

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Marco Aurélio Germano de Lemos

(Aluno do Curso de Especialização D.
Agnelo Rossi)

“Os direitos são independentes das provas no que diz respeito à sua existência porque antes de serem provados já existiam”
NEVES E CASTRO - DA THEORIA DAS PROVAS - PORTO - 1880)

INTRODUÇÃO

A matéria tem apaixonado juristas, provocado a sabedoria dos grandes doutrinadores, dinamizado o interesse dos estudiosos e ilustrado páginas e páginas das obras dos vultuosos “cientistas” e “magos” da ciência criminal.

O antigo ensinamento “PROBATIO INCUMBIT ASSERENTI”, vem ocupando lugar de real destaque nas cartilhas do direito processual penal de todos os povos, há muitas eras, sempre sofrendo inovações em alguns aspectos, e mantendo-se ortodoxo em outros.

HISTÓRICO

Já os povos primitivos faziam referência ao tema, onde se percebe o quão antiga é a preocupação com seu estudo e aperfeiçoamento.

Ao retrocedermos no tempo, nos deparamos com as chamadas **ORDÁLIAS**, que eram os julgamentos ou juízos de Deus, que consistia em se submeter o acusado a uma determinada prova, supondo que Deus não o deixaria sair dela, caso fosse culpado. Por muitos anos, na Índia, as **ORDÁLIAS** foram admitidas e usadas com grande freqüência.

Entre as espécies, cabe destacar a da água e a do fogo: — os hebreus usavam da prova das águas amargas, onde as mulheres suspeitas de

adultério eram obrigadas a tomar da bebida e, caso contraíssem o rosto, a culpa era manifesta.

A prova do fogo: guardas suspeitos de haverem desobedecido aos reis, ofereciam-se a pegar em ferro quente e a atravessar o fogo para provar sua inocência.

Com esses tipos de leis, os povos que até então não usavam a inteligência para decidir os pleitos, lançavam mão de vários critérios para “descobrir” à quem Thêmis deveria proteger com seu manto.

Os povos da antiga Roma — berço de nosso Direito diziam: **ET INCUMBIT PROBATIO QUI DICIT NON QUI NEGAT**”. Daí surgiu a regra que não respeitou os tempos e até hoje é proclamada **“ACTORI INCUMBIT ONUS PROBANDI”**.

Esse era a doutrina dominante entre os sábios juristas da época dos imperadores romanos, havendo casos até em que aquele que negava um fato, podia impor ao adversário a prova que lhe era relativa.

A PROVA

“La somme des motifs producteurs de la certitud se nomme la preuve”.
(MITTERMAIER — TRAITT É DE LA
(PREUVE pág. 63 — 2ª ed. 1879 — Paris).

No campo criminal, a prova desempenha e sempre desempenhou uma árdua missão.

Encontra ela os fatos já consumados e, valendo-se dos vestígios deixados, restabelece o seu caráter.

Conceituar prova pode parecer à primeira vista uma missão simples, porém é algo muito delicado.

Para aqueles que, como nós, iniciam o estudo do processo penal, buscar nos grandes nomes do direito, um conceito mais amplo e claro, talvez seja uma forma mais objetiva de desempenhar tão árida missão.

Diríamos nós, que provas são todos aqueles meios produtores do conhecimento certo ou provável de alguma coisa, ou ainda como quer EUGENIO FLORIAN: *“se llama así a lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad a certeza del hecho o cosa”* (ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL — ed, 1951 pág. 304 — Ed, Bosch Espanha).

Não se faz necessário ir buscar ainda além-mar, os ensinamentos de outros respeitáveis mestres internacionais. Aqui mesmo entre nós, encontramos em PAULO HEBER DE MORAIS, nome de real destaque dentro do Ministério Público, "in" DA PROVA PENAL, uma perfeita definição da prova: "*Tudo aquilo que forma a convicção do julgador, sobre a existência ou inexistência de um fato, objeto da alegação no processo penal*" (ob. cit. pág. 17).

O grande Frederico Marques, em sua já tão festejada obra "Elementos de Direito Processual Penal" conceitua prova de maneira ainda mais profunda: "*O elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que esse se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações*". (ob. cit. vol. II, pág. 272 — ed. Forense — 1960).

Citar ainda outros conceitos dos "papas" do direito criminal poderia causar o que se costuma chamar "superfetação".

Porém, ainda ousaremos lembrar uma conceituação figurativa magnífica que faz MAX HIRSCHBERG na obra "La sentencia erronea en el proceso penal": "*No hay en concreto una diferencia conceptual entre prueba e verosimilitud, posto que certeza no existe respecto de nada... como la prueba, en su concepto juridico, a diferencia del matematico, non equivale a realidad, sino a verosimilitud existe aqui, la posibilidad de errores objetivos, que en las matemáticas solo puede darse por motivos subjectivos... EL JURISTA ES IGUAL AO MEDICO, OPERA CON PROBABILIDADES. ASSIM COMO PUEDE ERRAR EM SU DIAGNÓSTICO, PUEDE ERRAR AQUEL EN LA SENTENCIA*". (ob. cit. tradução para o espanhol por Tomas A. Benzhaf — pág. 98, ed. 1969, editora jurídica Europa-América — Buenos Aires).

DIVISÃO, CLASSIFICAÇÃO E MEIOS DE PROVAS

Antes de adentrarmos propriamente no tema núcleo dessa explanação, vamos ainda caminhar um pouco pelas sinuosas trilhas da prova, para que tenhamos uma melhor visão desse tema tão simples aparentemente, mas dotado de grande complexidade.

O legislador não estabeleceu em nosso direito, quais os tipos de prova a serem produzidas, admitindo amplos e irrestritos meios para realizá-la.

Entre outros povos, SANTIAGO MELENDO, por sua vez, chamou-a de "prueba plena" e "prueba semiplena". A primeira supõe a

eliminação de toda dúvida racional, a segurança de que os fatos ocorreram de determinada maneira, a tranqüilidade absoluta da consciência do juiz.

Na semiplena, determinadas resoluções não exigem a adoção da prova plena. (Observações feitas na obra "IN DUBIO PRO REO", págs. 31 e 32, ed. 1974, Buenos Aires).

Quanto à classificação ainda, os tratadistas costumam nos apresentar diferentes espécies: BENTHAM a divide em várias ramificações, a saber: prova pessoal e real; direta; indireta ou circunstancial; testemunho pessoal voluntário; prova por depoimento ou por documentos; provas por escrituras causais e provas por escrituras pré-constituídas; testemunha original e inoriginale testemunho perfeito e imperfeito. Sintetizando-se, os doutrinadores classifica como diretas e indiretas. Tais tipos de conceituação foi muito criticada por outros doutrinadores europeus.

OS MEIOS DE PROVA EM NOSSO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O nosso Código de Processo Penal, a não ser no que diz respeito ao estado das pessoas, não limitou os meios de prova a serem utilizados na instrução penal.

Comumente são utilizados o interrogatório do acusado, inquirição de testemunhas, declarações da vítima, etc.

Entre todas a que merece um especial destaque, é a **prova testemunhal** que alguns preferem chamar de "**meretriz das provas**" e que merece uma especial análise:

A PROVA TESTEMUNHAL:

"Probatio per testes eadem vim quae per instrumenta".

A testemunha desde a antigüidade já era um elemento de fundamental importância dentro do procedimento criminal.

Na antigüidade, as testemunhas de um fato criminoso eram obrigadas por lei, a mostrar que não puderam evitar o crime e a socorrer a vítima; além disso eram obrigadas a denunciar o crime e prosseguir na acusação sob pena de umas tantas bastonadas.

O grande Sócrates, quando da sua condenação, dizia que seus acusadores, apesar de tantos elementos apresentado para pedir sua condenação, não foram capazes de apresentar sequer uma testemunha que justificasse sua pena de morte.

Os gregos, em sua constante preocupação com a beleza, esculpiram em um bloco de mármore, a figura de uma deusa que nua e sorridente sustentava na mão direita um disco do sol e na esquerda um livro aberto contendo uma palma, e, aos seus pés, o globo terrestre, que servia-lhe de apoio. A tão magnífica figura deram o nome da VERDADE, que nem Cristo, à beira de sua crucificação, quiz dar sua definição: Jaime de Altavila em "A testemunha na História e no Direito", nos dá como exemplo, esse impressionante interrogatório, que foi o de Messias, quando à certa altura diz: *"o ex-prefeito de Batávia toma no ar aquela afirmação de Jesus que ele era a verdade e replica: — Que é a verdade? O acusado espelha a tréplica na mansitude de seu olhar porém não concede em palavras que seriam traduzidas pelo intérprete oficial postado perto do sódio de mármore e da loba romana de bronze luzente aquela resposta que o mundo inteiro gostaria de assinalar hoje como alucidação da mais elevada investigação jurídica até os dias presentes"*, (ob cit preâmbulo).

Daí vemos tão complexo é o problema da testemunha, pois a verdade sempre merece ser investigada.

Os tratadistas clássicos, ao analisarem o problema do depoimento testemunhal, fazem referência à deficiência do testemunho, também sob o aspecto psicológico.

Dizem eles, que a testemunha, de acordo com sua formação moral, religiosa, condição social, podem modificar a verdade às vezes até de forma involuntária.

Tomam como fatores importantes, ainda, a emoção e o interesse no instante de prestar declarações perante o juiz togado.

Muitas vezes, a testemunha, como já foi dito, pode modificar a verdade dos fatos, dada a sua sinceridade e estado emotivo no instante em que está depondo.

Procuramos nos aprofundar um pouco mais na análise das testemunhas, pois apesar de ser por alguns chamada de a "meretriz das provas", é ela que muitas vezes esclarece pontos nebulosos dentro de um processo-crime.

O INQUÉRITO POLICIAL COMO PROVA

Embora seja apenas destinado a colher elementos para a propositura da ação penal, é no inquérito policial que surgem, às vezes, fatos claros e suficientes para que se faça a prova segura do delito e da sua verdadeira autoria.

Todavia, não serve o Inquérito Policial como único meio de prova para a condenação do acusado, pois às vezes, essas "provas" são obtidas de forma duvidosa, graças à "capacidade" de policiais truculentos, que conseguem com seus "instrumentos", aquilo que outros conseguiriam com o uso da inteligência e da paciência.

Não cabe aqui, ficar tecendo críticas à policiais que mancham com seu caráter, o início do processo criminal, eis que não é esse o objetivo desse trabalho.

Entretanto, a jurisprudência tem sido pacífica sobre o assunto, já prevendo a existência desses tipos de "prova", antes da instauração da ação penal.

SERRANO NEVES, em sua obra O DIRETOR DE CALAR, também já fazia referência às provas obtidas na fase pré-processual. Dizia ele: *"se os velhacos soubessem as vantagens que levam os homens de bem deixariam de ser velhacos... ao menos por velhacaria"*.

A DÚVIDA DO MAGISTRADO NO APRECIAR AS PROVAS – O LIVRE CONVENCIMENTO

O juiz, com base nos elementos que lhe são trazidos pelas partes, deve fazer uma análise segura de seu conteúdo, para que possa sentenciar dentro dos limites de justiça e de humanidade.

O que é o chamado princípio do livre convencimento? Ao apreciar as provas que instruem o processo, é dado ao juiz da causa, uma liberdade, para que, dentro dos limites de sua consciência, e da lei, venha a formar o seu convencimento, aplicando assim, a pena de considerar cabível ao caso.

Vendo que apresenta pontos nebulosos o processo, vendo que as provas trazidas contra ou a favor do réu, não sejam suficientes, pode ele "ex officio" procurar fazer que sejam produzidas outras provas, que não foram trazidas à tona pelas partes.

Surgem, como naturalmente devem surgir em grande parte dos casos, dúvidas por parte dos magistrados, que fazem com que mais provas sejam produzidas.

O grande e insuperável mestre de todos nós, CARNELUTTI que muito contribuiu para a literatura do direito, já dizia:

“la duda es un paso obligado en el camino de la verdad. Ay de lo juiz que no duda”.

O ÔNUS DA PROVA – SUA ANÁLISE

“O ônus da prova constitui a coluna vertebral do processo”.

(LEO ROSENBERG)

Sendo o ônus da prova o núcleo dessa discussão, passemos então a analisá-lo de maneira mais detalhada.

No que consiste o “onus probandi”?

Consiste na obrigação atribuída a um sujeito do processo penal, em dar a prova sobre aquilo que afirma, o que, caso contrário, torna o pedido inaceitável, ou como quer CAMPOS BARROS: *“a afirmação fica privada de todo o valor jurídico, tornando-se assim, irrevelante”*. (“in” Direito Processual Penal Brasileiro, vol. II, pág. 694, ed. 1971).

Regra geral, em nossa legislação processual penal, o ônus da prova cabe ao Ministério Público que é o órgão de acusação no processo-crime.

Cabe então não só a denúncia, como também provar os fatos ali narrados, para que possa a ação penal ser julgada procedente. Isso como consequência do ensinamento “actori incumbit probatio”, ou ainda “probatio incumbit asserenti”.

Tão delicado, sutil e complexo é o problema, que cabe ainda aquele que acusa provar o dolo ou a culpa do réu para efeito de condenação.

Necessário se faz ainda, ressaltar no que consiste a **OBRIGAÇÃO** provar o alegado.

Vejamos: como foi dito anteriormente, a parte que alega e não prova, jamais poderá ver o seu pedido acolhido, aceito, reconhecido.

Ninguém com mais gabarito que José Frederico Marques, para nos ensinar: "as partes **não estão obrigadas** (grifo do autor) a fazer prova do que alegam, mas submetidas apenas ao ônus de demonstrar essas alegações para evitar prejuízo futuro". (ob. cit. pág. 291).

Surge daí o conceito de obrigação para o ônus da prova.

Conforme nossa atual legislação, não ficando provada a existência do fato, ou quando não houver prova de que o réu concorreu para a infração, há logicamente que absolver o réu.

Claro fica então, que, em tais casos, é à acusação que cabe o ônus probatório.

Há casos no entanto, que cabe ao réu a obrigação de provar, quando alega ter praticado o ato dentro das circunstâncias em que a lei penal prevê a absolvição ou diminuição da pena.

Diz Frederico Marques: "**verifica-se pertencer também ao réu, o "ônus probandi", no que tange às justificativas penais, a exclusão da imputabilidade e a existência de condições anormais que tornam exigível outra conduta**".

A PROVA INDICIÁRIA

"l'indizio dunque é una delle due specie della prova indireta di cui l'atra é la prezuncione".

(MANZINI)

"Por sua natureza e como indica o nome (index), o indício é por assim dizer, o dedo que aponta o objeto"

(GMELIN)

Outro elemento de fundamental importância dentro do complexo e sinuoso mundo penal, é o indício um capítulo que merece um especial cuidado por parte dos estudiosos do direito.

Indício no processo penal, é aquele vestígio deixado na prática do crime, e que através dele pode-se chegar a um resultado mais objetivo e concreto.

Nossa antiga legislação não definia o que era indício, mas a doutrina sempre reservou-lhe um espaço importante.

Alguns tratadistas pátrios, entendem que entre indícios e presunções não existem quaisquer diferenças.

Hoje, nosso diploma processual penal guarda seu conceito no art. 239, que faz como que uma síntese de toda a doutrina encontrada.

Tempos houveram em que a prova indiciária se colocava ao nível das provas imperfeitas, como a testemunhal, a confissão extrajudicial, etc..

Quanto à força probatória do indício, é no grande e mundialmente seguido e admirado MANZINI, que encontramos perfeita definição: **“Pero en lo que al derecho procesal interesa o sea en lo que se refiere a la libre convicción del juez, la fuerza probatoria de los indicios es en el cambio igual a la de cualquier otro elemento de prueba”**. (DERECHO PROCESAL PENAL – vol. II, pág. 484, ed. 1952, BUENOS AIRES).

A prova indiciária pode, todavia, em se considerando o senso crítico do juiz, ser classificada em “ótima” e “péssima”.

Tendo vários elementos que possam ser analisados separadamente, devem sê-lo, ainda, de forma conjunta, fazendo valer a expressão latina: **“singula non probant, simul unita probant”**. (as coisas que singularmente consideradas não provam, provam reunidas).

Não há todavia um procedimento específico para se considerar a prova indiciária. Tanto a acusação como a defesa, podem, através de interrogatório, depoimento pessoal, exibição de documentos, etc., constituir um indício.

A confissão também é de certa forma uma prova indiciária. Como? Pode ela surgir no interrogatório do réu, e deve ser analisada com cautela, considerando uma série de fatores, tal como a personalidade do réu, sua formação moral e intelectual, etc..

Em outros tempos, não era a confissão senão uma perfeita fonte de prova, a tal ponto que a prova obtida através da tortura era perfeitamente admitida.

Atualmente, embora ainda não tenha sido a tortura derrubada de seu pedestal – muitos covardes ainda a cultuam como deusa – a confissão, como já ficou dito, é para muitos prova indiciária.

Mais uma vez, e com toda admiração, citamos MANZINI, como um dos que classificam a confissão como prova indiciária: **“Cuando el imputado asume para si toda la responsabilidad descargando de ella a los demás sua declaración constituye mero indicio a favor de tercero”**, (ob cit. pág. 493).

Indício, rastro, vestígio, pegada, ou outros sinônimos, são então, um tipo de “prova substituta”, que surge quando não é possível nos depararmos com a prova real do fato.

APRECIÇÃO FINAL

Discutir o ônus da prova em toda a sua amplitude, não se torna um encargo tão simples como pode parecer inicialmente.

Não buscamos nós, eis que ainda embriões em matéria penal, uma exposição perfeita da matéria, ainda que alicerçados por tantos tratadistas, doutrinadores e mestres, que nos auxiliaram com suas majestosas obras, a tomar conhecimento do assunto.

Buscamos em tais mestres, seus pensamentos, como seus discípulos o fizeram, porém com grande humildade.

Como pudemos observar durante a exposição, autores e juristas de todos os tempos, discordaram em alguns pontos, dando grande margem à outros de fazer um melhor estudo.

Talvez tenhamos obtido algum resultado, conseguindo expor de forma singela, aquilo que apreendemos durante nossa pesquisa.

Dentro do possível, buscamos fazer uma viagem pelo tempo e pelo espaço, buscando na história e nos ensinamentos de grandes estudiosos, base para discorrermos sobre o assunto.

Ou ainda como reza o célebre brocardo jurídico:

“FECI QUOD POTUI. FACIANT MELIORA POTENTES”.

BIBLIOGRAFIA

- AGARRAGARAY, Carlos A. — Crítica do Testemunho, Livraria Jurídica, ed. 1956.
- ALTAVILA, Jayme de — A Testemunha na História e no Direito, Edições Melhoramentos, 1ª edição.
- BATTISTELLI, Prof. Luigi — A Mentira nos Tribunais, coleção Coimbra editora — 1ª edição, 1963.
- CAMPOS BARROS, Romeu Pires de — Direito Processual Penal Brasileiro, vol. II, sugestões literárias, ed. 1971.
- DELLEPIANE, Antonio — Nova Teoria da Prova, ed. José Konfino, 2ª edição, 1958.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo — Código de Processo Penal Anotado, editora Borsoi, ed. 1956.
- FLORIAN, Eugenio — Elementos de Derecho Procesal Penal, traduzido para o espanhol por Prieto Castro, ed. Bosch, 1933.

- GORPHE, Francisco – La Critica Del Testimonio, Instituto Editorial Reus, Terceira Edição, Madrid.
- LEONE, Giovane – Tratado de Derecho Procesal Penal, tradução para o espanhol por Santiago Sentis Melendo, ed. jurídicas Europa América, ed. 1963, Buenos Aires.
- MANZINI, Vincenzo – Tratado de Derecho Procesal Penal, vol. III, ediciones jurídicas Europa-América, ed. 1952, Buenos Aires.
- MARQUES, José Frederico – Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, Forense, ed. 1961.
- MELENDO, Sentis – “In Dubio Pro Reo”, ediciones jurídicas Europa-América, ed. 1971, Buenos Aires.
- MITTERMAIER, C. J. A. – Tratado da Prova em Matéria Criminal, ed. Laemmert, 1879.
- MORAIS, Paulo Heber de – Da Prova Penal, ed. Julex, 1ª ed. 1978.
- NEVES E CASTRO – Theoria das Provas, Livraria Internacional, Porto e Braga ed. 1880.
- NORONHA, Magalhães – Curso de Direito Processual Penal, ed. Saraiva, ed. 1964.
- PAIVA, José da Cunha Navarro de – Tratado Teórico e Prático das Provas no Processo Penal, ed. portuguesa e estrangeira, Coimbra ed. 1895.
- TORNAGHI, Hélio – Instituições de Processo Penal, vol. V., Editora Forense, ed. 1959.