

Prova emprestada

Luiz Vicente Cernicchiaro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor titular da Universidade de Brasília

A Constituição brasileira adotou o princípio da liberdade dos meios de prova. Opõe-se à taxatividade, ou seja, serem admitidos apenas os previstos na lei (art. 5º, LVI). A restrição é lógica; não faria sentido considerá-los, se estivessem expressamente vedados. O processo penal, ademais, hoje, está vinculado aos princípios do contraditório e da plenitude de defesa. O primeiro garante à parte ter ciência de fatos trazidos pela outra; o segundo, deduzir todos os meios de prova para evidenciar a tese desenvolvida pelo réu.

Tais princípios resultam de conquista histórica, superando o processo inquisitorial. A prova se destina a fazer (ou negar) a correspondência da notícia do crime com a verdade. O objeto da prova, por isso, é o fato imputado (Obs. — a literatura brasileira, por apressada tradução dos textos italianos, com frequência, emprega, equivocadamente, o vocábulo **imputado** para designar o réu. Em português, imputa-se alguma coisa a alguém). O meio de prova, por sua vez, é o modo como o objeto da prova é trazido ao juiz.

Toda investigação de prova, obrigatoriamente, passa, insista-se, pelo crivo do contraditório. Em consequência, a parte precisa ser cientificada da indicação, produção e autorizada a assistir a coleta. Só assim, ter-se-á o princípio realizado substancialmente. Além disso, a parte pode participar dessa atividade, sendo-lhe consentida, por exemplo, reinquirir testemunhas, acompanhar diligências, sugerir quesitos para a perícia. A prova, portanto, é regulada pelo Direito, que, no dizer de Franco Cordeiro, fixa as condições de admissibilidade e o modo de formação.

A prova é fato; entretanto, nem todo fato é prova, para os efeitos processuais penais. Cumpre considerar o objeto (fato investigado), o órgão (juiz competente) e o meio (modo de o objeto ser transmitido ao juiz).

Há várias espécies de prova. Dentre elas, a chamada prova emprestada. As palavras servem para individualizar o objeto. Vez por outra, entretanto, geram efeito contrário, trazendo dificuldade de entendimento. É o que acontece com essa categoria. À primeira vista, dá impressão de prova colhida em um processo e aproveitada em outro.

Evidente, os princípios mencionados repelem essa conclusão. A prova recolhida em um processo não pode, como tal, ser utilizada em outro. Um processo não transfere (empresta) a prova para outro. O testemunho colhido, como tal, é impróprio para ser considerado em outro processo.

Nada impede às partes enriquecer suas alegações com provas de outros processos. Todavia, e aqui está o cerne da questão, em outro processo a prova é mero fato. Como tal, para converter-se em prova precisa ser analisada pelo órgão competente, obedecendo o meio de averiguação.

A prova emprestada, portanto, é apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova.

A distinção não é meramente acadêmica. Como toda prova urge passar pelo contraditório; a parte tem direito à produção *secundum ius*. Efeito prático: se assim não ocorrer, cumpre ser repelida, sob pena de invalidade: contrasta com o devido processo legal.

O processo visa a projetar a verdade real, entretanto, obediente às garantias que o homem conquistou, a pouco e pouco, no passar dos tempos.

Outro aspecto merece ser ponderado, também de nível constitucional. O processo é conduzido pelo juiz natural. Em palavras simples: juiz competente conforme a lei (Const. art. 5º, LIII). A fixação da competência obedece ao modelo legal. É inderrogável. O réu não pode abrir mão. Realça, olímpicamente, o interesse público.

Em consequência, como juiz (também as partes) precisa participar da coleta da prova. Juiz incompetente gera ineficiência da prova mesma. É como não houvesse sido colhida!

O leigo, tantas vezes, não compreende as normas jurídicas. Tem-na como excessivamente formalista, dificultando a conclusão do processo. Assim o é por não perceber que atrás de um dispositivo legal (notadamente constitucional — sentido restrito) está presente um valor, penosamente conquistado no passar dos séculos!

Em poucas palavras: empresta-se o fato. A prova, não! Há de ser colhida conforme o ritual jurídico para determinado processo.

“A prova é fato: entretanto, nem todo fato é prova, para os efeitos processuais penais. Cumpre considerar objeto (fato investigado), o órgão (juiz competente) e o meio (modo de o objeto ser transmitido ao juiz)”