

## Breves comentários sobre “prova” no processo penal

David Evandro Costa Carramanho ( \* )

Sumário: 1- Introdução. 2- Notícias históricas. 3- Teoria dos valores das provas. 4- Da prova. 4.1- Generalidade. 4.2- Conceito de prova. 4.3- Meios de prova. 4.4- Natureza das provas. 4.5- Objeto das provas. 4.5.1- Prova dos fatos. 4.5.2- Prova do direito. 4.5.3- Fatos incontroversos. 4.5.4- Fatos irrelevantes. 4.5.5- Prova negativa. 5- Finalidade da prova. 6- Ônus da prova. 7- Critérios de avaliação das provas. 7.1- Critério legal. 7.2- Critério da livre convicção do Juiz. 7.3- Critério do convencimento racional. 8- Conclusão.

### 1. Introdução

Na busca de justiça no campo penal, teremos necessariamente que passar pelo campo das provas para podermos firmar nosso convencimento naquilo que acreditamos ser uma verdade real e podermos decidir diante das provas a verdadeira justiça que o nosso ordenamento jurídico se propões.

Esses breves comentários, visam unicamente dar uma visão geral daquilo que o direito processual penal se propõe, dando uma visão histórica, axiológica da evolução das provas no mundo jurídico.

Com relação a prova em si, objeto de nosso estudo, procuramos tratar de forma voltada para a idéia de justiça, conceituando-se e apreciando-se sua importância no campo do processo penal, sua natureza e noção de verdade, certeza e probabilidade, onde se conclui que nem tudo que é verdadeiro é certo, embora certeza seja somente uma concepção de verdade, sem ser absoluta, haja vista as limitações do ser humano.

### 2. Notícias históricas

Nas provas primitivas não havia o que se chamaria de critérios para mensurar ou demonstrar os fatos de forma precisa

---

\* Promotor de Justiça do Amazonas.

e sim através de impressões pessoais, vividas pelos que assistiram ou observaram os fatos.

Com a necessidade do homem crer em alguma coisa, surge as religiões, que de certa forma dotam de algum critério de apuração da verdade dos fatos acontecidos, mas sempre com a invocação da proteção divina.

Surge então as ORDÁLIAS, ou os chamados “Juízos de Deus”, julgamento de Deus, como eram conhecidas por suas buscas da verdade ou prova de inocência através de colocações dos acusados em provas absurdas como “prova pelo fogo”, “prova das bebidas amargas”, “prova das serpentes” ou “provas da água fria” etc.

“Provas pelo fogo” - Era o acusado colocado diante de um ferro em brasa e teria que colocar sua língua no mesmo, se queimasse a língua era culpado, ou teria que passar por uma trilha de ferro em brasa e se fosse queimado seria considerado culpado.

“Prova das bebidas amargas” - Era a acusada de adultério colocada diante de uma poção de bebidas amargas e teria que beber o copo sem que sua fisionomia mudasse, ou que não houvesse uma dilatação das pupilas de seus olhos, caso uma das duas coisas acontecessem seria considerada culpada.

“Prova das serpentes” - O acusado era colocado junto com uma série de serpentes venenosas. Por um determinado tempo, se nenhuma serpente o mordesse era considerado inocente.

“Prova da água fria” - O acusado era lançado num reservatório de água, se submergisse, era declarado inocente, mas se voltava a tona era considerado como sendo culpado.

Posteriormente, surge a forma do Juramento, que ainda é usado em diversos países, como meio de prova válido, sua farsa é considerado como crime grave, ou seja, a mentira era punida com rigor. Os romanos e os gregos adotavam esse tipo de coleta de provas, por não haver escrita.

Surge os DUETOS, outra prova que invocava o ser divino, pois Deus não permitira que o acusado de crime, o litigante de má fé, saísse vencedor. Essa era a regra do jogo, essa era a regra

da crença nos desígnios de Deus.

Deixando as religiões de lado, com o passar dos tempos, os agentes públicos começaram a trabalhar em um sistema legal em que fossem valorizados as provas, e que seriam pré-fixadas em uma norma de conduta, em uma lei.

Passou-se adotar a confissão como a “rainha das provas”, mesmo que fosse obtida através de torturas, o que não era muito incomum naquele tempo de força.

Com o advento da Revolução Francesa, surge o sistema de “íntima convicção”, onde prevalece a verdade apurada através do livre e racional exame de provas colhidas durante a fase processual.

Com o passar dos tempos, os métodos de apuração das provas foram se tornando de um requinte tão apurado que se tornou um método técnico-científico, que torna cada vez mais irrefutável sua negativa como prova de uma verdade real apurada.

### 3. Teoria do valor das provas

Valores jurídicos visam à consciência do ser humano e à opinião pública na busca das soluções dos problemas sociais.

As ciências jurídicas apreciam os fatos baseando-se em um sistema do “dever ser”, assume o fato uma valoração dimensionada, em um significado resultante de suas referências sobre determinado valor de determinada prova.

Para Durkheim, cada homem de per si, se subordinaria ao mundo dos valores, sendo este uma expressão da consciência coletiva.

O dever ser é, por vezes, o contraposto daquilo que é, sobretudo no mundo jurídico onde a transgressão legal e o delito se digladiam, para salvaguardar de bens e valores.

Teoria ontológica, considera o valor como um não resultado de nosso desejo nem como projeção de nossa inclinação psíquica ou como fato social, mas algo que se põe antes do conhecimento ou da conduta humana. Pois cada época da história e determinada por um valor e toda raça se funda em determinado

pressuposto axiológico.

#### **4. Da prova**

##### **4.1. Generalidade**

Para que se tenha a prova, necessário será que o conhecimento do que seja justo ou injusto, todos repudiam a punição de um inocente, para que o processo como instrumental do Estado, para compor os litígios, busca alcançar sempre uma decisão justa, é necessário que a prova leve o julgador a um grau de certeza que tenha assumido sua verdadeira posição esclarecedora da verdade, que atinja a justiça socialmente desejada, pois a prova assume neste caso, uma função que a torna a coluna vertebral do processo, pois sem ela, o julgador poderá tomar decisões que não se coadunariam com a verdade dos fatos e os levaria a tomadas de decisões equivocadas e injustas.

Do nada, nada se terá, necessário que se tenha conclusões verdadeiras para que se alcance o ideário de justiça, e só se alcança justiça, com provas carreadas para o bojo dos autos, mas que sejam incontestes a sua importância como provas.

Neste sentido a prova assume grau máximo no processo, tanto pela forma como foi produzida, como pela verdade que a ela esta inserida e que produzira a certeza na mente do julgador, calcando-o a formar seu convencimento na verdade e na objetividade que aflorará uma justiça ideada.

As provas são, na verdade meios pelos quais se procura uma condenação ou absolvição, de acordo com a busca de um ideal de justiça.

##### **4.2. Conceito de Prova**

Após dar importância que as provas tem no processo, necessariamente que demos uma visão mais definida e objetiva, seu fim, sua aplicação em suma.

Tem como princípio a priori, orientador, a nossa aceitação da idéia generalizada de as provas ou geram o convencimento ou elas não têm eficácia e não podem ser consideradas.

É fundamental na atuação criminal que a prova é elemento determinante de atuação, pois conduz ao autor do crime e em conseqüência sua condenação, mas sobretudo a descoberta da verdade sobre aquele fato, sem que tenha sido, um inocente punido.

Para Mittermayer, Kant J.A. "Tratado de La Prueba em Materia Criminal", 9ª Ed., Madri, Reus, 1959, p.93, define prova a partir das idéias de certeza, convicção e verdade "*Prova é um complexo de motivos que produz certeza*".

Para Floriam, Eugenio, "De la Pruebas Penales, Bogotá, Temis", 1976, p.43- "*Prova é todo meio que produz um conhecimento certo ou provável acerca de qualquer coisa*".

Para Da Silva, Ayres, "Estudo Programado de Processo penal", Segra, 1994, p.116 - *Prova é todo o objeto, instrumento ou documento que serve para produzir um estado de certeza na mente do julgador, a respeito de um fato, sua autoria e circunstâncias*".

Prova é estabelecimento com irrepreensibilidade a verdade dos fatos que entram na constituição do direito, é ratificar fidelidade dos fatos catalogados como elementos definidores da grandeza obrigacional que o juiz precisa conhecer para decidir de conformidade com a justiça.

No processo penal, em resumo a prova visa-se apuração dos fatos delituosos e de sua autoria, para que haja a realização da ordem jurídica em prol de sua segurança.

#### **4.3. Meios de Prova**

Diversos são os meios disponíveis e colocados a disposição, ao alcance das partes, para que possam, demonstrar se os fatos ocorreram da maneira que alegaram em juízo.

No Código de Processo Penal esses meios não estão limitados, admite-se ampla e irrestrita investigação.

Os meios judicialmente utilizados, são os interrogatórios

do acusado, a busca e apreensão, inquirições de testemunhas, as declarações da vítima, às perícias e outras. Podendo ainda o magistrado fazer busca de outros meios de prova não previstos em lei, desde que sejam moralmente legítimos, usando a analogia do art. 3º do CPP, para aplicar o Art. 333 do CPC.

Mandando fazer uso das gravações fonográficas, fotos, filmes etc., nestes casos o uso deve ser com cautelas, pois as fraudes são comuns.

#### 4.4. Natureza das Provas

Adotamos a verdade, a certeza, a convicção e a probabilidade como sendo integrantes do conceito de prova para que o julgador possa fazer um juízo de valor dentro dos princípios da legalidade, sem demonstrar o nexó existente entre estes que nos mostraria o que seja ideal de justiça.

Verdade é a concordância entre um fato real e a idéia dele, representada em nosso espírito, já dizia Mettemayer, e que para Franmarino Malatesta, “a verdade é em geral a conformidade da noção ideológica com a realidade”, e como sendo um acordo do pensamento com o objeto, entre ao que se percebe e aquilo que se observa de fato.

Para o CPP, a verdade que interessaria seria a verdade histórica, os acontecimentos, os atos praticados no tempo e no espaço e local do fato.

Certeza, é a conformidade entre o que se idealiza e a realidade tida como verdade subjetiva, pois a certeza para Malatesta, “é um estado subjetivo da alma que pode muito bem não corresponder à verdade objetiva”. Podendo ser entendida como persuasão da verdade, que se forma pela análise dos motivos que levem o julgador a crer ou não crer, surge então a verdade captada.

Convicção é quando o julgador ao reunir todo os elementos de prova e chegando a uma verdade, tem a certeza de que o acusado é realmente o autor do crime, reunindo esses elementos, esta convicto de sua autoria, resultando em uma condenação.

Probabilidade não se p[ode basear a condenação em probabilidade, pois enquanto os motivos convergentes ou divergentes não forem sanados, a condenação será injusta, ela é um caminho que nos leva a certeza, não sendo assim o julgador terá que absolver o acusado, “indubio pro réu”.

#### **4.5. Objeto da Prova**

Em regra são todos os fatos alegados no processo pela acusação ou pela defesa, em rigor não se prova os fatos, mas alegações que elucidam esses fatos.

##### **4.5.1. Prova dos Fatos**

Nem todos os fatos constantes nos autos exige-se prova. Os fatos tidos como notórios não precisam ser demonstrados, não há regras precisas para a caracterização de notoriedade de um fato. Veiculação na mídia, situação de tempo, lugar e o grau da cultura etc.. influenciam o conhecimento dos fatos.

Os tributos para se considerar como notórios um fato é um conceito relativo, necessitando das circunstâncias de tempo e de lugar, não se confunde com generalidade, pois há fatos conhecidos apenas por uma determinada parte da sociedade, para ser considerados ainda pelo conhecimento de indeterminadas pessoas razoáveis e de mediana cultura

##### **4.5.2. Prova do Direito**

As provas em direito se limitam as carreadas para o bojo do processo e legalmente aceitas pelo julgador, dentro dos preceitos vigentes.

##### **4.5.3. Fatos Incontroversos**

Ao contrário do cível, no Processo Penal os fatos não controvertidos exigem prova, para nortear a convicção do

jugador, de acordo com as provas e não nas conclusões das partes. O CPP não recepciona os princípios do Art. 334, III do CPC.

#### **4.5.4. Fatos Irrelevantes**

O julgador não deve se ater aos mesmos, por questão de economia processual, pois em nada contribuem pra a elucidação dos fatos e muito menos para a convicção do julgador.

#### **4.5.5. Prova Negativa**

Nas Ordenações Filipinas, assertiva de que as negativas não precisam ser provadas. Mas dentro de direito pátrio a negativa relativa tem que ser provada, e a absoluta não.

Se o acusado e perquerido sobre sua participação em uma agressão em um bar, naquele dia e hora, e disser que não estava lá, e disser que estava trabalhando, deverá provar.

### **5. Finalidade da prova**

É mostrar ao julgador, é convencer o mesmo intimamente de que a expressão do juízo de valor que forma sobre alguma coisa que existe ou pode existir, que seja cercada de credibilidade sobre a verdade dos fatos que o autor fundou a sua pretensão na busca da tutela jurídica.

As partes tentam convencer o juiz que suas verdades dos fatos são autênticas e o juiz deverá mensurá-la e formar sua livre e espontânea convicção.

Não basta comprovar um fato, é necessário provar que o fato seja confirmado com todas as circunstâncias que os cercam e evidenciam, tornando desta forma um instrumento de convencimento para o julgador a respeito da verdade que envolve aquele caso.

## 6. Ônus da prova

Por causa do processo penal se comportar de forma legal e genericamente é que se atribui o ônus da prova, da alegação a quem o fizer (art. 156 do CPP ) tem que provar o fato constitutivo de seu direito, mas o acusado terá que provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito de quem o está acusando.

Tanto o direito do autor como o do acusado existem ou não em função dos fatos em que se atribuem em prová-los.

O que entendemos por “Ônus” que é diferente de dever, obrigação, pois ônus não é dever nem obrigação jurídica, mas a subordinação de um interesse próprio por outro próprio, enquanto obrigação e dever, ocorre subordinação de um interesse próprio por outro interesse alheio.

Para Hélio Tornagli (*Instituições de Processo Penal*, Vol. I, 1959, p.230).

*“O dever existe para com outrem. Quem o tem e não cumpre,. Sofre pena. O encargo é uma sorte de obrigações para consigo mesmo. Se a lei encarrega alguém de praticar um ato em próprio favor, e o encarregado não o realiza, a ninguém prejudicaria senão a si mesma. Por isso não sofre pena deixar de ganhar se praticasse. Se um réu tem documentos que provem sua inocência é de toda vantagem para juntá-lo aos autos, se não o fizer não há lei que o obrigue, que imponha o dever de apresentar este documento e o ameace de pena pelo simples fato de não o fazer”.*

Para o mesmo Hélio Tornagli, alguns fatos não necessitam serem provados, por serem considerados normais.

*“Pois o próprio art. 156 do CPP é menos preciso do que parece a vista, não lhe é necessário provar a ilicitude do fato, desde que ele seja típico, isto é, adequado a*

*descrição legal. Se o Promotor de Justiça denuncia Tício por haver morto Caio, não precisa provar aquele que o fez antijuridicamente. Ao contrário, Tício terá que provar que o fato a ele imputado, apesar de típico, foi lícito – ex. legitima defesa”.*

Mas a regra é que a lei disciplina no sistema probatório é aquele que afirma que cabe provar e não aquele que afirma negativamente. (Digesto, L,XXII, t III - *De Probation*). Outra regra que continua é a de que não basta dizer, é preciso que se prove. As partes é que incumbem provar por argumentos convincentes, o que pode parecer um argumento duvidoso.

A prova é carga para ambos as partes, acusador e acusado, pois quem contesta o direito de outrem tem que apresentar uma exceção, tem que provar o fato que opôs ao da outra parte.

O ônus da prova na era moderna é competência das partes, a que afirma Ter o direito esta obrigada a prová-la e a outra que sustenta as provas carradas aos autos não são certas, cabe também comprovar pelo fato extintivo do direito da outra.

Alguns fatos são interessantes quanto a afirmativa de que o ônus da prova cabe a quem acusa, mas num homicídio, faz presumir um dolo na ação desenvolvida, atirar, esfaquear, bater etc., cabendo ao agente demonstrar que o revólver disparou acidentalmente, que as pancadas ou facadas desferidas foram feitas de modo a repelir uma agressão injusta etc..

Para o julgador possa se orientar melhor quanto a produção das provas é interessante observar que o ônus da prova do fato delituoso, sua materialidade, autoria do fato, isenção de pena, as agravantes cabe ao acusador demonstrar, e também as excludentes de criminalidade.

A defesa cabe provar não Ter agido com dolo, defender seus direitos as atenuantes e também as excludentes de criminalidade.

O juiz moderno não é mero espectador dos debates travados pelas partes, não é uma pedra inerte no processo, hodiernamente, para boa aplicação do direito e da justiça, deve

ser dinâmico, suprimindo a deficiência das partes no caso probatório, afim de que o processo seja realmente instruído e se torne um instrumento real da aplicação da lei. Sem contudo chegar ao extremo de substituir as obrigações das partes, mas unicamente para dirimir suas possíveis dúvidas e de formação de seu juízo de valor frente aos fatos apresentados.

## **7. Critérios de avaliação das provas**

É matéria relevante e de muito interesse, para que os fatos alegados pelas partes fiquem demonstrados claramente é quando sobre eles, os fatos, o juiz forma sua convicção, analisando criteriosamente os meios de provas adotados no processo.

Mas para que isto ocorra é necessário que o julgador possa discernir quais são os critérios a serem adotados para que possa dirimir possíveis dúvidas em sua avaliação, pois nem sempre o juiz tem o livre arbítrio de apreciar os meios de provas acostados aos autos.

Há controvérsias neste assunto e alguns estudiosos do direito e da matéria, adotam critérios avaliativos das provas em que o juiz deve ficar adstrito, como, a) Prova legal; b) A do livre convencimento do Juiz e c) O do convencimento racional.

### **7.1. Critério Legal**

Neste sistema, o juiz fica adstrito a mecânica aplicada dos valores prefixados pelo legislador para as diversas espécies de prova, não podendo o juiz somá-las e nem se preocupar com seu número.

Com relação as provas o que importa é o conceito, a idoneidade das pessoas a verossimilhança do depoimento, pois a “rainha das provas”, hoje não mais tem o condão da verdade absoluta nos estudos modernos, pois em princípio toda prova tem valor relativo, não podendo o legislador dar maior ou menor importância a esse ou aquele meio de prova.

O legislador impões, regras excepcionais para limitar o

poder discricionário do julgador na avaliação das provas, em proveito de uma maior segurança jurídica.

As provas legais continuam existindo em nosso ordenamento jurídico, haja vista o art. 158 do CPP.

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

Eis um exemplo concreto de prova legal, pois nem a confissão do acusado poderá deixar que se faça exame de corpo de delito, direto ou indireto, não depende do julgador em querer, ou nas partes requererem.

## **7.2. Critério da Livre Convicção do Juiz**

O julgador tem neste critério o discernimento de considerar ou desconsiderar qualquer meio de prova acostados aos autos, ficando a sua própria opinião a formação de seu juízo de valor ao sua convicção.

Contudo, para garantir a segurança jurídica do ordenamento, e das partes, nenhuma legislação moderna adota tal critério de forma absoluta. O sistema do livre convencimento é oposto ao do critério legal, este amarra a avaliação dos meios de prova a dados prefixados em lei, enquanto naquele o juiz poderá usar de sua liberdade de avaliação de forma ampla e ao seu bel-prazer.

## **7.3. Critério do Convencimento Racional**

A observação de Moacir Amaral serve perfeitamente para o nosso estudo dentro do Processo Penal, quando em sua obra afirma (*Prova Judiciária no Cível e Comercial*, 3<sup>a</sup> Ed. Vol. I p. 347).

*“O juiz não obstante aprecie as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas terá a sua convicção das provas produzidas, ponderado sobre a qualidade e*

*“vis probante” destas : a convicção esta na consciência formada pelas provas, não arbitrarias e sem peias. E sim condicionadas a regras jurídicas, a regras lógicas, a regras de experiências, tanto que o juiz deve mencionar na sentença só motivos ensejadores que a formaram”.*

Ao formar seu convencimento, deverá estes pensamentos, serem de forma criativa quando da apreciação das provas, mas sem se afastar das regras básicas da avaliação jurídica das provas constantes nos autos, e que obrigam a justificar fundamentadamente a formação de seu convencimento.

A lei não confere a liberdade absoluta ao julgador para que possa formar sua convicção, estará sempre sob o manto da legalidade, par agir de forma racional e legalmente, motivando sempre sua decisão.

O legislador adotou o critério da persuasão racional ou da livre convicção motivada em nosso ordenamento jurídico, haja vista sua firmeza no dizer de sua proposta quando na Exposição de Motivos, por ocasião da apreciação do CPP.

*“Todas provas são relativas: nenhuma delas terá “ ex vi legis, o valor decisivo ou necessariamente mais prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fique subordinado a nenhum critério apriorístico ao apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porem, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbitramento na apreciação das provas. O juiz esta livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode substituir-se ou alhear-se ao seu conteúdo. (item VII)”.*

## **8. Conclusão**

Dentro do campo da prova processual, todos os meios que

dispusermos para que a verdade possa aflorar dentro dos autos, deveremos fazer o possível para carregá-las para dentro do mesmo.

Dentro de uma legalidade e da moralidade, as provas somente deveram permitir que o julgador possa fazer usos das mesmas para que possa discernir o que seja verdade daquilo que não seja, dentro desse parâmetro possa formar um juízo de valor e formar sua convicção de quem realmente esta com a verdade.

Estes procedimentos estão dentro de um princípio que o julgador não poderá se afastar, embora sua liberdade de apreciação das provas seja real, não poderá deixar de apreciá-las a luz da legalidade e da moralidade.

A responsabilidade do julgador em avaliar o conteúdo dos meios de provas, estão diretamente relacionadas com seu conhecimento jurídico e com sua experiência de vida, haja vista que a maturidade e o bom senso, sempre foram norteadores de uma boa escolha e de uma boa decisão.

Deixamos de apreciar as partes técnicas das provas por ser um tema que delongaria tempo, ficando para outra oportunidade apreciações referentes as Perícias, Exames, Laudos, Interrogatórios, Inquirições de Testemunhas e outros meios de provas disponíveis e admissíveis no nosso mundo jurídico.

#### Referências bibliográficas:

**ALVIM**, Arruda e **PINTO**, Teresa Arruda Alvim. (1985) *Prova, repertório de jurisprudência e doutrina*, Revista dos Tribunais, São Paulo.

**DA SILVA**, Ayres L.F. e **VALENTE**, Beatriz Ely. (1994) *Processo Penal, Estudo Programado*, Ed. Sagra, Vol. I, São Paulo.

**DOS SANTOS**, Ulderico Paes (1995) – *Meios de Prova* – UPS, 2ª ed.

**MOURA**, Maria Teresa Rocha de Assis (1994) *A Prova por Indícios no Processo Penal*. Saraiva, São Paulo.

**MORAES**, Paulo Herber e **LOPES**, João B. (1994) *Da Prova Penal*, Ed. Capola, 2ª ed.

**VASCONCELOS**, Anamaria Campos Torres. (1992) *Prova no*

*Processo Penal*, Del Rey, São Paulo.

**WEYNER**, Vasco Damasceno (2001) – *Das Penas*, Revista Cearense Independente do MP, ano III, nº 9, abr, Ceará.

