

# DOCTRINA NACIONAL

---

## PROVA EMPRESTADA

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Direito Processual Penal da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**SUMARIO:** I — *Procedimento probatório e devido processo legal*. 1. As garantias constitucionais na disciplina da prova. 2. A legalidade na disciplina da prova. II — *O contraditório como condição de eficácia das provas*: 3. A exigência do contraditório na produção das provas; 4. Ineficácia da prova produzida sem a presença do juiz. 5 Ineficácia da prova produzida sem a presença das partes. III — *Da infringência às normas constitucionais de garantia e suas consequências*: 6. As normas constitucionais de relevância processual como normas de garantia. 7. A ineficácia do ato processual praticado em violação à norma constitucional. 8. As provas colhidas fora do contraditório como provas ilegítimas. 9. As provas colhidas fora do contraditório como provas juridicamente inexistentes ou absolutamente nulas. 10. A ineficácia das provas produzidas *contra constitutionem*: a proibição de utilização. 11. A insanável nulidade da sentença que se fundamentar em provas colhidas fora do contraditório. IV — *A prova emprestada*. 12. Conceito e natureza. 13. Admissibilidade da prova emprestada. 14. A aplicação dos princípios constitucionais à prova emprestada. V — *O caso concreto*. 15. A sentença condenatória. 16. A prova emprestada como único fundamento para o reconhecimento da qualificadora. 17. Consequências da valoração da prova emprestada pela sentença de primeiro grau.

### I — PROCEDIMENTO PROBATÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

#### 1. As garantias constitucionais na disciplina da prova

O moderno processo penal, de índole marcadamente acusatória, é todo banhado pela cláusula do devido processo legal — assegurada expressamente pela Constituição brasileira no n. LIV do art. 5.º, vista não apenas no enfoque individualista de tutela dos direitos subjetivos das partes, mas também e sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição.<sup>1</sup>

Entre outras garantias, defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* —

guardando íntima relação entre si — colocam-se à base da regularidade do processo e da justiça da decisão, fechando o círculo dos instrumentos constitucionais-processuais de proteção das partes e da jurisdição, os quais servem, em última análise, à própria imparcialidade do juiz.<sup>2</sup>

Não pode ficar imune a tais garantias o direito à prova, que nada mais é do que uma resultante do contraditório: o direito de contradizer provando. E assim como o contraditório representa o momento de verificação concreta e de síntese dos valores expressos pelo sistema de garantias constitucionais, o modelo processual informado nos princípios inspiradores da Constituição não pode abrir mão de um procedimento

probatório que se desenvolva no pleno respeito do contraditório. É o que afirma peremptoriamente a mais recente doutrina processual penal italiana, ao focar o procedimento probatório em face do devido processo legal.<sup>3</sup>

E não é em vão que se salienta o direito à prova no quadro das garantias da ação e da defesa. Já se notou que a atividade probatória representa indubitavelmente o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional.<sup>4</sup>

Assim se explica, como foi agudamente observado, a estreita conexão entre o regime da prova e as garantias constitucionais, uma vez que é exatamente no terreno da prova que a interação das garantias encontra efetiva aplicação. E o princípio do contraditório ficaria esvaziado de qualquer sentido, se as partes não fossem colocadas em condições de participar da formação da prova, em plano paritético.<sup>5</sup>

A participação dos sujeitos no processo não permite apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo, própria do procedimento em contraditório e de estrutura cooperatória,<sup>6</sup> existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.<sup>7</sup>

## 2. A legalidade no regime da prova

Tudo isso importa numa profunda revalorização da legalidade na disciplina da prova, de que é manifestação expressa o princípio insculpido no art. 5.º, n. LVI da Constituição brasileira ("São

inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos")

Essa opção do processo penal democrático torna indispensável repristinar o princípio de legalidade na disciplina da prova, recuperando-o rigorosamente dentro de um quadro de garantias.<sup>8</sup>

Já tivemos oportunidade de escrever:

"Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes.

Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um *valor* de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia".<sup>9</sup>

Surge daí o indispensável redimensionamento do princípio da verdade real, necessariamente condicionado àquela série de valores que se traduzem pelo método através do qual se desenvolve sua busca. A liberdade do juiz penal, enquanto instrumento essencial para a realização da pretensão punitiva — porque a descoberta da verdade, obtida a qualquer custo, seria a premissa indispensável para atingir o escopo "defesa social" —, mostrou toda a sua falácia, transmutando a busca da verdade em valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual.

A verdade absoluta, correspondendo a poderes ilimitados do juiz, há de ser desmistificada, tomando-se hoje a expressão “verdade real” em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu procedimento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, obtida por um método processualmente legítimo.<sup>10</sup>

E também decorre desse enfoque a conclusão de que o direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado às partes — por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório —, não é absoluto, encontrando limites. Limites colocados, em primeiro lugar, pelo princípio da convivência das liberdades públicas, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. E, em segundo lugar, pela consideração de que o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.<sup>11</sup>

## II — O CONTRADITÓRIO COMO CONDIÇÃO DE EFICÁCIA DAS PROVAS

### 3. A exigência do contraditório na produção das provas

De extrema relevância é o problema do contraditório, entendido como participação das partes e do juiz no momento da produção das provas. Trata-se, agora, das atividades dirigidas à constituição do material probatório que vai ser utilizado pelo órgão jurisdicional na formação de seu convencimento. E a relevância de tais atividades, necessariamente banhadas pelo contraditório, tem

sido posta em destaque pela doutrina universal,<sup>12</sup> encontrando ressonância nas legislações mais avançadas.

Essa colocação também põe de realce a íntima conexão que existe entre a participação das partes na produção das provas e o princípio da imediação — exatamente entendido, como destaca Trocker,<sup>13</sup> no sentido de que a colheita das provas há de ser feita com a participação das partes, perante o juiz.

Isso tudo significa, como já tive oportunidade de escrever,<sup>14</sup> que tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, como o será a prova que for colhida sem a presença das partes. A concomitante presença de ambos — juiz e partes —, na produção da prova, é essencial à sua eficácia.

Com a única exceção da prova antecipada, de natureza cautelar, em que o contraditório é diferido.

### 4. Ineficácia da prova produzida sem a presença do juiz

O Código de Processo Civil alemão é expresso na exigência de que a colheita de todas as provas seja feita perante o juiz da causa: “Art. 355, *caput* ZPO: “A produção das provas ocorre perante o órgão chamado a decidir a controvérsia”.

A doutrina salientou a relevância desse princípio, que “seguramente representa um dos elementos estruturais fundantes do vigente ordenamento alemão”.<sup>15</sup>

Essa postura conduz à conclusão de ser ineficaz a prova produzida sem a presença do juiz. Ou seja, como já tive oportunidade de escrever,<sup>16</sup> “dessa afirmação básica decorre a inarredável consequência de que não são provas, que o juiz possa utilizar para a formação de seu convencimento, as que forem produzidas em procedimentos administrativos prévios ou mesmo em outros processos jurisdicionais” (sem grifos no texto).

E é irrelevante indagar se esses processos, administrativos ou mesmo jurisdicionais, foram presididos por juízes, porque aqui a regra também se liga ao princípio do juiz natural, como salienta a doutrina.<sup>17</sup>

Revela notar, a esse propósito, que o princípio do juiz natural — que caracteriza um requisito prévio para o exercício da jurisdição<sup>18</sup> — é tutelado por uma dúlice garantia: de um lado, a proibição de tribunais extraordinários ou de exceção, *ex post facto*; e, do outro, o asseguração do juiz competente. Esse segundo aspecto, herdado do constitucionalismo norte-americano, vem consagrado em nossas Constituições desde o Império (art. 149, II) e é hoje insculpido no art. 5.º, LIII CF:

Art. 5.º, LIII: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (sem grifos no texto)

O princípio, em nosso direito, garante que ninguém será subtraído ao seu juiz constitucional, cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais.<sup>19</sup> Não será juiz natural, portanto, o juiz constitucionalmente incompetente, e o processo por ele instruído e julgado deverá ser tido como inexistente.<sup>20</sup>

Assim, paralelamente, os atos processuais praticados em outro processo, perante autoridade judicial que não é o juiz competente para a causa, ficarão desprovidos de qualquer eficácia, não podendo valer em processo distinto.

É essa a interligação entre os princípios do contraditório e do juiz natural, a exigir que o primeiro seja instaurado perante o juiz da causa: tanto assim que, ainda que a prova fosse produzida com a participação das partes, a ausência do juiz natural impossibilitaria a convalidação do vício. Trata-se, segundo a doutrina e jurisprudência italianas, da denominada impossibilidade de integração extrajudicial do contraditório.<sup>21</sup>

## 5. Ineficácia da prova produzida sem a presença das partes

É expressa nesse ponto a ZPO alemã, ao estatuir, nos §§ 357 e 397, que às partes assiste o direito de assistir à produção das provas. A esse fundamental princípio, doutrina e jurisprudência alemãs dão o nome de Parteioffentlichkeit, reconhecendo-o como uma das garantias basilares do processo em geral e extraíndo de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas.<sup>22</sup>

Na Itália não é diversa a posição da doutrina, que identifica como suporte essencial do método de formação da prova o fato dela ser realizada em contraditório.<sup>23</sup> Nem na França, como se vê em Legeais.<sup>24</sup>

E é importante salientar que o princípio da ineficácia das provas que não sejam colhidas em contraditório não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas: exige-se, isso sim, que seja posta em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve.<sup>25</sup>

Tudo quanto for utilizado pelo magistrado, sem que tenha havido prévia intervenção e participação das partes, acaba sendo reconduzido e reduzido a conhecimento privado do juiz.<sup>26</sup>

## III — DA INFRINGÊNCIA AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

### 6. As normas constitucionais de relevância processual como normas de garantia

Os preceitos constitucionais com relevância processual têm natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.

Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc., constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício dos litigantes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.<sup>27</sup>

### **7. A ineficácia do ato processual praticado em violação à norma constitucional**

Toda vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia — caracterizando a denominada atipicidade constitucional<sup>28</sup> — a consequência será a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior. E essa sanção poderá surgir diretamente da Constituição — como ocorre com a obrigação de motivar a decisão judiciária, sob pena de nulidade (art. 93, IX CF) — ou dos princípios gerais do ordenamento.

Não há dúvidas de que a gravidade do vício do ato processual, que resulte da circunstância de ter sido inobservada norma constitucional de garantia, exclui a possibilidade de se configurarem meras irregularidades sem sanção. Tratar-se-á sempre de verificar se o ato deve ser considerado juridicamente inexistente ou nulo: juridicamente inexistente, quando lhe faltarem, de forma absoluta, os elementos necessários para sua constituição, de modo que se trata na verdade de um não-ato, não se cogitando sequer da invalidação, pois a inexistência jurídica constitui problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade;

ou nulo (em sentido processual), privando-o de qualquer aptidão de produzir efeitos.<sup>29</sup>

Com relação aos atos processuais nulos, por infringência à norma constitucional de garantia, cumpre ainda assinalar que se tratará sempre de nulidade absoluta (mais uma vez em sentido processual). Isso porque a distinção entre nulidade absoluta e relativa reside no tipo de interesse que a norma violada visa a tutelar: tratando-se de interesse público, a nulidade será sempre absoluta; cuidando-se do interesse das partes, a nulidade será relativa.<sup>30</sup>

Sendo a norma constitucional-processual, por natureza, estabelecida em prol do interesse público, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo: assim, a nulidade deverá ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada; não haverá que demonstrar o prejuízo, sendo este manifesto; nem se poderá cogitar do princípio do interesse (com a indagação sobre quem deu causa à nulidade: art. 565 CPP), que só se aplica à nulidade relativa.<sup>31</sup>

O vício atinge o próprio interesse público à correta aplicação do direito, não se subordinando o seu reconhecimento às regras aplicáveis às nulidades relativas.<sup>32</sup>

### **8. As provas colhidas fora do contraditório como provas ilegítimas**

Releva notar que o tema das provas produzidas fora do contraditório guarda analogia, mas não se confunde, com o das provas obtidas por meios ilícitos. Estas são as colhidas com infringência a normas de natureza material, que tutelam bens da vida como a intimidade, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, etc. A elas se reserva a denominação de provas ilícitas, sendo objeto da garantia

prevista no art. 5.º, LVI CF. Já por provas ilegítimas entendem-se as produzidas contra normas de índole processual, ainda que inseridas na Constituição: é o caso das provas produzidas fora do contraditório.<sup>33</sup>

Mas, como bem alerta Júlio Fabbrini Mirabete, “a partir do início da vigência da nova Carta Magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material”.<sup>34</sup>

### 9. As provas colhidas fora do contraditório como provas juridicamente inexistentes ou absolutamente nulas

Vejam-se as conseqüências disso tudo para o vício consistente em ter-se a sentença baseado em provas ineficazes, porquanto não produzidas sob o páleo do contraditório instaurado entre as partes, na presença do juiz da causa.

Quando a decisão se apoiar em provas produzidas sem a concomitante presença das partes e do juiz natural, estará na verdade alicerçando-se em elementos que não têm aptidão para surgir para o direito como provas: em não-provas, em algo que só tem a aparência de provas mas que constitui, na verdade, provas juridicamente inexistentes. É o que tivemos oportunidade de escrever, com relação às provas produzidas *contra constitutionem*.<sup>35</sup>

Até porque, como visto, a ausência do juiz natural constitucionalmente competente, na produção das provas torna os atos praticados por outro juiz inexistentes para efeito de processo diverso, por vício de jurisdição.<sup>36</sup>

Mas ainda que se prefira a tese da nulidade, tratar-se-á no mínimo de nulidade absoluta, a qual não se sujeita às regras aplicáveis às relativas.<sup>37</sup>

### 10. A ineficácia das provas produzidas contra “constitutionem”: a proibição de utilização

As provas produzidas *contra constitutionem* são, por isso, totalmente ineficazes. Não podem ser admitidas no processo e, se chegarem a ser produzidas, devem ser dele desentranhadas. O juiz não poderá utilizá-las na formação de seu convencimento.

É do novo Código de Processo Penal italiano a categoria da proibição de utilização, como se vê do art. 191: Art. 191: “Prove illegittimamente acquisite. 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento”.

E a doutrina italiana tem construído em torno do novo conceito de “inutilizzabilità della prova”,<sup>38</sup> que em nosso ordenamento se traduz em ineficácia e proibição de valoração.

Assim sendo, o sistema do livre convencimento do juiz, que impõe o respeito prévio a um método probatório rigorosamente legal, significa que o juiz deve formar a sua convicção, valorando atentamente as alegações e as provas existentes no processo: mas excluindo os elementos probatórios que ingressaram ilegítimamente no processo.<sup>39</sup>

### 11. A insanável nulidade da sentença que se fundamentar em provas colhidas fora do contraditório

Mas se, apesar de tudo isso, o juiz valorar as provas produzidas fora do contraditório (provas inexistentes ou absolutamente nulas, e conseqüentemente ineficazes), nelas fundamentando a formação de seu convencimento, a sentença ficará inquinada de vício insanável (a nulidade absoluta) — que ensejaria sua revisão, uma vez transitada em julgado.

Isso não significa, porém, que em grau de apelação não possa a sentença ser revista pelo tribunal que, na formação de seu convencimento, desconsiderará as provas produzidas contra a Constituição, julgando o caso como se elas não existissem.

A jurisprudência corrobora esse entendimento, em tema paralelo (o das denominadas provas ilícitas),<sup>40</sup> e nem haverá, no caso, supressão de um grau de jurisdição, porque a lide foi apreciada em sua inteireza em primeiro grau, devolvendo a apelação o conhecimento integral da causa ao tribunal, nos limites da matéria impugnada (art. 515, § 1.º CPC, aplicável ao processo penal).

#### IV — A PROVA EMPRESTADA

##### 12. Conceito e natureza

Entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto.<sup>41</sup>

Quanto à forma, a prova emprestada é sempre documental, e assim tem sido considerada em via legislativa pelos ordenamentos que dela expressamente se ocupam (v.g., art. 238 do CPP italiano).<sup>42</sup>

Pode-se afirmar, no entanto, que seu valor é o da sua essência, e esta será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo.<sup>43</sup>

##### 13. Admissibilidade da prova emprestada

O primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é a de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes.

Não discrepa a doutrina. Ouça-se Camargo Aranha: “O princípio consti-

tucional do contraditório (*audiatur et altera pars*) exige que a prova somente tenha valia se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis. Daí porque a prova emprestada somente poderá surtir efeito se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário” (sem grifos no texto).<sup>44</sup>

A esse primeiro, indispensável requisito constitucional de admissibilidade, há que acrescentar outro, em face do princípio constitucional do juiz natural, enquanto juiz competente para processar e julgar (art. 5.º, LIII CF). É preciso, para admitir-se a prova emprestada, que o contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa.

E isso porque, como visto,<sup>45</sup> somente a presença concomitante do juiz e das partes pode dar validade à prova. Principalmente quando se trate de prova originariamente oral (interrogatório, depoimentos testemunhais), em que o princípio da imediação torna indispensável que o juiz da causa tenha contato direto com as provas, para poder valorá-las devidamente.

São esses dois, a meu ver, os requisitos constitucionais de admissibilidade da prova emprestada.

Outros requisitos existem, no campo da legalidade da prova. São eles: a) a observância dos princípios que regem a prova, vista em sua natureza jurídica original (prova testemunhal, depoimentos pessoais, etc.), tanto no processo primitivo como no segundo processo; b) a observância dos princípios que regem a prova documental, no processo em que a prova foi transportada.<sup>46</sup>

#### 14. A aplicação dos princípios constitucionais à prova emprestada

Tudo que acima se disse<sup>47</sup> aplica-se à prova emprestada, quando produzida fora do contraditório instituído entre as partes e sem a presença do juiz da causa.

Trata-se de prova ilegítima, por ter sido produzida sem a presença das partes e do juiz da causa, vulnerando, por isso as garantias do contraditório e do juiz natural (art. 5.º, LV e LIII CF) e a própria cláusula do devido processo legal (art. 5.º, LIV CF).

Por isso mesmo, é inadmissível no processo, tanto quanto a prova obtida por meios ilícitos, a teor do inciso LVI do art. 5.º CF.

Se, porém, for introduzida no processo *contra constitutionem*, não poderá ser utilizada pelo juiz, por tratar-se de prova juridicamente inexistente (ou absolutamente nula), e consequentemente desprovida de qualquer eficácia, devendo, como tal, ser desentranhada dos autos. E isso, independentemente de indagar sobre quem a produziu, porquanto a prova, uma vez introduzida no processo, pertence ao juiz: a prova nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz (princípio da comunhão da prova, impropriamente chamado de ônus objetivo).<sup>48</sup>

Mas se, apesar disso tudo, vier a essa pseudo-prova a ser valorada pelo Juiz, a sentença que nela se fundamentar será absolutamente nula, podendo ser desconstituída mediante revisão criminal.

Em grau de apelação, porém, o tribunal deverá reconsiderar a prova emprestada, proferindo nova decisão exclusivamente na base da prova legítima e eficaz.

### V — O CASO CONCRETO

#### 15. A sentença condenatória

A r. sentença do primeiro grau condenou os réus como incurso no crime de formação de quadrilha ou bando, reconhecendo a qualificadora da quadrilha armada.

E é com relação à majorante especial que o juízo se valeu de prova emprestada.

Afirma a sentença, a fls.: “Secundando todo o arcabouço probatório, que a esta altura já considero, neste aspecto, monolítico, relembro a presença nos autos das peças referentes a alguns dos infundáveis processos que correm ou já correram, independentemente de seus resultados, em Varas Privativas do Júri, por todo o Estado, sempre envolvendo fatos de extrema, infeliz e, para alguns, exemplar violência, onde estão presentes vítimas que, de qualquer forma, mantinham interesses conflitantes ou estranhamente coincidentes com o grupo de indivíduos que vieram a ser chamados neste processo, como réus”.

E, mais incisivamente, a fls.: “Quanto aos crimes afetos ao Tribunal do Júri, desenha-se igualmente significativo e até porque não dizer, imprescindível na própria caracterização da majorante especial da quadrilha armada” (sem grifos no texto).

#### 16. A prova emprestada como único fundamento para o reconhecimento da qualificadora

É certo que a r. sentença, para a condenação, se fundamenta num depoimento testemunhal, reproduzido às fls. Mas este depoimento só serviu para fundamentar a decisão no capítulo da sentença atinente à condenação por formação de quadrilha, que teria tido o intuito de praticar crimes de corrupção de policiais. Nada dele se extrai, quanto à qualificadora da quadrilha armada.

Para esta, o único fundamento da sentença é constituído pela prova emprestada extraída de vários processos do Tribunal do Júri — a que o magistrado alude vagamente, sem referir-se especificamente a depoimentos individualizados: processos de que não foram parte os réus, tendo sido a prova produzida sem sua participação, perante órgãos da jurisdição que não são o juiz natural desta causa.

A prova emprestada, originária de processos em que os réus não foram parte e produzida perante juízo constitucionalmente incompetente para processar e julgar os crimes objeto da presente causa, constitui assim, o único fundamento da sentença de primeiro grau para a caracterização da majorante especial da quadrilha armada.

### 17. Consequências da valoração da prova emprestada pela sentença de primeiro grau

Consoante se disse,<sup>49</sup> a prova emprestada utilizada pela r. sentença caracteriza-se como prova ilegítima, por ter sido produzida sem a presença das partes e do juiz da causa, vulnerando, por isso, as garantias do contraditório e do juiz natural (art. 5.º, LV e LIII CF) e a própria cláusula do devido processo legal (art. 5.º, LIV CF).

Por isso mesmo, não podia ser admitida no processo, sendo tão inadmissível quanto o é a prova obtida por meios ilícitos, a teor do in. LVI do art. 5.º CF.

Introduzida que foi no processo, *contra constitutionem*, não podia ser utilizada pelo juiz, por tratar-se de prova juridicamente inexistente (ou absolutamente nula), totalmente desprovida de eficácia, devendo, como tal, ser desentranhada dos autos. E isso, independentemente de indagar sobre quem a produziu, porquanto a prova, uma vez introduzida no processo, pertence ao juiz: a prova nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz (princípio da comunhão da prova, impropriamente chamado de ônus objetivo).<sup>50</sup>

Mas a sentença de primeiro grau a valorou, tomando-a como único fundamento para o reconhecimento da qualificadora: por isso, nesta parte, é a decisão absolutamente nula, podendo ser desconstituída mediante revisão criminal.

Em grau de apelação, porém, o tribunal deverá desconsiderar a prova emprestada, originária de processos do Tribunal do Júri, proferindo nova decisão.

E como a única prova da qualificadora é a prova emprestada, excluída esta, o tribunal deverá, por inexistência de provas, reformar a decisão, deixando de aplicar a majorante especial do parágrafo único do art. 288 CP.

Isso, sem embargo de outras considerações quanto à condenação em si, a serem enfrentadas em sede diversa, uma vez que este parecer se cinge à análise da prova emprestada que serviu de supedâneo para o reconhecimento da qualificadora.

### NOTAS

1. Cf. Cintra, Grinover & Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, S. Paulo, Ed., 9.ª ed., 1992, pp. 75 ss.

2. Ada Pellegrini Grinover, "Defesa, Contraditório, igualdade e "par condicio" no processo de estrutura cooperatória, in *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio, Forense Universitária, 1990, p.4.

3. V., por todos, a monografia de Alfredo Bargi, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Nápoles, Yovene, 1990, especialmente pp. 90 e 104 ss.

4. Assim Nicolo Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milão, Giuffrè, 1974, p. 510.

5. Bargi, op. cit., p. 108

6. A expressão estrutura cooperatória do processo penal, amplamente utilizada por Foschini (*Sistema del diritto processuale penale*, Milão, I, 1965, pp. 230 ss), foi retomada por Faranda, *La "par condicio" nel processo penale*, Milão, 1968, pp. 5 ss.

7. Pellegrini Grinover, op. cit., pp. 2-3.

8. É o que observa, para o novo processo penal italiano, Vittorio Grevi, in Giovanni Conso e Vittorio Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Pádua, Cedam, 1990, pp. 140.141.

9. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades no processo penal*, S. Paulo, 2.ª ed., 1992, pp. 105-6

10. Id., *ibid.*, pp. 106/7

11. Id., *ibid.*, pp. 104-105

12. Franco Cordero, *ideologie del processo penale*, Milão, 1966, pp. 218.220; Luigi Paolo Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Pádua, 1970, pp. 219 e ss.; Oppetit, "Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en droit français", in Cappelletti e Tallon, *Les garanties fondamen-*

*tales des parties dans le procès civil*, Milão, 1973, p. 502; J. Reichel, "Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme" in *der Zivilprozessordnung*, Giessen, 1971, pp. 25 ss. e 73 ss.

13. Trocker, op. cit., p. 548.

14. Pellegrini Grinover, O conteúdo da garantia do contraditório, in *Novas tendências do direito processual* cit., p. 22. No mesmo sentido, Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., pp. 98-100

15. Trocker, op. cit., p. 548

16. Pellegrini Grinover, O conteúdo da garantia do contraditório cit., p. 22.

17. Dentre os italianos, v. Trocker, op. cit., p. 550 e dentre os alemães, Reichel, *Die Unmittelbarkeit* cit., pp. 73/78, retomando a tese de Bosch, *Grundsatzfragen des Bewiesrechts*, Giesecking, 1963, p. 123

18. V. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., p. 38

19. V. José Frederico Marques, Juiz natural, verb. in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 46/447

20. Sobre a inexistência jurídica do processo e julgamento por juiz constitucionalmente incompetente, v. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., pp. 38-42.

21. Comoglio, *La garanzia* cit., p. 218; *Corte Constitucional italiana*, sent. n.70 de 1961, in *Giur. cost.*, 1961, p. 1.282 ss

22. V. doutrina e jurisprudência indicadas por Trocker, op. cit., pp. 553 ss..

23. Vittorio Denti, Perizie, nullità processuali e contraddittorio, in *Riv.Dir.Proc.*, 1967, p.405.

24. Legeais, *Les règles des preuves en droit civil*, Paris, 1955, p.16.

25. Pellegrini Grinover, *O conteúdo da garantia do contraditório* cit., p. 24; Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., pp. 101-102.

26. V. a copiosa doutrina e a firme jurisprudência italianas e alemãs referidas por Trocker, op. cit., pp. 536-537 e 552 ss.

27. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., pp. 19-20.

28. Ada Pellegrini Grinover, A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição, in *Rev.Proc.Ger.Estado SP*, n.37, jun.-92, pp. 35 ss.

29. Grinover, Scarance & Magalhães, op. cit., pp. 19-21 e 16-18.

30. Cintra, Grinover & Dinamarco, *Teoria geral do processo* cit. pp. 291-292; Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., p. 21.

31. Grinover, Scarance & Magalhães, op. cit., pp. 23-25 e 26-28

32. Id., *ibid.*, pp.22-28.

33. V. sobre o conceito de *provas ilícitas* (ou obtidas por meios ilícitos) e *provas ilegí-*

*timas*, na terminologia de Nuvolone, que adotamos, Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., pp. 107-110.

34. Mirabete, *Processo penal*, S. Paulo, Atlas, 1991, p. 251

35. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., p. 116.

36. V. parecer supra, n.4.

37. V. *supra*, n.7 deste parecer

38. V. Novella Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Pádua, Cedam, 1992

39. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., p. 102

40. Id., *ibid.*, p.116

41. Cf. Adalberto José de Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, S. Paulo, Saraiva, 2.ª ed., 1987, p.188

42. Na Itália, o dispositivo — que se justificaria em face da opção do legislador, que diminuiu a *vis atractiva* da conexão — é criticado por desrespeitar os princípios de oralidade e imediação próprios do processo acusatório e, sobretudo, por sacrificar o princípio da participação das partes na formação da prova, comprimindo o contraditório no momento da produção da prova: v. Claudia Squassoni, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. de Mario Chiavario, UTET, vol. II, 1990, pp.657 e 662. A disciplina do Código, modificada pela denominada "Lei anti-máfia" (Dec.-lei 306/92, convertido em lei aos 6/8/1992), foi alvo de novas críticas, sendo considerada inaceitável na parte em que sacrifica drasticamente o direito das partes à formação da prova no próprio processo e, de qualquer maneira, o direito de inquirir as testemunhas e o acusado (Giuseppe Frigo "Le misure antimáfia/1", in *Il Sole*, 24 ore documenti, 7.8.92, p.5).

43. Camargo Aranha, op. cit., pp. 188-189

44. Id., *ibid.*, pp. 189-190

45. V. *supra*, ns. 3 e 4 deste parecer.

46. A esses requisitos de índole legal, Camargo Aranha (op. cit., pp. 189-90) acrescenta o de se tratar de fatos semelhantes a serem provados no processo originário e no segundo processo. Mas aqui, a meu ver, a questão é de relevância ou pertinência da prova, e não propriamente de sua admissibilidade.

47. V. *supra*, ns. II e III deste parecer.

48. Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991, p.181.

49. V. *supra*, n.14 deste parecer.

50. Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal* cit., p. 181.