser usado em outra ação".

Prezado Sr. Presidente,

Atendendo à sua solicitação, analisamos o tema abordado no sítio da internet denominado www.conjur.com.br, e no esteio do correto parecer ofertado pela Acadêmica de Direito, Dora Awad, e de forma complementar a este, tenho a expor, ponderar e concluir o quanto segue:

1. Da Consulta.

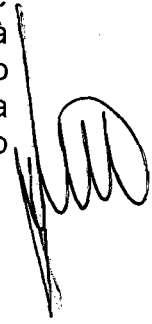
Em 12 de maio do ano corrente foi divulgado no portal Consultor Jurídico (www.conjur.com.br), decisão proveniente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo), dando conta que, da lavra do desembargador Messod Azulay Neto, foi conferido entendimento para garantir legitimidade às provas colhidas em outro processo, no qual, durante investigações e análise das interceptações telefônicas legalmente deferidas, outros delitos restaram apurados para novas e futuras investigações.

Segundo o desembargador Messod Azulay, esse direito não é absoluto e uma série de regras acerca da interceptação telefônica há que ser obedecida para que essa prova "subsidiária" possa – legalmente - embasar outro processo.

2. Da Resposta Sugerida

A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro, tornando "reutilizável" a atividade probatório anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram, bem como àqueles que a legitimaram como prova legal e bem constituída.

É fato, a prova emprestada ingressa no segundo processo sob a forma de "documento", e torna indispensável o transporte de todas as peças atinentes à atividade probatória objeto do empréstimo, ou de certidão com esse teor, posto que, somente assim, o segundo juiz do processo terá condições de verificar a presença dos requisitos de legitimidade da referida prova emprestada, tudo no sentido de evitar nulidades e valorá-la adequadamente.



A admissibilidade da prova emprestada somente poderá ser reconhecida de forma excepcionalíssima, e desde que ela seja reputada absolutamente legítima, não havendo se falar em prova emprestada oriunda de investigação eivada de ilegalidade, nulidades e abusos.

No escólio de Cândido Rangel Dinamarco, temos que:

"A eficácia da prova emprestada, até por sua excepcionalidade e atipicidade no sistema, sujeita-se a uma série de requisitos bastante rigorosos e ligados à observância do princípio do contraditório. Em primeiro lugar, é obviamente indispensável que já no processo de origem essa garantia haja sido observada. Exige-se também que naquele processo tenha estado presente, como parte, o adversário daquele que pretenda aproveitar a prova ali realizada – porque do contrário esse sujeito estaria suportando a eficácia de uma prova de cuja formação não participou.(...)"

O valor da prova emprestada mede-se, em tese, pela razão inversa da possibilidade de sua reprodução (Amaral Santos), o que implica reafirmar a excepcionalidade dos empréstimos de prova: só se deve importar a prova realizada em outro processo quando a nova produção da prova seja impossível ou particularmente difícil (inclusive, por depender de custos muito elevados)." (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol III, São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 98-99)

O professor Luiz Flávio Gomes tece os seguintes comentários acerca da prova emprestada:

"(...) Significa introduzir em um processo ("B") uma prova colhida em outro ("A"). Nessa esteira, trata-se do aproveitamento da atividade probatória, por meio de traslado dos seus elementos.

Vale lembrar que a prova emprestada, ao ser introduzida no segundo processo assume a natureza de prova documental, sem, contudo, perder o seu caráter jurídico originário, de forma a não valer como um simples documento, mas sim, com capacidade de assumir a mesma eficácia probatória que teria no processo em que produzida.

O principal fundamento para o empréstimo da prova é, sem dúvida, a economia processual. Seu escopo maior é impedir a repetição desnecessária de atos processuais. Muito se discute acerca da admissibilidade da prova emprestada. Não há que se falar na sua inconstitucionalidade quando atendidos os valores consagrados no ordenamento jurídico pátrio, como o princípio do contraditório, do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição." (Disponível em <http://www.wikiuspedia.com.br/article.php?story=2070611144847177&q uery=PROVA%2BEMPRESTADA>. Acesso em 12/05/2008)

De outro lado, cumpre destacar que há alguns teóricos que sustentam, de modo convincente, que as normas que regulam o sigilo das comunicações telefônicas no país (art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal e o art. 1º, da Lei 9.296/96), teriam limitado, de modo absoluto, a admissibilidade da quebra às hipóteses de investigação e instrução processual penal, de modo que a *contrario* estaria *ipso facto* vetado o que se usa denominar de “empréstimo da prova” ali produzida a qualquer outro processo, em particular o de caráter estritamente civil.

E o argumento substantivo, que sintetiza o raciocínio condutor dessa interpretação, está em que outra leitura, de natureza expansiva, possibilitaria que a investigação ou o processo criminal fossem usados como pretexto ou subterfúgio para uso eficaz de prova ilícita, em dano da intimidade (art. 5º, inc. XII, CF).

Tal postura, como registram ilustres juristas, valendo destacar: **José Carlos Barbosa Moreira**, “A Constituição e As Provas Ilícitamente Adquiridas”, RT; **Luiz Flávio Gomes**, “Finalidade da Interceptação Telefônica e a Questão da Prova Empréstada”, IOB; **Vicente Greco Filho**, “Interceptação Telefônica”, Saraiva; e **Eduardo Talamini**, “Prova Empréstada no Processo Civil e Penal”, RIL; afigura-se absolutamente controversa até mesmo na própria dogmática.

De outra banda, doutrina não menos respeitável professa que, afastado ou prevenido, nas circunstâncias de cada caso, o risco de fraude à Constituição e à lei – através de suposto dano à intimidade – nada obsta ao reconhecimento da validade e da eficácia do uso, em processo penal ou não penal, da prova lícitamente colhida na área criminal, até porque, com a dita colheita legítima, já se rompeu a intimidade que o ordenamento, na forma da lei e da Constituição, tende a resguardar.

Vale dizer que, sob o manto da absoluta legalidade, a prova emprestada tem o condão de subjugar eventual dano à intimidade, notadamente porque, em sede de investigação policial e com a quebra de sigilo decretada por Juízo competente, as garantias constitucionais de direito à intimidade já estariam rompidas por força daquela primeira investigação, não havendo se falar em novo dano à intimidade.

De tão complexa, exsurge daí o seu caráter excepcional de aceitação.

3. Das Considerações finais

Dessa forma, entendemos que uma vez observados os princípios do contraditório, ampla defesa e legalidade da colheita da prova originária, não há que se falar em descon sideração da prova emprestada, a qual, aliás, serve de base para que se apurem os elementos fáticos que conduzirão a um melhor entendimento da questão em debate no novo processo. Assim, o valor da prova emprestada deve, na verdade, ser objeto de consideração de caso a caso quando da análise do próprio mérito.

Neste sentido, seguem os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: I. *Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE (CF, art. 5º, LV).* II. *Recurso extraordinário, prequestionamento e habeas-corpus de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a discussão em torno de requisitos específicos, qual o do prequestionamento, sempre que - evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção - seja possível a concessão de habeas-corpus de ofício (cf. RE 273.363, 1ª T., 5.9.2000, Pertence, DJ 20.10.2000).* III. **Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais freqüentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de prover a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes.** Não é a hipótese dos autos: aqui o que se tomou de empréstimo ao processo a que respondeu co-ré da recorrente, foi o laudo de materialidade do tóxico apreendido, que, de regra, não se faz em juízo e à veracidade do qual nada se opõe (STF, RE 328138/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. 16.09.2003, DJ 17.10.2003) (negrito nosso)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LANÇAMENTO. PROVA EMPRESTADA. FISCO ESTADUAL. ARTIGO 199 DO CTN. ART. 658 DO REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA (ART. 936 DO RIR VIGENTE). ...omissis...

3. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório (RTJ 559/265).

4. *Recurso especial improvido. (STJ, REsp 81094/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, unânime, j. 05.08.2004, DJ 06.09.2004, p. 187) (negrito nosso)*

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - ADMINISTRATIVO - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA - INCERTEZA QUANTO AO TERMO INICIAL - AUSÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS - PROVA EMPRESTADA - CONTRADITÓRIO INDISPENSÁVEL - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 535, II, 131, 332 E 333 DO CPC E 10, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DL N. 3.365/41, NA REDAÇÃO DADA PELA MP N. 2.183-56, DE 24 DE AGOSTO DE 2001. ...omissis...

Com efeito, na impossibilidade de se precisar a data em que efetivamente ocorreu o apossamento da área para implantação da Rodovia (BR 163/SC), cumpria ao DNER trazer aos autos prova da ocorrência da prescrição. Não podia ao julgador singular, em nome do

livre convencimento motivado, e a teor do disposto no artigo 332 do CPC, recorrer a prova produzida em outro processo sem obedecer ao contraditório.

"A condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é res inter alios e não produz nenhum efeito senão para aquelas partes" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "CPC comentado e legislação extravagante", Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, nota 6 ao artigo 332, p. 720). Recurso especial não provido. (STJ, REsp 526316/SC, 2a. Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, unânime, j. 04.09.2003, DJ 03.11.2003, p. 310)

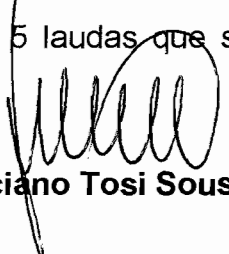
EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. **Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova. (STF, Inq-QO-QO 2424/RJ, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, DJ 24-08-2007)**

(Todos com grifos nossos)

Diante do exposto, nossa conclusão, em complemento ao parecer anteriormente ofertado, é pela aceitação da prova emprestada em caráter excepcional, e desde que afigurem-se absolutamente legítimas todas as atividades probatórias que redundaram no embasamento aos novos processos.

Eram, esses, s.m.j., os esclarecimentos que tínhamos a exaurir, colocando-nos ao seu inteiro dispor para os esclarecimentos que se fizerem necessários.

Em 5 laudas que seguem rubricadas e a última assinada, encerro meu parecer.


Luciano Tosi Soussumi