Direito Concorrencial e Contencioso

Mauro Grinberg | *Julia Krein*

O empréstimo da prova no processo administrativo

A possibilidade de emprestar prova de um processo a outro sempre foi discutida no Brasil, mesmo sem legislação específica que regulasse a hipótese. Nosso foco aqui, não obstante a base no processo civil, é o processo administrativo sancionador. Consiste a prova emprestada no uso, em determinado processo, de prova produzida em outro processo, numa forma de economia processual. Isto sempre foi uma forma atípica (ou seja, sem previsão legal) de fazer prova, tendo suas definições e requisitos sido estabelecidos principalmente pela jurisprudência e, dentro de certos limites, reconhecidos pela doutrina.

Para que essa transferência de provas de um processo a outro fosse permitida, a quase totalidade da doutrina e da jurisprudência sempre exigiu que os dois processos – aquele do qual a prova é tomada emprestada e aquele no qual a prova tomada emprestada é usada – fossem entre as mesmas partes. Assim, a parte contra a qual a prova fosse usada não poderia reclamar, pois estava no outro processo quando a prova foi produzida.

Faz-se aqui necessário que se distingam as provas conforme o momento de sua produção, existindo as provas que aqui chamamos de estáticas e as que aqui chamamos de dinâmicas. As provas estáticas são as produzidas fora da relação processual; as principais são os documentos e as gravações telefônicas, que conservam sua validade em qualquer processo, independentemente dos momentos de sua produção e de sua apresentação ao processo. Com efeito, as partes não têm possibilidades de influir nessa produção e no seu resultado.

Diferentemente, as provas dinâmicas são produzidas no âmbito da relação processual; exemplos maiores são os depoimentos pessoais, as inquirições de testemunhas e as perícias. Nos dois primeiros exemplos, a parte não tem a possibilidade, no translado da prova, de fazer questionamentos aos depoentes, sendo alegável que eventuais respostas para as suas perguntas poderiam ter trazido revelações que deixaram de ser aproveitadas, tornando o empréstimo da prova no mínimo tendencioso. Especificamente na prova testemunhal, a parte pode também fazer a contradita, o que não acontece se ela, sem a sua participação, é transladada para o processo tomador do empréstimo.

A partir de 2015, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) tornou típica a prova emprestada, conforme o seu art. 372: "O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório". É preciso, todavia, estabelecer o que quer dizer o respeito ao contraditório dentro do instituto da prova emprestada; basta dar vista às partes das provas juntadas aos autos ou é necessária a presença delas no processo do qual a prova é tomada? Não vemos dificuldade de responder a esta pergunta no que tange às provas estáticas; já se viu que elas conservam sua validade em qualquer processo. No entanto, com relação às provas dinâmicas, a dúvida, inclusive jurisprudencial, deve ser examinada. Vejamos, aqui, que Nelson Nery Jr., comentando o artigo do NCPC em questão face ao princípio do contraditório, diz que "a condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é a sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é *res inter alios* e não produz nenhum efeito senão para aquelas partes"[1].

Constitui consideração unânime que um Item indispensável para o contraditório é o binômio ciência e resistência. No caso da prova emprestada, dá-se ciência do empréstimo de uma prova àquela parte que sofre as suas consequências. Pergunta-se agora: como esta parte pode oferecer a resistência no caso da prova dinâmica? Não pode fazer perguntas às testemunhas, não pode apresentar quesitos para a perícia, enfim não pode ter qualquer influência no seu resultado. Obviamente não pode oferecer resistência, frustrando o item indispensável para o contraditório; sem o contraditório e de acordo com o NCPC, não vale a prova emprestada.

Assim, seguindo na linha acima descrita, temos claramente a necessidade, para a validade da prova emprestada, que haja a possibilidade de reação das partes. Essa reação das partes, no caso das provas dinâmicas, só pode ocorrer no processo original, do qual a prova é tomada emprestada; não basta apresenta-la aos autos de outro processo e apenas dar vista à outra parte para que seja considerada válida. A possível reação aqui será inócua pois não há como reagir à prova testemunhal a não ser contraditando a testemunha e/ou a ela fazendo perguntas; também não há como reagir à prova pericial a não ser apresentando quesitos para a perícia e/ou indicando assistente técnico para a perícia. Com efeito, qualquer reação só pode ocorrer no momento de produção da prova dinâmica.

Mesmo antes da entrada em vigor do NCPC, a jurisprudência já havia tentado definir o que é o contraditório no empréstimo da prova. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), relator o Ministro Marco Aurélio Belizze, já decidiu em 2014 que "a prova emprestada, assim como as demais, é admitida no ordenamento jurídico pátrio, desde que tenha sido produzida em processo em que figurem as mesmas partes, com observância do devido processo legal e do contraditório, e não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador (...). Cumpre ressaltar que a garantia do contraditório não compreende a simples intimação da defesa técnica

[1] NERY JR., Nelson. Comentários ao Código de Processo Civil, RT, São Paulo, 2015, pág. 993.

para tomar ciência da prova já produzida, mas, sim, a sua efetiva participação em todos os atos judiciais, com o direito de fiscalizar e influenciar a produção da prova"[2].

Divergindo da decisão acima, o mesmo STJ, relatora a Ministra Nancy Andrighi, ainda que ressalvando a necessidade de garantia do contraditório, decidiu que "a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto"[3].

Numa aparente forma de dirimir a divergência, o Supremo Tribunal Federal (STF), relatora a Ministra Carmen Lúcia, decidiu que "dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas com relação às quais foram colhidos"[4]. Aqui temos a prova estática.

Temos ainda a aplicação do princípio da isonomia, bem descrito, para este efeito, por Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: "Na prática da isonomia pelo juiz esse dever inclui não só o de oferecer oportunidades iguais de participação aos litigantes, mas também o de pô-los sempre em situação equilibrada, mediante decisões coerentes"[5]. Não é possível considerar que as partes em um processo administrativo sancionador estão em situação de igualdade quando a autoridade – parte Autora – participou da produção da prova e o Representado – contra quem corre o processo – não teve tal oportunidade (como dito antes, não lhe foi dado fazer perguntas às testemunhas e/ou apresentar quesitos para a perícia).

A inclusão da prova emprestada no NCPC, com o requisito da garantia do contraditório, torna imperativa a discussão sobre o que efetivamente constitui o contraditório. Ante uma certa indefinição jurisprudencial, com preponderância do STF sobre o STJ, tem-se que, no que se refere às provas estáticas, não se faz necessário que as mesmas partes estejam presentes nos dois processos, até porque a possibilidade de impugnação é a mesma nos dois. Já no que diz respeito às provas dinâmicas, é imprescindível que as mesmas partes estejam presentes nos dois processos pois, com relação a estas, a impugnação só é possível no processo em que elas são produzidas.

Publicado originalmente no portal de notícias Jota, no dia 11/07/2016.

---

[2] AgRg no REsp nº 1.171.296/RJ. Rel.: Min. Marco Aurélio Belizze. T5 – Quinta Turma. Publicado no DJe de 02/05/2014.
[3] Embargos de Divergência no REsp 617.428/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, publicado no DJe de 17/06/2014. P. 23.
[4] AgRg em MS 27.459/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Publicado no DJe de 19/02/2014.
[5] DINAMARCO, Cândigo Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. "Teoria Geral do Novo Processo Civil", Malheiros, São Paulo, 2016, p. 60.