

## ANÁLISE DA PROVA EMPRESTADA NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

**Caíque Ribeiro Galícia.**

Mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS<sup>1</sup>

**Eduardo Dalla Rosa.**

Graduando em Direito pela PUC/RS<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo é fruto de pesquisa desenvolvida no Grupo de Pesquisa em Processo Penal Contemporâneo e visa uma análise diferenciada e contemporânea acerca das provas no processo penal. Assim, a análise da prova emprestada se mostrou assunto relevante pela sua carência de pesquisa específica, em contramão à sua importância. Especificamente se propõe uma abordagem da prova emprestada a partir do seu uso no âmbito da cooperação jurídica internacional. Tal tema tem muita relevância em razão do considerável expansão de crimes transnacionais que normalmente necessitam da cooperação jurídica internacional para a produção de provas.

**Palavras-chave:** Processo Penal Contemporâneo; Prova Emprestada; Cooperação Jurídica Internacional;

**Abstract:** This article is based on a research developed at the Research Group on Contemporary Criminal Procedure and seeks a differentiated and contemporary analysis of the evidences in criminal proceedings. Thus, the analysis of lent evidence proved relevant subject for its lack of specific research, in opposite to its importance. Specifically proposes an approach of proof borrowed from its use in the context of international legal cooperation. This theme has a lot of relevance due to the considerable expansion of transnational crimes that usually require international legal cooperation to produce evidence.

**Key-words:** Contemporary Criminal Procedure; Lent Evidence; International Legal Cooperation;

---

<sup>1</sup> Aluno do PPGCCRIM da PUC/RS sob a orientação do Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

<sup>2</sup> Aluno-pesquisador de Iniciação Científica BPA/PUCRS sob a orientação do Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo discute os aspectos gerais da prova emprestada no processo penal brasileiro, particularmente a obtida via cooperação jurídica internacional. Trata-se de discussão sensível e que foi objeto de debate junto ao Grupo de Pesquisa em Processo Penal Contemporâneo: fundamentos, perspectivas e problemas atuais, coordenado pelo Prof. Dr. Nereu José Giacomolli no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais - PUCRS.

O tema demonstra-se atual e relevante. Primeiro, pela constatação de que poucos têm sido os estudos voltados ao aprofundamento científico em torno da prova emprestada, fator que inegavelmente reproduz iniquidades no trato dos casos que são levados a conhecimento nos Tribunais pátrios. Segundo, porque a temática da prova emprestada, quando inserida no contexto da cooperação jurídica internacional, ganha contornos ainda mais tortuosos e envolve o obrigatório estudo da cláusula da especialidade.

A proposta desta abordagem é avançar no estudo do tema, sem a pretensão de esgotá-lo, todavia. Como se sabe, tanto a prova emprestada quanto a cooperação penal internacional amplo senso abrangem um sem número de situações passíveis de abordagem. Nosso foco será, portanto, e em primeiro lugar, a investigação dos aspectos elementares da prova emprestada, identificando seu conceito, forma, valor e função. Em seguida, serão tratados os requisitos de admissibilidade da prova emprestada. O tópico final deste estudo tratará do compartilhamento de provas na cooperação jurídica internacional e do princípio da especialidade, com especial atenção ao MLAT<sup>3</sup> firmado entre Brasil e Estados Unidos, por apresentar uma configuração *sui generis* de cláusula de especialidade.

## **2. PROVA EMPRESTADA: CONCEITO, FORMA, VALOR E FUNÇÃO.**

Numa primeira abordagem, consoante Eduardo Talamini, a prova emprestada “consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram”<sup>4</sup>. Em igual sentido, Camargo Aranha aponta que a prova emprestada é “a produzida num processo para nele gerar seus efeitos e depois transportada

---

<sup>3</sup> Tratado de Assistência Jurídica Mútua (Tradução livre).

<sup>4</sup> TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 140, out./dez. de 1998, p. 145-162.

por um meio gráfico de reprodução para um outro, visando surtir seus efeitos no feito que lhe era originariamente estranho”<sup>5</sup>. É possível afirmar que, tanto no âmbito da doutrina, quanto da jurisprudência, não há maiores dificuldades a respeito da definição de prova emprestada. Todavia, e sobretudo porque nos importa saber se existe ou não uma livre circulabilidade de provas entre os diversos procedimentos<sup>6</sup>, a questão demanda uma investigação mais aprofundada quanto à forma, o valor e a função da prova emprestada no processo penal brasileiro.

Antes, porém, é necessário sinalizar a diferenciação proposta pela doutrina entre as provas nas modalidades *pré-constituídas* e *casuais*. As primeiras são aquelas que já existiam no mundo jurídico mesmo antes de inseridas em processo judicial (uma escritura pública ou mesmo um documento particular, por exemplo). As ditas *casuais*, por sua vez, se colhem ou se produzem no decurso do processo. Estas últimas são as únicas, conforme sinaliza grande parte da doutrina, que podem ser consideradas emprestadas, pois, como sustenta Ovídio Baptista da Silva, as provas *pré-constituídas* terão:

[...] valor probatório sempre o mesmo, qualquer que seja a natureza do processo em que elas se produzam[...] Uma escritura pública, ou mesmo um documento particular, ainda que já empregada como prova em processo anterior, não será considerada prova emprestada quando novamente for produzida em processo subsequente<sup>7</sup>.

Todavia, há de ser feita a ressalva quanto aos documentos públicos ou particulares protegidos por sigilo. Nestes casos, conforme acentua Lopes Jr., cópias de extratos bancários, documentos fiscais e outros protegidos por sigilo, mesmo que tenham sua quebra autorizada judicialmente, “limitam-se ao processo em questão, não os transformando em ‘públicos’ para serem utilizados em outro processo criminal”<sup>8</sup>. Esta seria uma hipótese de prova *pré-constituída* em que seria vedado o livre compartilhamento com outros processos criminais, motivo pelo qual esta separação radical entre provas *casuais* e *pré-constituídas* deve ser recepcionada, no processo penal contemporâneo, com reservas.

No que diz respeito à função da prova emprestada, pode-se afirmar que íntima e inicialmente ligada à concepção de economia processual. Percebendo-se a facilidade do traslado, opta-se pelo legítimo transporte de provas já produzidas, em detrimento da

---

<sup>5</sup> TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 140, out./dez. de 1998, p. 146.

<sup>6</sup> KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 77.

<sup>7</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2003, vol. I, p. 358.

<sup>8</sup> LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal* – 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 583.

repetição da produção probatória. Porém, a pura e simples economia processual não justificaria a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, motivo pelo qual estes princípios serão tratados como requisitos a todo e qualquer empréstimo de prova. Assim, segundo Talamini, “é a economia processual, somada à circunstância de que nenhuma garantia constitucional está sendo violada, que autoriza o empréstimo da prova a despeito de inexistir sua previsão genérica no ordenamento”<sup>9</sup>.

Pode-se, ainda, fazer-se referência à função diversa e especial da prova emprestada: evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil reparação. Seu fundamento, neste particular, passa a ser o próprio direito à prova, já que eventual veto ao traslado resultaria na impossibilidade da parte provar sua razão. Nestes casos, o compartilhamento de provas não se destina apenas à economia processual, já que há casos em que a prova é irrepetível (falecimento de testemunha, perda do objeto de perícia, etc.) ou, quando menos, sua repetição só se faria de forma demasiadamente custosa.

Neste tom, é oportuno fazer referência ao empréstimo de provas irrepetíveis da forma como regido pelo processo penal italiano. Segundo Tonini, conciliar o princípio da oralidade-imediatidade e o princípio da não-dispersão probatória é tarefa muito árdua, de modo que os “atos *não repetíveis* são utilizáveis em apenas duas hipóteses: 1) quando se trata de impossibilidade de repetição originária (por exemplo: accertamentos técnicos irrepetíveis); 2) quando se trata de irrepetibilidade ulterior, desde que decorrente de circunstâncias imprevisíveis no momento em que o ato foi realizado (p.ex.: autos de informações sumárias prestadas por uma possível testemunha que vem a falecer)”<sup>10</sup>.

Quanto à forma com que a prova emprestada ingressa no segundo processo, sua admissão se impõe pela forma de documento. A propósito, Camargo Aranha propõe esta análise sob uma dupla ótica: *forma* e *essência*, sendo a prova emprestada um modelo híbrido, já que é “formalmente uma prova documental, pois trazida aos autos como um verdadeiro documento, porém, na essência, não perde a natureza originária”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 140, out./dez. de 1998, p. 159.

<sup>10</sup> TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: RT, 2002, p. 204.

<sup>11</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. – 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 197.

Naturalmente, ao ingressar no processo destinatário sob a forma de certidão ou cópia, a prova emprestada já representa uma mitigação à diretriz da oralidade<sup>12</sup> (contato pessoal, direto e recente do juiz com os elementos formadores de sua convicção). Neste fato nada há de anormal, tendo em vista as inúmeras situações de mitigação ao princípio<sup>13</sup>, v.g. cartas rogatórias, cartas precatórias, substituição do juiz no curso do processo, *etc.* Porém, quando tratamos de traslado de material probatório, há que se tentar aproximar o julgador do segundo processo desta chamada *essência originária da prova*. Para isso, sugere Talamini, necessário que “sejam trazidos do primeiro processo todos os elementos documentais em que se consignou a atividade probatória a ser reaproveitada<sup>14</sup>”. Assim, exemplifica o citado autor:

[...]toma-se emprestado perícia elaborada em outro processo por meio da juntada de cópias autenticadas das folhas que a constarem: a decisão definidora do objeto de perícia; os quesitos formulados pelas partes; o laudo pericial; os possíveis quesitos de esclarecimento do laudo e sua resposta; as manifestações dos assistentes técnicos; o eventual termo de ouvida do perito[...]<sup>15</sup>.

Deste modo, composto o traslado por todos os elementos da produção probatória, melhores são as condições do juiz do segundo processo verificar a presença dos requisitos de legitimidade da prova emprestada, bem como verificar se no processo de origem existem nulidades externas a fulminar a eficácia da prova. A expedição de traslado parcial – apenas do laudo pericial ou de trechos da transcrição de interceptações telefônicas, por exemplo, segundo a lição de Devis Echandia, pode gerar “negligências na apreciação da prova, porque [o traslado parcial] não demonstra se o demandado (aquele a quem se opõe a

---

<sup>12</sup> Assevera SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2003, vol. I, p. 67, que o Princípio da oralidade é empregado como “instrumento para a comunicação entre o juiz e as partes...dando-lhe, igualmente, o ensejo de presidir a coleta do material probatório com base no qual haverá de fundamentar a futura decisão, tendo um contato direto e pessoal com as partes e com as testemunhas, podendo, assim, avaliar-lhes a credibilidade das informações prestadas em juízo, certamente com muito maior segurança do que teria o julgador que apenas recebesse essa prova reduzida a um simples registro mecânico constante do processo, que, seguidamente, lhe chegaria às mãos muito tempo depois de prestado o depoimento”.

<sup>13</sup> Neste sentido, quanto aos princípios da oralidade e imediação, discorre Dinamarco: “(...) nem a oralidade é um valor tão elevado em si mesmo, que pudesse ser usado como escudo contra legítimos expedientes destinados a assegurar o acesso à justiça; nem a própria lei a consagra tão intensamente como desejaria seus defensores. Não há imediatidade entre o julgador e a pessoa no caso de testemunhas inquiridas ou perícias realizadas mediante carta precatória, ou quando a prova foi produzida por juiz incompetente e depois aproveitada pelo competente (CPC, art.113, § 2º); nem os juízes dos tribunais têm qualquer participação na constituição do material probatório do processo. A fragilidade do princípio da oralidade perante o direito positivo tem por conseqüência a fragilidade da objeção fundada na suposta pureza com que a lei brasileira a adotaria.”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.97.

<sup>14</sup> TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 140, out./dez. de 1998, p. 146;

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 146;

prova emprestada) foi devidamente citado ou intimado pessoalmente, para legalmente contraditar essa prova”<sup>16</sup>.

Por fim, outra controvérsia sobre tal prova diz respeito ao valor que assume no processo para o qual é trasladada. O fato de ter sido produzida em processo judicial antecedente não significa que ela deva ter a mesma eficácia no processo para o qual será emprestada. Eduardo Talamini assevera que, mesmo se apresentando na forma documental, a prova emprestada “terá *potencialidade* de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originalmente produzida”<sup>17</sup>. Tal *potencialidade*, à nossa percepção, estaria condicionada à natureza do segundo processo (prova emprestada de um processo cível para um procedimento criminal, por exemplo) e ao grau de efetivação do contraditório, podendo estes dois fatores impor valoração diferente à prova, caso comparada à força que lhe foi atribuída no primeiro processo.<sup>18</sup> A jurisprudência dos Tribunais Superiores mostra-se fiel a uma segunda formulação: aceita-se a prova emprestada em seu pleno valor, desde que não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador.<sup>19</sup>

Em suma, a prova emprestada é admitida no processo penal brasileiro e tem como função principal a economia processual, ingressando no segundo processo sob forma de documento e podendo assumir o mesmo valor do processo originário. Tal concepção, entretanto, parte do pressuposto de que foram respeitados todos os requisitos para o empréstimo de prova, ponto que, a seguir, será analisado.

### 3. REQUISITOS

Ao tratar de tema relacionado às provas, seria pouco frutífero se restringir aos enunciados teóricos distantes da sua função prática. Assim, para interrelacionar o discurso

---

<sup>16</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Víctor P. de Zavalía Editor. Buenos Aires, 1970, p. 378.

<sup>17</sup> TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 140, out./dez. de 1998, p. 147.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 288.

<sup>19</sup> Quanto a este ponto, a jurisprudência dos tribunais superiores tem assentado que a prova emprestada não pode, por si só, embasar uma decisão condenatória. “Desde que não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador.” (HC 180.194/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011). O STF, no mesmo sentido, admitindo-a desde que “não tenha sido a prova emprestada a única a fundamentar a sentença de pronúncia” (HC 95549/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 28/04/2009, DJe 29/05/2009).

teórico aos seus efeitos práticos, faz-se uma análise dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada no processo penal a partir da doutrina brasileira.

Considerando que a prova assume a função de mecanismo legitimador da escolha racional<sup>20</sup> do magistrado a partir das diferentes hipóteses feitas pelas partes, a sua admissibilidade, ou não, terá consequências diretas para o regular andamento do processo.

Vale ressaltar que é de suma importância o debate acerca dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada sob a ótica do devido processo legal e na medida em que a Constituição Federal foi impositiva ao vedar no art. 5º, inc. LVI a admissão de provas obtidas por meios ilícitos.<sup>21</sup>

Por não haver regulamentação expressa em lei, há considerável debate na doutrina processual brasileira quanto aos requisitos para admissão do traslado da prova. Contudo, pode-se observar que há um eixo central onde as discussões permeiam, de maneira que no presente artigo serão apresentados os requisitos mais importantes.

### **3.1. GARANTIA DO DUPLO E PLENO CONTRADITÓRIO**

Indissociável a relação entre as provas e o contraditório quando diante da realidade de um processo penal calcado nas bases principiológicas do Estado Democrático de Direito. A esse respeito, Aury Lopes Jr :

Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz[...] Para o autor [Leone], o contraditório consiste na participação contemporânea e contraposta de todas as partes no processo. Ademais, destaca que o contraditório é da essência da estrutura dialética sobre a qual deve estruturar-se o processo penal<sup>22</sup>

Contudo, quanto às provas emprestadas, o conteúdo desse princípio sofre alguma modificação e que nem sempre há convergência na doutrina.

Em se tratando de prova emprestada, como já apontado, necessariamente se estará diante de pelo menos dois processos, o que eleva o debate ao questionamento se o contraditório deverá ser efetivado (i) restritamente ao processo originário da prova; (ii)

---

<sup>20</sup> BADARÓ, Gustavo H. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Pg 161.

<sup>21</sup> Impõe apontar, conforme a lição de Ada Pellegrini, que a ilicitude de uma prova pode decorrer da violação “quer da lei processual, quer pela norma material (por exemplo, constitucional ou penal); pode, ainda, ser expressa ou pode implicitamente ser deduzida dos princípios gerais. In GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pg. 157

<sup>22</sup> LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal* – 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241.

oportunizado no originário, mas efetivo no derivado; ou por fim (iii) em ambos os processos;

Aceitando o contraditório no processo originário como suficiente para o aproveitamento da prova e seu respectivo traslado consistiria em evidente violação aos direitos do acusado. Ainda que o réu configurasse como parte em ambos os processos, há possibilidade de que no processo original não fosse do seu interesse naquele momento específico, atuar na análise detalhada quanto ao fato probante, o que pode não corresponder ao segundo momento em relação ao valor probatório no processo derivado.

Quanto ao segundo aspecto, há que se deixar claro a incongruência sistêmica que por vezes existe entre o processo civil e o processo penal. Sabe-se que a lógica do processo civil no que diz respeito às alegações permite o julgamento desfavorável ao réu revel, o que não encontra correspondência no processo penal. Desta feita, não bastaria apenas a oportunidade dada ao acusado de exercer o contraditório no processo originário, mas que ela deve-se se dar de forma efetiva.

Por fim, a nosso entender, no que diz respeito ao exercício do contraditório, este deve, como exercício de garantia e segurança de um processo penal imparcial e justo, ser exercido pelo acusado em ambos processos de forma efetiva. Além do mais, conforme art. 8.2, letra f, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>23</sup> as partes tem o direito de inquirir as testemunhas perante o tribunal.

Pelo exposto, mais do que apenas compor o polo passivo em ambas ações, o acusado deverá ter tido contato direto e oportunizado a ele o exercício do contraditório na prova colhida. Somente assim haveria a possibilidade do traslado da prova, permitindo a economia processual sem violação dos direitos do acusado.

### **3.2. IDENTIDADE DO OBJETO DE PROVA**

Conforme aponta Gustavo Badaró, entende-se que o objeto da prova são as alegações sobre os fatos levados ao processo<sup>24</sup>. Neste sentido, as alegações sobre determinado fato a que se pretendia provar devem encontrar similitude quanto ao processo secundário.

Tal requisito se extrai a partir de uma interpretação ampla de todo o sistema probatório, pois caso o objeto de prova seja diferenciado, necessariamente a interação das

---

<sup>23</sup> Promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

<sup>24</sup> BADARÓ, Gustavo H. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Pg. 203



partes ao exercer o contraditório específico também seria diferente. Assim, ao cogitarmos de a prova trasladada não sofrer a interação no seu conteúdo pelas partes, no âmbito do segundo processo, estaria claramente instaurada a violação ao contraditório e a ampla defesa.

Contudo, referido requisito não é utilizado de forma unânime na doutrina. No que diz respeito ao presente requisito, ilustra-se o caso de que em processo civil de guarda de menor é produzida (com mesmas partes envolvidas) uma prova indicando que o pai da criança é usuário contumaz de drogas, motivo pelo qual seria indicado a guarda do menor permanecer ou ser transferida para a mãe. Não poderia ser trasladada a referida prova para um processo criminal (ainda que envolvendo as mesmas partes) tendo como objeto de prova a prática de algum crime relacionado com drogas.

### 3.3. A PROBLEMÁTICA ACERCA DO JUIZ NATURAL

Contido no bojo da Constituição Federal de 1988, a garantia do juiz natural tem desencadeado inúmeras reflexões da sua aplicação e efeitos quando violado. Na presente temática, a análise do juiz natural toma contornos variados no entendimento da doutrina quanto a sua extensão e aplicação. De maneira geral, Gilmar Mendes assim o define:

Entende-se que o juiz natural é aquele regular e legitimamente investido de **poderes da jurisdição**, dotado de todas as **garantias** inerentes ao exercício de seu cargo (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos – CF, art. 95, I, II, III), que decide segundo **regras de competência** fixadas com base em critérios gerais vigentes ao tempo do fato.<sup>25</sup> (grifo nosso)

A partir dessa colocação, entendemos que à luz da Constituição Federal, não haveria uma exigência, a priori, da identidade física do juiz em ambos os processos<sup>26</sup>, já que o juiz natural tem seu desdobramento na (i) vedação a tribunais de exceção e (ii) na garantia do juiz competente, o que não se refere, sobremaneira, à necessidade de que seja o mesmo juiz – identidade física<sup>27</sup>.

São, portanto, as regras de competência jurisdicional e primordialmente a reserva de jurisdição que devem ser respeitadas. Nesse aspecto, seria vedado o empréstimo de prova colhida em procedimento arbitral.

Em suma, no que diz respeito ao juiz natural, deve-se compreender que para que haja o traslado admissível da prova emprestada, esta deverá ter sido produzida no processo

---

<sup>25</sup> GILMAR MERENDES, pg. 570

<sup>26</sup> Em sentido contrário: ADA PELLEGRINI

<sup>27</sup> TALAMINI, pg. 150 (06/pdf)

originário perante um juiz dotado de poderes de jurisdição e atuando dentro dos seus limites (competência).

#### **4. A PROVA EMPRESTADA NA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: CLÁUSULA DA ESPECIALIDADE**

Com Antenor Madrugá, sustentamos que qualquer consideração inicial sobre Cooperação Jurídica Internacional parte não da análise de seus instrumentos ou meios, mas da demonstração de sua necessidade e dos limites constitucionais e convencionais ao atendimento desta necessidade<sup>28</sup>. Assim, a referida necessidade “é sempre deduzida em um processo, seja administrativo ou judicial, cujo desenvolvimento ou eficácia depende de providências que estão fora do alcance territorial dos poderes soberanos do Estado onde tais processos são conduzidos. Ou seja, quando o processo é perturbado por ‘elementos de estraneidade’, tais como a localização extraterritorial dos sujeitos do processo ou dos elementos de prova”<sup>29</sup>.

No Brasil, tem sido cada vez mais comum a utilização da Cooperação Jurídica Internacional como instrumento de obtenção de provas situadas no exterior. Quanto ao mérito deste fenômeno, é preciso anotar o gradual crescimento das demandas cooperacionais no âmbito do DRCI<sup>30</sup> e, conseqüentemente, a maior aparição do tema perante os Tribunais. Apesar disso, nosso país ainda não possui uma lei geral regulamentando os procedimentos de cooperação internacional, de modo que o regramento é fragmentado na legislação processual, na Resolução nº 9/2005 do STJ e, principalmente, em tratados internacionais bilaterais e multilaterais.

Diante desta contingência, põe-se a questão de saber se há possibilidade do empréstimo de material probatório obtido via cooperação jurídica internacional para outros processos. A resposta é *afirmativa*: a prova produzida no exterior e trazida ao processo criminal que tramita no Brasil *pode* ser trasladada para outros feitos. Todavia, para além dos requisitos da prova emprestada anteriormente estudados (contraditório, identidade de

---

<sup>28</sup> MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. Como entender a Cooperação Jurídica Internacional. Consultor Jurídico. Disponível em < [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br) >. Acesso em 03/08/2013.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Na tentativa do Ministério da Justiça e do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) de quantificar o gradual crescimento do fluxo de medidas cooperacionais, por meio de relatórios estatísticos mensais, depreende-se que, entre os anos de 2004 e 2010 houve incremento de mais de 40% no número de demandas. Dados estatísticos disponíveis em <<http://portal.mj.gov.br>. > acesso em 04.07.2013.

partes, etc.), este empréstimo de prova, em especial, encontra limites no Princípio da Especialidade.

Consagrado em diversos diplomas internacionais<sup>31</sup>, a cláusula da Especialidade estabelece, em linhas gerais, que informações, documentos ou objetos obtidos mediante cooperação internacional somente poderão ser compartilhados com outros procedimentos penais mediante autorização expressa da Autoridade do Estado *requerido*. Em outras palavras, valendo-se de um exemplo, se autoridade judicial do Brasil requer, nos autos do processo “x”, determinada produção de prova na Itália, uma vez obtido o material e juntado aos autos do processo “x”, seu posterior compartilhamento para os processos “y” e “z” estará sujeito a expressa autorização das autoridades italianas.

Cumprido observar, antes de avançar o estudo, duas situações distintas: o simples atendimento a um pleito de cooperação internacional não configura compartilhamento de prova ou prova emprestada. Assim, quando o Brasil intenta uma quebra de sigilo bancário na Itália, via Carta Rogatória ou auxílio direto, a prova que em nosso território ingressa faz parte do pedido deduzido e seu uso é franqueado ao processo descrito na solicitação. Aqui, não há se falar em prova emprestada.

No entanto, situação diversa é a ulterior utilização deste material probatório para instrução de outras investigações e ações penais, como prova emprestada e mediante traslado. Somente nesta segunda hipótese incide o Princípio da Especialidade, já que o Estado requerido (Itália, valendo-se do exemplo supra) é quem delimita o uso da prova e somente mediante expressa anuência deste é que tal *empréstimo* poderia ser levado a efeito.

É preciso enfrentar a matéria na ótica de Lopes Jr., para quem “o ato judicial que autoriza, por exemplo, a obtenção de informações bancárias, fiscais ou telefônicas – com o sacrifício do direito fundamental respectivo – é plenamente vinculado e limitado...Ou seja, a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos[...]”<sup>32</sup>. Logo, trata-se de um limite à utilização de prova obtida no exterior, já que não existe uma livre circulabilidade de provas entre diversos procedimentos<sup>33</sup>.

Assim, é oportuno consentir com Vladimir Aras, quando observa que a cláusula da especialidade não é apenas uma prerrogativa do país requerido, mas também uma garantia

---

<sup>31</sup> Art. 12 do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (Mercosul): “*Salvo consentimento prévio do Estado requerido, o Estado requerente somente poderá empregar a informação ou a prova obtida, em virtude do presente Protocolo, na investigação ou procedimento indicado na solicitação*”.

<sup>32</sup> LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal* – 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 585.

<sup>33</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 77.

processual negativa do investigado ou réu<sup>34</sup>. Pode-se identificar, nesta conjuntura, que o estudo da cláusula converge com o estudo da *prova emprestada*. Em ambos, as facilidades do traslado e a chamada *economia processual*, tem possibilitado “uma perigosa tendência a “extrapolar”, “trasladar” ou “transferir” a prova obtida através de medidas concretas de cooperação judicial internacional a outros juízos ou outras investigações administrativas desvinculadas do processo no qual essas instâncias se geraram”.<sup>35</sup>

Por tudo isso, a maioria dos tratados de cooperação regulamenta expressamente a restrição ao uso das provas obtidas, cada qual com suas particularidades. Por exemplo, o Acordo bilateral firmado entre Brasil e Cuba dispõe que “a Parte Requerente não usará a informação ou as provas obtidas no âmbito do presente Acordo para propósitos diferentes daqueles constantes do pedido, sem o consentimento prévio da Autoridade Central da Parte Requerida”<sup>36</sup>. No diploma citado, pode-se afirmar que a cláusula da especialidade é *presumida* e daí não decorrem maiores problemas, já que, via de regra, a parte Requerente não usará informações ou provas obtidas mediante cooperação para fins distintos aos declarados no pedido de cooperação.

Merece atenção especial o modo particular como a cláusula é disposta no Acordo de Assistência Judiciária firmada entre Brasil e Estados Unidos (MLAT – *Mutual Legal Assistance Treaty*<sup>37</sup>) onde a lógica da regra quanto ao Princípio da Especialidade é invertida. Conforme o acima exposto, a regra da especialidade incide para, normalmente, vedar a utilização da prova em processos diversos daquele em que a medida de cooperação foi requerida.

Ocorre que, no acordo entre Brasil e Estados Unidos, as restrições ao uso da prova obtida através da cooperação internacional estão contidas no artigo VII, com a seguinte redação:

Artigo VII - Restrições ao Uso

1. A Autoridade Central do Estado Requerido **pode** solicitar que o Estado Requerente deixe de usar qualquer informação ou prova obtida por força deste Acordo em investigação, inquérito, ação penal ou procedimentos outros que não aqueles descritos na solicitação, **sem o prévio consentimento** da Autoridade

---

<sup>34</sup> ARAS, Vladimir. O sistema de cooperação penal Brasil/Estados Unidos. In: BALTAZAR Jr, José Paulo e LIMA, Luciano Flores de (org.). *Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. P. 374.

<sup>35</sup> CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL*. São Paulo: RT, 2000, p. 152.

<sup>36</sup> Decreto nº 6.462, de 21 de Maio de 2008. Artigo XIV, 1.

<sup>37</sup> Decreto nº 3.810, de 02 de maio de 2001.

Central do Estado Requerido. Nesses casos, o Estado Requerente deverá respeitar as condições estabelecidas.

2. A Autoridade Central do Estado Requerido **poderá requerer que as informações ou provas produzidas por força do presente Acordo sejam mantidas confidenciais ou usadas apenas sob os termos e condições por ela especificadas**. Caso o Estado Requerente aceite as informações ou provas sujeitas a essas condições, ele deverá respeitar tais condições. (grifo nosso)

Extraí-se do acordo firmado que, em regra, as provas obtidas poderão ser utilizadas (emprestadas) para outros fins que não aqueles em que inicialmente se deu a medida. Neste sentido, há anuência para o compartilhamento automático, de maneira que a restrição ao uso da prova produzida através da cooperação jurídica internacional só ocorrerá se assim foi solicitado no caso em concreto.

Isso tem diversas implicações no que diz às violações dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Cumpre salientar que, as regras que incidirão na hora da produção da prova no país estrangeiro serão aquelas em vigor naquele país e não a do Estado requerente, o que significa dizer: nem sempre serão observados os direitos garantidos pelo Estado de origem do pedido, mas sim onde a medida foi executada.

Tal fato é consideravelmente temerário sob o ponto de vista das garantias do acusado, e torna-se ainda mais problemático na relação com os Estados Unidos quando o uso da prova colhida poderia ser, em tese, compartilhada automaticamente à discricionariedade da autoridade brasileira.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do que foi exposto, entendemos que o sistema de compartilhamento de provas é um meio que fornece ferramentas úteis sob o ponto de vista celeridade, sem perder de vista o direitos de defesa quanto as provas irrepetíveis, mas que em ambos os casos deve ser utilizado sempre com respeito aos limites de sua admissibilidade no processo penal.

Inobstante o fato de não haver regras específicas quanto a admissibilidade, a doutrina é una quanto alguns requisitos ínsitos a essa modalidade de prova. As divergências quanto a extensão de alguns dos requisitos não geram impedimentos ao compartilhamento da prova, mas no caso em concreto devem ser levadas em consideração principalmente a partir dos princípios processuais penais.

Por se tratar de uma prova cujo contraditório não poderá ser exercido diretamente, o seu uso no processo penal necessita ser avaliado no caso em concreto sob, principalmente,

o ponto de vista da defesa. Além do mais, não se pode admitir que a prova emprestada seja a única a fundamentar uma condenação, deverá, portanto, ser analisada sempre a partir de outros meios colhidos no processo.

A problemática situação da prova emprestada no âmbito da cooperação jurídica internacional precisa de um cuidado especial, posto que põe em jogo as relações de assistência mútua entre os países. Assim, deve ser sempre respeitado os termos dos acordos bilaterais, garantindo, conseqüentemente, a admissibilidade e validade da prova, bem como a preservação das relações internacionais.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. – 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARAS, Vladimir. “O sistema de cooperação penal Brasil/Estados Unidos”, em BALTAZAR Jr. José Paulo e LIMA, Luciano Flores de (org.). *Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 321-400.

BADARÓ, Gustavo H. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL*. São Paulo: RT, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Víctor P. de Zavalía Editor. Buenos Aires, 1970.

GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal* – 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. Como entender a Cooperação Jurídica Internacional. Consultor Jurídico. Disponível em < [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em 03/08/2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Moacir Amaral. *A prova judiciária no cível e commercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 140, out./dez. de 1998, p. 145-162.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: RT, 2002.