

P r o v a (*)

Vicente de Azevedo

(Livre Docente de Direito Judiciário Penal)

Ao estudar *a prova*, deparamos um dos assuntos mais vastos e empolgantes da ciência do direito.

Já os meus alunos estão senhores d'êste conceito: a finalidade do processo é a manifestação da Justiça.

A sentença, a decisão, a coisa julgada constituem a manifestação da justiça. Por intermédio de seus órgãos, o Estado cumpre a sua missão de punir o transgressor da lei. A decisão judicial constitui a aplicação da vontade abstrata da lei ao caso concreto.

Para alcançar este objetivo, para chegar a ésta suprema afirmação, a Justiça precisa assenhorear-se da verdade, possuir a verdade. A coisa julgada traduz a verdade formal a verdade histórica, oficial. *Res judicata pró veritate habetur*, isto é, a coisa julgada é tida, havida, considerada a verdade, na crença de que corresponde à verdade real, material.

Provas. Que são provas? São os meios pelos quais a inteligência busca a conquista da verdade.

Que é a verdade? Esta indagação tem sido, desde remota antiguidade, uma tortura para o espírito humano. Que é a verdade?

Defrontando-se com Jesus, um homem que se dizia deus, e era realmente Deus descido á terra para a redenção dos

(*) Do curso de Direito judiciário penal dado na Faculdade Paulista de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

homens, — Pôncio Pilatus o Governador da Judéia, lançou-lhe a pergunta: *Quid veritas?* Mas que é a verdade? Fê-lo porém, displicentemente, sem interêsse pela resposta, e, sem aguardá-la deu as costas a Jesus.

Num livro de contos intitulado “As testemunhas da paixão”, GIOVANNI PAPINI tece uma fantasia em que imagina Pilatus depois do governo da Judéia. Perseguido por essa idéia fixa, a ponto de ficar perturbado da mente, indagava de todos e a todo momento: que é a verdade? Até na audiência que conseguiu com o imperador romano sucessor de Tibério, não resistiu e perguntou, depois de reproduzir a cena do julgamento: mas que é a verdade? Afinal, completamente louco, acabou se suicidando. O livro “As testemunhas da paixão” apareceu últimamente, traduzido em português, na coleção Saraíva.

Vamos recolher as velas da digressão, ler esta página magistral, do JOÃO MENDES JÚNIOR abrindo o capítulo *das provas*:

“A verdade é a adequação da coisa e do intelecto: *adaequatio rei et intellectus*, diz o Filósofo. Para firmar esta recíproca equação, a inteligência busca certificar-se; a certeza é a firme adesão do intelecto ao objeto: *firma adhoesio intellectus ad objectum*, diz SANTO TOMAZ DE AQUINO.

“Segundo a restrita definição de Mittermeyer, a soma dos meios produtores da certeza constitui a *prova*; mas em sentido amplo, provas são os meios pelos quais a inteligência busca firmar a sua adesão ao objeto.

“Para fazer justiça, é preciso aplicar a lei ao fato: a verdade do fato e o conhecimento de lei são, pois, os elementos primordiais da administração da Justiça. O litígio pode versar ou sôbre o fato, ou sôbre o direito, ou sôbre o fato e o direito. Provar o fato é verificar certas ações que realizam uma operação, que passa para a matéria externa e que se distingue do próprio ato; provar o direito é reconhecer que, verificado o fato, tal ou tal lei jurídica lhe

é aplicável. Mas na doutrina das provas judiciárias, não nos ocuparemos da prova do direito. Como diz VINNIO, nas *Quoestiones selectas*, não as questões de direito, mas as questões de fato, são a matéria *circa quam versatur probatio*: pois, si é certo que, não só os meios de conhecer o direito, como os meios de mostrar a aplicabilidade do direito ao fato, são as provas, — estas provas entram, não na doutrina especial das provas judiciárias, mas na teoria da interpretação e na arte da aplicação das leis. Si há casos em que o direito pode ser provado pelo menos meios de prova dos fatos, como por exemplo, os costumes, os usos, as posturas locais, — nesses casos a prova do direito converte-se em prova de um fato. O ponto de direito, diz BONNIER, não é objeto de uma prova: é objeto de um apêlo à ciência do juiz.

“A prova, diz Pereira e Souza, é a alma do processo. E BENTHAM chegou mesmo a afirmar que o processo nada mais é do que a arte de administrar as provas. A parte pode ter o direito; mas sem a prova a que seria o direito aplicável, como reconhecer êsse direito? Mascardus, no proemio do seu tratado *De probationibus*, diz o seguinte: *De probationibus tota iudicii vis sita est. Is enim qui probare non potest nihil habet, et ubi probatio dificit, perinde est ac si illud quod non probatur non esset, et probari non posse vel non esse idem sunt.* Isto é: Nas provas está firmada toda a fôrça do juízo. Quem não pode provar é como quem nada tem; aquilo que não é provado é como se não existisse; não poder ser provado e não ser é a mesma coisa”. Não são raros casos semelhantes ao que é assinalado por Paulo no Digesto, L, 30, tit. *de testam. Tutela, — non jus, sed probatio dificit.*” JOÃO MENDES JÚNIOR, “*Direito judiciario brasileiro,*” 2.^a ed: pgs. 201, 3.

Bastaria esta página de profundo ensinamento, de João Mendes para justificar a admiração que temos pelo mestre.

No conceito da verdade, entra o elemento humano, pessoal, *a certeza*. MITTERMAYER, numa definição consagrada,

diz que a prova é o conjunto de meios produtores da certeza. Teriam aqui o seu lugar, e viriam a propósito, considerações sôbre a falibilidade da certeza humana. Realmente: nada há mais falho nada ha mais duvidoso do que a certeza humana. Somos obrigados a duvidar até daquilo que vemos. Vamos ao teatro e diante de nossos olhos atônitos, o prestidigitador tirá uma ave de dentro de um chapéu, ou mói a marteladas o relógio de um espectador. Entretanto, aquilo que *vemos*, não corresponde à realidade.

No terreno filosófico, igualmente. Há um soneto celebre em que o autor imagina o primeiro homem estasiando-se diante do espetáculo da noite. Em seguida considera que a luz do sol é que havia privado seus olhos daquelas maravilhas. E melancòlicamente conclui: Se a própria luz pode nos enganar, porquê não a vida? *If light can thus deceive, where for not life?*

Realmente, a verdade é qualquer coisa superior aos nossos instintos, á nossa inteligência. Não podemos mais do que supor que a possuímos. Deus é que é a verdade. O apóstolo reconhecendo isto, disse a Jesus: Senhor: Vós sois o caminho, a verdade e a vida!

A prova é um dos assuntos mais versados em direito. MOURLON a define como sendo a consequência que a lei e o magistrado tiram de um fato conhecido em relação a outro desconhecido. E LAURENT diz que a prova é a demonstração da verdade de um fato.

Repona dêsses conceitos uma confusão entre os meios e o fim: as provas são os elementos, os meios de convicção utilizados para alcançar o fim, que é a certeza. A certeza é a segurança humana da posse da verdade, *a firme adesão da inteligência ao objeto*.

Devem ocupar a nossa atenção a evolução dos sistemas probatórios e a classificação das provas.

Apreciando o panorama evolutivo das provas, faz um autor esta observação: cada povo, em cada época, tem o seu governo, tem a sua fé, e tem a sua prova em matéria

criminal, porque tem um meio especial de lutar pela existência.

A evolução das provas acompanha a sua evolução. Por outras palavras: conforme a época, conforme o lugar, a lei é que determina o valor a atribuir a determinadas provas.

A lei é que estabelece o comportamento, a atitude do juiz em face das provas. A êste aspecto tornaremos, depois de examinar a classificação das provas.

Como se classificam as provas? Já ficou assinalado que o capítulo das provas é um dos mais versados em matéria jurídica; assim, também, não têm conta as classificações propostas.

Eu convidaria os Srs. a proseguirem na leitura de JOÃO MENDES, *Direito judiciário brasileiro*, pg. 203, onde se encontra o resumo da obra de Mascardus, o grande mestre da doutrina das provas; a classificação de Blackstone, dos praxistas reinícolas, comentadores das ordenações do Reino, de Bentham, e já modernamente, de Bonnier. É leitura instrutiva e elucidativa, desde que feita meditadamente. Deixo de fazê-lo por amor á brevidade.

Dentre as numerosas, direi mesmo, dentre as inumeráveis classificações das provas, pode-se limitar o interêsse principal ás seguintes classes, formuladas sob diversos pontos de vista:

a) em razão de seu conteúdo, ou *objeto*: provas directas e provas indirectas. As primeiras são as que por si mesmas levam a acreditar no facto principal que se investiga; no *processo penal*, a responsabilidade, ou não, do réu. As provas indirectas não revelam por si mesmas tal facto, porém outro do qual aquêlle se pode inferir. Ás primeiras, ás provas directas, se attribui maior valor.

b) em razão de sua causa ou *sujeito*: provas reais (ou materiais) e provas pessoais. Reais são as produzidas, ou deduzidas das coisas; pessoais (ou históricas) as produ-

zidas por pessoas. O programa intitula: *meios de prova objetivos e meios de prova subjetivos*.

c) em razão de sua *forma*, conteúdo ou aparência: provas confessionais, testemunhais, documentais, etc.

d) em razão de sua *fôrça* ou efeito: provas plenas ou perfeitas e não plenas, ou imperfeitas. (ACERO, *Nuestro procedimiento penal*, pgs. 219-20).

Hoje é assente e corrente que a classificação teórica, ou doutrinária, ou legal das provas não tem interêsse imediato.

Em relação a um fato, observa CARRARA, podemos nos encontrar em quatro diferentes estados: ignorancia, duvida probabilidade e certeza. Tudo quanto nos serve para progredir do primeiro estado até o último, chama-se prova. (Programa, II, pag. 292).

Tudo quanto nos serve, os meios todos de que dispomos, os recursos de que se pode servir a nossa inteligência, — tudo isto, ou seja, todos os meios, os elementos de certeza, todos os veiculos que nos conduzem ao conhecimento e em seguida ao julgamento, — tudo isto, repito, pode ser colocado em duas grandes classes: *Provas diretas e provas indiretas*.

Provas diretas são: o flagrante, a confissão, a inspeção ocular, o corpo de delito, as testemunhas, as perícias. Visam direta e imediatamente o fato.

Provas indiretas: indícios, presunções, suspeitãs. Vejamos algo sôbre indícios, presunções e suspeitãs, de vez que as provas diretas fazem objeto de outros pontos do programa.

Indícios e presunções. Preliminarmente convém estabelecer a distinção; não se confundem (como é frequente até entre doutos) presunções e indícios. As primeiras, as presunções, são *deduções*, ao passo que os indícios são *induições*.

Indícios é o fato provado do qual se pode deduzir por indução uma conclusão relativa á existência ou inexistencia do fato a ser provado. Exemplo:

O acusado foi visto sair clandestinamente, sobraçando um saco, de casa alheia, na noite em que ali se consumou um furto (premissa menor, relativa ao fato). A experiência ensina que, aquêle que é surpreendido em tais condições, é realmente um ladrão (premissa maior; presunção; indução lógica). Dedução: o acusado é indiciado, é indigitado como autor do crime contra a propriedade praticado naquela noite naquela casa (conclusão).

O Código de processo penal, com a sua redação algo duvidosa e claudicante, reza: no art. 239: “Considera-se indício a *circunstância* conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

O que vejo de menos exato neste conceito, é a referência reiterada a circunstâncias do fato. O valôr do indício é a relação direta com o fato, o próprio fato principal, e não em relação ás circunstâncias, que, como o nome está indicando (*circum-stare*) são algo que está em derredor, qualifica, mas não constitui o próprio fato.

Requisito principal da prova indiciária é a certeza de fato indiciante. A força probante dos indícios, dado o princípio de livre convencimento do juiz, é equivalente a qualquer outro meio de prova. Será, naturalmente maior, ou menor, segundo o nexo lógico experimental entre o fato indiciante e o fato a ser provado, seja mais ou menos estreito. O máximo efeito do nexo lógico se encontra nos indícios negativos, especialmente no alibi, que é a presença do acusado em lugar diverso daquele em que foi cometido o delito, e no mesmo momento.

Exemplo de indício positivo: o encontro de impressões digitais no local do crime. É uma prova de que o portador dos desenhos digitais esteve no local do crime. É indício positivo de autoria.

A presunção é a inferência, é a dedução, é a conjectura que, por meio de raciocínio, ou de experiência, extraímos do fato conhecido.

Para chegar do conhecido ao desconhecido, realizamos uma operação mental, ou uma série de operações mentais, um mecanismo lógico baseado na dedução. Presunção vem do latim, de *prae-sumptum*, palavra composta de preposição *prae* e do verbo *sumo*. Tem a significação literal de *tomar antes*, aceitar, admitir antecipadamente. Presunção, portanto, é sinônimo de pressuposto, presumido, preconcebido, prejuízo, no sentido etimológico de juízo antecipado.

Não estão certos, portanto (e dizêmo-lo mais uma vez) os que afirmam: indícios e presunções são uma e única coisa.

A propósito das presunções, vem a talho esclarecimento sobre as ficções jurídicas.

A presunção (diz ALSINA) é a consequência jurídica que se tira de um fato tido por existente, — ao passo que a ficção se funda em um fato conscientemente inexistente. E, enquanto a presunção tem por objeto suprir a deficiência da prova direta, a ficção acode ás exigências de um sistema jurídico. IHERING definiu as ficções como mentiras técnicas consagradas pela necessidade. (Lembremo-nos da citação por editais, também chamada *ficta*, ou fingida, ou suposta. É uma ficção, uma mentira técnica consagrada pela necessidade. O crime continuado, considerado como unidade delituosa é outra ficção jurídica.)

A presunção legal de que a lei é conhecida de todos; o próprio princípio de que a ninguém excusa alegar a ignorância da lei, se fundam numa ficção, porque o legislador não ignora que o contrário é que é verdadeiro.

Há, portanto, as presunções legais, ou de direito. E as presunções humanas, do trato comum dos homens. Presunções *juris* e presunções *hominis*. As primeiras, as presunções *juris*, se dividem em presunções *juris tantum* e presunções *juris, et de jure*. As presunções *juris tantum* são relativas, admitem prova em contrário; as outras, *juris et de jure*, são absolutas, não admitem prova em contrário.

A angústia do tempo não me permite dar maior extensão a êstes apontamentos.

Sempre desejo dizer que, do ponto de vista do valor probante, a prova indiciária é, em matéria criminal, a mais insuspeita, a mais impressionante, aquela mais frequentemente leva à certeza, à firme convicção. Já foi proclamada a rainha das provas, embora esta realeza seja disputada por outros gêneros ou meios de prova, conforme havemos de ver. LOPES MORENO, o notável precessualista espanhol, é o autor de uma obra famosa: *A prova dos indícios*. Uma rápida observação a respeito: partindo do princípio de que não há crime gratuito, não há crime que não seja ditado por algum interêsse, nem alguma paixão, algum motivo, pois só os loucos praticam crimes sem explicação, — LOPES MORENO, desenvolve êste princípio em capítulos a que dá o título: *Qui potest-e-Qui prodest*, isto é: quem pode ter praticado o crime, e a quem o crime aproveita, ou aproveitou.

Os indícios são testemunhas mudas, muitas vezes de extraordinário valor.

Os peritos examinam o local de um incêndio e verificam que o fogo partiu de diferentes focos; encontram vestígios de estopa embebida em gasolina, ou querosene. Ainda não são provas: são indícios de indisfarçável eloquência. Indícios do fato, do crime, incêndio proposital; não são indícios da autoria, o que constitui outra questão.

Examinados os indícios e as presunções, restam as *suspeitas*. As suspeitas são menos do que os indícios.

A polícia encontra em terreno baldio o cadáver de um homem assassinado. Na véspera esse homem passara o dia em companhia de outro que, morando nas redondezas, desapareceu, abandonando a casa. As suspeitas recaem sôbre êste indivíduo. Vêm os Srs. que as suspeitas, sendo menos do que os indícios, interessem mais a Polícia do que a Justiça.

Dissémos, ao acenar à evolução da prova, que a lei é que estabelece a atitude, o comportamento do juiz, em face da prova; ou por outras palavras: o regime ou o sistema da valorização da prova.

Ao tempo das Ordenações do Reino, o juiz era obrigado a julgar pelo alegado o aprovado nos autos, ainda que convencido de que a sentença não refletia a verdade.

Era o regime chamado das provas legais, ou da verdade formal. A lei estabelecia o valor das provas; firmava a hierarquia das provas: pleníssima, plenas, semi-plenas. O juiz era obrigado a aceitar o dito das testemunhas, sem examinar o valor moral, a credibilidade delas.

Duas testemunhas uníssonas levavam um cidadão a força. Ao passo que o testemunho único, era tido por nenhum, por nulo: *unus testis, nullus testis*; ou *testis unius, testis nullius*.

Com sua genial intuição, Napoleão observou: Não compreendo como o testemunho de um homem de bem, de um homem honrado, não poderá condenar um velhaco. Ao passo que a palavra de dois velhacos pode fazer condenar um homem honrado. BENTHAM também se revoltou contra êsse absurdo regime de valorização da prova. É seu êste conceito hoje correntio: as testemunhas pesam-se, não se contam.

Pelo segundo sistema, que se segue cronològicamente ao anterior e que é denominado de sã crítica, o juiz, por seu conhecimento pessoal, adquirido no desenrolar do processo, e por sua convicção moral, podia desprezar em parte a prova testemunhal; dentro de certos limites, criticar o dito das testemunhas.

Pelo terceiro e atual sistema, o juiz aprecia com inteira liberdade as provas. Pesa, e não soma os depoimentos. Não há hierarquia de provas: ainda que sem testemunhas, ou contra o dito das testemunhas, pode o juiz, pela prova indiciária e circunstancial, decidir.

O juiz firma livremente a sua convicção. Livremente, mas não arbitrariamente. É obrigado a fundamentar a sua convicção, manifestar as razões de sua atitude. O juiz não julga de acôrdo com a sua vontade soberana, *sic volo, sic jubeo*. Fundamenta a sentença com elementos que se encontram nos autos, aponta-os, esclarece, explica porque assim os valorisa e aprecia. Sempre com elementos constantes dos autos.

Pode dar-se o caso de o juiz conhecer particularidades, fatos circunstancias que não constam dos autos. Pode usar desses conhecimentos? Entendo que não. É errada a atitude do juiz que diz, por exemplo: conheço pessoalmente o réu, e sei que êle é um homem de bem; ou conheço a testemunha, ou o perito, ou a vítima, e sei que é um patife. O Juiz que extra autos, tiver valiosos conhecimentos do caso, deve despir a sua toga e vir colaborar com a justiça na descoberta da verdade, como testemunha.

Os snrs. encontram na *Exposição de motivos* que antecede o Código de processo penal, sob o título “As provas”, n. VII, apreciáveis elementos de estudo. É leitura que recomendo como uma das fontes para esclarecimento do ponto.

Quem versou magistralmente o assunto do livre convencimento do juiz, foi o desembargador NARCÉLIO DE QUEIROZ, um dos autores do Código, em conferência pronunciada no Rio de Janeiro no dia 11 de Agôsto de 1942. Foi publicada no *Jornal do Comércio*, e, provavelmente, no *Arquivo Judiciário*, revista jurídica que também se edita na Capital Federal.

No regime das provas legais admitiam-se as provas chamadas *privilegiadas*, e consideradas *pleníssimas*, entre as quais avultava a confissão. Obtida a confissão, muitas vezes por meio de torturas, e inomináveis suplicios, dava-se a justiça por satisfeita quanto as provas: *reus confitentem habemus*.

Hoje a confissão não vincula o convencimento do juiz mais do que qualquer outro indício; é um meio de prova como outro qualquer, sujeito à análise, ao confronto com as demais provas, podendo o juiz repudiá-la converter o julgamento em diligência, para ouvir novamente e pessoalmente o acusado, ainda que a confissão conste de interrogatório judicial. Por outras palavras: o interrogatório é ato judicial que pode ser repetido. Oportunamente teremos ocasião de estudar com mais vagar a confissão, e considerar os dispositivos legais a respeito.

Enfim: o regime do livre convencimento está consagrado no Código de processo penal, art. 157, nestes termos:

Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Como consequência dêsse princípio, nem mesmo aos laudos periciais fica o Juiz adstrito. É-lhe facultado acatar o laudo, bem como regeitá-lo, no todo ou em parte. É matéria já explanada por nós, no desenvolvimento da 2.^a parte do 7.^o ponto, pg. 97 — 1.^o volume. A regra está expressa no Código, artigo 182.

Nas próximas aulas, versando os pontos seguintes, 21, 22, 23, 24 e 25, prosseguiremos no estudo da prova.

FONTES DE ESTUDO: JOÃO MENDES, *Direito judiciário brasileiro*, 2.^o, ed. Além dos conhecidos e consagrados MITTERMAYER, FRAMARINO DEI MALATESTA, BONNIER, leia-se Florian, *Le prove penali*; RIQUELME, *Instituciones de derecho procesal penal*, como bibliografia, pág. 433; *L'appréciation des preuves en justice*, por FRANÇOIS GORPHE.