

TEMAS
ACTUAIS
DA
INVESTIGAÇÃO
PRELIMINAR
NO
PROCESSO
PENAL

[ORGS.]

RICARDO
SIDI

ANDERSON
BEZERRA
LOPES

 editora
D'PLÁCIDO

RECONHECIMENTO DE PROVA LÍCITA EM PROCESSO PENAL COMO ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL? UMA ABORDAGEM DA INADMISSIBILIDADE, NO PROCESSO CIVIL, DE FONTES DE PROVA DECORRENTES DE MEIO DE PESQUISA DE PROVA ADMISSÍVEL NA LEI N.º 12.850/13

21

Renato Vieira

1. EXPLICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA PROPOSTO

O título do ensaio pretendido pode sugerir que o tema se esgote no estudo da chamada *prova emprestada*, como signo da atualidade do diálogo entre as áreas do direito processual civil e direito processual penal, sobretudo com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que passou a prever tal procedimento probatório¹.

Não é disso que se cuida, porém, servindo-se tal mecanismo de aproveitamento probatório – que será tratado na parte final deste estudo – apenas como o mote para se tratar de outras questões de fundo, na intercessão entre direito processual penal e direito processual civil a partir da vedação constitucional à produção de provas ilícitas².

¹ O art. 372 do Código de Processo Civil vigente estatui que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.” De sua sorte, o Código de Processo Penal vigente não trata da matéria, mas o Código de Processo Penal projetado e ora em curso no Câmara dos Deputados (PL 8045/2010) prevê, em seu artigo 169, o seguinte: “Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada. § 1º. Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada. § 2º. Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar.”

² Constituição Federal, art. 5º, LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Com efeito, se é consagrada na doutrina do processo civil atual a ideia de *atipicidade* dos meios de prova^{3 4}, em processo penal há densa corrente de estudiosos preocupada com a *tipicidade* de mecanismos inerentes ao método probatório⁵.

Se em processo civil recentemente se notou importante doutrina que aproximou as noções de “*direito à investigação*” dos chamados “*meios*

³ “Nada obstante o CC 212 arrolar como meios de prova dos *atos jurídicos* a confissão, o documento, a testemunha, a presunção e a perícia, vigora no processo civil brasileiro a regra da *atipicidade* dos meios de prova. Isto significa que os fatos podem ser provados no processo *por qualquer meio*, ainda que não os típicos, previstos no CC 212 e no CPC 139, VIII (depoimento pessoal), 389 (confissão), 403 (exibição de documento ou coisa), 412 (documento), 449 (testemunha), 471 (perícia) ou 481 (inspeção judicial). (Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT. 2016, p. 1068). Ainda com os olhos ao Código de Processo Civil de 1973 apontava Eduardo Cambi que “A ideia da taxatividade do rol dos meios de prova é contrária à busca da máxima potencialidade do mecanismo probatório, inerente a noção de direito à prova. (...) A abertura do sistema processual às provas atípicas ou inominadas estimula a busca de meios mais adequados para influenciar a formação do convencimento judicial, aumentando a *liberdade* das partes e do órgão jurisdicional, mas também as suas *responsabilidades* no desempenho das suas funções no processo.” (*A prova civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT. 2006, pp. 40-41). Também sinaliza pela *atipicidade* nos meios de prova em processo civil Flávio Yarshell (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 387). Também assim: Paulo Osternack Amaral. *Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

⁴ Código de Processo Civil de 2015, art. 369: “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

⁵ No Brasil destaca-se a propósito a obra de Guilherme Madeira Dezem: *Da Prova Penal. Tipo Processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium Editora, 2008. Monograficamente, estudaram o tema, além dele no Brasil, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações de quem poderia ser testemunha*. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.). São Paulo: DPJ, 2005, p. 344. Antonio Scarance Fernandes. *Prova e sucedâneos de prova no processo penal*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/junho de 2007, p. 231, conclusão n. 3. Em doutrina estrangeira, Paolo Tonini. *La prova penale*. 4. ed. Milão: Cedam. 2000, pp. 93/5. Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*. Turim: Giappicheli, 2007, pp. 108/9.

de obtenção de prova”⁶, a partir desses últimos é que se quer questionar aqui um possível diálogo entre as duas áreas do direito positivo. E, para tanto, pensou-se no cenário específico das provas lícitas ou ilícitas, especificamente a partir da previsão constitucional (art. 5º, LVI).

Isso porque a própria temática da *licitude probatória* em um primeiro momento não tem qualquer conexão com a especificidade de determinada área do direito processual – pode ser, inclusive, um indicativo de alguma generalidade na matéria ou até, caso se queira, *teoria geral do processo*⁷ – e nem mesmo se reduz ao tema da *prova emprestada*. A previsão constitucional (art. 5º, LVI) significa ponto de contato claro, em verdade, entre processo penal e processo civil.

A bem da verdade, é até provocativo reanalisar em alguma medida a dicção constitucional porque, como já se tem visto, a doutrina processual civil tem se descolado da processual penal e amadurecido novas e importantes abordagens, inclusive chegando ao ponto de tratar de “provas inconstitucionais”, em superação à antiga lição de Pietro Nuvolone, tantas vezes repetida; principalmente pelos autores ligados ao processo penal.

A propósito dessa expressão, Eduardo Cambi expõe:

“Para se poder abandonar definitivamente a dicotomia provas ilícitas-provas ilegítimas, dando tratamento sancionatório unitário à ilicitude, é possível extrair da regra do art. 5º, inc. LVI, CF a noção de provas inconstitucionais. Assim, toda prova que violar os direitos fundamentais tutelados constitucionalmente não pode ser admitida ou utilizada em juízo, independentemente de a ilicitude ter se originado fora ou dentro do processo. Com efeito, o importante é que fique caracterizada a violação do direito fundamental, sendo irrelevante o momento (processual ou extraprocessual) em

⁶ Flávio Luiz Yarshell. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência...*, cit., pp. 36/8; 212.

⁷ Flávio Luiz Yarshell. *Investigação e autonomia do direito à prova: um avanço necessário para a teoria geral do processo*. In Flávio Luiz Yarshell e Camilo Zufelato (Coords.) *40 anos da teoria geral do processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros. 2013. Admite o autor: “Tudo isso evidentemente não significa que inexistam diferenças entre processo civil e penal; apenas quer dizer que o diálogo entre os dois ramos – que, afinal de contas, gravitam em torno do exercício do poder – é imprescindível. E o método científico para que isso se dê está na teoria geral do processo; em cujo contexto, de volta ao início, o tema da prova ocupa papel de destaque.” (p. 328).

que essa infração tenha ocorrido, e ad a norma infringida ter caráter material ou formal, já que esses fatores indistintamente causam a mesma consequência: a inadmissibilidade do meio de prova no processo.”⁸

O eixo do trabalho será, pois, primeiro, uma abordagem conceitual dos *meios de obtenção de prova* em processo penal para a partir daí se construir a abordagem – com distinção conceitual – entre eles e o *direito à investigação* tal como recentemente tratado com autonomia em processo civil.

Frise-se: no processo civil se diz a expressão *direito à investigação* em sentido mais lato e, em sentido estrito, tipificam-se mecanismos de aquisição de informações úteis ao procedimento. No processo penal, mesmo que o *direito à prova* em sentido genérico conviva com os “meios de prova”, na tormentosa discussão sobre os “meios de obtenção de prova” a *tipicidade probatória* é noção que merece ser estudada aqui.

Aliás, tais “meios de obtenção”, por serem adstritos ao desenvolvimento teórico da doutrina de direito processual penal, supõem efetivamente seu estudo primeiro quanto às suas características para, depois, imaginar-se no procedimento de prova emprestada, possível tratamento que possa acomodar, ali, a observância à regra constitucional da proscição da prova ilicitamente produzida ou admitida.

A partir dessa separação conceitual é que se poderá reapreciar a questão da possível ilicitude probatória no processo – seja civil, seja penal – brasileiro⁹.

⁸ *A prova civil...*, cit., p. 67. A consagração e repetição, ainda, das teses de Pietro Nuvolone e essa separação entre ilícita e ilegítima pode ser vista em autores de indiscutível projeção nacional. Sirvam de exemplo as lições de Ada Pellegrini Grinover (*As provas ilícitas na Constituição*. In *O processo em evolução*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998, p. 48) e Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *As Nulidades no Processo Penal* 11. ed., rev., at. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 126/7. Também: Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho. *Novas tendências sobre provas ilícitas*. In Ada Pellegrini Grinover, *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013, p. 456. No âmbito do direito processual civil segue, ainda, a teoria de Nuvolone, Paulo Osternack Amaral. *Provas. Atipicidade...*, cit., p. 191. Já não segue essa posição, e ao nosso ver com razão na escolha feita, Gustavo Henrique Badaró. *Processo Penal*. 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, pp. 403/8.

⁹ José Carlos Barbosa Moreira. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. In *Revista de Direito Administrativo* n. 205. Rio de Janeiro: Renovar. Jul.set. 1996, p. 19, tópico 10.

Afinal, a essa altura do texto, em que se terá percebido nova particularidade no tratamento da matéria entre processo civil e processo penal (no último, a consequência de *inadmissibilidade* dos meios de obtenção que não atenderem à *tipicidade probatória*; no primeiro, o primado da liberdade aliada à inexigência do requisito da *tipicidade probatória*), poder-se-á chegar a algum tratamento útil sobre ilicitude probatória.

E é por isso que, ao final, o problema da prova emprestada poderá ser colocado: no diálogo entre a origem e o destino da prova, em sentido amplo (pois no âmbito estrito, e como se tratará abaixo, o processo penal brasileiro trabalha com a categoria processual dos *meios de obtenção de prova*), num e noutro processo, a *ilicitude* de um lado contaminará ou não sua admissibilidade no outro?

Nesse último tópico, a chamada “prova emprestada” apenas se prestará, em verdade, a contextualizar as fases de obtenção à admissão no procedimento probatório, particularmente a obtenção da prova (no processo de origem), sua pretensão de admissibilidade (no processo e destino).

Em conclusão, o ponto capital a ser atingido nem é se responder à pergunta se a *ilicitude originária* na colheita de meios de obtenção de prova pode ser sanada com o aproveitamento no feito de destino, à qual se responde negativamente¹⁰.

Pretende-se discutir outra questão: se a partir de meio de obtenção de prova originariamente *lícito*, ainda assim pode haver produção de *prova ilícita* no feito de destino em razão de eventual *limitação intrínseca* na permissão da utilização da informação colhida no processo originário.

Em outros termos, seria cogitável a situação de conversão da prova *lícita* produzida num processo determinado em *ilícita* em outro processo, atendida a limitação originária de produção em determinado processo (aí estabelecido o âmbito em que se permite sua valoração) e seu transporte com destino ao processo de natureza distinta, e extrapenal?

Há, pois, em situação específica e bastante particular de *produção de determinada e específica informação (um meio de obtenção de prova) num*

¹⁰ Badaró. “não se transportam provas ilícitas ou ilegítimas.” (*Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 106. Jan/fev. 2014, p. 166).

cenário, pelo transporte dessa informação a um feito extrapenal e a causalidade entre aquela informação e a obtenção de fontes de prova, uma, diga-se num neologismo, “ilicitivização” da prova, isto é, uma conversão em ilícito do que antes era tido por lícito?

A indagação é bastante complexa, e é conhecida a discepção doutrinária sobre a temática da interceptação telefônica a partir das espaiadas ‘três correntes’, com destaque para intermediária, que propugna pela aplicação do (conhecido?¹¹) princípio da proporcionalidade¹².

Aqui, contudo, assumida posição ao longo do texto, colocar-se-á nova dificuldade ao problema, para exemplificá-lo: o pano de fundo do meio de obtenção de prova no âmbito da disciplina que prevê a sua utilização pontual em matéria de *organização criminosa*, tal como disciplinada na Lei 12.850/2013.

¹¹ A interrogação é proposital. Não se propõe a dizer que “se conhece” a teoria da proporcionalidade no campo dos direitos fundamentais, a ponto de se autoreferenciar, quiçá como argumento de pretensa autoridade. Mas isso não impede de aqui se ceder à acidez e constatar que no Brasil a proporcionalidade é usada inclusive como mantra que justifica não a *restrição de invasividade no campo dos direitos fundamentais*, do que se ocupou toda a teoria de Robert Alexy, mas se perde em considerações como *ponderação*, *sopesamento* e sinônimos os mais variados sem a mínima consideração inclusive da natureza deontológica das normas jurídicas em questão – o que também era preocupação do autor alemão. Não é necessário citar autores para se constatar que ou se desconhece a teoria na raiz ou, o que é pior, mesmo se tendo ao menos lido Alexy (inclusive porque há tradução para o português), escolhe-se o caminho mais fácil: desconsidera-se a natureza da norma mas se prefere “sopesar”. Afinal, além do recurso a Ética a *Nicômacos* ser sempre confortável e se possibilitar aferir que a Justiça não está nos excessos, mas no meio, em Direito como em qualquer área das ciências humanas, *não há nada absoluto...* Ainda assim, e por escolha constitucional inclusive, deve-se lembrar que *nem tudo é sopesável*. De toda forma, sem a pretensão de aqui se imiscuir a fundo na teoria dos direitos fundamentais que abriga as lições de Alexy, não se pode tampouco perder de vista a lição de Virgílio Afonso da Silva segundo quem a própria *proporcionalidade* nem princípio é, mas regra: “princípio é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A proporcionalidade não segue esse raciocínio. Ao contrário, tem ela a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo.” (*Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros. São Paulo. 2009, p. 168).

¹² José Carlos Barbosa Moreira. *A Constituição e as provas...*, cit., pp. 12/4, tópico 3.

Uma advertência fundamental deve ser feita, em observância às regras do direito processual penal brasileiro vigente: trabalha-se com a ideia de um cenário no qual não haveria *fonte independente*, e nem mesmo possível *descoberta inevitável* das informações que chegam ao processo originário pelo meio de obtenção de prova. Tanto uma como outra situação, se ocorridas, rompem com o círculo vicioso que motivou o reconhecimento inicial da ilicitude probatória, *ex vi* do art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal brasileiro.

É dizer: cuida-se de abordagem em que a informação trazida pelo meio de obtenção de prova não perde o laço de consequência direta daquele meio, não se descolando dele. Isso torna o problema, ao menos do ponto de vista teórico, mais claro, e possibilita o desenvolvimento de análise cientificamente mais fundamentada.

A lógica da premissa pode ser a mesma, reconhecidamente, que levou a se formarem as tais ‘correntes’ doutrinárias. Mas talvez aqui se possa lançar outra luz ao tema da ilicitude probatória, inclusive por resgatar a ideia, em crítica à mais conciliadora socialmente do que juridicamente adequada posição segundo a qual a norma do art. 5º, LVI é princípio (e não regra jurídica), da proscrição das provas ilícitas como regra.

2. O “DIREITO À INVESTIGAÇÃO” E SUAS PECULIARIDADES EM DIREITO PROCESSUAL PENAL (OS ‘MEIOS DE INVESTIGAÇÃO DE PROVA’) E EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O chamado direito à prova não prescinde de considerações sistêmicas sobre o direito à investigação. Autonomamente, aliás, e do ponto de vista do direito processual civil, Flávio Luiz Yarshell assevera que “o assim denominado direito à prova abrange, portanto, o que se possa chamar de direito à investigação.”¹³

O envolvido na cena processual – seja a de direito civil em sentido lato, seja a de direito penal – tem como um desdobramento do exercício de seu direito à prova uma de suas primeiras características (inclusive do ponto de vista das fases probatórias)¹⁴, que é o de *investigar*.

¹³ *Antecipação da prova...*, cit., p. 212.

¹⁴ Ecoa a clássica lição de Moacyr Amaral dos Santos, de acordo com a qual os momentos decisivos da prova são os da *proposição*, da *admissão* e da *execução* ou

A partir da *investigação* é que nascem, ou não, as pretensões de se desejar a admissão no processo (civil ou penal) de determinadas informações. Imediatamente, pois, é o direito do envolvido que se encontra em jogo e, mediamente, postula-se a utilização de determinada fonte de informação como possível argumento, ou seja, como estratégia de convencimento, de um sujeito imparcial (o Juiz) de que se tem razão sobre determinado assunto¹⁵.

Do ponto de vista do tratamento da matéria do direito processual civil, como enfoca Flávio Luiz Yarshell, “*investigar é, no mais das vezes, produzir prova, e, se considerado o processo declaratório do direito, produzir prova de forma antecipada (pré-constituição)*”¹⁶

Em outras palavras: não há como investigar sem pré-constituir prova¹⁷.

Muito bem. Se em processo civil a questão pode se revestir de complexidade técnica a partir das conceituações sobre prova *pré-constituída*, ou prova *constituenda*¹⁸, em processo penal voltam-se os olhos à noção de pré-constituição de determinadas informações antes de instalado o contraditório regular inerente à ação penal colocada como inexoravelmente ligado aos *meios de obtenção de prova*.

E aí é que, especificamente no campo do direito processual penal, surge uma distinta ramificação do problema. A partir da fidelidade ao conceito de cada instituto utilizado no direito probatório em processos penal se culmina com determinantes consequências quanto à... licitude da prova produzida!

Primeiro, deve se retomar a ideia, já explorada em outro trabalho¹⁹, segundo a qual o *meio de prova é* “o meio de introdução do

produção. Prova Judiciária no Cível e Comercial. Volume 1. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad. 1970, p. 237.

¹⁵ Na obra aqui já referida e que se constitui em sólido ponto de apoio, há ligeira distinção entre o “direito de provar” (voltado a formar o convencimento do juiz) e o “direito à prova” (destinado ao menos em princípio a formar a convicção das partes). (*Antecipação da prova...*, ob. Cit., p. 319).

¹⁶ *Idem.*, p. 213.

¹⁷ *Idem.*, p. 221.

¹⁸ Yarshell, *Antecipação de prova...*, cit., p. 27. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil. Volume III*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 96. Gustavo Badaró. *Prova emprestada...*, art. cit., p. 167; e *Processo Penal...*, ob. cit., p. 391.

¹⁹ “*Agente infiltrado*” – estudo comparativo dos sistemas processuais penais portugueses e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissi-

elemento a ser valorado pelo juiz, isto é, o canal comunicativo pelo qual ele entra, se admitido, no processo.”²⁰ Paolo Tonini, a propósito, tinha asserido que “com a expressão “meio de prova” se quer indicar aquele instrumento processual que permite se adquirir um elemento de prova.”²¹.

E entre o *meio de prova* (o veículo pelo qual o elemento de prova é inserido no processo) e o *elemento de prova* (o tema da prova, o conteúdo apresentado pelo meio de prova) deve haver adequação típica. Dissemos, noutra oportunidade, que “o elemento de prova, se do conhecimento de uma testemunha, só pode ser admitido no processo se o meio de prova for o testemunhal; se se tratar de um elemento documental, o meio de introdução no processo há de ser pela apresentação de documento e assim por diante.”²²

Já, com relação aos meios de obtenção de prova, ou meios de pesquisa de prova, há tratamento diverso. Isso porque, diferentemente dos meios de prova, esses se prestam não ao convencimento (ainda que mediato²³) do juiz, mas sim à obtenção das determinadas informações.

Por isso é que em certa medida eles se inserem no contexto maior de *direito à investigação*: no processo penal, os meios de obtenção de prova propiciam ao interessado que *saia do escuro*, que *vá atrás* de suas informações. Etimologicamente se explica inclusive por essa razão nomear-se o tal ‘meio’ de *meio de pesquisa de prova* ou *meio de obtenção de prova*.

Por isso, e como ecoa no campo processual penal, “o meio de pesquisa de prova, exatamente por ter de ir à busca, à pesquisa dos elementos ainda desconhecidos, tem pelo menos três características que o distinguem do meio de prova: a surpresa do envolvido, a prevalência de sua adoção em fase pré-processual (pois inexistente, ainda,

bilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 87, nov./de. 2010, pp. 188/231.

²⁰ “*Agente infiltrado*”..., art. cit., p. 192.

²¹ *La prova penale...*, cit., p. 91 (tradução livre do italiano: “Con l’espressione ‘mezzo di prova’ si vuole indicare quello strumento processuale che permette di acquisire un elemento di prova”). Do mesmo autor, e no mesmíssimo sentido: *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 108.

²² “*Agente infiltrado*”..., cit., p. 193.

²³ Flávio Luiz Yarshell. *Antecipação de prova...*, ob. Cit., pp. 232/4.

a estabilização objetiva do processo) e a necessidade de, por eles, identificar – buscar, pesquisar, descobrir – alguma fonte de prova.”²⁴.

Não é demais lembrar passagem de conhecido processualista penal brasileiro que inclusive veio a ser referido expressamente pela doutrina do processo civil aqui estudada²⁵, para quem:

“os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo).”²⁶

Como inclusive ressaltado por Germano Marques da Silva, tendo em mira o direito processual penal português, “Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com

²⁴ “*Agente infiltrado*”..., art. Cit., p. 194. No sentido do texto, Antonio Laronga: “i mezzi di ricerca della prova non sono di per sé fonte di convincimento, ma rendono possibile acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria. (...) Dal punto di vista tecnico-processuale, i mezzi di ricerca della prova si caratterizzano altresì in quanto, mirando a far penetrare nel processo elementi che preesistono all’indagine giudiziaria, si basano sul fattore sorpresa e non consentono perciò, per loro stessa natura, il preventivo avviso ai difensori quando sono compiuti nella fase delle indagini. La prova è in questi caso preconstituata, non deve cioè essere formata nel processo, come per le testimonianze, le perizie e gli esperimenti giudiziari, etc.” (*Le prove atipiche nel processo penale*. Milão: Cedam.2002, p. 28).

²⁵ Flávio Luiz Yarshell. O autor toma a concepção de Magalhães como adepta da “teoria tradicional” uma vez que imagina que os meios de prova estão vinculados à produção de prova *no processo*, e não poderia, portanto, ser exercida fora dele. Defende o processualista civil em questão que “o meio de prova não serve só ao juiz, mas serve também aos interessados, são também canais de informação quando a produção da prova se dá ou fora do processo ou ao menos fora do processo que tem como objeto a declaração do direito.” (*Antecipação da prova...*, ob. cit., p. 34).

²⁶ Antonio Magalhães Gomes Filho. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.). São Paulo: DPJ, 2005, p. 309.

os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito.”²⁷

A doutrina processual penal brasileira mais atenta a essa questão conceitual e terminológica aponta inclusive que:

“Na prática, essa diversidade terminológica também serve para identificar as possíveis repercussões das irregularidades verificadas em relação aos meios de prova e aos meios de investigação. No primeiro caso, a consequência do vício será a nulidade da prova produzida (*rectius*, dos elementos de prova), enquanto no segundo tratar-se-á de prova inadmissível no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (art. 5º, LVI, da CF).”²⁸

Todas as lições específicas do direito processual penal, especificamente conectadas à *pré-constituição* de determinadas informações que se dão pelos meios de obtenção de prova convidam a um retorno ao chamado ‘direito à investigação’ com os olhos do processo civil.

Isso, nem tanto pela crítica contundente feita por Flávio Yarshell segundo quem a distinção entre meios de prova e meios de investigação apenas reflete parcialmente o fenômeno probatório na medida em que supõe que o elemento probatório necessariamente se destina a influir no convencimento do Juiz (mas não do interessados²⁹); mas por outra razão. E a razão está na constatação, que aqui se visualiza como correta, segundo a qual “a atividade de investigação” (evidentemente do campo do direito processual penal) não encontra “exata correspondência no campo civil.”³⁰

É mesmo uma obviedade, mas que precisa ser repetida para não se perder de vista seja o traço unificador das duas áreas (direito

²⁷ Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. II. 2. Ed. Lisboa:Verbo, 1999, pp. 189/90.

²⁸ Antonio Magalhães Gomes Filho. *Notas sobre a terminologia...*, art. Cit., p. 310. No mesmo sentido, na doutrina processual penal, Antonio Scarance Fernandes: *Prova e sucedâneos de prova no processo penal...*, art. Cit., p. 227.

²⁹ *Antecipação da prova...*, Ob. Cit., p. 38.

³⁰ *Antecipação da prova...*, Ob. Cit., p. 37.

processual civil e direito processual penal) a partir do tronco constitucional comum (a proscrição de provas ilícitas – art. 5º., LVI), seja também a separação entre uma e outra.

Com efeito, “não parece ser possível tratar igualmente, sem qualquer ressalva, as técnicas – e respectivos resultados – empregadas para o combate ao crime, de um lado, e para apuração de fatos com relevância na esfera civil, de outro. Exemplo bastante significativo disso é a aceitação da *surpresa* na investigação criminal, que não parece ser aceitável com tanta complacência na esfera civil.”³¹

3. A ILICITUDE PROBATÓRIA COMO TRAÇO CONSTITUCIONAL UNIFICADOR DO PROCESSO PENAL AO PROCESSO CIVIL

Os processualistas, penais e civis, reconhecem que a Constituição Federal de 1988, de forma inédita, deu grande relevo a temas processuais. Particularmente fez isso ao tratar das provas ilícitas³².

Cuida-se de ponto sensível em que, malgrado as distinções entre as respectivas áreas já ressoem em grandes pontos, a premissa é unificadora: tanto no processo penal quanto no processo civil, é vedada a utilização de prova ilícita.

Igualmente a reflexão sobre se a prova ilícita é aquela ‘obtida’ ilicitamente ou, depois, ‘admitida’ ilicitamente, ou se, na esteira já acima criticada de Nuvolone, se a ilicitude se prende a aspecto puramente processual (prova ilegítima) ou material (prova ilícita em sentido estrito), não importa para descaracterizar o traço de união que a Constituição Federal impõe aos processos civil e penal em matéria de provas ilícitas³³.

³¹ Idem. Ibidem.

³² *A Constituição e as provas.*, art. Cit., p. 14 item 4.

³³ Exemplificativamente do que parece ser um campo em que grassam imprecisões: Nery Júnior toma por “ilegal” a prova se houver violação do ordenamento jurídico como um todo, isso de natureza material ou processual; enquanto toma por “ilícita” a prova se a proibição em sua obtenção for de natureza material, “vale dizer, quando for obtida ilicitamente.” (*Código de processo civil...*, cit., pp. 1068/9). Paulo Osternack entende que, na categoria maior de “prova vedada”, enquanto a prova “ilegal” é aquela que viola preceito de natureza material ou processual, a prova “ilegítima” ofende regras processuais e a prova “ilícita” consiste em violação de direito material.” (*Provas...*, ob. cit., p. 191.). Malgrado já se tenha

E da mesma forma, a consequência do reconhecimento da ilicitude probatória, como ainda se ensina com esteio na doutrina de Nuvolone, poderia ser tanto a nulidade da prova ilicitamente obtida, quanto o desentranhamento da prova ilicitamente já incorporada ao processo, conforme o momento em que o vício seja reconhecido. Especificamente nesse ponto o processo civil se socorre das lições do direito processual penal e vale aqui em resumo trazer a seguinte constatação:

“quanto à sanção processual, afirma-se que a prova ilícita é **inadmissível**, o que evita o seu ingresso no processo, enquanto a prova ilegítima será sancionada com a **nulidade** de sua produção, uma sanção, portanto, *ex post factum*. (...) Não há como negar que a **inadmissibilidade** impede o ingresso, no processo, de uma prova ilícita, o que não ocorre na teoria das nulidades. Porém, na grande maioria dos casos, o reconhecimento da ilicitude da prova ocorre *a posteriori*, quando o meio proibido já ingressou no processo (por exemplo, reconhece-se a ilicitude de uma interceptação telefônica, depois de já realizada a operação técnica e juntado aos autos o laudo de gravação ou os registros das conversas). Nesse caso, a consequência do reconhecimento da ilicitude da prova não será a **inadmissibilidade** (impedir o ingresso), mas o seu **desentranhamento** (impedir o que não deveria ter ingressado). Do ponto de vista da dinâmica procedimental, sob o aspecto cronológico da imposição da sanção, não haverá diferença prática entre o **desentranhamento** (e não a inadmissibilidade) e a **nulidade**. (...) Em suma, mais relevante que distinguir entre **nulidade** e **inadmissibilidade**, é prever a **inutilizabilidade** da prova ilícita, impossibilitando a sua valoração.”³⁴

É perceptível que o tema das consequências jurídicas do reconhecimento da ilicitude probatória (i) tem sido explorado pela

aqui tratado da discordância do autor quanto a essa tipologia, Eduardo Cambi parte para caminho algo distinto ao lembrar da teoria de Nuvolone. Diz o autor brasileiro que as provas ‘ilícitas’ são as que violam normas de direito substancial e cuja ilicitude ocorra no momento da colheita da prova; já as provas ‘ilegítimas’ infringem normas de direito processual e a transgressão se dá no momento da produção no processo. (*A Prova Civil...*, cit., p. 65. Na página 67, lembre-se, o autor expressamente indica: “o conceito de prova ilícita abrange indistintamente a ilicitude material e a processual.”).

³⁴ Badaró, *Processo Penal...*, ob. cit., pp. 404/5.

doutrina processual penal com maior profundidade do que pela doutrina processual civil e (ii) em nada desnatura a matriz comum constitucionalmente imposta – trata-se, frise-se, de *consequência processual* a partir do reconhecimento do vício constitucional.

Acontece, contudo – e aqui se abre um parêntese outra vez para se socorrer do que parece se justificar à luz da “proporcionalidade” tão utilizada do ponto de vista retórico –, que malgrado o campo das consequências processuais do reconhecimento da prova ilícita possa ser campo de dúvidas doutrinárias fundadas, o mesmo não deve se dar com o conteúdo normativo mesmo do dispositivo constitucional.

Trata-se, por se cuidar de norma específica que estabelece a proteção a um direito fundamental (aquele de não ter contra si produzida alguma *prova ilícita*), de autêntica norma principiológica com carga de *regra*; e não de *princípio*.

Com isso se quer frisar que, do ponto de vista teórico, por mais difundida e mesmo por mais aparentemente mal interpretada que tenha se tornado a teoria dos direitos fundamentais idealizada por Robert Alexy, ao menos do ponto de vista das premissas jurídicas se deve cuidar.

Assim se deve necessariamente fincar o pé no seguinte: o poder Constituinte estabeleceu que algo é *inadmissível*; e não que algo é inadmissível “na medida em que”; ou mesmo que é inadmissível “uma vez que”/ “sempre que”. O inadmissível é algo que não se pondera, não se sopesa.

A carga de preemtoriedade que é perceptível da norma em questão que espelha como modal deôntico uma proibição ao Estado não permite que, por elásticas que sejam as escolhas sobre como se tratar da assim difundida “teoria dos princípios” no Brasil, interpretar a norma como algo diferente de uma autêntica regra.

Por isso, na fidelidade da teoria aqui resgatada como mero parêntese, a regra da proscricção da obtenção e produção das provas ilícitas no Brasil é de aplicabilidade no sentido de “tudo-ou-nada”.

Em outros termos: a prova ilícita, de acordo com a Constituição brasileira, ou é admitida ou não é. E a escolha foi pela negativa. Mesmo nas situações em que se debate a “licitude” da prova em razão de possível interesse defensivo, a uma se admite tal procedimento porque se cuida de propiciar melhor defesa ao investigado (e não, pois, na contramão do desenvolvimento da teoria da proporcionalidade, como instrumento em prol de produção de prova em seu desfavor), e a duas,

porque há uma autêntica regra de exclusão (admissão de provas a partir do raciocínio de excludente de ilicitude justamente por conta do exercício do direito de defesa, o que é autêntica situação de *regra*, e não de *princípio*, na teoria dos direitos fundamentais).

Não há, pois, espaço para *ponderação casuística*.

Fechado o parênteses, voltando à abordagem das consequências jurídicas da desobediência da norma constitucional que proíbe a produção de provas ilícitas no processo, neste texto não se descerá às minúcias sobre desentranhamento, inutilizabilidade e separações conceituais entre nulidade e irregularidade do ato processual nulo.

Apenas se chama a atenção, obedecida a limitação da abordagem que se propôs a fazer, ao seguinte: a licitude da produção probatória em determinado feito não impede que a higidez daquela mesma prova seja novamente enfrentada em processo distinto. Isso porque, como se sabe, a valoração da prova num processo não engessa a nova apreciação jurisdicional em processo distinto, por outra autoridade jurisdicional, daquela prova. Exemplo fácil da correção dessa afirmação está na temática das provas emprestadas.

4. O PROBLEMA DA "PROVA EMPRESTADA": O ILÍCITO NÃO SE CONVALIDA; MAS E O INVERSO (O LÍCITO PODE SE TORNAR ILÍCITO EM OUTRO ÂMBITO)?

Já se disse neste texto, com arrimo em doutrina processual penal brasileira³⁵, que não se transportam (de um a outro processo) provas ilícitas ou ilegítimas. Até aí não há problema algum.

Problema há, contudo, ao se imaginar do conceito da prova emprestada algumas nuances suas que fazem com que se repense na legalidade de sua produção (na origem, isto é, no processo 'remetente') e sua admissão no destino (no processo 'destinatário').

Chega-se ao ponto, mais uma vez, de encontro entre processo penal e processo civil, a partir, e também de novo, da raiz constitucional da proibição das provas ilícitas.

O conceito de prova emprestada no Brasil é com mais frequência utilizado pelos autores de direito processual penal. Gustavo Badaró, por exemplo, tem lição acatada, segundo a qual a

³⁵ Neste texto, nota de rodapé n° 10.

“prova emprestada é a prova produzida em um determinado processo e, depois, trasladada, na forma documental, para outro processo. No segundo processo, em que se junta a prova emprestada, embora trasladada na forma documental, ela terá o valor probante originário (ex.: prova testemunhal, laudo pericial etc.).³⁶

A utilização do conceito, ou sua difusão entre os processualistas civis contou com contribuições recentes bastante destacadas, a partir de monografia de Eduardo Talamini, publicada em 1998, na qual expressamente se cuidou – e por isso dessa forma se nomeou o artigo – *Prova emprestada no processo civil e penal*³⁷.

Antes do detalhamento conceitual trazido do processo penal ao civil, nesse último ramo jurídico se conseguia construir alicerces teóricos importantes sob o ponto de vista da produção, admissibilidade e até eficácia da prova emprestada. Mas do ponto de vista do conceito, salvo algumas exceções como a referida de Talamini e outros³⁸, não se observavam cuidados analíticos mínimos.

É o que se vê, por exemplo, da lição de Moacyr Amaral dos Santos, a partir exclusivamente de Jeremy Bentham, segundo quem a prova emprestada é aquela que “já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão.”³⁹.

³⁶ *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de Informação Legislativa n. 140. Out. dez. 1998., p. 163. Do mesmo autor, *Processo Penal*, cit., p. 391. Ada Pellegrini Grinover, em artigo mais antigo, defendeu que a prova emprestada é “aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto. Quanto à forma, a prova emprestada é sempre documental. E o seu valor, contudo, é o de sua essência, e esta será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo.” *Prova emprestada*. In *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 1. n. 4. Outubro-dezembro.1993. RT, p. 66). Ainda: Claudio Demczuk de Alencar, *O uso da prova emprestada no processo penal*. In *Revista de Informação Legislativa*. N. 193, jan.março 2012, p. 285.

³⁷ Revista de processo n. 91, jul.set.1998. Brasília. pp. 92/114. Ali entendeu o autor que a prova emprestada “consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram.” (art. Cit., p. 93). Vale a consulta, também, ao entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves, em seu *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva. 2008, pp. 82 e ss.

³⁸ Entra no campo das exceções a lição de Eduardo Cambi. *A prova civil...*, cit., p. 53.

³⁹ Moacyr Amaral dos Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial...*, cit., p. 307.

Dinamarco também é sintético, ao apenas lembrar que se trata de “conceito elaborado na doutrina e tribunais sem qualquer previsão legal específica, são trasladados de documentação da prova constituída em outro processo de natureza jurisdicional.”⁴⁰

Prova emprestada é do ponto de vista procedimental algo muito mais complexo do que o mero traslado da documentação de um processo a outro⁴¹. E do ponto de vista estritamente probatório é algo até inconfundível com a mera remessa de informações de um a outro processo.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e a previsão do instituto em seu artigo 372, a doutrina processual civil passou a tratar com maior atenção dos aspectos conceituais da prova emprestada e de seus requisitos de licitude na produção e traslado ao processo de destino⁴².

O tema da prova emprestada em si mesmo já ostenta complexidade suficiente a justificar estudo monográfico acerca de cada um de seus detalhes processuais, inclusive a partir do que cada autor toma por requisitos essenciais para a produção lícita da prova (tanto no processo de origem quanto no de destino⁴³). Aqui não se descera a

⁴⁰ Candido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil. V. III. 6. ED.* Malheiros. 2009. P. 95. Atualmente ainda se utiliza de conceito pouco ou nada explicativo do instituto, como se vê em Paulo Osternack Amaral: “*Prova emprestada consiste no aproveitamento no processo de provas produzidas anteriormente em outro processo (CPC, art. 372).*” (*Provas...*, cit., p. 98).

⁴¹ Inclusive porque se a matéria debatida for sobre prova *constituenda* (aquela constituída já no âmbito do processo), sabidamente não se tratará de mero traslado e o controle acerca da observância do contraditório se dá já no momento de formação da prova; já, se se cuidar de prova *pré-constituída*, então o controle sobre o respeito ao contraditório só será feito após a formação da prova, já no momento de sua valoração (Gustavo Badaró. *Prova emprestada...*, art. Cit., pp. 167/9). Fácil ver, portanto, que a *admissibilidade* da prova emprestada no processo de destino tem controle variável conforme a natureza do ato a se provar. E, assim, não se pode aceitar o reducionismo de se tratar de mero traslado documental.

⁴² Nery Júnior. *Código...*, cit., p. 1080. Arlete Inês Aurielli. *Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015*. In *Direito probatório* (Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira – Coords.). Salvador: Jus Podium. 2016, pp. 486/94. Elias Marques de Medeiros Neto. *Prova emprestada, princípio do contraditório e novo Código de Processo Civil*. In *Direito probatório...*, cit., pp. 511/20.

⁴³ Entre os próprios autores do processo penal que cuidaram da matéria e são repetidos na doutrina civil, pode-se ver que para Ada Pellegrini Grinover há requisitos constitucionais (i. ter sido a prova produzida em processo formado entre as mesmas partes; ii. Que o contraditório instituído entre as partes se dê

essas minúcias, até porque como se disse no início do texto, esse não é um estudo voltado precipuamente à prova emprestada.

A preocupação é, com o *exemplo* da prova emprestada, voltar a pensar na *licitude ou ilicitude probatória* a partir do extrato constitucional. Nessa medida, das distinções específicas que atos probatórios podem ostentar em processo penal e processo civil, cuida-se do centro do problema, qual seja: a informação *licitamente* produzida a partir de *meio de obtenção de prova* no processo penal, transposta depois ao processo civil.

Registre-se uma vez mais a cautela de se cuidar de exemplo a partir do qual há adstringência direta entre a fonte de prova colhida em determinado meio de prova que venha a ser – ela mesma – objeto de eventual debate sobre seu empréstimo em processo de natureza diversa.

Lembre-se, além do já dito por Yarshell sobre as especificidades que cada campo tem no que tange ao *direito à investigação*, de Eduardo Talamini, para quem “a diferença de intensidade do sistema de garantias de um e outro processo espelha variedades nas respectivas disciplinas probatórias.”⁴⁴

E agora se pode retornar à especificidade do meio de pesquisa de prova previsto para a organização criminosa e sua relação que haverá com a causa civil.

5. O PROBLEMA: MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NA REGÊNCIA DA LEI N. 12.850/2013 E SEU TRANSPLANTE PARA PROCESSO CIVIL: LICITUDE ORIGINÁRIA E ILICITUDE DERIVADA

Chega-se ao centro do problema proposto: há ou não como se verificar uma ilicitude derivada da prova em processo civil, se for

perante o mesmo juiz da causa originária e a causa de destino) e requisitos legais (i. observância dos princípios que regem a prova tanto no processo primitivo quanto no segundo; ii. Observância dos princípios que regem a prova documental no processo de destino) (*Prova emprestada...*, cit., p. 66) e para Gustavo Badaró há os seguintes: i. a prova do primeiro processo deve ter sido produzida perante o juiz natural daquela causa; ii. A prova produzida no primeiro processo deve ter possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; iii. O objeto da prova deve ser o mesmo nos dois processos; iv. O âmbito da cognição do primeiro processo deve ser o mesmo do segundo. (*Prova emprestada...*, art. Cit., pp. 163 e ss.)

⁴⁴ *Prova emprestada no processo...*, cit., p. 146.

observada a sua estrita dependência de informação advinda de um processo penal?

A situação excepcional tanto do ponto de vista da observância dos conceitos de *meios de obtenção de prova* e tudo o que se deve respeitar de rigorismo na obtenção da informação e seu uso no processo penal mas, mais que isso, particularmente a adstringência dos meios de obtenção de prova à chamada organização criminosa, possibilita que, ao menos por se ter em vista a dependência da informação dali haurida e o âmbito previsto pelo legislador para sua utilização, se responda afirmativamente à questão.

Como se sabe, a Lei Federal n. 12.850/2013 não só define a organização criminosa⁴⁵ mas trata dos meios de obtenção de prova previstos taxativamente para a produção de informações uma vez diagnosticado aquele cenário de direito material.

Trata-se de lei que tipifica determinadas condutas para, a elas, prescrever determinadas e específicas técnicas ou métodos de investigação, ali nomeadas de “meios de obtenção de prova”.

Nomeiam-se, como meios de obtenção de prova válidos para a persecução penal a partir da premissa de se cuidar de organização criminosa, os seguintes: colaboração premiada, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada, acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas (nos termos de legislação específica), afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (nos termos da legislação específica), infiltração, por policiais, em atividade de investigação, cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal⁴⁶.

Sem prejuízo da discussão da (i)licitude do empréstimo de informações advindas de meios de obtenção de prova mais latos do que

⁴⁵ Art. 1º, § 1º. § 1o Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

⁴⁶ Lei n. 12.850/2013, art .3º.

a maioria dos previstos no art. 3º da Lei n. 12.850/2013 (como por exemplo, os sabidos de interceptações telefônicas e quebras de sigilos fiscal e bancário, admitidos também por expressas disposições legais para outras condutas em tese criminosas, que podem estar desatreladas dessa específica moldura legal – a *organização criminosa*), deve ser percebido, com o advento dessa lei específica, que prevê novos tipos penais e a eles adstringe determinados meios de obtenção de prova, a nova abordagem.

Inclusive se notou, recentemente, doutrina estrangeira, com esteio diretamente em direito constitucional, a apregoar o que aqui se afirma, a saber: da escolha político-criminal assumida pela Lei n. 12.850/2013 (do ponto de vista do direito penal e do direito processual penal):

“o regime legal da Lei n. 12.850 tem um âmbito normativo bem delimitado, circunscrevendo-se ao delito de organização criminosa e aos crimes a ela ligados, isto é, aos crimes da organização (as infrações penais correlatas a que se refere ao rt. 1º da Lei n. 12.850/13). Crimes externos à organização criminosa caem fora da alçada da Lei n. 12.850/13 e não podem ser objeto de perseguição criminal com recurso aos meios de obtenção de prova nela consagrados e definidos. (...) A não ser assim, ficaria aberto caminho para que meios de investigação excepcionais pudessem banalizar-se e ser usados para a repressão de crimes ou contextos criminais cuja gravidade de modo algum justificaria intromissões tão severas na esfera dos direitos de liberdade dos cidadãos como as que são inerentes aos meios de obtenção de prova enunciados no art. 3º da Lei n. 12.850/13.”⁴⁷

Dos autores brasileiros pesquisados que se debruçaram na imbricação entre direito penal e direito processual penal na Lei n. 12.850/13⁴⁸, Gustavo Badaró foi o único autor a reconhecer situa-

⁴⁷ José Joaquim Gomes Canotilho e Nuno Brandão. *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 133. São Paulo: RT, julho de 2017, pp. 154/5.

⁴⁸ Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva. 2014; Marcelo Batlouni Mendroni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*. São Paulo: Atlas. 2014; Guilherme de Souza Nucci. *Organização Criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013; Vicente Greco Filho. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n. 12.850/13*.

ção que nos parece decisiva: todos os meios de obtenção de prova se mostram “cabíveis na persecução penal que tenha por objeto um crime de organização criminosa”⁴⁹.

Quer-se com isso frisar em interpretação que aqui se assume, o seguinte: trata-se de meios de obtenção de prova vinculados e adstri-tos à colheita de informações a partir do diagnóstico – naturalmente precário até porque em sua grande maioria e como natureza que lhes é inata – precário da tipicidade penal.

Afinal, como *meios de obtenção de prova*, fato é que dependem do juízo preliminar de se estar diante da figura de organização crimino-sa (sem o quê não seriam admissíveis em processo penal e, por isso mesmo, sequer seria cogitável a sua transposição a feito diverso com natureza de prova emprestada, já que não seria admissível a prova originária ilicitamente produzida).

A especificidade da discussão sobre ilicitude probatória (civil) a partir de informações estritamente vinculadas (isto é: sem desvio causal ou inevitabilidade da vinda de informações, ressalva feita à luz dos §§ 1º e 2º, do art. 157, do CPP) à descoberta por meios de obtenção de prova previstos na Lei n. 12.850/2013 é tamanha que dentro da própria lei mencionada há verdadeira escala de subsidiariedade entre os próprios mecanismos probatórios aqui discutidos.

A propósito disso, outra vez, Badaró aponta com o exemplo da figura do *agente infiltrado*, pois segundo ele “o requerimento de infiltração de agentes deverá expor ‘a demonstração da necessidade da medida’. A necessidade reforça o caráter de *ultima ratio* do meio de obtenção de prova, que deve ser a derradeira medida a ser empregada, quando meios menos gravosos não tenham se mostrado efetivos ou quando por outros meios seria muito difícil comprovar os fatos.”⁵⁰

O campo, pois, em matéria probatória a partir de informações decorrentes e vinculadas causalmente aos meios de obtenção de prova

São Paulo: Saraiva. 2014; Gustavo Badaró. *Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova*. Trabalho elaborado para participação do Seminário “Processo penal e Crime Organizado: Análise crítica da Lei 12.850, dias 2 de agosto de 2013”, promovido pelo CEDPAL – Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano, da Georg-August-Universität Göttingen (inédito e cedido pelo autor).

⁴⁹ *Hipóteses que autorizam...*, cit., p. 5.

⁵⁰ *Hipóteses que autorizam...*, art. Cit., pp. 16/7.

previstos na Lei n. 12.850/13, é o da proibição de prova produzida fora daquele contexto.

Uma proibição relativa de produção probatória portanto, na medida em que, desobedecido aquele figurino legal (seja na forma, seja no conteúdo), a prova será proibida. Obedecido o figurino, o campo é o da validade da produção probatória.

Isso porque, como já dizia Beling em clássica lição, está-se diante de situação na qual houve uma autoimposição legislativa ao conhecimento na medida em que se cuida de casos em que não se deve provar; e não (simplesmente) de casos em que não se pode provar⁵¹.

Essa advertência parece ser importante: há, em temas escolhidos pelo legislador, certa imposição no *como* se provar determinada conduta. Um exemplo indiscutível disso é, exatamente, previsto nas disposições processuais penais específicas da Lei n. 12.850/2013.

E a consequência da incorporação, em processo extrapenal (ou mesmo em outro penal, desde que alheio à temática específica das organizações criminosas) de informações causalmente vinculadas aos meios de obtenção de prova previstos na Lei n. 12.850/2013, é sua inadmissibilidade.

E o que é inadmissível não deve ser valorado pela autoridade judiciária, nem mesmo como mero indício. A propósito disso, e até por se resgatar aqui todo o procedimento probatório que supõe como fases lógicas e jurídicas distintas a obtenção da admissão e valoração, deve-se lembrar da lição de Fabricio Guariglia segundo quem:

“as regras de tratamento vinculadas à admissibilidade e valoração da prova no processo penal são distintas daquelas que proíbem a incorporação e valoração da prova irregularmente adquirida. Isso porque as primeiras (admissibilidade e valoração) **pressupõem logicamente** a aquisição regular da prova. Afinal, se não fosse assim, a prova seria inadmissível

⁵¹ “las prohibiciones de prueba son limitaciones **autoimpuestas** al conocimiento. Se trata de aquellos casos en los que no se debe probar, y no de los que no se puede probar.” Segundo a conhecida lição, as regras de proibição probatórias: “crean un espacio sagrado frente a la mirada inquisitoria de los órganos de persecución penal, que reivindica el derecho a permanecer oculto. Fiscal, policía y juez no pueden forzar la puerta cerrada.” Ernst von Beling. *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*. Ernst Beling – Kai Ambos, Óscar Julián Guerrero. Las Prohibiciones Probatorias. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2009, pp. 6 e 44.

por ter sido obtida em modo irregular ou ilícito; sua origem viciada não poderia ser ‘curada’ por tratamento posterior. E, ao inverso, a inobservância de regras de tratamento *pode* levar à inadmissibilidade e invalorabilidade da prova que tenha sido regularmente admitida se o tratamento posterior dessa prova não permitir garantir a sua integridade.”⁵²

Não se desconhece a dificuldade intrínseca no tema próprio da proibição de produção probatória e, depois, inclusive, no de seu tratamento (já como sanção processual) que é o da proibição de valoração da prova⁵³. Mas, ainda assim, por se cuidar de previsão legislativa de autêntico *procedimento probatório*, as cautelas na transposição dos elementos informativos decorrentes de meios de obtenção de prova previstos na Lei n. 12.850/2013 não se podem perder de vista.

Situa-se aqui, neste texto, ao lado de autores como Franco Cordero, que defende que “*il canone del libero convincimento, se consente al giudice l’apprizzare secondo la sua esperienza il valore delle prove, non lo autorizza a pronunciare in base ad una prova illegittimamente ammesa o invalidamente costituita.*”⁵⁴

É sabido que a *forma* da entrada da prova emprestada no processo destino é a documental e isso deve motivar nova análise.

Afinal, o documento, por excelência é prova *pré-constituída* e, por esse motivo, a análise de seu conteúdo (se lícito ou ilícito) só acontece – diante da inexistência de fase processual específica no Brasil – após sua entrada nos autos do processo de destino.

Ainda assim, uma vez alertado pela parte, já que no processo de origem – e por se cuidar de meio de obtenção de prova, não houve contraditório na formação da fonte de prova trasladada – o juiz deve apreciar a *licitude* do conteúdo do dito documento, que espelha a

⁵² *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación.* Buenos Aires. Editores del Puerto. 2005, p. 32.

⁵³ A propósito, disse Manuel da Costa Andrade que “*difícilmente, com efeito, o jurista conhecerá experiência mais próxima de Babel: falando todos do mesmo (as proibições de prova), raros falam, afinal, da mesma coisa. Mudando de autor, muda-se invariavelmente de rio, raramente se lavando nas mesmas águas.*” (Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora. 1992, p. 19).

⁵⁴ *Tre Studi sulle Prove Penali.* Milão: Giuffrè. 1963, pp. 64/65. No sentido deste texto, também, Giuseppe Bianchi. *L’ammissione della prova nel dibattito penale. Analisi dell’attività argomentativa delle parti.* Milano. Giuffrè. 2001, p. 35.

fidedignidade da informação a partir exclusivamente do meio de obtenção de prova em processo penal.

Entende-se inclusive que, por se tratar de matéria de ordem pública, já que se trata do controle da obediência à proscrição da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF), tal análise pode ser feita de ofício pela autoridade judiciária no feito de destino, tão logo ali aporte o documento.

A inexistência de previsão, *de lege lata*, no Brasil, tanto em processo civil quanto em processo penal não desobriga aos envolvidos (tenham ou não sido investidos da qualidade técnico-processual de “parte” ou não, a depender da fase processual) e nem muito menos à autoridade judiciária do controle da licitude da admissão das provas no processo. A proscrição da prova ilícita não é matéria que, da generalidade e abstração constitucional, possa ser vista com menor importância em razão de se cuidar de aparente juntada de documentos.

O fato de a autoridade judiciária, no controle aqui alvitado, necessariamente apreciar o documento e, com isso, já valorá-lo, tampouco impede a sustentação da tese segundo a qual o vínculo direto causal entre a informação contida no documento trasladado dever ser objeto de filtragem a partir do diagnóstico de sua relação com a origem.

Nem todas as informações lícitas produzidas em determinados procedimentos serão igualmente lícitas em outro. O exemplo disso é exatamente o dos meios de obtenção de prova em processo penal, sobretudo a partir do advento da Lei n. 12.850/2013. Não há matéria isenta do controle judicial de admissibilidade. O juiz extrapenal não deve admitir fonte de informação decorrente direta e exclusivamente de meio de obtenção de prova que está adstrito a um catálogo restrito de condutas criminosas; todas alheias aos contornos da tipicidade da conduta que pode ser objeto de discussão na seara civil.

6. CONCLUSÃO

Pretendeu-se fazer uma análise, neste texto, de dois temas fundamentais à chamada atualidade da prova: o da proscrição constitucional das provas ilícitas e o da migração de elementos informativos de um processo a outro, o que se dá pelo conhecido instrumento da prova emprestada.

Nesse percurso se assumiram alguns pontos de vista ora prevalentes em processo penal, ora em processo civil, mas sempre com extrato constitucional.

E se escolheu, a partir disso, e nessa imbricação que já conta com ampla doutrina brasileira, cuidar de tema mais específico e espinhoso: a ilicitude probatória derivada de uma licitude, em feito distinto. Tal hipótese só teria lugar, especificamente, se houvesse a previsão de limitação probatória explícita, em aproximação à doutrina da proibição da produção probatória (seja em processo penal, seja em processo civil; mas prevalentemente em processo penal, que foi o campo em que tal doutrina se frutificou).

O ponto escolhido para se cuidar disso foi o da Lei n. 12.850/2013, que tratou de meios de obtenção de prova vinculados na origem e no escopo àquele nicho específico de criminalidade.

A partir dali é que se disse, ao final, não sem se imaginar que o ponto de vista seja infenso a críticas e discordâncias, que há meios de obtenção de prova limitados absolutamente àquela matéria. E, por isso, sua admissibilidade em outros procedimentos seria vedada – pois em regra a proibição de produção probatória. Não se cuidaria de proibição absoluta de produção probatória, mas sim, proibição relativa.

Logicamente, por se cuidar de provas inadmissíveis, não teriam como ser valoradas pela distinta autoridade judicial.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Claudio Demczuk de. *O uso da prova emprestada no processo penal*. In Revista de Informação Legislativa. N. 193. Brasília. Senado Federal. jan.março. 2012.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora. 1992.

AURIELLI, Arlete Inês. *Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015*. In *Direito probatório* (Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira – Coords.). Salvador: Jus Podium. 2016.

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

_____. *Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 106. São Paulo: RT. Jan/fev. 2014.

_____. *Processo Penal*. 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

_____. *Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova*. Trabalho elaborado para participação do Seminário “Processo penal e Crime Organizado: Análise crítica da Lei 12.850, dias 2 de agosto de 2013”, promovido pelo CEDPAL – Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano, da Georg-August-Universität Göttingen (inédito e cedido pelo autor). 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. In Revista de Direito Administrativo n. 205. Rio de Janeiro: Renovar. Jul.set. 1996.

BIANCHI, Giuseppe. *L’ammissione della prova nel dibattimento penale. Analisi dell’attività argomentativa delle parti*. Milano. Giuffrè. 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva. 2014.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada: Reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 133. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho de 2017.

CORDERO, Franco. *Tre Studi sulle Prove Penali*. Milão: Giuffrè. 1963.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal. Tipo Processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium Editora, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Volume III*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prova e sucedâneos de prova no processo penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/junho de 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.). São Paulo: DPJ, 2005

_____. *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais. Agosto. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva. 2014

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As provas ilícitas na Constituição*. In *O processo em evolução*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998.

_____.; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal* 11. ed., rev., at. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

_____.; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Novas tendências sobre provas ilícitas*. In Ada Pellegrini Grinover, *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

GUARIGLIA, Fabricio. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2005.

LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Milão: Cedam. 2002.

MARINELLI, Claudio. *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*. Turim: Giappicheli, 2007.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Prova emprestada, princípio do contraditório e novo Código de Processo Civil*. In *Direito probatório* (Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira – Coords.). Salvador: Jus Podium. 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*. São Paulo: Atlas. 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de Informação Legislativa n. 140. Out. dez. 1998.

TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Milão: Cedam. 2000.

_____. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Volume 1. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad. 1970.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. II. 2. Ed. Lisboa: Verbo, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros. São Paulo. 2009.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Agente infiltrado* – estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). In Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 87, nov./de. 2010

Von BELING, Ernst. *Las prohibiciones de prueba como limite a la averigación de la verdad en el proceso penal*. In (Ernst Beling, Kai Ambos, Óscar Julián Guerrero – coords.) *Las Prohibiciones Probatorias*. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autónomo à prova*. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. *Investigação e autonomia do direito à prova: um avanço necessário para a teoria geral do processo*. In Flávio Luiz Yarshell e Camilo Zufelato (Coords.) *40 anos da teoria geral do processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros. 2013.