

A PROVA NO PROCESSO PENAL

Marcelo Amaral Colpaert Marcochi¹

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	<i>i</i>
CAPÍTULO I - A Lógica das Provas	03
1. A Verdade e a Certeza	04
1.1. Verdade Inteligível e Verdade Sensível.....	05
2. Probabilidade.....	07
3. Credulidade	08
CAPÍTULO II - Evolução Histórica	10
1. Egito	10
2. Palestina	10
3. Athenas.....	12
4. Roma	13
5. Eclesiásticas	15
6. Ordenações Affonsinas	15
7. Ordenações Manoelinas	16
8. Ordenações Philippinas.....	18
9. Decreto de 23 de Abril de 1821	25
10. Aviso de 28 de Agosto de 1822	26
11. Legislações Posteriores	26
CAPÍTULO III - Das Provas em Geral	28

¹ (*) Advogado; Pós-Graduado em Direito Penal e Pós-Graduando em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura – EPM/SP; Membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas da Câmara Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo – Subseção de Santos; Membro do Grupo de Estudos e Projetos Legislativos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM; Professor de Direito Penal e Processual Penal.

1. Sistema de Avaliação	28
1.1. Prova Legal	28
1.2. Livre Apreciação	29
1.3. Livre Convicção	30
2. Classificação das Provas	31
2.1. Quanto ao Objeto	32
2.2. Quanto ao Sujeito	32
3. Produção Probatória	34
3.1. Proposição	34
3.1.1. <i>onus probandi</i>	35
3.2. Admissão	36
3.3. Produção	37
3.4. Valoração	37
5. As Provas à luz da Constituição Federal	37
5.1. Princípios e Regras Gerais	38
5.1.1. Princípio do Contraditório	38
5.1.2. Comunhão das Provas	39
5.1.3. A Publicidade e a Motivação das Decisões	39
5.1.4. Ampla Defesa	40
5.2. Provas Ilícitas	41
5.2.1. Prova Ilícita por Derivação	42
CONCLUSÃO	43
<i>APÊNDICE - Respostas às questões formuladas pelo I. Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho</i>	44
BIBLIOGRAFIA	48

CAPÍTULO I

A Lógica das Provas

No escopo de iniciar as assertivas no tocante à “prova” valemo-nos do ensinamento de alguns autores que, com maestria, trataram de conceituá-la.

Segundo lição de FLORIAN prova significa “*qualunque mezzo produttore della cognizione certa o probabile di una cosa qualunque e, piú amoiamente ed astraendo delle fonti, l’insieme dei motivi, che ci somministrano tale conoscenza. Conezione subiettiva la prima, obbiettiva la seconda*”².

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), DE PLÁCIDO E SILVA acentua que prova é a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui pela existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado³.

MALATESTA preconiza que prova é “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”⁴.

² “*prova significa qualquer meio produtor do conhecimento certo ou provável de uma coisa qualquer e, abstraindo das fontes, o conjunto dos motivos, que subministra tais conhecimentos. Conexão subjetiva a primeira, objetiva a segunda*”.

³ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. Vols. III e IV, pág. 96

⁴ Nicola Framarino Del Mlatesta. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Vol I, pág. 21.

Nesse sentido, provar significa *"fornire nel processo la cognizione d'um qualche fatto in modo de acquistare per sé od ingenerare in altri la convinzione della sussistenza o verità del fatto medesimo"*⁵, ou segundo CARNELUTTI, uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo.

Assim, como se vê e há de se verificar, a prova é a essência do processo. Nesse diapasão, acerca da conceituação em voga e como escopo de responder aos apontamentos sobre citados referentes à verdade e à certeza, insta salientar a lição de MALATESTA e CARNELUTTI que trazem o conceito de espírito e verdade quando da definição do termo “prova”.

1. A Verdade e a Certeza

A prova no processo penal pode quedar-se quer em favor daquele que almeja demonstrar a existência de um fato quer em favor daquele que tem o fito de negar-lhe a existência. A verdade e a certeza são que, assim, impulsionam a decisão final do magistrado no tocante à existência do fato aludido.

Nessa seara MALATESTA apregoa que “a eficácia da prova será tanto maior quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir

⁵ Provar significa fornecer no processo o conhecimento de um qualquer fato de modo a adquirir por si e produzir em outro o convencimento da subsistência ou verdade do fato idêntico, (ou do mesmo fato).

no nosso espírito a certeza de posse da verdade”, sendo certo que verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, ou seja, verdade é aquilo que nos urge como a fiel relação entre os fatos demonstrados no processo e aquilo que intimamente idealizamos haver ocorrido.

Notadamente, aquilo que cremos ser ideal guarda íntima relação com o nosso espírito, ou seja, com o conhecimento dos fatos que desponta de um estado negativo de conhecimento (*ignorância*), caminhando ao encontro daquilo que se mostra uma possível realidade (*dúvida*) com o fito de se alcançar a quase certeza da ocorrência ou não do fato (*probabilidade*), que nos conduz, por sua vez, à posse íntegra da verdade, a espécie perfeita do conhecimento (*certeza*).

A verdade, assim, é aquilo que faz frente ao nosso conhecimento, vertendo nesse sentido do exercício da reflexão ou da intuição.

1.1. Verdade Inteligível e Verdade Sensível

A verdade, como sobre citado, pode ser adquirida por meio da reflexão ou da percepção dos fatos acostados no processo, recebendo o nome de *verdade inteligível* ou *certeza puramente lógica*, bem como emanada da intuição, revelada pelos sentidos, chamada de *verdade sensível* ou *certeza principalmente física*.

Contudo, a certeza só é suficiente se apresentada como verdade inteligível e sensível concomitantemente⁶. Urge, nesse lanço, a chamada *certeza mista*, que decorre da união da reflexão e da intuição; esta, todavia, divide-se em *certeza físico-lógica*, *certeza físico-histórica* e *certeza histórico-lógica*.

A primeira decorre da presença de um fato material (físico) que nos leva a refletir acerca de um fato que até então era despercebido e que passa, via de consequência, a ser afirmado e a se ter certeza lógica da sua existência⁷; decorre, nesse diapasão, a *relação entre a afirmação e a coisa afirmada*.

A segunda guarda semelhança com o testemunho verossímil, sem contradição; partimo-nos de uma palavra articulada ou escrita por uma testemunha (certeza física da palavra atestada) e por meio do raciocínio cuidamos de estabelecer crédito na pessoa que forneceu o testemunho dando-lhe veracidade para concluir pela verdade da coisa atestada; é a *relação entre o afirmante e a afirmação*⁸.

Nessa seara, a terceira decorre da união entre as sobre citadas certezas, operando-se nos casos em que o fato material que

⁶ Nicola Framarino Del Malatesta aponta que a *certeza puramente lógica* e a *certeza principalmente física*, quando presentes de modo isolado, são insuficientes; a *certeza mista* “é a rica e importante certeza, sobre que assenta principalmente a lógica criminal”. *A Lógica das Provas*. Vol.I, Pág.37.

⁷ A percepção do recente parto de uma mulher casada, diz Malatesta (*idem*) com o escopo de ilustrar o estudo, separada material e constantemente suponhamos, a dois anos, do marido, conduz à afirmação do seu adultério: obter-se-á por isso deste adultério uma certeza físico-lógica.

⁸ A testemunha afirma ter visto Tício perpetrando um furto. Quando a reflexão chega a estabelecer a veracidade do testemunho passa-se naturalmente, sem qualquer outro trabalho lógico, à afirmação da ação furtiva de Tício.

indica a existência de um delito não é – consoante a sua materialidade – percebido diretamente pelo Juiz, mas sim, contrariamente, afirmado por uma testemunha; faz-se, assim, um trabalho de raciocínio para determinar a veracidade da testemunha, constituindo-se num exercício histórico das condutas e dos fatos acostados nos autos, passando-se, outrossim, à relação probatória entre o delito e a afirmação; faz-se um cotejamento entre a afirmação e as demais afirmações ou provas acostadas aos autos; é a afirmação indireta de uma coisa, como conteúdo da afirmação de outra pessoa.

2. Probabilidade

Definida, ainda que em epítome, as assertivas em face da certeza, passemos para o degrau antecedente da “escada da verdade” na qual a citada *ignorância* é o primeiro degrau, a *dúvida* o segundo, a *probabilidade* o subsequente e a *certeza* o último.

Dito foi que a verdade é a relação entre aquilo que nos é real e à ideológica noção que criamos dos fatos. Nesse lanço, a certeza só tem um único objeto, qual seja, a posse única dos motivos que nos levam a afirmar ou negar a existência do crime: só há motivos para crer.

Contudo, a probabilidade cuida de cotejar, necessariamente, dois objetos distintos, quais sejam, os motivos maiores – que afirmam

o fato – chamados igualmente de motivos para crer, e os motivos menores – que divergem da afirmação – tidos como motivos para não crer. Na probabilidade não há como abrir mão de um dos motivos; o que se faz, sim, é valorar os motivos para crer e os motivos para não crer, negando – via de consequência – aqueles que se mostram “menos importantes”, elegendo, outrossim, os motivos “mais importantes” e que nos remetem a probabilidade da existência ou não do fato levado à discussão⁹.

3. Credulidade

Na escada de valoração da certeza temos, num degrau abaixo da probabilidade, a *credulidade* em relação aos fatos, chamada, igualmente, de *dúvida*.

Notadamente, quando cuidamos de acentuar as questões acerca da certeza e da probabilidade, trabalhamos, indistintamente, com fatos que já se mostravam presentes, material e fisicamente.

De outra feita, no que concerne à *dúvida* ou à *credulidade* tal passagem não se afigura como verdadeira; aqui o que se tem é uma realidade que ainda há de se efetuar, ou seja, há que se verificar se existe a *possibilidade* da ocorrência de um ou outro fato, ou como

⁹ Malatesta, *ob.cit.* acentua hipoteticamente o fato de dispormos de uma caixa com 28 bolas pretas e 2 bolas brancas; a afirmação decorrente é de que a *probabilidade* de se retirar uma bola preta é de 28 para 2, ou seja, valora-se sobremodo a existência de um número maior de motivos para crer que a quantidade de bolas pretas é superior, sem, contudo, desprezar o fato de haver bolas brancas. A certeza, por outro lado, trabalha com o fato de somente haver bolas pretas ou brancas.

preceitua MALATESTA, “o *possível* é a potência capaz de atuar, e sob o nosso ponto de vista, o ter *podido ser* uma realidade; a *realidade* é a potencia já exercida”¹⁰.

No estágio do espírito conceituado como *credulidade* o que se tem é um conhecimento alternativo dos fatos que aparecem minimamente no mundo, “é a potencia embrionária da realidade possível”¹¹. Quando partimos do primeiro degrau da escada – *ignorância* – que é o estado sombrio conquanto nada se sabe ou se mostra ser possível e passamos para a *credulidade*, forçoso é crer que algo que era desconhecido passou a ser fisicamente provável, ainda que tal dúvida não nos remeta ainda ao degrau da *probabilidade* de estarmos diante de motivos para crer ou para não crer.

Assim, nada temos no primeiro degrau - *ignorância*; no segundo – *credulidade* – trabalhamos com algo que pode ser ou pode não ser, para se crer ou não na existência de algo; acima, na terceira escala e já de posse dos motivos afirmativos e negativos, temos a *probabilidade* da existência de um fato que, levada a efeito com o cotejamento dos valores – sistema de avaliação das provas – chegamos à certeza que é o “quantum” da relação entre aquilo que ideologicamente cremos e a realidade, o último degrau da escada.

¹⁰ Nicola Framarino Del Malatesta. *A Lógica das Provas*, vol I, pág. 79.

¹¹ Idem.

Nesse contexto, imperioso verificar que a verdade - na sua essência gramatical - mostra-se renegada à hegemonia do estado de espírito em que nos encontramos conquanto é para alguns o que não é para outros; dizer o que é a verdade é muito mais verificar o “*quantum*” daquilo que nos é ideológico tem em relação com a realidade dos fatos, do que simplesmente rotulá-la à guisa de vernáculos assaz objetivos.

CAPÍTULO II

Evolução Histórica

No escopo de cingir as assertivas acerca da prova no processo penal faz-se necessário anotar, ainda que brevemente, algumas questões acerca das provas no tocante à caracterização e responsabilização criminal.

1. Egito

No Egito, em especial nas cidades de Memphis, Thebas e Heliopolis que forneciam os juízes para o tribunal supremo, o poder judiciário estava centralizado nas mãos dos sacerdotes. O julgamento era secreto; todavia a instrução era pública, ocasião em que todos os depoimentos eram tomados por escrito, inclusive as confissões.

As testemunhas, por sua vez, “eram obrigadas, por lei, a mostrar que não puderam evitar o crime e socorrer a vítima; além disso, eram obrigadas a denunciar o crime e prosseguir na acusação sob pena de umas tantas bastonadas”¹².

2. Palestina

Na Palestina havia três graus de jurisdição, a saber: os tribunais dos *Três*, o tribunal dos *Vinte e três* e o *Synhedrio*; imperioso

¹² João Mendes de Almeida Júnior. *O processo criminal brasileiro*. Vol I, pág.12. (redação original)

apontar que “um princípio fundamental dominava todo o processo hebreu: *uma só testemunha jamais valerá contra alguém; qualquer decisão deverá apoiar-se sobre o dito de duas ou três testemunhas*”¹³.

Havendo lugar a um crime de morte a acusação cabia ao parente mais próximo da vítima; nessa seara, quando o acusado comparecia perante um dos tribunais e após a leitura das peças do processo, as testemunhas eram chamadas e o presidente lhes dirigia as seguintes palavras, fazendo alusão ao hodierno compromisso preconizado no artigo 203 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “*Não te pedimos conjecturas, nem aquillo que soubeste por ouvir dizer: pensa que uma grande responsabilidade pesa sobre ti; si tu fizesses condemnar injustamente o acusado, seu sangue, mesmo o sangue de toda sua posteridade cahiriam sobre ti; Deus te pediria contas disso, como pediu contas a Caim do sangue de Abel*”¹⁴.

Fez-se presente à garantia contra o falso testemunho operando-se, outrossim, a garantia de que ninguém seria submetido a interrogações ocultas; o recurso era um direito individual e sagrado; a instrução e os debates eram públicos; não havia lugar à condenação baseada tão somente na confissão; não havia prisão preventiva e, destarte a prisão em flagrante, o acusado só era levado à prisão após ser-lhe franqueada a possibilidade de se defender e de ser julgado.

¹³ Idem, pág.14.

¹⁴ Idem. Pág.17 (*redação original*).

3. Athenas

Em Athenas havia quatro jurisdições competentes para julgar as causas criminais: a *Assembléia do Povo* que intervinha nas acusações de crimes políticos mais graves; o *Areópago* – tribunal mais antigo que inicialmente conhecia todos os crimes, ficando adstrito, posteriormente, aos homicídios premeditados e outros crimes punidos com a pena capital; o *Ephetas* que conhecia os homicídios não premeditados e o tribunal dos *Heliastas*, que se reunia nas praças e era considerado o tribunal do povo.

Nesse diapasão, eram conhecidas duas classes de delitos, quais sejam, *públicos* e *privados*, sendo certo que “a cada um dos quaes correspondiam condições diferentes para o exercício da acção penal¹⁵”,

A “produção da prova” era exigida pelo *archontes* (magistrado), que o fazia acerca, igualmente, da presença das testemunhas e de indícios, cabendo, igualmente, ao acusador a sua lavra. A exposição da acusação era pública e o acusado recebia uma notificação com o escopo de postular prazo para a elaboração de sua defesa bem como de oferecer eventuais escusas ou exceções; a afixação em praça das fundadas acusações tinha o condão de fomentar

¹⁵ Ibidem. Pág. 19. (*redação original*)

o surgimento de provas para refutá-la ou fortificá-la. O acusado, de outra feita, buscava as provas de sua inocência ocasião em que devia prestar juramento acerca da sua fidelidade.

No dia designado para o julgamento – que não excedia um mês da data da convocação - era feita a leitura da acusação, precedida da oitiva das testemunhas que antecedia, por outro lado, às provas da defesa e a oitiva de suas testemunhas, havendo a necessidade, outrossim, da presença do acusado sob pena de ser julgado tão somente pela exposição do acusador.

A presença das testemunhas também era condição do julgamento ocasião em que a recusa no comparecimento acarretava a pena de multa ou a aplicação de *tormentos*.

Importante sopesar que no processo grego havia lugar para a prisão preventiva e a liberdade provisória com caução.

4. Roma

Em Roma, quando a jurisdição inicialmente dava-se pela *provocatio ad populum*, prosseguida da *actio popularis*, do *publicum iudicium* e, finalmente, da *Assembléia do Povo e do Senado*, a acusação era facultada a todos, exceto às mulheres, aos magistrados, os menores, os caluniadores julgados e os indigentes.

A prova, nesse passo, era produzida pelo acusador “que dirigia-se ao pretor e pedia licença”¹⁶ para formulá-la, ocasião em que, após verificar se o fato alegado constituía crime, admitia ou rejeitava a acusação.

A acusação só poderia ser sustentada no dia previamente determinado - *diei dictio*; cabia ao acusador apreender os documentos, dirigir-se ao lugar do crime, notificar e inquirir as testemunhas.

A falta do acusado, assim como ocorria em Atenas, acarretava o seu julgamento como se presente estivesse; a falta do acusador, por seu turno, implicava na falência da acusação e na retirada imediata do acusado do rol dos réus.

Na data do julgamento o pretor franqueava a palavra ao acusador e ao acusado, respectivamente, ocasião em que se dava à exposição dos fatos e a produção das provas que eram de três espécies: *tabulæ*, *testes* e *quæstiones*, ou sejam, os escritos, testemunhas e tormentos (torturas). Posteriormente, a causa era considerada discutida e o presidente ordenava que os juízes se manifestassem: - três tabuletas pequenas eram entregues a cada um dos juízes, cada qual com uma letra: *A*, significando *absolvo*; *C*, à efeito de *condemno* e *N.L*, que significava *non liquet* . “Esta terceira formula tinha por efeito remetter o processo a mais ampla informação

¹⁶ João Mendes de Almeida Júnior. *Op. cit.* Pág. 30.

para o novo julgamento”¹⁷, ocasião em que se promovia um processo contra o acusador afim de verificar se havia, dentre outras causas, acusação temerária ou falta de provas.

Quando da queda da República e o fortalecimento do Império o direito à acusação cabia a qualquer cidadão, restringindo-se, todavia, a possibilidade de haver duas acusações ao mesmo tempo, impedindo, sobretudo, o testemunho de parentes e afins.

No século V sob a influência da Igreja, operou-se, em resumo, algumas modificações sensíveis: - A instrução passou a ser escrita e as provas eram produzidas durante os debates na seção de julgamento, sendo certo que o interrogatório e a oitiva das testemunhas eram reproduzidas nos autos e as diligências eram narradas com a descrição das pessoas, coisas e fatos, no tempo e lugar do crime pelo *scribæ*.

Firmou-se, outrossim, a obrigatoriedade da presença do acusado quando do julgamento, salvo quando a punição era leve - até o degredo.

5. Eclesiásticas

No processo da justiça eclesiástica havia lugar, como dantes, para a produção da prova testemunhal. Contudo, empregavam-se

¹⁷ Idem, pág. 33. (*redação original*)

igualmente a utilização de água fervente e do ferro quente que, repudiadas posteriormente pelo Papa Estevão V, no século IX, deu lugar as *conjuratores*, ou seja, à validade da palavra atestada (sob juramento) referente à inocência do acusado quando proferida por sete colegas do sacerdote ou doze companheiros do leigo.

Com razão, ademais, emprestava-se valor às declarações de duas testemunhas contestes, desde que capazes e feitas de viva voz, levadas à efeito de *plena prova*. Nessa esteira, a sentença só era proferida nos casos em que havia a confissão do acusado ou este fosse convencido, ao menos, pela afirmação de duas testemunhas.

6. Ordenações Affonsinas

Publicada e concluída no ano de 1446 em nome de D. Affonso V, teve assento o mais antigo código ou *collecção systematica das leis*, conhecida como Ordenações Affonsinas que no livro V trazia as leis criminais, com disposições do direito Romano e Canônico.

Consistia o processo, em estreita síntese, à iniciação pela *accusação, denuncia* ou *inquirição*. Promovia-se, assim, o *auto da querela* com o juramento de duas ou três testemunhas, a denúncia ou a inquirição, antecedendo à citação do acusado.

Dava-se, pois, seu interrogatório que consistia na confissão ou na negativa do crime, sendo-lhe assegurado o direito de reperguntar as testemunhas perante o Juiz – *recolatio* e a *confrontatio*.

Findas as inquirições, dava-se ao réu a possibilidade de se defender bem como ao acusador o direito de contestá-la.

Na ocasião em que o acusado confessava a prática delituosa o Juiz o condenava segundo o merecimento do feito; via contrária – negando o crime – sobrevinha o acusador com as provas da acusação e o acusado com as provas contrárias, promovendo-se a oitiva de outras testemunhas – até o número de trinta – e ao final, abertas e publicadas, havia lugar para o arazoamento final, valendo-se o Juiz da faculdade de *ex officio* inquirir outras testemunhas.

7. Ordenações Manoelinas

Caminhando nos passos da história e sob o domínio do reinado de D. Manoel que sucedeu a D. João que houvera sucedido, por seu turno a D. Affonso, foi promulgada no ano de 1521 as Ordenações Manoelinas. Permaneceram na sua maioria as regras anteriormente impostas, destarte, agora, haver a necessidade de na *querela*¹⁸ fazer constar o juramento do quereloso no tocante à

¹⁸ Querela era a delação que alguém fazia, em juízo competente, de um fato criminoso, ou no interesse público, ou como ofendido, lavrando-se o competente auto.

veracidade dos fatos narrados e a anuência de ao menos uma testemunha conhecida.

Sucedeu a D. Manoel D. João III que sob a égide da Lei de 5 de julho de 1526 determinava, em face da ordem e do processamento dos feitos que , *in verbis*:

“Primeiramente o libello de leraa na audiencia, e seraa recebido; e se ao Julgador parecer necessário alguma declaração, mandala ha fazer. E não sendo nelle declarado o tempo e logar do maleficio, o Julgador o mandaraa declarar de seu officio, ou na petição da parte, quando per derecho lhe parecer necessário. E os mais artigos de contrariedade, defesa, replica e treplica, se receberão na audiência sem se lerem, em quanto de direito são de receber. E porem os artigos de exepção de ordêes, e de immunidade de igreja, se farão conclusos, e se pronunciara sobre elles per desembargos, como for justiça. Da qual pronunciação se poderaa agravar por petição, ou por instrumento, qual no caso couber. E os mais artigos de contrariedade a elles, replica e treplica, se receberão na audiência, em quanto são de receber”¹⁹.

¹⁹ Texto da Lei de 5 de Julho de 1526 *apud* João Mendes de Almeida Júnior. *Ob.cit.*pág. 134. (redação original).

Vê-se que havia uma valoração dos debates e da elaboração dos “artigos” (provas) da acusação e da defesa, respeitadas as oportunidades de réplica e tréplica para ambas as partes.

8. Ordenações Philippinas

Adiante, sucedeu D. Sebastião a D. João III em cujo reinado foram publicadas as leis extravagantes de D. Manoel, D. João e D. Sebastião, a quem sobreveio, adiante, D. Henrique e posteriormente à morte deste, sucedeu Philippe II de Castella; sob seu broquel deu-se a promulgação das Ordenações Philippinas²⁰ no ano de 1603.

No tocante à produção das provas, havia lugar, ainda que raramente, “a mutilação, a marca de ferro e o fogo (...) o tormento e a tortura era huma herança do Direito Romano e sua applicação se fazia em circumstancias especiaes, e com certa ceutella”²¹.

²⁰ Acerca das Ordenações, que eram o Código de Leis Civis e Criminais de Portugal, Basileu Garcia (*Instituições de Direito Penal*, pág. 116), esclarece que “assinalavam-se pela exorbitância das penas, que alcançavam ferozmente fatos às vezes insignificantes, pela desigualdade de tratamento entre os vários agentes do delito, pela confusão entre o Direito, a Moral e a Religião e por muitos vícios. Dentre as penas, a de morte era prodigalizada. As execuções efetuavam-se na forca e na fogueira. Em alguns casos, eram precedidas de suplícios, como a amputação dos braços ou das mãos do condenado. Por vezes, devia a morte, segundo a lei, ser imposta cruelmente. A terminologia era variada, nas Ordenações: por exemplo, “*morra morte natural de fogo*”; era a queima do réu, vivo. A pena capital era designada “*morte natural*”, com a perda da vida por sentença, em oposição a *morte civil*. Em certo lance o texto advertia “*morra morte natural na fôrca para sempre*”. O pleonasma não deixava de ser intencional: nessa hipótese, “o padecente ia à fôrca da Cidade, onde morria e ficava pendente até cair podre sobre o solo do patíbulo, insepulto, despindo-se seus ossos da carne, que os vestia” Quanto aos crimes sexuais, esclarece o autor que tratava-se de “um dos traços característicos mais interessantes das Ordenações, dedicando-lhes capítulos extensíssimos, feitos de dispositivos os mais extravagantes”.

²¹ Exposição dos motivos – “razão da obra” - por Candido Mendes de Almeida. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, pág. 1.168, (redação original).

A inquirição das testemunhas para a obtenção de informações dos delitos recebia o nome de *devassas*; havia, pois, as *devassas geraes* que eram de competência dos juízes de fora, dos ordinários e dos corregedores e as *devassas especiaes*, que eram de competência dos juizes do território onde havia ocorrido o delito ou dos ministros comissionados para isso.

No que concerne à quantidade de testemunhos, em regra, não podiam exceder o número de trinta; todavia, por ocasião de não haver – quando das devassas – a citação das partes, estas não eram consideradas *inquirições judiciaes*, devendo o juiz, pois, promover às reperguntas as testemunhas salvo quando o réu dispensasse tal reiteração.

As provas eram – hábeis à pronúncia, o corpo de delito e os indícios; para o julgamento, todavia, fazia-se necessária a confissão, os instrumentos, as testemunhas e os tormentos.

No tocante aos tormentos JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR acentua que “tão grave era o uso deste meio de prova, que só os juízes, e não as outras autoridades e officiaes, podiam autorisalo”²²; cuidava, nessa seara, de perguntas judiciais impostas ao réu com o fito exclusivo de compeli-lo á dizer a verdade por meio de “tratos do

²² João Mendes de Almeida Júnior. *O processo criminal brasileiro*. Vol I, pág.147. (redação original)

corpo”²³. Urge desde Roma onde recebia o nome de *quæestio*²⁴, constituindo um meio de prova consignada, explicitamente, no seu Código; eram postas em prática sempre de modo oculto e depois de haver constado uma acusação escrita e diante da existência de graves indícios e com base em sentença judicial. Permaneceram inertes por certo tempo sendo aplicadas novamente a partir das Leis de D. Pedro I e de D. João I.

Tomaram assento nas Ordenações Philippinas no Livro V, Título CXXXIII²⁵, *in verbis*:

“Não se póde dar certa fôrma quando e em que casos o preso deve ser mettido a tormento, porque póde ser contra elle hum só indício, que será tão grande e tão evidente, que baste para isso, convem saber, se elle tiver confessado fora do Juízo, que fez o maleficio, por que he accusado, ou haver contra elle huma testemunha, que diga que lho vio fazer, ou fama publica, que proceda de pessoas de auctoridade e dignas de fé, ou se o preso se absentou da terra pólo dito maleficio, antes delle fosse querelado, com outro algum pequeno indicio. E poderão ser contra elle

²³ “Ao próprio trat chama-se também tormento e tortura”. Comentários ao Título CXXXIII do Livro V, in Candido Mendes de Almeida. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, pág. 1.308, (redação original).

²⁴ Vide item 4 sob o título “Roma”, neste capítulo.

²⁵ Candido Mendes de Almeida. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, pág. 1.309, (redação original).

muitos indícios tão leves e fracos, que todos juntos não bastarão para ser mettido a tormento; por tanto ficará no arbírio do Julgador²⁶, o qual verá bem, e examinará toda a inquirição dada contra o preso”.

Como se verifica as Ordenações faziam menção inicialmente à “critérios de negação”, ou seja, casos tais em que não havia e “*não se podia dar*” o tormento quer porquanto se achavam presentes indícios suficientes, testemunho de uma pessoa pública que presenciou a prática delituosa ou a confissão, quer porquanto – ainda que presentes todas estas provas – “*não bastarão para ser mettido a tormento*”.

Contudo, na presença de provas que imputassem ao acusado a prática delitativa havia lugar para os tormentos:

“E se achar tanta prova contra elle, que o mova crer, que elle fez o delicto, de que he accusado, mandal-o-há metter tormento, e de outra maneira não”.

E não bastava, sem embargos à inicial restrição, impor o tormento uma única vez, conquanto havia previsão – diante de eventual negativa de culpa por parte do acusado – de repetição dos tormentos:

²⁶ Fazendo alusão ao disposto no capítulo I deste trabalho, verifica-se que cabia ao Juiz dizer da aplicação do tormento ou não, valendo-se, para tanto, do seu conhecimento e convencimento acerca das provas colhidas, e, porque não dizer, daquilo que lhe parece verdadeiro ou certo.

“Quando o accusado for mettido a tormento, e em todo negar a culpa, que lhe he posta, ser-lhe-há repetido em trez casos: o primeiro, se quando primeiramente foi posto o tormento, havia contra elle muitos e grandes indícios, em tanto que, ainda que elle no tormento negue o maleficio, não deixa o Julgador de crer, que elle o fez: o segundo caso he, depis de huma vez mettido a tormento, sobreviarão contra elle novos indícios: o terceiro caso he, se confessou no tormento o maleficio, e depois quando foi requerido para ratificar a confissão em Juízo, negou o que no tormento tinha confessado. E em cada hum destes casos póde, e deve ser repetido o tormento ao accusado, e ser-lhe-há feita a repetição, assi e como ao Julgador parecer justo; o qual será avisado, que nunca condene algum, que tenha confessado no tormento, sem que ratifique sua confissão em Juízo, aqual se fará fora da caza, onde lhe foi dado o tormento. E ainda se deve fazer a ratificação depois do tormento per alguns dias, de maneira que já o accusado não tenha dor do tormento; porque de outra maneira presume-se per Direito, que

com dor e medo do tormento, que houve, a qual ainda nelle dura, ainda que verdadeira não seja”²⁷.

O tormento tinha o condão – irrestrito e repudiado, diga-se - de buscar a culpa (responsabilidade) do acusado, ocasião em que eram desmedidas as formas de sua aplicação:

*“Os tormentos se darão da maneira, que convem para se saber a verdade*²⁸, *que he o fim, para que se mandão dar”*.

Não obstante a aplicação de vil instrumento “na busca da verdade”, este não era aplicado aos *Fidalgos, Cavalleiros, Doutores em Cânones, ou em Leis, ou Medicina, Juizes e Vereadores*.

No que se reporta, de outra feita, à comprovação da materialidade do delito, as Ordenações traziam postuladas – Livro V, Título CXXXIV - uma peculiar forma de comprová-la; é dizer, “quando não fosse mais possível verificar os vestígios” do delito, fazia-se necessário que o agredido gritasse no escopo de fazer com que outras pessoas – ainda que não houvessem presenciado a agressão - vissem a pessoa do agredido junto à sua, para considerá-lo (o agressor), a pessoa responsável pelo dito delito, senão vejamos:

²⁷ Idem. Pág. 1310. (*redação original*)

²⁸ Vê-se que a verdade – a qual nos referimos no capítulo pretérito, sobrevinha das torturas, das confissões. Com razão, quando o que se deveria dar era a obtenção da verdade e da certeza em face das provas colhidas, aqui, do contrário, chegava-se inicialmente à prova – qual seja, a confissão – por meio de tormentos e meios cruéis, emprestando-lhe, depois, o rótulo da verdade - que era o fito do “processo”.

“Se algum for ferido de noite, ou espancado, que lhe fiquem nodoas negras, ou inchadas, se elle não tiver prova, póde-o provar pela maneira seguinte: se bradar de noite, quando o ferirem, ou espancarem, dizendo: Fere-me foão, ou isto me fez: se alguns homens sáem às janellas, ou portas, e vêm estar na rua aquelle, de que o ferido, ou espancado dá voz e brada, fica assi o maleficio provado”.

No mais das vezes, nos casos em que não havia como atestar a presença do agressor bastava que houvesse ocorrido uma pretérita ameaça por parte deste em face do agredido, sendo imperioso apontar, contudo, que tal prova não era irretorquível eis que era franqueada ao acusado a oportunidade de contrariá-las e, relevadas, afastavam a acusação²⁹.

A acuidade das provas pode ser atestada no Título XCV do Livro III das Ordenações Philippinas - sob o título *Revista dos Feitos* - ou seja, nos casos em que as sentenças poderiam ser revisadas, valendo notar que isto somente se dava nos caso em que se verificava a existência de provas falsas ou suborno do Juiz, *in verbis*:

²⁹ Candido Mendes de Almeida. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, pág. 1.311: Título CXXXIV, 3. - “e isto, que dito he, não haverá lugar, se esse, de que foi bradado, e voz dada, allegar e provar tal defesa, ou contrariedade, que per nossas Ordenações e Direito, seja de receber, e o releve, porque em tal caso não será condenado per prova acima dita” (redação original).

“Depois que os feitos, que em cada huma de nossas Relações hão de ser vistos e desembargados, foram nella sentenciados, ou forem desembargados pelos Desembargadores dos Aggravos, ou pelos Corregedores da nossa Corte nos casos, de que o conhecimento lhes pertence, segundo Regimento de seus Officios, cabendo em suas alçadas, não serão mais revistos em nenhum caso, salvo, se os condenados allegarem que as sentenças forão dadas per falsas provas, ou per falsas scripturas, declarando e especificando a falsidade, a qual não fosse antes allegada nesses feitos, ou se foi allegada não foi recebida, ou allegando, que as sentenças forão dadas por Juizes subornados, e peitados para darem a dita sentença(...)”³⁰.

Em face das testemunhas, havia previsão da chamada *prova inteira e meia prova*³¹. Aquela se caracterizava pela exigência de juramento acerca do alegado quando havia prova em favor da acusação e igualmente em relação à defesa e a segunda, do contrário, quando a prova era produzida por uma só testemunha sem suspeita.

³⁰ Idem, pág 635. (*redação original*)

³¹ Idem. Livro III, Título LII.

Havia previsão, ademais, de *incomunicabilidade*³² das testemunhas sob pena de tornar ineficaz o testemunho e o pagamento de “multa”, sem prejuízo das sanções penais:

“Do dia, que pelas partes forem em Juízo nomeadas as testemunhas, para darem seus testemunhos, até o darem, nenhuma das partes per si, nem per outrem por seu mandado falle com ellas de parte e só; e provando-se que o fizeram per juramento das mesmas testemunhas, ou per outra prova, tudo o que a testemunha disser em favor da parte, que assi como ella falar, será nenhum e de nenhum effeito, e mais pagará á parte contraria dez cruzados por cada testemunha, com que fallar e a mesma pena haverão, fallando-lhes perante outrem, rogando-lhes, que em seu favor callem a verdade, ou digam o contrario della. E promettendo-lhes, por isso alguma cousa, haverá a pena conteúda do Livro V, Título LIV³³”.

³² Ibidem. Livro III, Título LVII.

³³ O Livro V das Ordenações faz menção, no citado Título LIV, ao crime “Do que disser falso testemunho, e do que o faz dizer, ou commette que o diga, ou usa delle: - A pessoa que testemunhar falso, em qualquer caso que seja, morra por isso morte natural (*vide nota 18*) e perca todos os seus bens para a Coroa de nossos Reynos. E essa mesma pena haverá o que induzir e corromper alguma testemunha, fazendo-lhe testemunhar falso e feito crime de morte, ora seja para absolver, ou para condenar. Porém, se for para absolver, não se fará nelle execução, até nol-o fazerem saber, declarando-nos as causas por que foi movido a tal fazer. E se forem outros crimes, que não sejam de morte, e assi nos civeis, será degredado pêra sempre para o Brazil, e perderá sua fazenda, se descendentes, ou acsendentes legítimos não tiver”. Candido Mendes de Almeida. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, pág. 1202. (*redação original*).

8. Decreto de 23 de Abril de 1821

Posteriormente à elevação do Brasil à condição de Reino em 16 de dezembro de 1815, e posteriormente à ida de D. João VI para Portugal em abril de 1821, tomou lugar como Regente o Príncipe D. Pedro de Alcântara; operou-se, pois, a independência política - consequência da separação das justiças.

Nessa seara, em 23 de Maio de 1821 o Príncipe Regente expediu um Decreto que, dentre outras “garantias”, eram instituídas a necessidade de se inquirir três testemunhas para efeito da expedição de ordem de prisão sem preceder culpa formada, ocasião em que ao menos duas delas havia de prestar juramento; a impossibilidade de prisão, salvo quando em flagrante ou por ordem escrita do Juiz; a *confrontação* dos réus com as testemunhas que os acusam; a publicação de todas as provas que houvessem com o fito de facilitar a defesa, defesa esta que ninguém poderia dificultar ou tolher³⁴.

10. Aviso de 28 de Agosto de 1822

³⁴ A intenção do Príncipe Regente mostra-se clara quando da exposição do seu feito: “Vendo que nem a Constituição da Monarchia Portugueza, nem as disposições expressas da Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei de Reformulação da Justiça de 1582, com todos os outros Alvarás, Cartas Regias e Decretos de meus Augustos Avós, têm podido affirmar de um modo inalterável, como é de Direito Natural, a segurança das pessoas (...) E sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra o promover o mais autero respeito á lei e *antecipar quanto se possa os beneficios de uma Constituição liberal*, Hei por bem excitar pela maneira mais efficaz e rigorosa a observância da sobremencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este Decreto Ordeno:” (*redação original*).

No ano seguinte, após as Cortes extirparem as *devassas* - porquanto consideradas contrárias aos princípios da Jurisprudência Criminal - com a Lei de 12 de Novembro de 1821, o Príncipe regente declarou que os Juizes deviam regular-se pelas bases da Constituição da Monarchia Portugueza, de 10 de Março de 1821, valendo citar, dentre as quatorze bases instituídas, às inerentes ao tema em voga: a impossibilidade de prisão sem a formação da culpa, sem exceções; a inviolabilidade das Cartas; a abolição da marca de ferro, dos açoutes, tortura e meios cruéis de pena, inclusive na obtenção da confissão.

11. Legislações Posteriores

Promulgada em 25 de março de 1824 a Constituição do Império assegurou, dentre outras bases – no tocante às provas, a inviolabilidade dos direitos civis; a desobrigação de se fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei; a inviolabilidade das cartas.

Adiante, deu-se em 16 de Dezembro de 1830 o Código Criminal do Império e o Código de Processo Criminal em 29 de Novembro de 1832 que trouxe significativos adiantamentos tais como, a *denúncia* era ofertada pelo ministério público ou pela ação de qualquer do povo; a formação da culpa, o corpo de delito e o interrogatório deveriam ser elaborados em sumário; o julgamento de crimes cuja pena cominada fosse superior a seis meses de prisão era

feito perante o *jury*, oralmente e com a necessária publicidade; regulamentou os recursos ordinários e o extraordinário – *habeas corpus*, dentre outras.

Vê-se, do exposto, que a verdade e a certeza, tomadas por vezes como razão da punição sempre foi perseguida, conquanto há a necessidade de se afirmar que as provas são e não de ser sempre imprescindíveis ao processo penal.

No mais, no que concerne às posteriores leis, insta salientar, *ad argumentandum*, que serão objeto de análise adiante quando cuidarmos das provas instituídas e postuladas hodiernamente.

CAPÍTULO III

Das Provas em Geral

1. Sistema de Avaliação

Vimos anteriormente, e de todo o exposto, que a verdade e a certeza que se mostra ao julgador nem sempre é àquela que emana do processo na ótica do acusador ou do defensor; nesse todo, a verdade e a certeza é íntima e está ligada ao estado de espírito do legislador, ou seja, depende e se manifesta de acordo com aquilo que ele “percebe” das provas.

Sem embargos, momentos havia, e há, em que a prova, *per si*, possui um valor “pré-determinado”, indiferente das volições das partes e do órgão julgador.

1.1. Prova Legal

Consoante a avaliação das provas utilizadas no processo fez-se presente o “*princípio da certeza moral do legislador*”³⁵” conquanto o juiz “manifestava a verdade não de acordo com a convicção resultante das provas, mas sim de conformidade com o valor legal”³⁶. O legislador era quem determinava o valor de cada prova, *v.g.*, o testemunho tinha valor “x”, o exame de corpo de delito valia “x + 1”,

³⁵ Antonio Milton de Barros. *Da prova no Processo Penal*. Pág.17.

³⁶ Adalberto José Q. T. Camargo Aranha. *Da prova no Processo Penal*, *apud* Antonio Milton de Barros, *idem*.

a prova documental “x + 2” etc; o que determinava a verdade e a certeza dos fatos narrados era a quantidade de determinada prova que era acostada aos autos.

Hodiernamente se alude à existência e a reminiscência da prova legal no processo brasileiro, notadamente no que concerne o exame de corpo de delito e a indispensabilidade de prova documental.

Em face do primeiro, a carta processual penal aponta em seu artigo 158, *in verbis*:

“Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”³⁷.

Consoante o segundo, aponta o artigo 155 do sobre citado ordenamento:

“No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil”.

Vê-se que em tais casos as provas possuem um valor importante, não podendo, em casos tais, ser suprida por outro meio de prova.

³⁷ Damásio E. de Jesus. *Código de Processo Penal*, pág. 143.

1.2. Livre Apreciação

Chamado igualmente de “Livre Convicção”, aqui se opera o “*princípio da certeza moral do juiz*”³⁸, ou seja, não se afigura mais a valoração emprestada à prova pelo legislador porquanto o juiz não permanece vinculado a qualquer meio de prova legal, utilizando-se, pois, de seus conhecimentos pessoais, suas impressões acerca dos fatos e dos elementos ofertados pelas partes, dizendo a “verdade”, assim, com base na sua convicção pessoal; tudo é deixado à sua vontade, inclusive dizer da admissibilidade ou não das provas e sua avaliação.

Contudo, como leciona CAMARGO ARANHA, com o escopo de limitar a liberdade do julgamento foram instituídas algumas regras, quais sejam, “a possibilidade de um reexame do que fora decidido; o estabelecimento do princípio segundo o qual o que não está escrito no processo não pertence ao mundo”³⁹, dentre outras.

Entre nós verifica-se a existência do sobre citado sistema de avaliação no julgamento perante o Tribunal do Júri conquanto prevalece a vontade do conselho de sentença e a sua íntima convicção acerca dos fatos.

1.3. Livre Convicção

³⁸ Antonio Milton de Barros. *Da prova no Processo Penal*. Pág.18.

³⁹ Adalberto José Q. T. Camargo Aranha. *Da prova no Processo Penal*, apud Antonio Milton de Barros. *Idem*, pág. 18.

Posteriormente urge a possibilidade de se admitir, no processo, quaisquer meios de prova; prevalece, pois, o sistema do livre convencimento ou da livre convicção do juiz, chamado igualmente de persuasão racional.

Como leciona MILTON DE BARROS, o juiz age livremente na apreciação das provas (convicção), porém sua avaliação deve ser ajustada às regras científicas (jurídicas, lógicas e experimentais) preestabelecidas (condicionadas). Há a obrigatoriedade de fundamentar e motivar a decisão para que se saiba quais as condicionantes que levaram o julgador à convicção dos fatos, para se aquilatar o acerto ou desacerto da decisão⁴⁰; é o sistema adotado pelo Código hodierno, com a exceção ao Tribunal do Júri, sobre citado, bem como da prova legal no tocante à exigência do exame de corpo de delito.

2. Classificação das Provas

No que concerne à classificação doutrinária das provas, doutrinadores há que as dividem em dois genéricos grupos: - *quanto ao objeto* e *quanto ao sujeito*, a saber:

2.1. Quanto ao objeto

⁴⁰ Antonio Milton de Barros. *Da Prova no Processo Penal*; pág.19.

Dividem-se *quanto ao objeto* ou *ao conteúdo* em provas diretas, as quais fazem referência imediata e direta ao fato a ser provado, v.g., quando a testemunha afirma ter visto Tício atirar em Caio; e provas indiretas, as quais fazem menção a outro fato que, por seu turno, se liga ao fato a ser provado, v.g, nos casos em que a testemunha afirma ter visto Tício sendo preso quando portava uma arma de fogo.

Na prova direta a conclusão é imediata e objetiva, resultando apenas da afirmação; na prova indireta exige-se um raciocínio, com formulação de hipóteses, exclusões e aceitações, para uma conclusão final⁴¹.

2.2. Quanto ao Sujeito

No tocante ao sujeito da prova, esta se apresenta ou “como afirmação de pessoa, ou como afirmação de cousa”⁴², ou seja, dividem-se em prova *pessoal* ou *real*.

A primeira – prova pessoal - subdivide-se em prova documental, conceituada por força do artigo 232 do Código de Processo Penal como “*quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares*”, é a forma permanente do pensamento; e

⁴¹ Adalberto José Q. T. Camargo Aranha. *Da prova no Processo Penal*, apud Antonio Milton de Barros. *Idem*, pág. 3.

⁴² Nicola Framarino Del Malatesta. *A Lógica das provas em Matéria Criminal*; vol. II; pág.08. (*redação original*).

prova testemunhal – forma passageira do pensamento – que “consiste na manifestação consciente, por parte da pessoa, tanto das impressões Moraes produzidas sobre a consciência por um dado evento externo, como dos simples factos internos da própria consciência”⁴³.

As provas testemunhais, no que concerne à forma pela qual se apresenta ou se afirmam divide-se, em resumo, em:

a) *Numéricas ou Numerárias*: são aquelas indicadas no rito processual a ser seguido, quais sejam, 8 (oito) testemunhas de defesa e de acusação no rito ordinário (artigo 398); 5 (cinco) testemunhas no processo sumário (artigo 539); 5 (cinco) testemunhas no processo dos crimes de competência do Tribunal do Júri (artigo 421);

b) *Informantes*: são aquelas que estão desobrigadas a prestar o compromisso de dizer a verdade⁴⁴, como preconiza o artigo 208 do Código de Processo Penal, ou seja, doentes mentais, os menores de 14 anos, o ascendente, descendente, o afim em linha reta, o cônjuge ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado;

c) *Impróprias ou Instrumentais*: são aquelas que nada podem aferir acerca do fato em voga, todavia presenciaram determinado ato

⁴³ Nicola Framarino Del Malatesta. *Idem*.

⁴⁴ Excetuado as pessoas indicadas no artigo 208, leciona o artigo 203 do Código de Processo Penal, *in verbis*: - A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

processual, v.g., quando da recusa por parte do acusado em assinar o auto de prisão em flagrante (artigo 304, §3º);

d) *Referidas*: são aquelas “não numerárias”, ou seja, não foram indicadas pelas partes no momento oportuno para arrolar testemunhas; todavia o juiz, de acordo com o seu anseio, poderá ouvi-las, sem restrição quanto à quantidade⁴⁵;

e) *Proibidas*: são aquelas que em razão da função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pelas partes (artigo 207).

A segunda, prova real, refere-se à perícia – prova destinada a levar ao Juiz os fatos que dependem de conhecimento específico, ou à verificação da coisa.

Trata-se, a uma, do exame de corpo de delito. - A regra do artigo 158 impõe a indispensabilidade do exame nos crimes que deixam vestígios – *facta permanente* – não podendo suprir-lhe a falta á confissão; a duas, o exame dos instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*), com o escopo de verificar a natureza e a sua eficiência (artigo 175), o reconhecimento de pessoas ou coisas, a busca e apreensão, além das ditas “perícias especiais”: - necrópsia, autópsia, exame complementar, exame do local.

⁴⁵ Artigo 209: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º - Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem. § 2º - Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

3. Produção Probatória

Quaisquer que sejam as provas debatidas no processo há a necessidade de se verificar a sua produção - com o escopo de alcançar a certeza e se constatar a existência do fato em colisão – que se inicia com a *proposição*, passando adiante pela *admissão*, *produção* e com termo na *valoração* da prova, eis que “de nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações”⁴⁶.

3.1. Proposição

Nesse diapasão, no tocante à *proposição* da prova, urge a faculdade, a iniciativa de as partes apresentarem ao juiz as afirmações dos fatos, consistente no encargo de demandar judicialmente o seu direito, chamado ônus da prova.

3.1.1. onus probandi

⁴⁶ Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 3ªed., Pág. 72.

Dito foi, inicialmente, que a certeza é o degrau último da escada da verdade; nesse sentido, “se ao espírito que ignora se apresentam duas asserções contrárias, relativas ao facto ignorado, é necessário, se se quer percorrer aquella escada ascendente do conhecimento, é necessário começar por impor a obrigação da prova a uma ou á outra d’aquellas afirmações contrárias”⁴⁷.

Do latim *onus*, significa carga, peso, obrigação; na significação técnica-jurídica, entende-se o encargo, dever ou obrigação⁴⁸; no que tange às provas, mostra-se sobretudo um encargo e menos uma obrigação conquanto “é uma sorte de obrigação para consigo mesmo (*parte*); se a lei encarrega alguém de praticar um at, em seu próprio benefício, e o encarregado não o realiza, a ninguém prejudica, senão a sim mesmo”⁴⁹. (*g.n.*).

Tem assento, hodiernamente, na lição do artigo 156 da Carta Processual Penal, *in verbis*:

“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”.

⁴⁷ Nicola Framarino Del Malatesta. *A Lógica das provas em Matéria Criminal*; vol. II; pág. 157. (*redação original*).

⁴⁸ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*; vols. III e IV. Pág. 282.

⁴⁹ Hélio Tornaghi, *apud* Antonio Milton de Barros. *Da prova no Processo Penal*. Pág.6.

Nesse contexto, urge na doutrina e na jurisprudência o juízo de que o sobre citado artigo impõe uma divisão do ônus da prova, cabendo, em epítome, ao acusador provar os fatos constitutivos e à defesa, fornecendo a exceção, provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito em voga; discordo com *venia* de tal assertiva porquanto á luz do princípio da *presunção de inocência* cabe somente à acusação provar os fatos alegados, ministrando em favor do réu a insuficiência⁵⁰ de provas ou a “pequena” dúvida. “Deve-se levar em conta é que o acusador, ao demonstrar positivamente que o fato se passou como denunciado (aí incluindo o dolo, a culpa e a ausência de justificativas), estará afastando o que a defesa alegou, por incompatibilidade entre as duas versões, nada restando ao réu provar, pois este mesmo quando faz alguma alegação nada mais faz do que negar os fatos narrados na peça acusatória”⁵¹.

3.2. Admissão

Na segunda fase, adiante do requerimento e das afirmações apresentadas cabe ao juiz dizer com base no critério lógico, qual seja, verificar se a alegação é relevante ao processo, se guarda relação com o fato aduzido e a sua pertinência, e com esteio no critério jurídico,

⁵⁰ A insuficiência de provas, ou seja, nos casos em que a acusação não restar cabalmente demonstrada, impõem-se o juízo de absolvição; é a força da *presunção de inocência*: - artigo 386. O Juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI - não existir prova suficiente para a condenação.

⁵¹ Antonio Milton de Barros. *Da Prova no Processo Penal*; pág.11.

qual seja, cotejar a sua admissibilidade em face de eventual ilicitude, quais são as provas que devem ou não ingressar no processo.

3.3. Produção

Admitidas as provas em juízo, dar-se-á por conseguinte o seu ingresso no processo com o controle de sua produção via princípio do contraditório – adiante explicitado.

3.4. Valoração

Produzidos, os elementos de prova se transformam em resultado de prova que tem o condão de convencer o Juiz acerca dos fatos; é diante dos fatos efetivamente produzidos que o juiz deve – motivando sua decisão – dizer o direito. A motivação, em síntese, exprime a certeza da admissibilidade, do conhecimento e do recebimento das teses afirmadas pelas partes.

Há, todavia, um momento que antecede a todas as fases, que é a obtenção da prova – momento extra penal - consistente na investigação que visa recolher as provas materiais.

5. As Provas à luz da Constituição Federal

A garantia do devido processo legal abarca a necessidade expressa de um justo processo, com todas as garantias a ele inerentes independentemente de estarem previstas na Constituição, como a garantia ao contraditório, a independência e a imparcialidade do órgão julgador, que deve, outrossim, motivar suas decisões, a publicidade e a garantia do juiz natural, dentre outras.

Nessa seara, insere-se na garantia do devido processo legal o direito à prova, que sob a égide de inúmeros princípios, encaminham o juiz para a certeza – último degrau da escada.

5.1. Princípios e Regras Gerais

5.1.1. Princípio do Contraditório

As partes devem, repita-se, respeitar a contrariedade entendida como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los; a contrariedade pressupõe, necessariamente, que a parte que contrariou teve, a tempo, ciência dos atos contrariáveis do aludido procedimento”⁵².

No tocante às provas, o princípio do contraditório impõe a observância de importantes requisitos, a saber:

⁵² Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. Pág.82.

- 1) que sejam avisadas (*as partes*) do tempo e do lugar da diligência;
- 2) com a exigida antecedência;
- 3) reveladas a natureza e objetivo da prova, mormente se testemunhas;
- 4) permitindo-se a presença pessoal do autor e do indiciado;
- 5) dando-lhe a faculdade de atrair a atenção do juiz para determinados aspectos ou pontos de prova;
- 6) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes;
- 7) a proibição de utilizar as provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes;
- 8) a obrigação do juiz, quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer contraprova.

5.1.2. Comunhão das Provas

As provas no processo penal não pertencem às partes, mas tão somente o ônus de produzi-la; servem, pois, ao interesse da justiça:

- “o destinatário da instrução é, sempre, o juiz da causa, competente para o juízo do fato”⁵³.

5.1.3. A Publicidade e a Motivação das Decisões

Via de regra a produção das provas há de ser pública, assim como os atos judiciais. Como dito, o convencimento do juiz esta adstrito ao conjunto de provas constantes no processo e, mais que garantia entre as partes, reveste-se de garantia popular em face do exercício das funções jurisdicionais, refletindo a imparcialidade e a legalidade das decisões, compreendendo “a exposição atinente às provas produzidas e aos respectivos critérios de avaliação”⁵⁴.

A importância da publicidade e da motivação encontra-se explicitada na Constituição Federal conquanto a ausência acarreta nulidade consoante artigo 93, IX, *in verbis*:

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e aos seus advogados, ou somente a estes”.

⁵³ Idem. Pág. 113.

⁵⁴ Mario Chiavario. *Processo e garanzie della persona*, apud Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. Pág. 130.

5.1.4. Ampla Defesa

Liga-se à prova ao princípio da ampla defesa; quaisquer meios de prova – excetuadas as obtidas por meios ilícitos – são admissíveis no processo com o escopo de conduzir ao convencimento do juiz.

Integram-no, pois, a auto defesa e a defesa técnica, que abarca dentre outras premissas e em que pese a impossibilidade de o defensor do acusado intervir de qualquer modo nas perguntas e nas respostas (artigo 186 do Código de Processo Penal) do réu, a necessária presença do defensor no interrogatório.

5.2. Provas Ilícitas

Preconiza o artigo 5º, LVI da Constituição Federal:

“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Como se vê o legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade de provas obtidas por meio ilícitos; todavia, emerge dos ensinamentos hodiernos o juízo de que tal garantia não tem caráter absoluto conquanto cede à aplicação e em circunstâncias especiais, ao princípio do contraditório, “visando-se a evitar a aplicação muito

rígida quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor também garantido pela Constituição”⁵⁵.

Nesse passo, a vedação pode derivar de uma lei processual ou de uma norma material; assim, “a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo; quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima; quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida”⁵⁶.

Ademais do princípio da proporcionalidade tem assento atual o juízo de que as provas – ainda que colhidas com afronta aos princípios fundamentais – podem ser utilizadas desde que favoreçam ao acusado; é a aplicação do princípio do *favor rei*.

5.2.1. Prova Ilícita por Derivação

⁵⁵ Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. Pág. 86.

⁵⁶ Ada Pellegrini Grinover, *et all.* *As Nulidades no Processo Penal*. Pág. 132

Questão controvertida, igualmente, é a eficácia das provas lícitas obtidas por derivação, ou seja, as provas que são lícitas em si mesma porém sua obtenção emana de informações obtidas por prova ilícitamente colhida. Notadamente, a prova ilícita destitui-se de qualquer eficácia e deve, à luz da interpretação do artigo 145, IV, ser prontamente desentranhada; entretanto, qual a consequência para as provas obtidas sob a égide da teoria dos frutos da árvore envenenada?

- Há nesse sentido corrente diversa de pensamento; aduzem doutrinadores que tal teoria “constituiria estímulo à violação de direitos fundamentais da pessoa humana”⁵⁷; outros, diversamente, apontam limitações à citada teoria “quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, se chegaria inevitavelmente nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo”⁵⁸.

Trata-se, mais uma vez, de cotejar as garantias em voga, devendo sempre, *s.m.j.*, prevalecer o entendimento mais favorável ao acusado.

⁵⁷Barbosa Moreira. *A Constituição e as provas ilícitamente obtidas*. Apud Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. Pág. 88.

⁵⁸Idem.

CONCLUSÃO

Tidas as provas como o instrumento hábil à convicção do juiz no tocante à existência ou não de um fato, denotam a essência do processo porquanto as dúvidas (probabilidade) sobre a veracidade dos apontamentos tem cabo na sua apreciação, que diante da manifestação judicial dizem da verdade (certeza) da ocorrência do crime.

APÊNDICE

Respostas às questões formuladas pelo I. Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho

1. Está correta, à luz dos princípios que informam a atividade probatória, a cominação de nulidade processual para a falta de exame de corpo de delito (art. 564, III, “b”, do CPP)? Por que?

O corpo de delito é o conjunto de vestígios e sinais deixados pela infração penal e sua apreciação tem o condão de apontar a materialidade e à autoria do delito.

Nesse sentido, o artigo 158 do Código de Processo Penal preconiza que é indispensável o exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, ou seja, naqueles delitos em que os sinais, os dados materiais e os resquícios perceptíveis ligam um ato ou fato cometido à infração penal.

Com mais razão, os elementos de prova referentes à materialidade e a autoria do crime revestem-se de imperiosa valoração, sendo tomados, em que pese o juiz não estar a eles vinculados, como base de sua fundamentação e fator de convencimento.

Assim, levados a efeito como condição de validade do processo, imperioso apontar que a sua falta acarreta a nulidade prevista no artigo 564, III, “b” do CPP, não podendo ser suprida pela confissão ou pela prova testemunhal, salvo, neste caso último, quando houverem desaparecido os vestígios.

2. Diante da garantia consagrada pelo art. 5º, LVI da Constituição federal, é admissível no processo penal a utilização da prova ilícita pro reo?

A Constituição hodierna preconiza expressamente que as provas obtidas ilicitamente não devem ser admitidas no processo conquanto colidem com garantias elegidas como fundamentais da pessoa, quais sejam, a inviolabilidade da imagem, da honra, da intimidade, do sigilo, dentre outras.

Todavia, em que pese sua natureza Constitucional não há, *s.m.j*, garantia absoluta, cedendo, a prova ilícita, ao cotejamento de outras garantias também Constitucionais.

Assim, casos tais em que a prova foi obtida ilicitamente faz-se necessário aferir qual o bem que ela intenta assegurar, aplicando-se para tanto o princípio da proporcionalidade.

Nessa seara, utilizando-se o réu de uma prova obtida ilicitamente, e em sendo ela hábil a demonstrar a sua inocência, não deve prosperar a sua inadmissibilidade, conquanto sua vedação importaria a violação de um bem maior.

Com igual razão, em acato às sobre citadas garantias individuais “mais” importantes, não tem razão a assertiva de que a prova ilícita também pode servir à acusação, sendo inoportuno eleger o princípio da isonomia para dar termo à contenda.

3. É possível admitir como indícios as informações colhidas no curso do inquérito policial, obtidas sem a observância do contraditório?

Do princípio do contraditório decorre, segundo CANUTO, a necessidade de se dar à parte a ciência dos atos processuais, recebendo a contrariedade um estímulo decisivo e mostrando-se, não raro, como condição indispensável para a existência de fato e de direito. Sem embargos, hodiernamente o contraditório somente tem lugar durante a ação penal, ocasião em que sua aplicação durante o inquérito, por vezes, esvazia a própria natureza do ato.

Em assim sendo, há casos em que a prova colhida não se faz á luz do contraditório, e nem por isso, *s.m.j*, deve ser afastada.

No mais, ainda que apartada do manto do contraditório, as informações prestadas não são meros indícios; Segundo *Malatesta*, o raciocínio que nos leva do conhecido para o desconhecido sob a ótica da causalidade chama-se indício; Nesse diapasão, ainda que a prova seja colhida no curso do inquérito policial não pode ser levada a efeito de meros indícios.

4. Como se ligam o princípio do livre convencimento do juiz (art. 157 do CPP) e a garantia da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF)?

A motivação das decisões judiciais deixou de ser garantia das partes e revestindo-se, hodiernamente, de garantia popular em face do exercício das funções jurisdicionais, refletindo, outrossim, a imparcialidade do Juiz, a legalidade e a justiça de suas decisões.

Nesse sentido, consoante o sistema de avaliação das provas adotado no Brasil, qual seja, o da livre convicção ou da persuasão racional, o convencimento do juiz permanece vinculado ao conjunto probatório coligido e constante dos autos, obrigando-o, outrossim, a fundamentar sua decisão que, por sua vez, tem fulcro na necessidade de se conhecer as condições que levaram o julgador à convicção dos fatos, mensurando-se, assim, o acerto ou desacerto da decisão.

Encontram-se, pois, intimamente ligados o princípio do livre convencimento e a garantia das motivações, porquanto livre é a motivação judicial, estando, sempre, sob a ótica da publicidade.