

CONSIDERAÇÕES SOBRE QUESTÕES DE DIREITO PROBATÓRIO (EM MATÉRIA PENAL)

Flávio Mirza

Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UERJ e da UCP (graduação e pós-graduação *stricto sensu*). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). Doutor em Direito (UGF). Advogado.

RESUMO: O presente visa estudar alguns aspectos do Direito Probatório, notadamente a questão do objeto da prova, suas fontes e meios. Tais não possuem tratamento uniforme na doutrina. Primeiramente, foram fixados alguns conceitos fundamentais à compreensão do tema. Posteriormente, foram expostas as posições doutrinárias e, ao fim, nas conclusões, expusemos nosso pensamento.

PALAVRAS-CHAVE: Prova – conceito – instrução – objeto – meio

ABSTRACT: The present study aims to examine some aspects of Evidentiary Law, notably the question related to the object of proof, its sources and means. These do not have uniform doctrinaire treatment. Firstly, some fundamental concepts to the understanding of the theme have been set. Subsequently, doctrinal positions have been exposed and, in the end, in conclusions, we explained our thoughts.

1) À guisa de introdução

O presente artigo visa expor algumas considerações sobre o Direito Probatório, notadamente no que concerne ao objeto da prova, aos seus meios e fontes.

Não custa relembrar: a prova é o cerne do processo, pois dela depende a sua sorte (e a dos litigantes). Com efeito, é de sua análise que o julgador formulará a decisão do caso penal.

Antes, porém, lembraremos, posto que de modo sintético, alguns conceitos essenciais, expostos em outra sede, e faremos breve distinção entre prova e instrução.

1.1) Conceito de prova

A prova é uma categoria metajurídica, ou seja, não pertence ao “mundo do Direito”. Foi, pois, tomada emprestada da realidade da vida, servindo a quem quer que pretenda demonstrar a veracidade de um fato.¹ E, no processo, pretende-se demonstrar a veracidade do fato imputado.

Assim, como corolário lógico, em que pese o título do presente artigo, pensamos inexistir diferença ontológica entre as provas penal e cível.²

1.2) Prova e instrução

Prova e instrução não se confundem.

Segundo Paulo Cunha, “(...) instrução e prova não são uma coisa só: a instrução está para a prova assim como o instrumento está para a obra que por meio dele se consegue.”³

Na lição de Frederico Marques, há um conceito genérico de instrução, que tanto abrange as alegações das partes, quanto os atos probatórios.⁴ Tais elementos destinam-se à formação da convicção do juiz sobre os fatos articulados.⁵

¹ Pedimos vênias e remetemos o leitor ao nosso estudo sobre a prova pericial. Naquela sede, expusemos, de forma minudente, nossas concepções sobre a prova. Cf. MIRZA, Flávio. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa; COUTINHO DE AMORIM, Pierre Souto Maior (Orgs). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 205-223.

² Flávio Mirza, *op. cit.*, p. 208.

³ CUNHA apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, vol. II, Campinas: Bookseller, 1998, p. 250.

Nada obstante, o notável processualista paulista também cuida de um conceito mais estrito de instrução, que é o de instrução probatória, definindo-a “(...) como o conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que se deve ser decidido o litígio.”⁶ É mais estrito porque a instrução se presta a permitir que as partes apresentem argumentos ao juiz, sobre as questões de fato e de direito, oferecendo material lógico para a construção da sentença.

Amaral Santos se refere ainda a duas categorias albergadas no conceito mais amplo de instrução, diferenciando três significados. Em sentido amplo, a instrução é “(...) o preparo da causa de elementos adequados a uma decisão do mérito (...)”⁷, compreendendo todo o procedimento anterior ao *iudicium*, à sentença de mérito. Em sentido menos amplo, significa “(...) o aparelhamento do processo dos elementos suscetíveis de convencer o juiz sobre as controvérsias de fato e de direito que giram em torno ao thema decidendum, de modo a proferir decisão acolhendo ou rejeitando o pedido”⁸. Compreende, assim, os atos de colheita e produção de prova, bem como a sustentação final da causa pelas partes, em debates orais ou alegações finais por escrito. No sentido mais estrito, por sua vez, a instrução “(...) consiste na comprovação dos fatos deduzidos pelas partes (...)”⁹, sendo sinônima de instrução probatória.

Preservando coerência com os conceitos que formula (de instrução *lato sensu* e instrução *stricto sensu*, ou probatória), Frederico Marques afirma que, no processo penal condenatório, a instrução em sentido amplo vai do ato de apresentação de provas por

⁴ *Op. cit.*, p. 249. Nas suas palavras, “(...) dá-se o nome de atos de instrução àqueles destinados a recolher os elementos necessários para a decisão da lide.”

⁵ *Idem*: “Como a sentença, por sua construção lógica de forma silogística, contém na premissa maior a norma legal aplicável e na premissa menor os fatos que dão contorno à situação jurídica litigiosa, o preparo da decisão pressupõe, como explica o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a instrução do juiz na premissa maior e na premissa menor do silogismo. Todavia, entende-se, sempre, o juiz instruído quanto ao direito aplicável: *narra mihi factum, dabo tibi jus; jura novit curia*”.

⁶ *Ibid.*, p. 250.

⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**, vol. II, 10^a ed., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 271.

⁸ *Op. cit.*, p. 272.

⁹ *Idem*, p. 273.

parte do réu até o momento procedimental das alegações finais¹⁰, ao passo que a instrução probatória se inicia com o interrogatório do réu e finda com o encerramento da instrução complementar de que fala o art. 499 do Código de Processo Penal (ou, como se diz na praxe forense, as diligências).

Nessa quadra, faz-se necessário um adendo: posto que continuem válidas as lições de Frederico Marques, o processo penal, como regra, desde 2008, não mais possui feição escalonada. É dizer: hodiernamente, a regra é a audiência única (Audiência de Instrução e Julgamento – art. 400 e SS, do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei 11.719/2008).

Todavia, o próprio autor excepciona seu raciocínio, lembrando que “(...) atos instrutórios já se praticam desde a fase postulatória da instância e até mesmo nos atos preparatórios da investigação policial ou de outra *informatio delicti* que tenha servido de base à acusação.”¹¹ Quanto aos atos instrutórios praticados no inquérito, vale lembrar que, por força do art. 12 do Código de Processo Penal, os mesmos devem acompanhar a denúncia ou queixa. Se é verdade que esses atos instrutórios têm a função de fundamentar a *opinio delicti*, acabam, na prática, por esclarecer, reforçar ou consolidar os elementos de convicção do juiz, colhidos ao longo do processo. Não se deve esquecer que certas provas colhidas no inquérito são aproveitadas no processo em vista da impossibilidade de serem repetidas. São provas de natureza cautelar.¹²

¹⁰ MARQUES, *op. cit.*, p. 251: “A fase de instrução, no processo penal condenatório, não tem início com o interrogatório do réu, e sim, com o ato de apresentação de provas por parte do réu (artigos 395 e 399) a que se seguem os de produção desta. Ao depois, vem a fase complementar mencionada no artigo 499 e, por fim, o momento procedimental das alegações (artigo 500). Finda-se aí a instrução, a que se sucede a fase decisória. A instrução probatória vai do interrogatório do réu até o encerramento da instrução complementar de que fala o artigo 499”.

¹¹ *Idem*. Acrescenta (p. 258) ainda que “(...) a investigação, porém, não é de todo inócua para a elucidação final do caso. Em primeiro lugar, as informações nela contidas orientam a produção de provas na instrução processual; em segundo lugar, colhem-se, ali, dados preciosos para exame e pesquisas probatórias na fase judicial de apuração do delito”.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **As nulidades no processo penal**, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 144-145: “(...) existem provas – como o exame de corpo de delito e do local do crime – que têm natureza cautelar e visam a assegurar seu resultado antes da instauração do processo penal, exigindo-se sua antecipação ad perpetuam rei memoriam. Para essas cautelas o contraditório fica diferido para momentos sucessivos”. Frederico Marques (*op. cit.*, p. 258) ainda se refere às provas em que predominam o aspecto técnico da pesquisa: “(...) embora destinada apenas à preparação da ação penal, a investigação colhe, desde logo, elementos probatórios que podem servir posteriormente como dado instrutório definitivo para o julgamento da pretensão punitiva. É o que sucede com as provas ali obtidas em que predomina o aspecto técnico da

Vale repisar que a instrução probatória no processo penal condenatório era descontínua e fragmentada, prevendo o Código a produção de provas em audiência, a possibilidade de produção de documento a qualquer tempo¹³, além da eventual produção de prova pericial sucessiva à testemunhal ou mesmo paralelamente a ela.

Tais eram os momentos em que se realizava a instrução probatória. Todavia, em cada um desses momentos, a colheita de prova subordinava-se a um procedimento próprio, para que não fosse feita desordenadamente.

Posto que na atual sistemática haja uma AIJ una, o procedimento probatório é “(...) o conjunto de todas as atividades levadas a efeito, no processo, para a prática das provas.”¹⁴

Neste ponto, não custa reforçar a ideia de que o juiz mantém o controle sobre a produção de prova, munido do poder de ordená-la e conduzir o processo.

Na opinião de Frederico Marques, havia falha do legislador, pois o Código de Processo Penal não disciplinava uma fase prévia de ordenamento das provas a serem produzidas.¹⁵

Não nos parece assistir razão ao ilustre processualista paulista.

Com efeito, não é pelo fato de o controle do juiz sobre as provas estar disperso entre os diversos momentos em que estas são requeridas e produzidas, já que não há uma fase própria especialmente designada para tal fim, que haverá maiores problemas à atividade-fim.

pesquisa. Mas quando existe a participação imediata e direta da própria autoridade policial, na produção da prova, o caráter inquisitivo, que tem a investigação, torna imprescindível a judicialização ulterior do ato probatório para que a instrução ali contida se apresente com o valor de prova, ao ter o juiz de decidir a causa penal.”

¹³ A ressalva fica a cargo do rito procedimental atinente ao Tribunal do Júri.

¹⁴ Marques, op. cit., p. 280.

¹⁵ *Idem*, p. 281.

Hodiernamente, como regra, as provas produzem-se na AIJ, mas, algumas, como, por exemplo, a pericial e/ou a documental, lhes são anteriores. Mantida, pois, nossa posição.

2) Objeto da prova

A prova, no que pertine ao Direito, inobstante ser uma categoria metajurídica, caracteriza-se como instrumento que carrega ao processo elementos de convicção para o juiz.

Cabe indagar sobre a que matéria (ou matérias) tais elementos dizem respeito, ou em outras palavras, qual é o objeto da prova.

Nas palavras de Frederico Marques “(...) o objeto da prova, ou *thema probandum*, é a coisa, fato, acontecimento, ou circunstância que deva ser demonstrado no processo.”¹⁶ Acrescenta que não só fatos e acontecimentos do mundo exterior constituem o objeto da prova, como também aspectos internos da vida psíquica do réu ou indiciado.¹⁷

Presume-se que o juiz esteja instruído sobre o direito a aplicar, sendo objeto da prova tão somente as questões fáticas.¹⁸ Igual entendimento colhe-se em Amaral Santos.¹⁹

¹⁶ *Ibid.*, p. 254. AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 335: “(...) a prova tem por finalidade convencer o juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide”.

¹⁷ MARQUES, *op. cit.*, p. 270-271: “Fatos e acontecimentos do mundo exterior, bem como fatos internos da própria vida psíquica do indiciado ou do réu, constituem o *thema probandum* sobre o qual devem realizar-se as pesquisas, diligências e investigações, com os meios de provas, para ser reconstruída a situação concreta em que vai incidir a norma penal. O fato delituoso e a pessoa do agente do crime devem ser focalizados, nos seus aspectos relevantes, na atividade instrutória ou de investigação.” No mesmo sentido, MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**, tradução de Herbert Wüntzel Heinrich, Campinas: Bookseller, 1997, p. 58: “A imputabilidade moral do acusado, o estado de seu espírito no momento do crime, a lucidez das faculdades de sua consciência, a má intenção e sua intensidade, são outros tantos objetos a que é preciso aplicar os instrumentos da prova, porém cujo conhecimento não se obtém pelos meios ordinariamente empregados para os fatos externos, cuja certeza só pode ser alcançada por via da indução”.

¹⁸ MARQUES, *op. cit.*, p. 254.

¹⁹ “Assim como as partes não podem alegar a ignorância da lei para não cumpri-la, também o juiz, e por mais evidentes razões, por se tratar de um órgão do estado e um técnico em direito, não pode eximir-se de cumprir a sua função sob o pretexto de que desconhece a lei, ou que é omissa, obscura ou indecisa”. AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 342.

Entretanto, consoante o disposto no artigo 337 do Código de Processo Civil, deve-se provar o direito municipal, o estadual, o estrangeiro ou o consuetudinário. Assim, o juiz pode determinar à parte que os alegar a prova de seu teor e vigência.²⁰ Cuida-se de regra aplicável ao processo penal, ainda que sem previsão expressa e equivalente no Código de Processo Penal, porém de utilidade muito restrita.²¹

Diferentemente do processo civil, há, no processo penal, necessidade de se provarem todos os fatos ainda que incontrovertidos.²²

Claus Roxin é do mesmo entendimento:

“Mientras que en el proceso civil, dominado por el principio dispositivo, solo necesitan ser probados los hechos discutidos, en el proceso penal, como consecuencia de la máxima de la instrucción, rige el principio de *todos* los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados (...)”²³

Sem embargo do questionável (ou melhor, inaceitável) pressuposto de que o processo penal debruça-se sobre uma verdade real, ao passo que o processo civil contenta-se com uma verdade formal, um grave equívoco apontado noutra sede,²⁴ cabe salientar que a própria lei processual civil não se contenta com a incontrovérsia sobre os fatos em

²⁰ Hélio Tornaghi sustenta que o Direito escrito, nacional, não precisa ser provado, pois deve ser conhecido pelo juiz. Já o Direito estrangeiro e o consuetudinário precisam sê-lo, pois o juiz pode não os conhecer. TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1978, p. 445-446.

²¹ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30. Exemplifica este autor, com a hipótese em que o costume exclui a antijuridicidade da conduta imputada ao réu; ou aquela em que se faz necessário provar a validade de casamento celebrado segundo as normas de direito estrangeiro; ou ainda crimes contra a administração pública cuja prova demande o conhecimento de direito estadual ou municipal.

²² De acordo com Frederico Marques “(...) o juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam incontestemente, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio ou suspeito” (cf. MARQUES, *op. cit.*, p. 255). No mesmo sentido, Camargo Aranha (*op. cit.*, p. 26) acrescenta que o interesse social no campo penal exige a prova de fatos, ainda que não sejam negados.

²³ Cf. ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**, tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 186.

²⁴ Ver a respeito da verdade, ou melhor, da sua busca, meu artigo intitulado Notas sobre a questão da verdade no direito processual. Cf. MIRZA, Flávio. Notas sobre a questão da verdade no direito processual. In: CALVET DA SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel; SALLES, Sérgio de Souza; MARCY ROSA, Waleska (Orgs). **Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II**, Petrópolis: UCP, 2009, capítulo 4, p. 101-121.

matéria de direito indisponível²⁵, *ex vi* do art. 320, II, CPC.²⁶ Isso porque, evidentemente, não é só no processo penal que se colocam questões relevantes ao interesse social.

A par disso, excluem-se da necessidade de serem provados os fatos impertinentes²⁷, os irrelevantes²⁸, os evidentes²⁹ e os notórios.³⁰

Quanto ao objeto, as provas costumam ser classificadas em diretas e indiretas.³¹ As provas diretas referem-se ao próprio fato probando ou consistem no próprio fato, reproduzindo-o ou representando-o. Diversamente, as provas indiretas referem-se a outro fato, do qual, por trabalho do raciocínio, se chega ao fato que se queira provar. São provas indiretas as presunções e os indícios.³² Na opinião de Malatesta, o referencial é o delito, conquanto seja objeto mediato ou imediato da prova.³³

²⁵ Sem embargo de outras hipóteses, como aquela constante do art. 320, III, CPC, em que a lei considera a juntada de instrumento público, com a petição inicial, indispensável à prova do ato, Amaral Santos, contrariando de certo modo a concepção de uma verdade formal no processo civil chega a afirmar que é objeto de prova fato incontroverso, quando esta é reclamada pelo juiz, “(...) para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento” (*op. cit.*, p. 337). Dinamarco, por seu turno, refere-se à necessidade de prova de fatos incontroversos impossíveis ou improváveis, como a prova do deslocamento de coisas sólidas, líquidas ou gasosas, pelo simples poder da mente, possível segundo a parapsicologia. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol III, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.

²⁶ “Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: (...) II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.”

²⁷ MARQUES, *op. cit.*, p. 254: “Fatos que não pertencem ao litígio e que relação alguma apresentam com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência, e que, portanto, devem ser excluídos do âmbito da prova in concreto”.

²⁸ *Ibid.*, p. 255: “Inadmissíveis também são, como objeto de prova, os fatos que não influem sobre a decisão da causa, embora a ela se refiram. Para que indagar, por exemplo, da roupa que envergava o homicida ao praticar o crime, se dúvida não há a respeito da pessoa que cometeu o crime, sendo assim prescindível qualquer prova ou sinal exterior para identificação do acusado?”.

²⁹ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 26: “Se o objetivo da prova é formar a convicção do julgador a respeito de um determinado fato, sua existência e realização, se o fato é evidente a convicção já está formada, dispensando, destarte, qualquer demonstração”.

³⁰ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 341: “Diversamente ocorre com os fatos notórios. O conhecimento destes, do mesmo modo que as máximas de experiência, faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social, e o juiz, ao utilizá-lo, não funciona como testemunha que informa quanto a fatos, porque se vale de conhecimento que não é seu apenas, ou de umas poucas pessoas, mas de uma coletividade, da qual é intérprete, e de cuja exatidão os litigantes sempre estão em condições de fiscalizar.” CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 28, aduz: “A título de exemplo: numa ação penal por crime contra a honra e figurando como vítima um chefe de Estado, não haverá necessidade, por ser notório, da prova de que aquele ofendido é o ocupante do cargo”.

³¹ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 331-332: “Enquanto na prova direta a conclusão objetiva é conseqüente da afirmação da testemunha ou da atestação da coisa ou documento, sem necessidade maior do raciocínio, na indireta o raciocínio reclama a formulação de hipóteses, sua apreciação, exclusão de umas, aceitação de outras, enfim trabalhos indutivos maiores ou menores, para se atingir a verdade relativa ao fato probando”.

³² Seguindo as lições de Carnellutti, Marques (*op. cit.*, p. 256) alude a provas históricas e críticas, *in verbis*: “Prova histórica é ‘um fato representativo de outro fato’, tal como o conteúdo de um documento, ou o

3) Fontes e meios de prova

Primeiramente, cabe esclarecer o que seja(m) meio(s) de prova, bem como distingui-lo(s) da(s) fonte(s) de prova.

Na definição de Dinamarco, “(...) fontes de prova são pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação.”³⁴ Essa noção muito se aproxima do conceito adotado por Amaral Santos de sujeito da prova.³⁵

Em função do conceito de fonte de prova, pode-se classificá-la em *real* e *pessoal*. Ainda Amaral Santos define que a “(...) prova real de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu”. Assim, *v.g.*, temos as trincas nas paredes ou o ferimento. Diversamente, a “(...) prova pessoal é toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados. A testemunha que narra fatos que viu, o documento de confissão de dívida, a escritura de testamento são provas pessoais.”³⁶

Contudo, Dinamarco adota classificação heterogênea, sendo-lhe aplicáveis às definições *retro* esboçadas às pessoas, enquanto fontes, mas não às coisas, que seriam provas reais por definição.³⁷

depoimento de uma testemunha. A prova crítica, ao revés, não tem função representativa, mas apenas indicativa, pois que não é um equivalente sensível do fato a provar; é o que sucede, *verbi gratia*, com os indícios”.

³³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, tradução de Paolo Capitanio, 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2001, p. 148: “Em consequência, ao examinar e classificar as provas quanto ao conteúdo, referem-se elas, em crítica criminal, como ponto fixo, ao *delito*, que é a verdade particular que se tenta verificar, instaurando o processo”.

³⁴ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 86. Complementa o autor, mencionando Carnelutti, que “(...) informações são a ‘afirmação da existência ou inexistência de um fato, com a finalidade de levá-lo ao conhecimento de outrem, especialmente do juiz ou, em geral, do órgão judiciário”.

³⁵ Nas palavras deste celebrado processualista, “(...) sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde dimana a prova; a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando.” AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 332.

³⁶ *Idem*.

³⁷ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 86-87: “As coisas são fontes reais de prova. As pessoas são também fontes reais, quando submetidas a exames feitos por outrem (perícias médicas, etc.); mas serão fontes pessoais quando chamadas a tomar parte na instrução probatória mediante a realização de atos seus e concurso de sua vontade (testemunhas, partes em depoimento pessoal). As fontes pessoais são ativas e as reais inativas”.

Próximo a tal classificação, Frederico Marques ensina que a diferença entre as provas reais e as pessoais encontra-se na qualidade do elemento instrumental – conforme seja ou não um ser com personalidade e consciência.³⁸ Note-se, todavia, que este autor não se esforça em distinguir as fontes dos meios de prova.

A respeito dessa discussão, afirma Malatesta que os requisitos para que uma prova seja pessoal são a existência de uma afirmação consciente e que seja destinada a fazer fé da verdade de um fato. A ausência de qualquer dos requisitos torna a prova real.³⁹ O fato humano⁴⁰ ou a afirmação⁴¹ inconsciente são chamadas de *prova real-psíquica*. Outrossim, os assertos não destinados a fazer fé da verdade dos fatos afirmados são chamados de *prova real-corporal*.⁴² Esclarece ainda, que o referencial para distinguir a prova real da prova pessoal é a consciência do juiz. Se fosse a própria fonte, a prova seria sempre real, de maneira que a prova pessoal para o juiz, será, p.ex., sempre real para a testemunha.⁴³

Os meios de prova, por seu turno, distinguem-se das próprias fontes.

³⁸ MARQUES, *op. cit.*, p. 256: “Provas reais são aquelas em que o elemento instrumental está constituído por uma coisa ou bem exterior ao indivíduo; já as provas pessoais são aquelas cujo objeto instrumental está constituído por um ser com personalidade e consciência que contribui para formar o convencimento do juiz mediante declarações de conhecimento”.

³⁹ MALATESTA, *op. cit.*, p. 283: “Se as exteriorizações do espírito humano não são conscientes ou não se considerem como destinadas a fazer fé da verdade dos fatos por ela manifestados, não se tem prova pessoal, mas sim real”.

⁴⁰ *Idem*: “Funcionando como prova do espírito interno, são provas reais, e não pessoais, não só a palidez, o tremor, o desmaio do acusado, e qualquer outro fato involuntário da pessoa, mas também são provas reais todos os fatos voluntários humanos que funcionam como prova para revelar o espírito interno, todos aqueles fatos que, embora conscientemente praticados como fatos, são inconscientemente emitidos como revelações do espírito interno”.

⁴¹ *Ibid.*, p. 283-284: “A própria palavra, essencialmente destinada às manifestações conscientes da alma, não se pode considerar como prova pessoal, quando não destinada conscientemente a revelar a alma. Sempre que é uma exteriorização inconsciente do espírito, ela só pode ser uma prova real”.

⁴² O autor referido exemplifica (*Ibid.*, p. 286): “(...) a palavra injuriosa ou ameaçadora não é senão o próprio crime, na materialidade de sua existência, que se submete ao espírito do juiz, e não já uma afirmação pessoal consciente, destinada a convencer da verdade dos fatos afirmados. A palavra, nestes casos, é considerada a concretização do crime e não do ponto de vista da destinação a fazer fé dos fatos por ela afirmados, essencial para a prova pessoal”.

⁴³ *Ibid.*, p. 288: “(...) a distinção subjetiva das provas, em pessoais e reais, é considerada em relação à consciência do juiz dos debates. Se assim não se fizesse, se se atendesse às provas relativamente à sua fonte originária, teríamos somente provas reais”.

Novamente, na lição de Dinamarco, “(...) meios de prova são técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa.”⁴⁴

Moacyr Amaral Santos também parece adotar tal distinção de conceitos, porém com nomenclatura diferente. Se as fontes de prova ele apelida de sujeitos da prova, os meios são por ele chamados de formas da prova. A forma da prova “(...) é a modalidade ou a maneira pela qual se apresenta em juízo”.⁴⁵

Nada obstante, tal distinção, entre fontes e meios de prova, não costuma ser observada pela doutrina.

Frederico Marques, por exemplo, perfilha doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual “(...) meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova.”⁴⁶

No mesmo sentido, posiciona-se Carreira Alvim, esclarecendo serem os motivos de prova “(...) as alegações (ou observações) que determinam, imediatamente ou não, a convicção do juiz.”⁴⁷

Crítica a essa distinção faz Mittermaier, para quem meio de prova é todo meio de produzir a certeza.⁴⁸ Vale salientar que tal autor não faz a distinção acima mencionada.⁴⁹ O aludido doutrinador renega a importância das discussões acerca do número de *meios de prova* e as distinções entre estes e os *motivos de prova*. Nas suas

⁴⁴ Remarcando a distinção, o autor ainda acrescenta que: “Diferentemente das fontes, eles são fenômenos internos do processo e do procedimento. Atuam sobre aquelas e cada um deles é constituído por uma série ordenada de atos integrantes deste, realizados em contraditório, com a observância das formas que a lei estabelece e dirigidos pelo juiz.” DINAMARCO, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁵ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 332.

⁴⁶ MARQUES, *op. cit.*, p. 255.

⁴⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 270: “Assim, a ‘afirmação’ de um fato influente na causa, por uma testemunha presencial e a ‘observação’ de um dano, pelo juiz, no local do evento, são motivos de prova. Meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos de prova. Assim, nos exemplos anteriores, a pessoa da testemunha e o local inspecionado são meios de prova”.

⁴⁸ MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 112: “Se é verdade que dar a prova ou constituir a certeza é tender ao mesmo fim, é exato que todo o meio de produzir a certeza será necessariamente um meio de prova também”.

⁴⁹ Acrescenta que “(...) no sentido legal, os meios de prova, ou, em uma palavra, as provas, são para o juiz as fontes dos motivos de convicção que a lei declara suficiente para, aplicados aos fatos da causa, determinarem naturalmente a sentença” (*Ibid.*, p. 115).

palavras, “(...) a ciência pouco tem a lucrar com tais indagações, que com razão foram qualificadas de puras sutilezas.”⁵⁰

Quanto aos possíveis meios (e fontes) de prova, vale lembrar a lição de Frederico Marques, que faz alusão a critérios vinculadores do juiz atinentes à busca da verdade e liberdade da prova.⁵¹

Esta última ideia corresponde ao que se vem chamando de princípio da liberdade dos meios de prova. Tal princípio foi adotado pelo Código de Processo Penal, ainda que implicitamente, no art. 155⁵² e, explicitamente, no artigo 332 do Código de Processo Civil.

Note-se que, reflexo da atual ordem constitucional, a legislação não deveria dispor diversamente, conquanto a limitação legal aos meios de prova só poderia ser admissível como resultado da ponderação do direito à prova com outro preceito fundamental ou da natureza do direito.⁵³

Comentando o art. 332, do CPC, em lição aplicável ao processo penal, Leonardo Greco ressalta que “(...) todos os meios moralmente legítimos (...)”, aceitos pelo legislador processual,

“(...) inicialmente percebidos como extensivos a provas inominadas, como a prova emprestada, com a emergência do

⁵⁰ Exemplificando as diferenças propostas para tais conceitos, assim se manifesta: “São elas sem valor para o juiz, e não vemos que interesse haja em reconhecer, com Gensler, na prova testemunhal por exemplo, um meio de prova – a testemunha, um motivo positivo de prova – o depoimento da mesma, e um motivo jurídico – o que o juiz aproveita para sua convicção como magistrado”. *Ibid.*, p. 115.

⁵¹ “A colheita de provas pode subordinar-se ao princípio da verdade legal ou da verdade real. Pelo primeiro, as fontes de provas estão prefixadas na lei a cujos preceitos fica o juiz vinculado de forma a não admitir a produção de meios probatórios ali não previstos. Pelo segundo princípio, livre é a escolha e a exploração das fontes de prova.” MARQUES, *op. cit.*, p. 259.

⁵² ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 349 e CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 256: “No processo penal brasileiro, sempre imperou o princípio da liberdade da prova, exceto quanto ao estado civil das pessoas (art. 155, CPP) e as restrições são estabelecidas taxativamente pela lei.” MARQUES, *op. cit.*, p. 270: “Em juízo, por outro lado, não há restrições na exploração das fontes e meios de prova, como se deduz, *a contrario sensu*, do que preceitua o art. 155 do Código de Processo Penal”.

⁵³ Leonardo Greco, por exemplo, sustenta que as provas legais devem ser admitidas quando o exercício do direito dependa do registro público de seu fato gerador. Cf. GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: _____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 373.

primado dos direitos fundamentais foram associados à proibição das provas ilícitas, ainda que nominadas.”⁵⁴

Não se poderia encerrar tal tópico sem mencionar a lição de Ada Grinover, Scarance e Gomes Filho para quem fontes de prova são “os fatos percebidos pelo juiz” e meios de prova “são os instrumentos pelos quais os mesmo se fixam em juízo”.⁵⁵

4) Conclusão

Ao fim e ao cabo, é possível inferir do singelo estudo que reinam variegados conceitos e formas de ver as questões ora pontuadas.

Assim, nos parece adequado explicitar nossas conclusões.

Com efeito, a prova é uma categoria pertencente à realidade da vida, usada sempre que se pretender demonstrar a veracidade de determinado fato.⁵⁶ E, prova e instrução, de fato, não se confundem.

O **objeto da prova** no processo penal, que não se confunde com **objeto de prova**,⁵⁷ deve ser visto no caso concreto e diz respeito à veracidade da imputação feita contra o réu, com todas as suas circunstâncias. Como bem salientou Stefano Ambrogio, o objeto da prova “(...) si riferiscono all’imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza.”⁵⁸

Por fim, fontes e meios de prova são, igualmente, coisas distintas.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 99.

⁵⁵ Cf. Ada P. Grinover e outros (*op. cit.*), p. 118.

⁵⁶ Não custa relembrar que a maioria dos manuais jurídicos trata o conceito de prova como sendo jurídico.

⁵⁷ No processo penal, objeto de prova são os fatos, controvertidos ou não, e devem ser abstratamente considerados.

⁵⁸ Cf. AMBROGIO, Stefano. **Compendio di Diritto Processuale penale**, 4ª ed., Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2012, p. 138.

Como bem salienta Paolo Tonini, “con l’espressione “mezzo di prova” si vuole indicare quello strumento processuale che permette di acquisire un elemento di prova.”⁵⁹

Na mesma toada, Clariá Olmedo aduz que “medios de prueba son los actos procesales a introducir en el proceso los elementos de convicción.”⁶⁰

As fontes de prova, por seu turno, são os “locais” de onde emana a prova, ou seja, de onde ela surge, origina-se.

Esperamos, pois, ter contribuído, para o estudo do Direito Probatório, de extrema importância para a Ciência Processual.

5) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**, vol. II, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985.
- 2) AMBROGIO, Stefano. **Compendio di Diritto Processuale penale**, 4ª ed., Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2012.
- 3) ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- 4) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., **Derecho Procesal Penal**, tomo II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- 5) CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- 6) CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- 7) DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol III, São Paulo: Malheiros, 2001.

⁵⁹ Cf. TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**, 7ª ed., Milão: Giuffrè Editore, 2006, p. 241.

⁶⁰ Cf. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., **Derecho Procesal Penal**, tomo II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, sem ano, p. 311.

- 8) GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: _____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- 9) GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **As nulidades no processo penal**, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- 10) MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, tradução de Paolo Capitanio, 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2001.
- 11) MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, vol. II, Campinas: Bookseller, 1998.
- 12) MIRZA, Flávio. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa; COUTINHO DE AMORIM, Pierre Souto Maior (Orgs). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 205-223.
- 13) _____. Notas sobre a questão da verdade no direito processual. In: CALVET DA SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel; SALLES, Sérgio de Souza; MARCY ROSA, Waleska (Orgs). **Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II**, Petrópolis: UCP, 2009, capítulo 4, p. 101-121.
- 14) MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**, tradução de Herbert Wüntzel Heinrich, Campinas: Bookseller, 1997.
- 15) ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**, tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- 16) TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**, 7ª ed., Milão: Giuffrè Editore, 2006.
- 17) TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1978.