

# EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROBATÓRIO NO DIREITO CANÔNICO: BREVES COMENTÁRIOS

Carmela Dell'Isola

## SUMÁRIO

*Introdução. 1 – Antes do Decreto de Graciano. 2 – No Decreto de Graciano. 3 – Nas Decretais de Gregório IX. 4 – No Codex Iuris Canonici de 1917. 5 – No Codex Iuris Canonici de 1983. Conclusão. Bibliografia.*

## Introdução

A linha diretriz do instituto da prova impele-nos a uma passageira, mas primordial, reflexão sobre a importância da disciplina no ordenamento processual. Segundo o magistério de Chiovenda<sup>1</sup>, a prova é “figura entre os problemas vitais do processo”. Assim, a realização do Direito material em juízo depende da prova dos fatos alegados pelos interessados para que possam alcançar o objetivo desejado.

A prova é tratada, em grau de importância, nos juízos eclesiásticos, tendo em vista que circunstância momento central da declaração do juiz.

Nos procedimentos eclesiásticos, desde a época que antecedeu as Decretais (Graciano e Gregório IX), o instituto se fez presente, embora não se revestisse da mesma propriedade verificada nas legislações modernas. Daremos uma visão geral da evolução do sistema probatório no Direito Canônico desde o período que precedeu Graciano, passando pela discussão de como o instituto se fez presente no tempo de Graciano e de Gregório IX, para então darmos um panorama geral do instituto da prova no *Corpus Iuris Canonici* de 1917, bem como no atual ordenamento canônico promulgado em 1983.

Em linhas gerais, explanaremos na ordem a seguir: antes de Graciano, em Graciano, nas Decretais de Gregório IX, no Código Canônico de 1917 e no Código de 1983.

## 1 – Antes do Decreto de Graciano

Segundo Gaudemet - linha adotada e apontada por Aloísio Surgik<sup>2</sup> ao desenvolver sua tese de doutoramento, “A origem da Conciliação” – para identificar o processo canônico naquela época anterior a Graciano, e diante das escassas informações a respeito, pudemos verificar que, praticamente, inexistia nos primeiros séculos do cristianismo um sistema processual. As regras processuais eram as adotadas pelo processo civil do Baixo Império, quando necessário fosse.

<sup>1</sup> GIUSEPPE CHIOVENDA. Istituzioni di diritto processuale civile. Vol. I, pág. 375.

Volvendo-nos, particularmente, às provas, estas não obedeciam a qualquer regramento. De forma liberal, o bispo, que era o juiz, seguia os ditames expressados no Direito Romano. O *onus probandi* cabia à parte que alegava a pretensão.

Informa Aloísio Surgik<sup>3</sup>, apoiando-se em Gaudemet, que o julgador “podia pedir esclarecimentos ou prescrever a prestação de algumas provas, porém não podia tomar a iniciativa das mesmas”. Em pouco tempo esta norma foi substituída pela denominada prova legal.

A idade mínima das testemunhas era de 14 anos, sendo imprescindível que oferecessem garantias de moralidade. Em contrapartida, as pessoas que morassem com o acusador, que fossem inimigas de qualquer das partes, as subornadas, processadas, excomungadas e hereges estavam impossibilitadas de prestar seu testemunho.

O falso testemunho não era acolhido. A punição restringia-se à excomunhão.

## 2 – No Decreto de Graciano

Na metade do século XII, o acervo de normas e coleções foi organizado pelo monge Graciano com o objetivo de estabelecer a sistematização das leis e coleções eclesíásticas, a *Decretum Gratiani*, como foi denominada posteriormente.

O Decreto de Graciano sofreu acentuada influência romanística, particularmente na destinada ao instituto processual. O autor pouco se ocupou do processo. Estabeleceu a matéria no Decreto, em três fases, sendo que a de instrução (“con alcune prove”)<sup>4</sup> estava prevista na intermediária, antecedida pela de introdução (com a citação e a contestação da lide) e sucedida pela de definição (com a sentença).

No Decreto não são considerados todos os meios de prova. Sobressaem-se os que propiciam a moral e a responsabilidade espiritual, razão pela qual restaram proeminentes o juramento e a prova testemunhal.

O juramento para Graciano, como assevera Della Rocca<sup>5</sup>, é um meio instrutório de extrema importância, razão pela qual é acompanhado de numerosas regras. Adota o princípio fundamental que *jurare non est peccatum*. A regra dominante é a da responsabilidade espiritual, do pecado que pode decorrer de tudo que se expõe. Ela fixa os piores casos de perjúrio, bem como as condições que devem ser observadas para que resulte garantido, de um ponto de vista moral, o bom funcionamento desse meio de prova, fazendo inclusive com que ele apareça menos como meio especificamente instrutório e mais como instrumento de uso judiciário.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> ALOÍSIO SURGIK. A origem da Conciliação. 1984, pág.160.

<sup>3</sup> Op. cit. (rodapé 2), pág. 160.

<sup>4</sup> Cf. FERNANDO DELLA ROCCA. Saggi di diritto processuale canonico. Padova, Cedan, 1961, pág. 207.

<sup>5</sup> Op. cit. (rodapé 4), pág. 214.

<sup>6</sup> Cf. DELLA ROCCA. Op. cit. (rodapé 4), pág. 214-216.

O Decreto de Graciano aponta, entre os maiores casos de perjúrio, *sophistice jurans*, e de conluio *per lapidem vel aliam creaturam jurat falsum*.<sup>7</sup>

Com relação à prova testemunhal, Graciano procura valorizar esse meio de prova com argumentos de caráter teológico e moral e leva em consideração, particularmente, os aspectos da capacidade da testemunha e de sua credibilidade.<sup>8</sup>

Algumas normas diretamente morais quanto à capacidade do testemunhante, quanto à credibilidade das testemunhas (típica do Direito Canônico) e, também, regras menos relacionadas com a moral, foram adotadas por Graciano e utilizadas não só na doutrina e na jurisprudência dos tempos que o sucederam, mas também na legislação posterior a ela até o advento do *Codex*. Esclarece Della Rocca<sup>9</sup> que esses critérios sofreram progressivas atenuações em seu conteúdo puramente moral e houve a consolidação paralela de seu conteúdo propriamente técnico-jurídico.

### 3 – Nas Decretais de Gregório IX

As Decretais de Gregório IX foram promulgadas em 1234, revogando todas as compilações anteriores, exceto o Decreto de Graciano. As provas, na denominação *De probationibus*, eram tratadas no Título XIX, composto de 15 capítulos.

Prevaleceu o princípio do processo escrito, ou seja, todos os atos praticados, sob pena de nulidade, deveriam ser escritos por pessoa devidamente autorizada, inclusive as provas produzidas. A fase probatória inaugurava-se após a *litis contestatio* e só se fazia necessária a produção das questões contraditadas.

Os meios probatórios contemplados pelo texto legal eram: documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial.

Nos limiares de Aloísio Surgik<sup>10</sup>, as testemunhas poderiam ser recusadas por impedimento ou suspeição. Poderiam servir de prova apenas as decorrentes de testemunho clássico e irrefragável, alcançando a prova decisiva, ou seja, a prova plena, se firmada pelo consenso de duas testemunhas clássicas. A prova semiplena dependia de juramento, por determinação do juiz ou por pedido da parte adversa. O testemunhante deveria prestar juramento. A parte que se revestia do *onus probandi* ficava desonerada da obrigação no caso de confissão do acusado.

A fase probatória encerrava-se com a *conclusio in causa*, que ocorria após a comunicação às partes do resultado das provas, momento a partir do qual não poderiam mais propô-las, dando início à fase de julgamento, com a prolação da sentença pelo juiz.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Cf. DELLA ROCCA. *Op. cit.* (rodapé 4), pág. 215.

<sup>8</sup> Cf. DELLA ROCCA. *Op. cit.* (rodapé 4), pág. 217-218.

<sup>9</sup> Cf. DELLA ROCCA. *Op. cit.* (rodapé 4), pág. 217.

<sup>10</sup> *Op. cit.* (rodapé 2), pág. 189.

<sup>11</sup> Cf. ALOÍSIO SURGIK. *Op. cit.* (rodapé 2), pág. 189.

## 4 – No *Codex Iuris Canonici* de 1917

Por ocasião do Concílio Vaticano I (1869-1870), muitos bispos pleiteavam uma nova coletânea de leis para que se pudesse atender, eficazmente, a cura pastoral do Povo de Deus. A tarefa foi assumida pelo papa Pio X, em 1903. O trabalho, pelo qual se organizou o direito então vigente, foi coordenado pelo cardeal Pietro Gasparri e concluído em 12 anos.

Com o falecimento de Pio X em 1914, o ordenamento foi promulgado pelo seu sucessor, Benedito XV, em 27/05/1917, no Dia de Pentecostes. A Constituição *Prudentissima Mater Ecclesiae* entrou em vigor na festa religiosa, em 19/05/1918.

Foi o primeiro Código, no sentido formal uma vez que seguiu o rigor técnico, pois até então só havia compilações - considerado como “momento jurídico”. O *Codex* de 1917 foi dividido em cinco partes, com destaque para o Livro IV que trata do Processo (cânones 1.552 a 2.194), com duas fases distintas: a da *instructio* e a da *discussio*. As provas, por seu turno, estão previstas no Título X, nos cânones 1.747 a 1.836.

O processo canônico, todo escrito, por tradição é redigido em língua latina. As perguntas e os depoimentos apresentados pelas testemunhas e coisas semelhantes são escritos em língua vulgar (cânone 1.642).

A declaração das partes é tratada fora do título geral das provas, que objetiva o esclarecimento do Direito controvertido (cânones 1.742 a 1.746). A confissão judicial das partes, por seu turno, é colocada no título das provas (cânone 1.750).

O sistema de produção das provas adotado pela Igreja na investigação da verdade é inquisitório. No processo canônico, normalmente as testemunhas são apresentadas pelas partes, mas nada impede que o promotor de justiça e o defensor público também o façam, se assim convier à causa. Essa prerrogativa também pode ser utilizada pelo juiz, de ofício, sempre que se trate de testemunhas menores ou a elas equiparadas, bem como quando o bem público o exija (cânone 1.759).

A inquirição da testemunha é feita pelo juiz, por seu delegado ou pelo auditor, presente sempre o notário (cânone 1.773). Podendo o autor, o réu, o promotor de justiça e também o defensor do vínculo apresentar ao juiz os artigos ou as perguntas sobre as quais deve ser interrogada a testemunha.

O juiz pode admitir ou recusar a testemunha que comparecer espontaneamente, conforme lhe parecer conveniente. A recusa será indiscutível quando a testemunha objetiva procrastinar a realização dos trabalhos ou molestar de qualquer modo a justiça ou a verificação da verdade (cânone 1.760). De ofício, o juiz deve excluir a testemunha que se revestir de qualquer impedimento (cânone 1.764), podendo, o seu testemunho, ser considerado como indício de prova, sendo ouvidas normalmente sem juramento (cânone 1.758).

A testemunha poderá ser obrigada a prestar juramento *ueritatis dictionum* (cânone 1.768), ao final da sua declaração, mesmo que tenha prestado o juramento de dizer a verdade, a critério do juiz, que considerará a gravidade da questão e as circunstâncias ensejadoras do depoimento.

A prova pericial também integra o ordenamento de 1917, nos cânones 1.792 a 1.805. Compete ao juiz designar os peritos nas causas que dizem respeito ao bem público (cânone 1.793). Esse meio de prova também pode ser requerido por ambas as partes ou apenas por uma delas, desde que a outra concorde. Mediante juramento, o perito cumprirá a tarefa conferida (cânone 1.797), devendo atender ao especificado no decreto proferido pelo juiz, que determina os pontos ensejadores de esclarecimentos (cânone 1.799).

A inspeção judicial é determinada pelo juiz, por decreto (cânone 1.806). Pode ser requerida pelas partes<sup>12</sup> e, mesmo nas causas de caráter privado, o juiz pode determinar a inspeção de ofício, sem anuência dos litigantes. A inspeção judicial afeta coisas móveis, imóveis, pessoas e lugares. O fim imediato é obter melhor evidência das coisas, conhecer melhor o valor a ser atribuído às provas, bem como pleno conhecimento, pelo juiz, das questões atinentes à causa.

O *Codex Iuris Canonici* de 1917 previu a presunção como meio de prova (cânones 1.825 a 1.828). O cânone 1.825, em seus parágrafos, divide a presunção em: (a) presunção *iuris*, que compreende: *iuris tantum*, admissão de prova em contrário, e *iuris et de iure*, proibição da produção de prova contrário; (b) presunção *hominis*, pessoal do juiz, não expressa no Direito.

O *onus probandi*, à presunção *iuris*, compete à parte que não a tivesse a seu favor (cânone 1.827). A presunção *hominis*, se gravíssima, não exclui a produção de provas e o ônus compete à parte contrária que deve provar.

Após a conclusão da fase instrutória não se admitem novas provas, exceto nas causas que não produzem efeito de coisa julgada, de documentos descobertos posteriormente ou de testemunhas que não puderam ser apresentadas por impedimento legítimo. Admitida pelo juiz, este deverá decretar a sua produção, ouvida a parte contrária, a quem é concedido prazo conveniente para dela conhecê-la e defender-se.

Sempre que a revelação de algum ato processual ensejava prejuízo às partes, os juízes e os auxiliares do tribunal estavam obrigados a manter sigilo *ad perpetuam*, mesmo acerca das discussões afluídas (cânone 1.623), inclusive no juízo penal.

Da mesma forma, tal prerrogativa pode ser exigida, pelo juiz, das testemunhas, dos peritos, das partes e de seus advogados ou procuradores, mediante juramento de guardar segredo, quando o processo puder incorrer em fama, discórdia, escândalo ou situações similares (cânone 1.623, parágrafo 3).

Durante a instrução da causa perante o tribunal, as pessoas estranhas à relação processual não podem permanecer na sala, exceto as que o juiz entender necessárias para o desenvolvimento do processo (cânone 1.640). As partes, por seu turno, não podem assistir aos depoimentos das testemunhas, salvo se o juiz entender de forma contrária (cânone 1.771).

As provas devem ser publicadas antes da discussão da causa e da sentença (cânone 1.858). As secretas assim permanecem, ou seja, não são publicadas.

A publicidade das provas tem a finalidade imediata de propiciar às partes, aos procuradores e advogados o exame dos autos, para então prepararem a defesa e rebaterem as provas produzidas.

<sup>12</sup> A Rota Romana previu, no parágrafo 166.

## 5 – No *Codex Iuris Canonici* de 1983

Em 1959, o papa João XXIII anunciou pela primeira vez ter decidido reformar o *Corpus* então vigente da leis canônicas, promulgado que fora em 1917. Cerca de 14 anos depois, veio a lume o atual Código, promulgado em 25 de janeiro de 1983 pelo papa João Paulo II, que nessa data - e no quinto ano de seu pontificado - subscreveu a respectiva “Constituição Apostólica”.

O *Codex Iuris Canonici* vigente é composto de sete livros. O último volta-se ao processo, que, efetivamente, pouca alteração sofreu frente ante o *Codex* revogado. O sistema probatório, ao seu turno, sofreu mudanças.

Vigora, no processo canônico, o princípio da escritura - “*quod non est in folio non est in mundo*”, ou seja, todos os atos processuais devem ser realizados por escrito (cânone 1.472).

A prova tarifada foi excluída do atual ordenamento. O cânone 1.608 consagra a liberdade do juiz quanto a formar sua consciência em face das provas. Vigora o sistema do livre convencimento motivado ou por persuasão racional. Como está no cânone, o que se requer do juiz é a “certeza moral sobre a questão a ser definida pela sentença”. Deve julgar as provas conforme sua consciência, salvo prescrições da lei sobre o valor de algumas provas.

A postura adotada pelo Código revogado de deixar fora do título geral das provas as declarações judiciais das partes ensejou discussões na doutrina e na jurisprudência: as que não consistiam em confissões judiciais seriam verdadeiras provas. O *Codex* vigente solucionou a questão, dispondo as declarações judiciais das partes no título geral das provas e, como uma espécie destas, as confissões judiciais.

A prova documental é tratada no capítulo imediatamente após ao dedicado às “Declarações das Partes”. Ao contrário do *Codex* revogado, no qual esse meio de prova era previsto após a confissão das partes, prova testemunhal, pericial e reconhecimento judicial.

Além dos meios de prova apontados acima, prevalece no atual ordenamento a prova testemunhal (cânones 1.547 a 1.573), pericial (cânones 1.574 a 1.581), a inspeção judicial (cânone 1.582 a 1.583) e as presunções (cânones 1.534 a 1.586).

O depoimento das partes passou a ser obrigatório quando a questão for de interesse público, independentemente de ter sido pedido por qualquer das partes (cânone 1.530). Ao ser ouvida, a parte presta juramento que consiste na “invocação do nome de Deus como testemunha da verdade não se pode fazer, a não na verdade no discernimento e na justiça” (cânone 1.199), onde restou suprimido o juramento supletório, o estimatório, o decisório das partes, previstos no *Codex* revogado.

Embora dependa da aprovação do julgador (cânone 1.581, parágrafo 1), o atual ordenamento canônico acolhe a possibilidade de cada parte nomear seu perito (peritos privados). E, a prova pericial deixou de ser obrigatória nas causas de não consumação matrimonial, como era exigido no ordenamento revogado (cânone 1.976)

## Conclusão

O processo canônico visa primordialmente à salvação da alma, que é o escopo ultraterreno da Igreja. As provas, figura estritamente processual, inserem-se num contexto histórico. Na Idade Média, seguindo a evolução natural, especialmente no Direito Canônico, o juiz deixa de ser mero espectador e passa a ser protagonista relevante na relação processual.

O sistema das Decretais aboliu o sistema das Ordálias, em que o juiz era vinculado pelo resultado, e deu-se valor à prova tarifada.

O *Codex* de 1917 adotou o sistema da prova tarifada ou legal. A divisão era feita em prova plena e semiplena. O processo era todo escrito, havendo necessidade da preservação das provas. Era relevante a colheita secreta das provas, posteriormente abertas às partes dando ensejo às alegações finais.

O processo canônico, neste ordenamento inclinado na investigação plena da verdade, era nitidamente inquisitório. O juiz não tinha liberdade para valorar a prova, firmava sua convicção por elementos externos. Após a conclusão da causa não poderiam ser produzidas novas provas, salvo em casos especificados.

O *Codex* de 1983, colocado entre as legislações modernas, primeiramente acaba com a secular prova tarifária, às rédeas com o ônus objetivo da prova, ou seja, “quem alega prova”. É livre o convencimento do juiz - motivado pela persuasão racional e apreciadas as provas, pode julgar.

Persiste no *Codex* o poder inquisitório do juiz. Deve se revestir da certeza moral para julgar. Desponta o importante papel do juiz delegado no Direito Canônico, pois a ele compete colher as provas.

Comporta esse Código os meios de prova, desde que sejam lícitos. O primeiro meio de prova citado é o denominado “Declaração das partes”, que contempla o depoimento pessoal para obter a confissão. A confissão, por sua vez, não faz prova plena, exceto em casos de bem público. As partes são convocadas de ofício pelo juiz ou a requerimento de uma das partes e são comprometidas a dizer a verdade, sob juramento. A recusa de responder fará com que o juiz meça o que este silêncio trará como consequência.

Qualquer pessoa pode ser testemunha, exceto as que estiverem impedidas. São inquiridas, via de regra, na sede do juízo.

A prova documental, a pericial, a inspeção e a presunção também integram os meios de prova no Direito Canônico.

A descoberta da falsidade da prova após ter sido proferida a decisão, e no caso em que sem essa prova a parte dispositiva da sentença não possa sustentar-se, por ser considerada injusta, poderá ser objeto de pedido de restituição *in integrum*.

Dúvidas não restam de que o *Código Canônico* de 1983 representa um grande avanço em relação ao *Código* anterior, sobretudo em matéria processual e de especial modo no que tange ao sistema probatório adotado.

## Bibliografia

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Vol. I. Ed. Jovene, Napoli

DELLA ROCCA, Fernando. *Saggi di diritto processuale canonico*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1961

FAÍLDE, Juan José García. *Nuevo Derecho Procesal Canónico*. 3ª edición, Publicaciones Univesidad Pontificia de Salamanca

POMPEDDA, Mario F. *Studi di Diritto Processuale Canonico*. Giffrè Editore, 1995

REYNÉS, Lorenzo Quintana. *La prueba en el procedimiento canónico*. Espanha, 1943

SALVADOR, Carlos Corral & José Mª Urteaga Embril. *Dicionário de Direito Canônico*. Loyola, SP, 1993

SURGIK, Aloísio. *A origem da conciliação (tese de doutoramento)*, 1984

### Códigos consultados

*Código de Derecho Canonico*. Edición bilingue comentada per los profesores de derecho Canonico de la Universidad Pontificia de Salamanca. 5ª ed., Madrid.

*Código de Direito Canônico*. 10ª ed., Totus Tuus, Loyola, 1997.

### Outros

Roteiro de aula do Professor José Rogério Cruz e Tucci (Curso de Pós Graduação - “História do processo canônico”) e anotações de aula - 07/11/97.