

HABEAS CORPUS 0014374-70.2010.8.19.0000

AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DA XX VARA DA COMARCA DE SÃO GONÇALO

IMPETRANTE: XXX

PACIENTE: XXX

CORRÉU: CARLOS VANDRÉ DE SOUZA OLIVEIRA

RELATOR: DESEMBARGADOR GERALDO PRADO

VOTO VENCIDO

Em que pese o entendimento diverso adotado pela douta maioria, voto vencido para JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO E CONCEDER A ORDEM para cassar a decisão de fls. 41/2 e, caso a prova já tenha sido introduzida no processo, determinar que ela seja desentranhada.

Apresento em anexo a declaração de voto com ementa.

Rio de Janeiro, 01 de julho de 2010.

**GERALDO PRADO
DESEMBARGADOR RELATOR**

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. EMPRÉSTIMO DE PROVA ORAL PRODUZIDA EM PROCESSO QUE O PACIENTE NÃO INTEGRAVA COMO PARTE, UMA VEZ QUE DECRETADA SUA REVELIA. REQUERIMENTO MINISTERIAL DEFERIDO PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. IMPOSSIBILIDADE. INCOERÊNCIA COM A LÓGICA DA ORALIDADE ADOTADA PELAS LEIS 11.689, 11.690 E 11.719, TODAS DE 2008. PRINCÍPIO DA IMEDIAÇÃO. REPERCUSSÃO NA AMPLA DEFESA, NO CONTRADITÓRIO, NO DIREITO À PROVA, NO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ E NA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. PROVA ILEGÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

Paciente denunciado pela suposta prática do crime definido no artigo 121, § 2.º, inciso I, do Código Penal. Ministério Público que requereu empréstimo de prova produzida no processo do corréu. Princípios da livre convicção motivada e, no caso concreto especificamente, da íntima convicção que permitem a atribuição do valor que o julgador entender adequado à mencionada prova. Imposição constitucional do contraditório que, nesse contexto, se fortalece, colocando como requisito à importação da prova que a parte contra quem se pretende introduzi-la no segundo processo tenha sido parte no primeiro. Exigência de efetiva participação do paciente na produção da prova, e não apenas na crítica ao seu conteúdo quando ele já está finalizado, salvo se com isso ele próprio concordar, o que não ocorre no presente caso. Inaplicabilidade do contraditório diferido (artigo 155 do Código de Processo Penal). Inadmissibilidade da prova oral sob a forma documental, diante das alterações trazidas ao Código de Processo Penal pelas Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, que consagraram o princípio da oralidade. Premissa axiológica que veio para concentrar os atos em audiência e garantir a ambas as partes mais efetiva influência no resultado do processo e, sobretudo, de maior fidelidade da sentença ao fato caracterizador do crime. Princípio da

imedição. Repercussão em diversas esferas, tais como a ampla defesa, o contraditório, o direito à prova, o livre convencimento do juiz, o juiz natural e a inafastabilidade da jurisdição. Direito fundamental à prova que assiste a ambas as partes – Ministério Público e acusado. Inviabilidade do empréstimo, sob pena de ilegitimidade da prova.

VOTEI VENCIDO PARA CONCEDER A ORDEM.

VOTO

Em síntese, a impetrante aduz a ilicitude da prova produzida pelo Ministério Público, já que produzida em processo não integrado pelo paciente, o que viola o contraditório.

A impetrante está com a razão.

Com efeito, sabe-se que o instituto da prova emprestada, por carecer de regulamentação específica tanto no âmbito processual civil como no processual penal, surte muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

É assim especialmente em relação aos seus requisitos, dentre os quais ora se inclui, ora se exclui a identidade objetiva (fatos provados e fatos probandos) e subjetiva (partes) entre o processo de que se importa a prova e aquele para o qual ela se exporta; ora se salienta a identidade física do julgador de ambas as demandas, ora se a considera desnecessária; ora se exige que a prova importada provenha de processo judicial, ora se a admite quando produzida em processo administrativo, etc.

Não obstante a gama de posicionamentos que o tema propõe, muitas vezes opostos, há pontos em que a doutrina e a jurisprudência não divergem, nos quais se incluem curiosamente aqueles sobre os quais controvertem, no caso presente, a Defesa e o Ministério Público, cujo pedido foi deferido pela autoridade apontada como coatora.

E todos eles desembocam no contraditório (artigo 5.º, inciso LV, da Constituição da República) como princípio fundamental que deve nortear a função jurisdicional do Estado.

Com efeito, como salientado pela autoridade judiciária à fl. 50, a doutrina é unânime em admitir a forma documental da prova emprestada¹.

¹ Nesse sentido: GRINOVER, Ada. *Prova emprestada*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 4, p. 60-69; ANTUNES, Carla Heidrich, BIANCHINI, Caroline Ribeiro e MAGALDI, Fernando. *Prova emprestada: algumas considerações*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n.º 5, Mai-Jun/2000, p. 28-37; REMATOSO, Mariana Borges. *A (in)eficácia da prova emprestada*. In: Revista de Direito Privado, n.º 41, 2010, p. 152-222; TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. In: Revista de Processo, n.º 91, p. 92-114; HC 0014374-70.2010.8.19.0000 FE

Todavia, não se trata de reconhecer, com isso, que o depoimento de uma testemunha, por exemplo, ao ingressar num segundo processo como prova importada, perde sua natureza oral para se transformar em documento.

Ao contrário, não há alquimia que transforme prova oral em documental.

Em verdade, a afirmação pacífica de que a prova emprestada entra documentalmente no segundo processo constitui paradigma para estabelecer limites à sua admissibilidade, expressos nas normas de produção da prova documental (artigos 231 a 238 do Código de Processo Penal) e no contraditório, mediante ciência às partes a respeito de seu conteúdo.

A prova emprestada, portanto, é introduzida no novo processo na forma documental, mas a sua natureza permanece inalterada.

Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. Terá a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida. (...) O Juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria, se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo.²

Para Gisele Kodani, a propósito, é precisamente isso o que caracteriza a prova emprestada:

É este, portanto, o aspecto essencial da prova emprestada: apresentar-se sob a forma documental, mas com a potencialidade de assumir a mesma eficácia com que foi produzida no processo de origem. Todas as vezes que não houver essa dicotomia: forma documental versus valor de outro meio de prova, não há falar em prova emprestada. (...) Quando se fala, portanto, em prova emprestada, quer se dizer não apenas o transporte físico (de uns autos para outros), mas também o transporte do valor da prova em si.³

Trata-se de decorrência lógica do princípio da livre convicção motivada: o juiz pode valorar livremente as provas produzidas pelas partes, desde que fundamente a opção por esta ou aquela tese, estando as exceções expressamente previstas em lei, como as hipóteses de

KODANI, Gisele. *Âmbito de aplicação da prova emprestada*. In: Revista de Processo, n.º 113, p. 268-280; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17.ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010, p. 479; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9.ª Ed. RT. São Paulo, 2009, p.

² TALAMINI, op. cit., p. 94.

³ Op. cit., p. 272. Por isso mesmo a autora afirma que “não deve ser entendido como prova emprestada o mero documento reprografado de outros autos, pois não há ‘o contraste entre forma e valor potencial’”.

infrações que deixam vestígios, em que o exame de corpo de delito é imprescindível (artigo 158 do Código de Processo Penal).

Por isso mesmo a doutrina⁴ também é pacífica em afirmar que, se por um lado a prova emprestada ingressa no novo processo na forma documental, ela não perde seu valor originário, pois a lei não lhe atribui menor ou maior relevância do que às demais – nem poderia, sob pena de regressão ao sistema das provas legais, típico de modelos inquisitivos de processo.

Isso não significa, contudo, que a prova emprestada receberá sempre, absoluta e necessariamente, o valor que talvez possuísse em sua essência originária. Também não é correto dizer que, mesmo sendo admissível, ela não poderá jamais assumir tal valor.

*O Juiz, no caso concreto e motivadamente, conferir-lhe-á o valor que ela mereça.*⁵

Nessa perspectiva, não é possível argumentar com a validade da futura sentença que eventualmente esteja fundamentada na prova importada, ainda que condicionada à existência de outras provas, produzidas sob o crivo do contraditório, que a corroborem.

Isso porque, em primeiro lugar, “ou bem esses elementos probatórios por si só já bastariam (e então a prova inconstitucional seria até dispensável, não havendo razão para permanecer nos autos); ou tais elementos seriam insuficientes e precisamente a prova inconstitucional é que faria a diferença (ou seja, estaria sendo *aproveitada* como elemento decisivo – em frontal colisão com a determinação constitucional de inaproveitabilidade)”⁶.

Além disso, a hipótese sob julgamento é de imputação de crime doloso contra a vida, cujo julgamento, caso pronunciado o paciente, ficará a cargo do Conselho de Sentença, sob o princípio da íntima convicção, inexistindo meios de verificar, com nessa argumentação, aduzida nas informações de fls. 49/53, se sua decisão será válida ou não.

Assim, se a prova emprestada, depois de introduzida sob a forma documental no novo processo, mantém sua natureza original – oral ou pericial, por exemplo – e assim deve ser valorada pelo juiz, quer fundamentadamente, quer sob o princípio da íntima convicção, “é preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo”⁷, caso nele a prova viesse a ser produzida originariamente.

Isso porque, afora os requisitos específicos de sua admissibilidade, a prova emprestada submete-se à regulamentação das provas em geral, em que está inserido o artigo 155 do Código

⁴ Vide nota 1.

⁵ TALAMINI, op. cit., p. 111.

⁶ Idem, p. 111-112.

⁷ Idem, p. 97.

de Processo Penal, que dispõe que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em **contraditório judicial**”⁸, conforme decidido por este E. Tribunal de Justiça:

*(...) Prova testemunhal silente quanto à existência de prévia conjugação e concerto de intenções e de atividades dos implicados no evento para a sucessiva prática da ilícita traficância, cuja sustentação condenatória e acolhimento sentencial apenas se deram calcados nas declarações realizadas pelos adolescentes-infratores junto ao Juízo da 2ª Vara da Infância e da Adolescência, o que se constituiria, na melhor das hipóteses, em prova emprestada, mercê da ausência de estabelecimento de Contraditório no Juízo criminal em face de tais manifestações, mas o que poderia ser valorado como análogo aos elementos produzidos em sede inquisitorial, e, portanto, susceptível de sofrer a limitação prevista na parte final do art. 155, do Diploma dos Ritos, segundo a redação que lhe foi imposta pela Lei nº 11.690/08, mas ainda sem perder de vista que, mesmo que válidas fossem tais elementos de convicção, ainda assim eles não seriam suficientes para alicerçar um correto juízo reprovatório, já que equiparados a meras "chamadas do co-réu". (...)*⁹

E, no regime das provas em geral, o “contraditório judicial” não deve ser exercido apenas no momento da crítica ao elemento probatório, a partir do acesso a seu conteúdo já finalizado.

Esse argumento, que se confunde com aquele do contraditório diferido, empregado nas informações de fls. 49/53, é válido apenas no processo civil, “que geralmente se satisfaz com a potencialidade de contraditório: bastando que se dê às partes a oportunidade de participar”¹⁰.

Ainda assim, as hipóteses de contraditório diferido, conforme acentuado por Ada Pellegrini Grinover¹¹, estão adstritas às provas antecipadas, que possuem natureza cautelar, além das irrepetíveis (artigo 155 do Código de Processo Penal) ou das de difícil reprodução¹².

Não seria, pois, o caso apresentado a julgamento, ainda que se tratasse de causa de natureza extrapenal.

No processo penal, a seu turno, a defesa técnica é indisponível, seja para fazer alegações ou para exercer o direito à prova, que, portanto, não engloba só o momento da análise da

⁸ Grifei.

⁹ AP 0040714-53.2007.8.19.0001. Sexta Câmara Criminal. Rel. Des. Luiz Noronha Dantas. Julgamento: 02/03/2010.

¹⁰ ANTUNES, et. all, op. cit., p. 35.

¹¹ Prova emprestada, cit., p. 62.

¹² REMATOSO, op. cit., p. 190.

prova, mas também outros dois momentos anteriores: o da sua admissão – que ora se analisa – e o da sua produção – no qual todas as partes deverão estar presentes¹³.

*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.*¹⁴

Por isso se coloca, também de forma pacífica jurisprudencial e doutrinariamente, entre os requisitos de admissibilidade da prova emprestada, que ela tenha sido produzida, no processo primitivo, em obediência às normas legais e constitucionais:

*O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal.*¹⁵

Nessa perspectiva, não há como subtrair do direito de provar as atividades inerentes à própria produção da prova, como a de formular quesitos ao perito e nomear assistente técnico e a de formular perguntas às testemunhas.

É o que ensina Antonio Magalhães Gomes Filho, que, depois de salientar, no contraditório, o momento de ciência das partes a respeito da prática e do conteúdo dos atos processuais, afirma:

*No seu segundo momento, o contraditório adquire uma feição dinâmica, caracterizando-se pela possibilidade de participação ativa dos seus protagonistas em todos os atos do procedimento, com o objetivo de influenciar positivamente o espírito do juiz e obter, assim, a tutela pretendida.*¹⁶

Não se trata, pois, de capricho formalista, mas de garantia que possui um determinado fim: o de convencer o julgador. Nessa linha, assumem relevância os princípios da oralidade e, por via de consequência, da imediação e da identidade física do juiz¹⁷.

Com efeito, o empréstimo de prova oral e de interrogatório de corréu na forma documental vai de encontro à lógica adotada pelas recentes alterações trazidas ao Código de Processo Penal, por meio das Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008.

¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. RT. São Paulo, 1997, p. 169.

¹⁴ GRIONVER, *Prova emprestada*, cit., p. 63.

¹⁵ NUCCI, op. cit., p. 347.

¹⁶ GOMES FILHO, op. cit., p. 138.

¹⁷ GRIONVER, *Prova emprestada*, cit., p. 62, ademais de todos os autores citados na nota 1.

A propósito, cumpre destacar que não foi casual a opção do legislador pela estruturação oral dos novos procedimentos, pois dentre os princípios que informam o sistema acusatório, eleito no artigo 129, inciso I, da Constituição da República, está o da oralidade, que tem por objetivo, dentre outros, a aceleração do processo pela concentração dos atos processuais em audiência.

Além disso, a contraposição desse princípio com a escritura conduz à constatação de que a relação entre sistemas autoritários e a forma escrita de instrução probatória e manifestação das partes no processo não é rara, a exemplo dos tempos de Inquisição¹⁸.

Não se trata, evidentemente, de coincidência histórica, pois “a alternativa axiológica entre as formas oral e escrita, assim como aquela entre publicidade e segredo, reflete a diversidade dos métodos probatórios próprios do sistema acusatório e inquisitório: enquanto a forma escrita é inevitável em um sistema penal baseado nas provas legais, a forma oral o é, ao invés, nos sistemas informados pelo contraditório e pelo livre convencimento”¹⁹.

O efeito prático da oralidade no contraditório é de fato evidente porque, ao implicar necessariamente maior grau de publicidade dos atos, ela “abrevia a distância”²⁰ entre os sujeitos processuais e, portanto, proporciona a imediação do diálogo entre eles: cientes do conteúdo das provas eventualmente produzidas em processo, as partes possuem maior liberdade e possibilidade de manifestação e interferência no convencimento do juiz.

Não seria de grande valia, no entanto, a imediação entendida apenas como método de convencimento do juiz. Segundo Iacovello, o binômio oralidade-imediação deve antes ser concebido como “técnica de formação das provas”²¹.

Assim é porque o Juiz que não participa da produção das provas abre mão do contato com detalhes e sutilezas que escapam à frieza dos papéis que as reproduzem.

*(...) o essencial do processo se cifra na relação direta do juiz com as fontes pessoais de prova, que na experiência do processo criminal são muitas vezes as únicas e, em geral, as de maior rendimento. E, ademais, vigente o princípio da livre convicção, não existiria outro modus operandi possível, posto que o julgador deve formar convicção com materiais de primeira mão, em virtude de uma apreciação personalíssima.*²²

¹⁸ Ferrajoli, Luigi. Trad.: Zomer, Ana Paula; Tavares, Juarez; Choukr, Fauzi Hassan e GOMES, Luiz Flávio. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 451-454.

¹⁹ Idem, p. 494.

²⁰ Carnelutti, Francesco. *Diritto e Processo*. Morano, Napoli, 1958, p. 151.

²¹ *Apud* Ibáñez, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal*. Org. Lédio Rosa de Andrade. *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2006, p. 9.

²² Idem, p. 5.

Não basta, portanto, que o Juiz ouça diretamente as partes; também não é suficiente que ele presencie a produção das provas. Ambas as situações devem estar presentes para que o resultado do processo tenha fidelidade mínima à realidade dos fatos.

A esse respeito, Bentham, em ponto de vista contrário à estrutura mista do processo penal francês, destacou que “O juiz que não ouviu as testemunhas, nunca estará seguro de que as atas representam fielmente o testemunho oral, nem de que este tenha sido exato e completo em sua origem”²³.

Continua o autor, ao justificar a necessidade da identidade física do juiz:

*O juiz não pode conhecer por observações próprias os caracteres de verdade tão vivos a tão naturais, relacionados com a fisionomia, com o tom de voz, com a firmeza, com a prontidão, com as emoções do temor, com a simplicidade da inocência, com a turbção da má fé (...).*²⁴

Nessa perspectiva, cumpre destacar o princípio do juiz natural, que, segundo Ada Pellegrini Grinover²⁵, “é tutelado por uma dúlice garantia: de um lado, a proibição de tribunais extraordinários ou de exceção, *ex post facto*; e, do outro, o asseguramento do **juiz competente**”²⁶ (artigo 5.º, inciso LIII, da Constituição da República).

E prossegue a autora:

*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.*²⁷

É evidente, pois, que os princípios da oralidade, da imediação, do contraditório, da identidade física do juiz e do juiz natural não serão observados caso se importem os depoimentos prestados no processo em que era réu XXX, já que o Júri não poderá ser composto pelos mesmos cidadãos que julgaram o mencionado corréu.

Com isso, menos ainda será observada a paridade de armas:

²³ *Tratado de las Pruebas Judiciales*. V. I. Trad. Manuel Ossorio Florit. Dumont, Buenos Aires, 1959, p. 92.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Prova emprestada*, p. 63.

²⁶ Grifei.

²⁷ *Ibidem*.

*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.*²⁸

No que tange à prova oral, “disso decorre a constatação de que a aquisição da prova não se limita à documentação de uma informação, mas exige uma participação ativa de quem realiza a inquirição, com o objetivo de se proceder, concomitantemente, a uma valoração sobre a idoneidade do testemunho”²⁹.

É por isso que, se a doutrina diverge a respeito da identidade de partes entre o primeiro e o segundo processos como requisito de admissibilidade da prova emprestada, por outro lado ela é pacífica em exigir que ao menos aquele contra quem se pretende produzir essa prova tenha sido parte no processo primitivo³⁰.

E esse requisito não se afasta pela alegação de que o segundo processo, como no caso concreto sob julgamento, decorra de um primeiro que verse sobre os mesmos fatos, imputados às mesmas pessoas. Isso porque não basta que a parte tenha sido parte na *demand*a; ela deve ter efetivamente integrado a *relação processual*.

Além disso, é precisa a lição de Eduardo Talamini³¹, ainda que se refira ao processo primitivo como sendo de natureza extrapenal, endossada por Mariana Rematoso no âmbito penal:

*Da mesma forma, a prova obtida em processo que houve revelia do réu não pode ser emprestada a outra demanda contra o mesmo réu, pois a preclusão só pode gerar efeitos endoprocessuais.*³²

No mesmo sentido já decidiu esta E. Câmara Criminal:

Indivíduo denunciado, junto com três outros, por prática de roubo, com as majorantes do emprego de arma e pluralidade de agentes. Autuação flagrancial apenas dos demais. Prisão preventiva, decretada, do referido. Desmembramento do feito quanto a ele. Citação por edital, e suspensão processual à luz do artigo 366 da Lei Adjetiva, que durou quatro anos. Localização em estabelecimento do sistema penitenciário.

²⁸ Idem, p. 61.

²⁹ GOMES FILHO, op. cit., p. 152.

³⁰ Vide nota 1, além de Camargo Aranha, citado por GRINOVER, em *Prova emprestada*, cit., p. 66: “O princípio constitucional 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”.

³¹ Op. cit., p. 97.

³² Op. cit., p. 190.

*Mantença da custódia. Sentença que, prestigiando quase toda a acusação pública, condenou o citado réu nas penas de 05 anos e 04 meses de reclusão, sob regime fechado, e pagamento de 13 dias-multa no valor unitário mínimo; na incidência do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal. Apelação defensiva, concordada pelo MP de 1º grau e pela Procuradoria de Justiça. Razão manifesta. Confissões dos co-réus, na fase policial e nos interrogatórios, incriminando o ora insurgente, que não são vistas de bastante; eis que não respaldadas por outras provas. Ausência de reconhecimento por vítimas ou testemunhas. Prova emprestada do processo no tocante aos outros réus, da qual não participou a defesa técnica do apelante; logo não podendo ser aproveitada contra ele, sob pena de violação das pétreas garantias constitucionais da defesa ampla e do contraditório. Cognição dubitativa, acarretando o sucesso da resistência à pretensão punitiva. Absolvição do recorrente com base no artigo 386, VII, da Lei Adjetiva. Sentença que se reforma. Recurso provido. Expedição do Alvará de Soltura.*³³

Também o Supremo Tribunal Federal já adotou este posicionamento:

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

³³ AP 004528-40.2002.8.19.0004. Quinta Câmara Criminal. Rel. Des. Luiz Felipe Haddad. Julgamento: 13/05/2010. HC 0014374-70.2010.8.19.0000 FE

*materialidade do tóxico apreendido, que, de regra, não se faz em juízo e à veracidade do qual nada se opõe.*³⁴

Por fim, cumpre destacar, a título ilustrativo, a seguinte ementa, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

*APELAÇÃO. RECEPÇÃO. Prova emprestada. A prova emprestada é prova ilegítima quando produzida na ausência do réu e/ou seu defensor, ferindo os princípios do contraditório e ampla defesa. Ausência de elementar do tipo. Não comprovação da ciência pelo réu da origem ilícita do bem. In dubio pro reo que impõe a absolvição. Apelo provido.*³⁵

É evidente que isso não significa estar proibida a importação da prova toda vez que tenha sido produzida na ausência da parte contra a qual pretende servir no processo. Todavia, o seu ingresso no segundo processo depende da anuência dessa parte, que “tem direito de se manifestar quanto à admissibilidade do empréstimo”³⁶.

Caso contrário, a prova não poderá ser importada, eis que ilegítima por violação ao preceito processual-constitucional do contraditório (artigo 5.º, inciso LVI, da Constituição da República), o que poderá ensejar a nulidade absoluta do processo desde o empréstimo³⁷.

Cumpre destacar que não se trata de restringir o direito fundamental à prova, que também assiste ao Ministério Público como corolário do contraditório. O que não se pode negar é que o exercício de todo direito está sujeito a limites, normalmente estabelecidos pelos direitos alheios.

Assim, o princípio da economia processual, que orienta a pacífica admissibilidade da prova emprestada, não é absoluto, devendo ceder lugar aos direitos fundamentais dos cidadãos – no caso o direito ao contraditório do acusado XXX.

É o que leciona Gisele Kodani:

Se há uma forma de se praticado o menor número de atos processuais com a mesma eficiência e sem agressão aos direitos das partes, não há motivo para não admitir a conveniência da prova emprestada no processo, mormente se considerarmos que a morosidade da prestação jurisdicional é um dos maiores desafios da temática do acesso

³⁴ RE 328138/MG. Primeira Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 16/09/2003.

³⁵ AP 70025346412. Quinta Câmara Criminal. Rel. Des. Aramis Nassif. Julgamento: 27/01/2010.

³⁶ ANTUNES, *et. all*, op. cit., p. 31.

³⁷ GRINOVER, Prova emprestada, cit., p. 64-66.

*à justiça na atualidade, e é inversamente proporcional à realização do direito material.*³⁸

Dessa forma, como XXX não renunciou ao direito de participar da produção da prova oral e do interrogatório do corréu XXX, esses elementos não poderão ser importados para o processo.

Caso o Ministério Público entenda serem eles indispensáveis, deverá reproduzi-los, arrolando as testemunhas cujos depoimentos julga necessários ao justo deslinde da causa, eis que, como titular da ação penal, é também titular do ônus de provar a acusação, observadas as normas processuais atinentes ao contraditório.

Portanto, votei vencido no sentido de julgar procedente o pedido e conceder a ordem para cassar a decisão de fls. 41/2 e, caso a prova já tenha sido introduzida no processo, determinar que ela seja desentranhada.

Rio de Janeiro, 01 de julho de 2010.

GERALDO PRADO
DESEMBARGADOR RELATOR

³⁸ Op. cit., p. 272.