

Conceitos de Provas

Interpretação de obra literária:

Prova Penal e Garantismo:

Uma investigação Crítica sobre a Verdade Fática Construída através do
Processo. (Páginas 1-36 e 57-77)

Autor: DUCLERC, Elmir

Mary Mansoldo¹

Maio/ 2011

RESUMO

Trata-se de síntese de interpretação literária da obra **Prova Penal e Garantismo** do autor *Elmir Duclerc*. A análise e os apontamentos foram realizados pelos estudos das páginas 1-36 e 57-77. Na finalização do trabalho são apresentadas conclusões sobre conceitos de prova com o título: *Qual o conceito de prova afinal?* Objetiva-se a contribuição didática em tema tão relevante, visando, de forma despretensiosa, à contribuição no contínuo desenvolvimento da Ciência do Direito Processual Penal.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Conceitos de prova.

ABSTRACT

This is the summary of the work of literary interpretation and Criminal Evidence Elmir Duclerc author's guarantee. The analysis and the notes were held by the studies on pages 1-36 and 57-77. On completion of the work presents findings on concepts of proof under the title: What is the proof of concept anyway? It aims to contribute to teaching in such a relevant topic, in order, so unassuming, the contribution to the continuing development of the Science of Criminal Procedural Law.

Keywords: Criminal Procedure Law. Concepts of evidence.

*"Não há fatos eternos, como não há verdades absolutas."
Friedrich Nietzsche*

Um dos grandes problemas vivenciados no processo penal, refere-se à reconstrução do passado no que diz respeito às provas. Principalmente pelo fato de que:

Em relação ao processo penal, esse problema se agrava na medida em que o direito penal e o direito processual penal aspiram a regular as formas mais violentas de intervenção do Estado sobre as individualidades, com a privação da liberdade, e, às vezes, com a eliminação da vida das pessoas. (DUCLERC, 2004, p. 2)

No conceito de prova do mestre *CARNELUTTI* citado por *DUCLERC* (2004, p. 6), ressalta-se a definição de que *"prova não é um procedimento, mas um quid sensível enquanto serve para fundamentar uma razão"*. Ou seja, a prova fundamentará a razão daquele que a apresenta, bem como, fundamentará a própria razão do juiz.

Aponta-se que, as partes apresentam suas provas e contraprovas, desta forma, ocorrem fundamentações de razões diversas, o que sinaliza uma utopia no conceito de busca pela verdade absoluta no processo penal, entende-se que, a sentença será justificada por uma certeza processual.

No entanto, inclui-se nesta análise, a observação de que a celeridade do processo deve ser harmonizada com a busca da verdade e não sacrificá-la e esta busca deve ser pautada em critérios objetivos e racionais, aptos a assegurar uma decisão mais próxima possível da verdade sem margens ao arbítrio.

Pelos pensamentos de *CHIOVENDA*, aprende-se que:

Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. (...). São motivos de prova as alegações que determinam, imediatamente ou não, a convicção do juiz. (*CHIOVENDA* apud *DUCLERC*, 2004, p. 6)

Neste aspecto, faz-se necessário um apontamento de que em um processo de partes, as provas pertencem, também, a estas. Certamente, o juiz irá fundamentar sua sentença pelas provas juntadas aos autos, porém, as partes processuais dependem das provas e das contraprovas, o que justifica o Devido Processo Legal, ou seja, o contraditório e a ampla defesa. Assim, o conceito de prova não deve se limitar no convencimento do juiz.

ESPÍNOLA FILHO ensina que a prova é o fundamento do direito judiciário, o que eleva o valor da prova no direito processual.

Já para *CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO*, citado por *DUCLERC*, a prova é instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz (2004, p. 7).

Unindo estas duas definições, conclui-se que a prova é um instrumento processual que fundamenta o direito judiciário, bem como, possibilita as fundamentações das partes processuais, do juiz e dos terceiros interessados envolvidos ao processo.

TOURINHO FILHO sustenta que provar é:

(...) estabelecer a existência da verdade; (...) os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. (...) Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros, não. (*TOURINHO FILHO* apud *DUCLERC*, 2004, p. 8).

Esta definição ensina que a prova é um instrumento de verificação sobre a existência ou inexistência de um fato e, ainda, de que a prova não traz a verdade absoluta e sim relativa, melhor dizendo, uma certeza processual. Logicamente, o que não invalida a busca pela verdade por critérios objetivos e racionais.

O mestre, TOURINHO FILHO, ainda ensina que "*o objeto de prova são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação*" (DUCLERC, 2004, p.8). Assim, é perceptível que não é a prova interpretada de forma isolada que irá trazer a certeza processual, mas sim o conjunto probatório desenvolvido pelo contraditório e a ampla defesa e, finalmente, fornecendo ao juiz informações para a fundamentação decisória.

O mestre ainda expõe a denúncia como fonte de prova. Neste aspecto é salutar um comentário, pois, entende-se que a denúncia torna pública a possibilidade da existência de um fato criminoso, trata-se de uma possível existência ou inexistência de um fato, sendo as fontes de provas desenvolvidas pelo Devido Processo Legal. Acredita-se ser tendenciosa a possibilidade de se entender a denúncia por si só como fonte de prova, sendo que, na realidade, o teor acusatório que constar na denúncia será justificado somente após as devidas comprovações.

Citado por *DUCLERC, GERMANO MARQUES DA SILVA* conceitua: "*a convicção da entidade decidente formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de facto*". (2004, p.10)

DUCLERC utiliza o conceito de norma do autor *TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ*, para desenvolver de forma análoga um conceito de prova. O conceito desenvolvido expõe que:

O conceito de prova pode ser tido como comunicação, como troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório. (DUCLERC, 2004, p. 16).

O autor expõe que este conceito de prova *"...permite ao jurista compreender a prova como um conjunto, uma base de dados sobre o passado, construídos e transmitidos ao juiz através da linguagem"*.

E, ainda utilizando a analogia entre norma e prova, *DUCLERC* cita a concepção da subsunção (aplicação da norma ao caso concreto) como um silogismo, em que se parte de uma premissa maior (norma) e de uma premissa menor (fato), para a conclusão. Relata que a cultura jurídica dedicou seus esforços ao estudo da premissa maior, deixando de lado a pesquisa sobre a premissa menor.

Utiliza o modelo do Professor *TÉRCIO FERRAZ* que se refere aos estudos das dogmáticas da norma, aplicando-o aos estudos conceituais da prova. O modelo apresenta a dogmática analítica, a dogmática hermenêutica e a dogmática das fundamentações decisórias.

DUCLERC, depois de todas estas análises e analogias, conclui um conceito de prova:

A prova seria uma mensagem descritiva, ou seja, com a finalidade precípua de informar. Norma e prova, assim, seriam duas grandes fontes de informação, prescritiva e descritiva, tendentes a compor um verdadeiro universo lingüístico em que estaria mergulhado o juiz no momento da tomada de decisão. (DUCLERC, 2004, p. 65).

Nessa linha de raciocínio, o autor apresenta, também, um conceito de processo:

Nessa linha de raciocínio, seria possível até mesmo delinear uma nova concepção zetética de processo. É que, se a partir da percepção da norma como comunicação, é possível visualizar a sociedade como aquele "sistema de interações, de comportamentos mutuamente dirigidos e referidos uns aos outros, formando uma rede de relações" (em que, comportamento seria o mesmo que estar em situação, no sentido de situação comunicativa), o próprio processo (judicial) de conhecimento, como ambiente de reprodução social, pode ser identificado como uma espécie de microsistema, em que juiz, partes, testemunhas, etc., estão ligados, também, por relações dessa natureza, ou seja, quer queiram quer não, se comunicam, e essa comunicação (da mesma maneira como acontece na sociedade) é complexa, seletiva e contingente, reclamando mecanismos de controle das expectativas que visem a assegurar os comunicadores contra as possibilidades de desilusão, e manter, assim, a integridade da comunicação. (DUCLERC, 2004, p. 65-66).

E, ainda, expõe duas fases distintas do processo judicial (2004, p. 73):

- a) a interpretação, através do método dedutivo, da norma jurídica, frente às hipóteses de fato levantadas *a priori* pelas partes;
- b) a interpretação, através do método indutivo, dos dados colhidos no processo (das provas) sobre as hipóteses formuladas *a priori* pelas partes.

Conclui que o processo de hermenêutica ocorre na primeira fase (método dedutivo) na língua normativa para uma língua jurisdicional, já na segunda fase (método indutivo) ocorre na língua probatória para a língua jurisdicional. Ou seja, são fases distintas, portanto, a dogmática hermenêutica também é diferenciada. Por fim, em relação ao tema analisado, a hermenêutica da prova é utilizada para a construção da verdade processual, por exemplo, a confissão do pai, quando um de seus filhos figura como provável autor do delito, deve ser vista com desconfiança.

CONCLUSÃO

Qual o conceito de prova afinal?

Pelos estudos até então realizados e pela análise do texto de *ELMIR DUCLERC*, alguns conceitos de prova já podem ser definidos.

A prova é, em primeiro momento, uma fonte de informações. Estas informações passam a pertencer ao processo depois de juntadas aos autos. Ou seja, passam a pertencer às partes, ao juiz e aos terceiros interessados e envolvidos ao processo. Por mais que as provas possuam o objetivo de convencer o juiz em seu momento decisório, torna-se limitado o conceito clássico de "convencimento do juiz".

Como também, o que irá convencer o juiz não é a prova em sentido unitário, mas sim o contexto probatório, juntamente com todos os procedimentos e acontecimentos durante o desenrolar da ação penal.

A prova não pode objetivar o alcance da verdade absoluta, mas sim uma certeza processual que será alcançada pela busca da verdade objetiva e racional. Como a prova penal se refere a um fato passado, ou seja, histórico, seu valor será sempre relativo, sendo que, o valor absoluto (se é que existiu) apenas poderia ser constatado no momento da ocorrência deste fato. Não há como reviver tal momento e o que será apresentado como prova terá, sempre, influências diversas e subjetivas. Por exemplo, em um depoimento de uma testemunha ocular do crime, por mais que ela tenha presenciado o fato, constarão em seu depoimento suas impressões pessoais sobre o que viu e ouviu e, por consequência, a sua interpretação sobre o fato ocorrido será subjetiva e pessoal.

E mesmo no momento da ocorrência do fato, a verdade absoluta poderá ser relativa, pois, ocorre uma mistura de supostas verdades. O que poderá ser determinado, neste momento, é a certeza legal e social (costumes) de que a ação ou omissão é criminoso.

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade do juiz encontrar no acervo probatório a verdade absoluta tão desejada por alguns teóricos do Direito penal, bem como, desejada pela sociedade que clama por esta suposta justiça.

Mas, ainda, é salutar a observação sobre os diferentes tipos de provas. Algumas provas juntadas aos autos do processo penal, aproximam-se mais da certeza probatória, outras mostram apenas indícios sobre o fato criminoso. Porém, mesmo àquelas que são praticamente condenatórias, incontestáveis e que não geram dúvidas, mesmo estas não apresentarão uma verdade absoluta, mas sim irão acrescentar na certeza processual.

Em suma, conclui-se que ***a prova é um instrumento que leva ao processo informações que fundamentam o Direito Judiciário. Estas informações fundamentam às razões diversas apresentadas pelas partes. E com o acervo probatório, desenvolvido pelo Devido Processo Legal, uma certeza processual é construída. E, por fim, esta certeza processual, construída pelas inserções de informações e pela busca da verdade objetiva e racional, será a fundamentação da razão do juiz que sentenciará.***

NOTA

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela UNIFENAS. Especialista em Direito Processual Civil pela UGF. Pós-graduanda em Ciências Penais pela PUC/MG. Mestranda em Direito Processual pela PUC/MG. Membro da Comissão OAB vai à Escola. Integrante da equipe Junqueira Sampaio Advogados.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

¹ DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo: Uma investigação Crítica sobre a Verdade Fática Construída através do Processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p.p 1-36 e 57-77.