

## PROVA: DOS PRIMÓRDIOS À ATUALIDADE

### AUTORES

**Stenio Augusto Vasques BALDIN**

Advogado, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais  
Pós-Graduado em Limites Constitucionais da Investigação  
Docente do Curso de Direito da UNILAGO

**Lygia Aparecida das Graças Gonçalves CORRÊA**

Advogada, Especialista em Direito Processual Penal  
Docente do Curso de Direito da UNILAGO

### RESUMO

Sendo a prova um elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, a interferência sociológica na evolução da prova e da humanidade encontra-se demonstrada no presente artigo. Nos primórdios, a prova era produzida por meio das superstições, na atualidade, com o advento da legalidade, não obstante a liberdade probatória, deve o Estado interferir somente para evitar os abusos e as provas que atentem contra a moral dos cidadãos.

### PALAVRAS-CHAVE

prova, evolução, utilização, convencimento e reconhecimento

## INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que prova é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, daí sua relevância no campo do direito processual.

O processo constitui, em última análise, a cristalização do fenômeno sociológico da legitimidade, que se manifesta na aceitação geral do poder pela população. É natural, portanto, que toda a matéria relativa à prova guarde estreita ligação com o contexto político-sociológico onde o processo se situa.

Originariamente, a prova era banhada em superstição. O homem possuía uma visão muito limitada da vida social, e lidava com um conceito de delito ligado à idéia de ofensa a alguma divindade.

Somente quando o Estado aparece consolidado, com seu imperium, é que a lei propriamente estabelece a prova. No sistema da prova legal, a lei deveria determinar concreta e pontualmente os fatos a serem provados, e de que modo, carecendo o juiz de liberdade para julgar, pois só lhe era dado aplicar um mero raciocínio lógico.

Com a evolução da liberdade dos povos nos regimes políticos, este sistema tornou-se superado pelo da prova livre, que, a priori, se afigurava mais adequado às novas concepções filosóficas, apresentando, contudo, como assinala LOPES, dois inconvenientes. Quanto aos meios de prova, nem todos reputam-se lícitos: a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais deveriam servir de freio às exacerbações probatórias. Por outro lado, no que toca ao momento de valoração da prova, exige-se uma maior preparação em todos os níveis, exatamente para evitar que a liberdade erroneamente utilizada possa conduzir a uma tirania do judiciário.

A melhor opção, hoje, parece ser a liberdade probatória, delimitada pelas mencionadas diretrizes. O Estado, assim, deve restringir, limitar, proibir ou impedir a utilização de determinados meios de prova, ou o seu uso em relação a certos fatos. Tudo em prol da defesa dos valores sociais, dentre os quais avultam a liberdade e a intimidade.

## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS

Nas origens do Direito (sociedades primitivas), inexistia a figura da prova, inicialmente pelo fato de que o mais forte era o vencedor do conflito, depois pela autocomposição, para a qual não se tinha uma decisão sobre quem possuía razão, mas abdicação de todo ou de parte do Direito. Somente com a evolução social e fortalecimento do Estado, quando do surgimento dos árbitros, é que os primeiros mecanismos de provas surgiram.

Como nas sociedades antigas as civilizações atribuíam origem divina ao Direito (uma vez que a religião era a base da sociedade) os meios de provas utilizados para a demonstração dos fatos possuíam ligação direta com a religião, como, por exemplo, os ordálios, o juramento, os conspurgadores e combates judiciais. Até onde pudemos aprofundar a pesquisa sobre origem das provas e não seria possível, como já dissemos anteriormente, analisar tema tão importante sem nos remeter ao passado à busca de relatos históricos do possível início e da evolução, até nossos dias, verificamos que, a apreciação das provas por meio da história, passou por diferentes fases, amoldando-se às convicções, às conveniências, aos costumes e ao regime de cada povo. Primitivamente, aplicava-se o sistema ético ou pagão, em que a apreciação de provas era deixada ao sabor das impressões do Juiz, que as aferia de acordo com sua própria experiência, num sistema empírico.

Depois veio o sistema religioso, em que se invoca o julgamento divino, através das ordálias, dos duelos judiciais, e dos juízos de Deus, como já mencionado. Muito embora os ordálios tenham tão somente um interesse histórico, não deixaram de ser um sistema de apreciação das provas em que o Juiz assumia, a grosso modo, o papel de fiscal dos resultados delas.

Tal sistema unia a incerteza da loteria à crueldade de várias de suas provas e à irracionalidade de todas elas. Os ordálios eram denominados Juízos de Deus, sob a falsa crença de que a divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica deixava demonstrado se o réu era ou não, culpado. Esse sistema aprimorou-se na Idade Média, entre os europeus e submetia o pretense culpado a uma prova para se aferir a sua responsabilidade.

As principais provas eram: a prova da água fria: jogando o indiciado na

água, caso submergisse era inocente, caso viesse à tona, era culpado. A prova do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria de passar por uma chapa de ferro em brasa; caso nada lhe acontecesse, era inocente, porém, se queimassem os seus pés, a culpa era manifesta. A prova do *judicium affae*: o indivíduo deveria engolir de uma só vez grande quantidade de alimento, que era farinha de trigo. Se não conseguisse, era culpado. Prova do pão e queijo: acusado deveria engolir um pedaço de pão e queijo, em não conseguindo era culpado.

Essa ordália era aplicada aos velhos, jovens, crianças, mulheres, doentes: destinava-se especialmente aos suspeitos de furto. Prova da cruz: quando alguém fosse morto em rixa, escolhiam-se sete rixadores, que eram levados a frente de um altar; sobre este se colocavam duas varinhas, uma das quais marcadas com uma cruz e ambas envolvidas em pano. Em seguida tirava-se uma delas; se saísse a que não tinha marca, era o sinal de que o homicida era um dos presentes. Repetia-se a experiência em relação a cada um deles, até sair à vara com a cruz, que se supunha apontar o criminoso.

Esse sistema constituía meio de prova decididamente formal, obrigando o Juiz, embora com convicção diretamente contrária ao resultado de tal, a aceitar esse resultado como base e motivo decisivo de sua sentença. Em Roma, na época da República, o povo era quem pronunciava as decisões reunidos nos comícios por centúrias ou por tribos e, portanto, não era possível uma apreciação jurídica das provas. Reunindo a autoridade legislativa, o direito de graça e o poder Judiciário, o povo tomado de compaixão, deixava-se levar pela consideração de antigos serviços; era influenciado por mil considerações diversas e muitas vezes absolvía a um culpado. Durante o império caem em desuso os antigos tribunais populares. Para bem compreender o sistema de prova seguido pelos romanos em matéria criminal, convém distinguir segundo as épocas: Durante a República, teoria legal das provas: os juizes são livres em sua apreciação: vê-se porem, que o acusado, no caso de confessar, é logo condenado, sem que haja o dever de examinar melhor o valor real dessa confissão. Entretanto, já aparecem certas regras, qual a de não poderem depor, indivíduos

qualificados, improbi. No fim da era Republicana, os juriconsultos estabeleceram numerosos preceitos sobre a matéria da apreciação do valor dos meios de prova: esses preceitos concernem principalmente à prova testemunhal.

Durante esse período surgiu um dos maiores oradores da História do Direito Romano: Marco Túlio Cícero, advogado, cônsul, escritor e orador. Durante os imperadores, os juriconsultos ainda estendem as regras e os juizes se habitua a observá-las fielmente. Os escritos e as Constituições Imperiais contêm a seu turno, freqüentes indicações para os magistrados a respeito do exame das provas ou da proibição expressa da admissão destas e daquelas testemunhas.

Primitivamente, a prova nos povos bárbaros resumia-se em mágicas, ou impressões particulares, quando falecia ao Juiz, o flagrante delito.

Na Grécia antiga o povo também era quem pronunciava as decisões reunido em júri popular, sendo que não era possível uma apreciação jurídica das provas. Após o povo ateniense insurgir-se contra a ditadura dos Trinta, ocorrendo uma vitória da população que derrubou o Poder. Atenas buscava sair de uma grande crise material e ideológica e reavivar suas tradições. Neste momento, ocorreu um dos maiores julgamentos e um dos momentos de maior densidade humana da História, o julgamento de Sócrates. Em março de 399 a.C. quando tinha 70 anos de idade, ele fora acusado de corromper a juventude e de introduzir novos deuses, não reconhecendo como tais, os deuses da cidade. A pena que lhe foi pedida: a morte.

Abriu-se um processo onde foi constituído um júri popular de 501 pessoas, perante as quais falaram Sócrates e seus acusadores. Junto de Cícero, Sócrates fora um dos maiores oradores que a antiguidade conheceu e sua autodefesa, onde se julga inocente de todas as acusações perante o júri popular, encontra-se na Apologia de Sócrates, escrita por seu discípulo, Platão, que mostra com abundância de detalhes os meios como a prova era valorada naquela época, como numa passagem de sua defesa, onde diz: “Parece-me não ser justo rogar ao Juiz e fazer-se absolver por meio de súplicas; e preciso esclarecê-lo e convencê-lo”.

Sócrates acabou condenado, mas foi difícil obter um veredicto de culpabilidade, pois havia sido condenado por margem de apenas

60 votos. 13 Na Inglaterra, houve tempo em que os jurados podiam ser punidos pelo Juiz quando este se convencia, de que eles haviam julgado contra a própria convicção, mas nada impedia que eles a formassem com elementos estranhos ao processo.

No Sistema de prova legal, cada prova tinha um valor pré-estabelecido por Lei, inalterável e constante de sorte que ao Juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado. Daí porque também chamado de sistema tarifado, já que as provas têm uma tabela da qual não se pode escapar ou fugir. Exemplo clássico é o encontrado no Deuteronomio: “Pela boca de duas testemunhas ou de três testemunhas, será morto aquele que houver de morrer; mas pela boca de uma só testemunha não será morto” (XVII). “Uma só testemunha não poderá levantar-se contra ninguém” (XIX), 1994 p.52.

Em tal sistema, o Juiz manifestava a verdade, não de acordo com a convicção resultante das provas, mas sim em conformidade com o valor. O juiz torna-se um órgão passivo, pois diante do valor tabelado das provas, caberia a ele apenas verificar o valor atribuído pela Lei, reconhecendo-a na sentença, sem que possa expressar sua convicção.

Pôde-se chegar ao absurdo de negar a verdade porque dita por uma só testemunha, ou validar uma mentira berrante porque fruto dos depoimentos de duas pessoas.

O sistema da livre convicção tem origem em Roma dando ao Juiz total e irrestrita possibilidade de coligir e apreciar provas. Como disse Chiovenda: “O Juiz de Roma teve por ofício procurar livremente a verdade dos fatos, avaliando as provas; êle pronuncia a decisão que lhe sugere a consciência.” Neste sistema, o Juiz é soberano e age conforme sua convicção sobre as provas que lhe são apresentadas, não sendo obrigado a fundamentar sua decisão. Tal sistema, dada a soberaneidade do Juiz, ficou conhecido como de íntima convicção.

O sistema de persuasão racional, tudo indica, também surgiu em Roma, contra o sistema da livre convicção do Juiz, todavia, ficou conhecido nos códigos napoleônicos. O Juiz age livremente na apreciação das provas, porém sua avaliação deve ser ajustada às regras científicas (jurídicas, lógicas e experimentais) préestabelecidas.

O sistema da livre convicção ou livre convencimento do Juiz ou da verdade real foi adotado pelo atual CPP brasileiro.

Segundo a exposição de motivos do Código de Processo Penal,

não há hierarquia de provas, na livre apreciação destas, o Juiz formará honesta e lealmente a sua convicção.

A própria confissão do acusado, não constitui fatalmente prova plena de culpabilidade.

Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá valor absoluto, valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que a outra. Se for certo que o Juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar através delas, a verdade material.

Assim, o Juiz fica restituído a sua própria consciência. Livre convencimento, porém, não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas.

Não estará ele dispensado de motivar a sentença. Como corolário do sistema de livre convicção do Juiz, é rejeitado o velho brocardo “testis unus testis nullus” (uma testemunha, testemunha nenhuma).

Portanto, em função desse sistema temos: Juiz tem que valorar todas as provas; Não há hierarquia entre as provas; todas as provas são relativas; Juiz deve fundamentar sua decisão.

## 2. CONCEITUAÇÃO DE PROVA

Provar, na acepção comum, significa demonstrar (comprovar) a veracidade de uma afirmação. O conceito de prova não se restringe a essa concepção, pelo contrário. Desde os primórdios das civilizações até a época atual, muita discussão e definições foram feitas em relação à prova. Santos salienta que, no sentido comum, prova significa verificação, inspeção, exame, confirmação, reconhecimento por experiência, experimentação, revisão, comprovação, confronto – o vocábulo é usado para indicar tudo que nos pode convencer de um fato, das qualidades boas ou más de uma coisa, da exatidão de uma coisa. Já, no sentido jurídico, o autor diz que:

o vocábulo é empregado em várias acepções: Significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (actus probandi); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos de sua alegação. Significa o meio de provar considerado

em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção. Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção.

Carnelutti assevera que prova em sentido jurídico é demonstrar a verdade formal dos fatos discutidos, mediante procedimentos determinados, ou seja, através de meios legais (legítimos). Provar, então, é evidenciar, fazer ver a exatidão e autenticidade (fidelidade) dos fatos que estão sob debate. Essa verdade que se busca comprovar é, segundo Malatesta, “a conformidade da noção ideológica com a realidade”. Considerando, aqui, o caráter legal (permitido no ordenamento) e moral (não proibido), para a validade da prova produzida.

Para Brum, “não existe a Verdade”, pois ela, como valor absoluto e marco universal para todos os valores, só existe no interior de uma doutrina religiosa, social ou política extremista. Apesar do caráter de contraponto ideológico, o autor trabalha a verdade no sentido de dogma universal.

Tem-se, então, que a busca da verdade é realizada através da prova judicial, como objetivo do processo em solucionar o litígio existente, pois, estabelecendo-se quem demonstrou a co-relação do seu direito com os fatos ocorridos, ter-se-ia o vitorioso da demanda. Lembrando-se, ainda, da legalidade e moralidade da produção probatória. O objeto da prova, portanto, são os fatos.

Como se objetiva a solução pacífica do conflito, buscando-se esta através de uma decisão justa, é essencial o caráter verídico da situação, já que somente com a base verdadeira a sentença aproximar-se-ia do justo. Mas, por mais que o processo busque a verdade, essa verdade deve ser perseguida, segundo Cambi, dentro de critérios objetivos e limites razoáveis .

Poder-se-ia dividir a verdade em verdade material e verdade formal, eis que não se poderia obter um consenso em relação a uma definição de verdade e, para o processo, é essencial sua busca. Para Teixeira Filho, a verdade real (material) é a que se pode denominar de verdade em si, ou seja, aquilo que efetivamente aconteceu no mundo sensível; enquanto que a verdade formal é a que se estabelece nos autos, como resultado das provas produzidas pelas partes.

Pelas próprias limitações físicas, científicas, materiais, temporais

e processuais, a busca da verdade não é ilimitada, formando, no processo, a chamada verdade formal (dentro daquilo que foi produzido ou possível de ser produzido), ainda que a verdade material (real) seja sempre buscada como ideal da justiça almejada.

Constata Teixeira Filho que, por mais que o processo vise, fundamentalmente, a verdade real, é a formal que vincula a formação do convencimento do julgador, na medida em que a lei o compele a respeitá-la. Encerra dizendo que “o processo somente atinge, com plenitude, a sua verdadeira razão teleológica quando a verdade formal coincide com a real”.

Burgarelli conceitua verdade formal como sendo as verdades formais. Fatos do processo, diferentemente dos fatos materiais, são acontecimentos registrados “dentro do processo”; são verdades formais, que se apresentam ritualisticamente na fluência sucessiva de atos, também denominados atos procedimentais (atos das partes, do juiz, de seus auxiliares e de órgãos e pessoas que, até desinteressadamente – peritos, p. ex., atuam no processo).

O juiz, em face do dever de solucionar a lide, utilizará as provas para formar seu convencimento, declarando o direito com a verdade encontrada (ainda que não seja a verdade real, que deve ser buscada), eis que as partes não podem restar à mercê do tempo, nem mesmo o Judiciário pode omitir-se de decidir e solucionar o conflito.

Há de se perceber que a busca da verdade real com a prova é objetivo das partes e do Estado (na figura do magistrado), mas a verdade formal será suficiente para que o processo alcance seus fins maiores, quais sejam, a pacificação social, a efetivação do direito materialmente constituído, a efetividade e a justiça. Santos diz que o direito processual busca a verdade real, mas contenta-se com a verdade formal principalmente nas causas patrimoniais. Diversamente quando se trata de processo em que se discutem direitos indisponíveis. Nestes, a busca da verdade real é mais acentuada, mas, não obstante isso, não se pode dizer que seja encontrada em todos os efeitos, pela própria limitação humana dos litigantes, dos seus patronos, do julgador, diríamos melhor, da prova.

Isso não significa que a busca pela verdade real não seja uma constante, pelo contrário, ocorre que o juiz não poderá eternizar essa busca, devendo contentar-se com a verdade processual na prestação



da tutela jurisdicional, como frisa Theodoro Júnior, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a justiça postulada pelas partes, pois, como disse Ruy Barbosa, “justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Têm-se, outrossim, os fatos como objeto da prova no processo, havendo, entretanto, a necessidade de comprovação apenas dos mesmos quando controversos (ou contestados) forem, eis que os fatos incontroversos, notórios, confessados, determinados, etc., não carecem de prova.

Voltando à questão do conceito de prova, diz Milhomens que a prova pode ser empírica, científica ou filosófica, e, quando relativa a fato que está ou entra no mundo do direito, diz-se jurídica.

Juridicamente falando, Campo estabelece que prova consiste em um somatório de meios probatórios realizados por um conjunto de atos praticados por, pelo menos, uma das partes litigantes (ou requerentes em juízo), cujo objetivo é operar no espírito do julgador a certeza de suas afirmações, para, assim, obter êxito na demanda, através da comprovação das alegações feitas.

Burgarelli assim define a palavra prova:

No direito processual, provar resume-se na realização de uma tarefa necessária e obrigatória, para constituir estado de convencimento no espírito do juiz, este na condição de órgão julgador, a respeito de um fato alegado e sua efetiva ocorrência, tal como foi descrito. Prova, assim, é meio, é instrumento utilizado para a demonstração da realidade material. De modo a criar, no espírito humano, convencimento de adequação. Prova judiciária, por seu turno, é o meio demonstrativo de veracidade entre o fato material (fato constitutivo do direito) e o fundamento jurídico do pedido. Vale dizer é o meio pelo qual se estabelece relação de veracidade e adequação entre a causa próxima e a causa remota, elementos da causa de pedir. Estabelecida a relação, por meio da prova, ao juiz é dada a tarefa de aplicar a lei, a hipótese normativa de incidência fática, em regra, a norma de direito material.

Nas definições trazidas, percebe-se, em sua maioria, a caracterização da prova como meio. Desse modo, a prova seria simplesmente o instrumento (meio) utilizado para demonstrar a existência dos fatos pertinentes e/ou essenciais ao processo. A identificação da prova como meio é rebatida por Silva, para quem a “Prova significa o con-

vencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato”. Nesse sentido, Carnelutti salienta que o conjunto de regras, relativas à percepção e à dedução dos fatos por parte do juiz, constitui o sistema ou a teoria chamada prova legal. Mas adverte que não se pode concentrar a visão sobre a livre apreciação ou não dos meios de prova, já que essa questão transporta-se para verificação da verdade formal e material, analisada em outro momento.

Não basta a mera realização do ato, há de se verificar a validade, moralidade e legalidade dos procedimentos, bem como sua co-relação com os fatos controversos, constituindo-se, pois, como meio e fim ao mesmo tempo.

Pacífico, parafraseando Hernando Devis Echandía, afirma que a noção de prova apresenta-se sob três aspectos: O formal, tocante aos meios utilizados para levar os fatos ao conhecimento do juiz (testemunhas, documentos, etc.); o substancial (ou essencial), relativo às razões ou aos motivos que desses meios se deduzem em favor da existência ou da inexistência dos fatos; e o resultado subjetivo ou o convencimento que se produz na mente do julgador, que conclui estar ou não provado determinado fato.

Para Malta, prova seria o conjunto de informações de que o juiz vem a dispor para solucionar um conflito de interesses. Por sua vez, Santos diz que provar é representar fatos passados, é provar a verdade sobre o que se discute, é levar à certeza como um fato aconteceu, é dar ao juiz elementos para que se forme a sua convicção.

Percebe-se, portanto, que a finalidade da prova é convencer o juiz de quem merece o provimento judicial favorável, através de uma decisão justa. Corroborando este entendimento, Santos afirma que, do ponto de vista prático e objetivo do processo, a finalidade da prova é formar a convicção do juiz, permitindo-lhe, por meio do convencimento, compor a lide, ou seja, a função da prova é a apuração da verdade para convencê-lo de quem tem razão. Daí concluir-se que o destinatário da prova é o juiz.

Ocorre que tal posicionamento encontra divergências, eis que a prova se destina, também, às partes, ao passo que o autor pretende ver seus argumentos corroborados, e o réu busca a efetivação de sua resistência, sendo que a quem a prova aprouver deixará à outra parte a possibilidade de visualizar a veracidade dos fatos, ligando-os aos

direitos pleiteados. Nesse sentido, Santos afirma que as partes são os destinatários indiretos das provas, eis que precisam ficar convencidas e acolherem a decisão como justa, sendo o juiz seu destinatário principal e direto.

Algumas questões como ônus das partes em relação à prova, os meios e tipos de prova, etc. são essenciais e não foram abordadas neste artigo, pois estão sendo objetos de outros artigos que darão continuidade ao presente estudo. Uma reflexão é essencial de ser feita: a prova é o instrumento que faz com que o direito pleiteado no caso concreto seja deferido em favor do autor ou do réu, assim, é um instrumento essencial do processo e dos atos das partes. Salienta-se que as modernas tecnologias mudaram e estão modificando substancialmente as relações processuais no que diz respeito à produção de provas e identificação de verdades no processo.

### **3. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-POSITIVA DO DIREITO À PROVA: O REGIMÉ CONSTITUCIONAL E SEUS DESDOBRAMENTOS NO PROCESSO PENAL PÁTRIO**

Duas serão as perspectivas debatidas neste momento, a saber: os embasamentos jurídico-positivos do ordenamento brasileiro: (a) constitucionais e (b) infraconstitucionais. O direito à prova no ordenamento constitucional pátrio, de acordo com Gomes Filho:

[...] além de consagrar as tradicionais cláusulas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), também assegura o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII) dos quais também se extrai o direito de se defender-se provando, que não somente é pressuposto de um justo processo e equitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade.

Percebe-se, preliminarmente, que o direito à prova é um direito constitucionalmente positivado, decorrente regime do devido processo legal proposto na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Observe-se, por oportuno, assim como ressalva Dantas, que o devido processo legal “funciona muito mais como garantia do cidadão (no sentido que lhe dá a CF, art. 1º, inciso II), do que como direito”. Pouco mais a frente o autor afirma que o devido processo legal se desdobra em out-

ros 07 (sete) princípios: (a) princípio da isonomia (art. 5º, caput e I); (b) princípio do promotor e do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); (c) princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e do direito de ação (art. 5º, XXXV); (d) princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV); (e) princípio da obtenção da prova ilícita (art. 5º, LVI); (f) princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e 93, IX); (g) princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

Diante do exposto, nota-se desde então a possibilidade de classificar o direito a prova sob duas perspectivas. Uma primeira, conforme proposta por Gomes Filho, considerando o direito à prova como corolário tanto do devido processo legal quanto da presunção de inocência, das cláusulas do contraditório e da ampla defesa, bem como uma segunda que possibilita que o aludido direito integre o devido processo legal abarcando um de seus possíveis desdobramentos, de acordo com o entendimento de Dantas. Porém, tomar partido em prol de uma ou de outra teoria delongaria demasiadamente a discussão o que se afastaria consideravelmente dos objetivos desta pesquisa.

Todavia, pode-se certamente concluir que o direito à prova é um direito constitucionalmente assegurado e está incluído no rol de direitos fundamentais do homem, na acepção dada por Silva.

Já na atual sistemática processual penal brasileira, a iniciativa probatória é de incumbência das partes, podendo, inclusive, o juiz determiná-las de ofício. Desse modo, são três as possibilidades de exercício do direito à prova do ponto de vista infraconstitucional: (a) por parte do órgão acusador (Ministério Público ou querelante, conforme o caso); (b) por parte do acusado (Advogado – constituído ou dativo – ou Defensor Público); (c) por parte do Juiz. As três possibilidades elencadas serão aprofundadas nos parágrafos posteriores.

Em relação ao direito-dever de prova do órgão de acusação, ao proceder ao levantamento bibliográfico a respeito do tema, vislumbrou-se que era necessário iniciar a investigação a partir do encargo da prova e de sua rigorosidade em sede de processo penal. Nessa linha, Mittermaier afirma:

[...] todo o processo consiste em um combate singular entre os dois [referindo-se ao acusador e ao acusado]; de modo que, esforçando-se cada um para atrair a si as convicções do juiz, é também cada um forçado a dar a prova ou a contraprova, e a absolvição se torna

consequência necessária da prova não produzida pelo acusador.

Mais adiante o autor doutrina:

A prova de acusação adquire maior importância por dever ser inteira e completa, para que possa haver decretação de pena; e só é plena e inteira, quando os fatos que motivam essa decretação de pena se tornaram juridicamente certos.

Malatesta, ao tratar do ônus da prova em matéria criminal, entende que em decorrência da presunção de inocência atinente ao acusado, “no juízo penal, a obrigação da prova cabe a acusação”. Dentre os autores nacionais, Jardim, ao tratar do ônus da prova na ação penal condenatória, à luz da sistemática positiva brasileira, leciona no mesmo sentido.

É de se perceber que ônus probatório em matéria processual penal é do órgão acusador, por isso afirmou-se em linhas anteriores que o direito à prova da acusação é, pois, um direito-dever, ou seja, é a este órgão que incumbe o ônus da prova. Não se trata, dessa feita, de uma faculdade processual, mas sim de um ônus na correta aceitação do termo. Tal fato decorre logicamente do princípio constitucional da presunção de inocência, que põe o acusado em posição de inocente até seja transitada em julgado uma sentença condenatória. Assim, quem acusa deve provar suas alegações em todos os seus termos, sob pena de ter sua pretensão denegada. Essa é a regra geral do ordenamento brasileiro, entretanto, após as alterações procedidas pela Lei 11.690/08 ao art. 157, do Código de Processo Penal (CPP), a aludida regra foi excetuada, podendo o juiz, a partir de então, de forma facultativa ordenar de ofício a feitura de provas. Essa discussão será aprofundada logo depois de serem investigados alguns aspectos relevantes do direito à prova inerente à defesa.

Por parte do acusado, seja por meio de seu Advogado – constituído ou dativo – ou de Defensor Público, o direito à prova é propriamente uma faculdade processual, ou seja, um direito-faculdade. Portanto, o conteúdo do art. 156, do CPP, deve ser interpretado com esta ressalva. Isso se dá pelo mesmo motivo que ocorre em relação ao ministério público, quer dizer, a condição constitucional de inocência relativamente presumida do acusado faz com que o ônus da prova em relação à acusação seja considerado um direito-dever e em relação à defesa seja considerada uma simples faculdade processual, o que

não impede o acusado de se defender com provas, mas lhe dá a possibilidade da deficiência probatória da acusação ser levada em seu favor.

Na contramão dessa regra vem a faculdade do juiz determinar a realização de provas de ofício. Essa possibilidade inerente ao juiz, de se convencer livre e motivadamente, quando da decisão, portanto, é um direito-faculdade, assim como o da defesa, mas com outro embasamento.

De acordo com Mittermaier, o modelo de processo acusatório moderno “admite um magistrado incumbido da instrução, procedendo a informação do mesmo modo que no processo inquisitório; preocupando-se, sobretudo, com a manifestação da verdade”. Ora, a atual sistemática do art. 156, do CPP, parece ser calcada nessa perspectiva, porém, de forma um tanto quanto adaptada. Já se discute na doutrina, inclusive, a constitucionalidade desse poder faculdade do julgador. Entretanto, não cabendo adentrar por este viés. Cabe apenas pontuar que, para fins jurídico-positivos, o ordenamento processual contemplou este direito-faculdade ao julgador em duas hipóteses estabelecidas nos incisos I e II do referido artigo: para (a) ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação, e proporcionalidade da medida; e para (b) determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

#### 4. FUNDAMENTOS DO DIREITO PROBATÓRIO

Como já mencionado acima, provar, significa convencer o juiz sobre a certeza da existência de um fato, por consequência o direito, no direito processual penal, provar, significa convencer o juiz da ocorrência delitiva.

No direito processual penal, a prova circunda as questões da culpabilidade do agente e da pena, tendo em vista que a lei ordena uma rigorosa formalidade para a produção probatória, denominado para muitos de provas rigorosas, como muito bem ensina Claus Roxin, exemplificando:



a) Segundo os meios de provas legais: os acusados, testemunhas, perícias, inspeção judicial e documentos, justificando que esses meios probatórios só podem ser utilizados segundo as regras estabelecidas na lei.

Em contrapartida temos as provas livres, onde os juízes ou tribunais podem investigar todas as demais circunstâncias delitivas. Porém, para muitos juristas encontra-se objeção, tendo em vista que não há amparo legal nem fundamentação suficiente para o ponto de vista teórico.

Segundo Tobbens, o procedimento é aplicado:

I- Para a verificação dos direitos, fatos, importantes para a decisão, unicamente no ponto de vista processual;

II- Para a comprovação dos fatos, de importância para o direito material, para outras decisões que não sejam sentenças, como por exemplo para a decretação de uma prisão, no direito espanhol, denomina-se emissão de uma ordem de detenção para a abertura de procedimento principal.

Sobre a aplicação da liberdade probatória na constatação de pressupostos processuais, se um fato é relevante, isto é importante tanto para a questão da culpabilidade e pena, como também processualmente, rege-se o procedimento da prova rigorosa, tarifada, legal.

#### 4.1 A Necessidade de Prova

A produção probatória é regida por princípios, como:

a) Princípio do Contraditório – onde toda prova realizada por uma das partes admite a produção de uma contraprova pela outra, consubstanciado pela expressão “audiatur et altera pars” (ouça-se também a parte contrária).

b) Princípio da comunhão ou da aquisição – uma vez presente a prova nos autos, estas não mais pertencem às partes que a acostou, mas sim ao processo, podendo ser utilizada por qualquer das partes.

c) Princípio da Auto-responsabilidade das partes – as partes assumirão as conseqüências de sua inércia, erro ou negligência, exemplificando-se, se o Ministério Público não conseguir convencer o juiz da autoria delitiva e culpabilidade, por conseqüência o réu será absolvido.

d) Princípio da não auto incriminação (Nemo tenetur se detegere) – também conhecido como princípio da inexigibilidade de produção de prova contra si, ratifica os ensinamentos de que cabe a acusação a obrigatoriedade de produzir provas suficientes para a condenação do indivíduo.

Necessitam de provas, são objetos da prova, tudo aquilo que deve ser demonstrado no processo, para apurar a responsabilidade penal do agente, abrangendo o fato criminoso, sua autoria e as circunstâncias que possam influenciar na causa, como na aplicação da pena e imposição de medida de segurança. São todos os fatos principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação. Refere-se aos fatos relevantes, pois existem aqueles que são insignificantes.

Em contrapartida, temos os fatos que independem de provas, são os fatos evidentes (decorrem da própria intuição, gerando um grau de certeza irrefutável), fatos notórios (aquilo que é conhecido de todos), fatos irrelevantes ou inúteis (fatos que não produzem nenhuma interferência no mérito da causa), fatos impertinentes (fatos estranhos ao assunto que se trata e que não guarda nenhuma relação com o processo) e os fatos presumidos (fatos verdadeiros que independem de provas).

Para o direito espanhol, há ainda a proibição para a produção de provas, referindo-se a proibição quanto ao tema, quanto ao meio, quanto aos métodos e proibição das provas relativas.

#### 4.2 Critérios de Valoração das Provas

O sistema que vige no Brasil é o do livre convencimento do juiz, segundo esse sistema o juiz não está vinculado a valores predeterminados pela lei, podendo valorar a prova como bem entender, bastando, que para tanto ele fundamente as razões deste seu decidir.

Não obstante, existem dentro do próprio Código situações que limitam ou vinculam o juiz na análise da prova, de tal forma que não pode ele, sob pena de reforma ou até mesmo de cassação da sentença, distanciar-se da referência legal, denominando-se de sistema da prova tarifada. No Brasil a tarifação pode ser absoluta ou relativa. Na absoluta, o juiz não possui mínima liberdade na formação de sua con-

vicção, ficando restrito aos termos ditados pela lei. Na relativa, embora o juiz esteja adstrito a critérios de valoração predeterminados pela lei, não fica totalmente limitado aos termos legais.

Insta salientar que o juiz, como presidente processual, tem que analisar todas as provas obtidas no processo como um conjunto probatório, jamais analisá-las de forma isolada.

### 4.3 Procedimento Probatório

A atividade probatória é, abstratamente, dividida nas seguintes fases:

I- Proposição – momento em que a produção da prova é proposta, a partir da configuração dos fatos que constituam a lide penal.

II- Admissão – momento em que a produção de prova é admitida pelo julgador, porquanto este entende necessária a existência da prova para a elucidação de controvérsia entre as alegações das partes.

III- Produção – momento em que a prova é produzida, ou seja, o ato ou procedimento por meio do qual determinado elemento de prova passa a integrar os autos do processo.

IV- Apreciação – momento posterior à produção da prova, quando o magistrado vai analisar as provas produzidas.

A finalidade principal destas fases é levar o juiz a um estado de certeza. Somente este, obtido por meio de valoração da prova, é que poderá fundamentar uma condenação ou uma absolvição.

Na dúvida o magistrado tem que absolver o acusado, pelo princípio do “in dubio pro reo”.

### 4.4 Sistemas de Apreciação das Provas

Ao longo da história, o processo conheceu vários sistemas de valoração da prova, que se amoldavam aos diferentes costumes e circunstâncias históricas de cada povo.

O primeiro sistema de apreciação foi o ordálico ou dos ordálios. Os ordálios ou juízos de Deus se baseavam na crença de que o ente divino intercedia no julgamento, demonstrando a inocência do acusado que conseguisse superar a prova imposta. Tal sistema probatório, era fundado em crenças supersticiosas e desvinculadas da racionalidade

e da busca pela verdade dos fatos, relacionando-se historicamente ao período da Idade Média, em especial naquelas localidades da Europa Ocidental, a cujo desenvolvimento o direito brasileiro deve a sua origem.

Segundo sistema foi a do prova legal. A fim de evitar o autoritarismo dos juízes da época e a discrepância entre os julgamentos, surgiu o sistema da prova legal. Nesse sistema, o juiz não tinha qualquer liberdade na apreciação da prova, que era pré-valorada na própria lei. Assim, a legislação processual, fixava uma hierarquia entre os meios de prova. O princípio teve origem no procedimento bárbaro, tendo sido reforçado por máximas de direito canônico, que procuravam reduzir ao máximo o arbítrio do julgador pela codificação de regras de experiência de há muito observadas e testadas na busca da verdade real.

Terceiro sistema, em completo antagonismo em relação ao sistema da prova legal, foi o Sistema da Livre Convicção, segundo o qual o julgador tinha total liberdade para decidir, podendo, para tanto, amparar-se inclusive em elementos que não tenham sido trazidos aos autos e valorar as provas de modo soberano, inexistindo qualquer obrigação, de sua parte, de motivar as decisões ou de expor as razões de seu julgamento. No Brasil, perdura esse sistema nos julgamentos do Tribunal do Júri, cujas decisões, não são motivadas.

Quarto sistema, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal atual, é o da Persuasão Racional, nele o juiz formará livremente a sua convicção, apreciando o conjunto probatório e valorando racionalmente os elementos de prova independentemente de qualquer tarifação legal. No entanto, deve fundamentar as suas decisões, pautando-se nos elementos que foram carreados aos autos.

Este sistema é uma maneira de garantir flexibilidade aos julgamentos, evitando situações manifestamente injustas ensejadas pela adoção cega do sistema da prova legal, sem, por outro lado, recair no excessivo arbítrio concedido aos juízes pelo sistema do livre convencimento absoluto, permitindo um controle objetivo sobre a legalidade das decisões.

## 4.5 Meios de Provas

Quanto aos meios de prova, nem todos se reputam lícitos: a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais, deveriam servir de freio as exacerbações probatórias. Com referência ao momento da valoração da prova, exige-se maior preparação em todos os níveis, evitando-se que a liberdade erroneamente utilizada, possa conduzir a um abuso do Judiciário. A melhor opção hoje, parece ser a liberdade probatória delimitada por algumas diretrizes.

O Estado deve proibir ou restringir a utilização de determinados meios de prova ou seu uso em relação a certos fatos e tudo em prol da defesa dos valores sociais, dentre os quais avultam a liberdade, a intimidade e tantos outros valiosos princípios da chamada Constituição Cidadã.

## CONCLUSÃO

Conforme pôde ser visto, a produção de prova visa o alcance do princípio da “verdade real”. Este se subdivide em: formal ou dispositivo e material ou da livre investigação da prova. O primeiro é típico do âmbito processual civil, pois estabelece que o Magistrado, para a produção de provas, depende da iniciativa das partes, mantendo-se, portanto, inerte. Em contrapartida, o segundo, característico da área penal, defende a idéia de que aquele não pode ficar à mercê das partes, devendo esgotar todos os meios na colheita probatória, com a finalidade de fundamentar sua decisão.

O melhor raciocínio jurídico nos induz à conclusão de que a atividade instrutória do Juiz deve ser delimitada, uma vez que sua decisão poderá ser fundamentada nos elementos probatórios que ele mesmo pesquisou e juntou aos autos, por considerar relevantes para sua convicção, mesmo tendo previsão expressa sobre a possibilidade de produzir a prova, nos termos do art. 156 do CPP.

Portanto, ele não deve produzir prova em prol da acusação ou da defesa, pois estaria violando a iniciativa das partes, devendo, apenas, exercer sua função jurisdicional para solucionar o litígio, diligenciado em pontos duvidosos, que foram suscitados pelas partes, mas não devidamente esclarecidos, como forma da melhor aplicação da lei ao

caso concreto, alcançando, assim, a tão almejada eqüidade.

Assim, em regra, às partes incumbe a produção da prova, podendo o Magistrado apreciá-la ou não, desde que fundamente sua decisão, respeitando a licitude da mesma, bem como o corolário do “in dubio pro reo”, admitido em nosso ordenamento jurídico.

## REFEÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JACOBO BORJA DE QUIROGA LOPEZ. Lãs escuchas telefônicas y La prueba ilegalmente obtenida.

BURGARELLI, Aclibes. Tratado das provas cíveis. Juarez de Oliveira. 2000.

BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos retóricos da sentença penal. RT. 1980

CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Bookseller. 2001.

MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal (Tradução: Herbert Wüntzel Heinrichi). Bookseller, 2004.

LESSONA, Carlos. Teoria general de La prueba em derecho civil.

GORPHE, François. Apreciación Judicial de Lãs Pruebas. Temis. 2004.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores Del Porto. 2000.

BALDIN, Antonio. Roteiro de Direito Processual Penal. THS. 2010.

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. Método. 2009.

MOUGENOT, Edilson Bonfim. Curso de Processo Penal, Saraiva. 2010.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas. Revista dos Tribunais. 2010.