

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

**RECONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DA PROVA
NO PROCESSO PENAL**

MARIA FERNANDA DE SOUZA SALES
BELO HORIZONTE
2017

Maria Fernanda de Souza Sales

<http://lattes.cnpq.br/5012661228582114>

**RECONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DA PROVA NO
PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, da Universidade FUMEC, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Coorientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

Belo Horizonte

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S163r Sales, Maria Fernanda de Souza, 1986-
Reconstrução constitucional do instituto da prova no
processo penal / Maria Fernanda de Souza Sales. – Belo
Horizonte, 2017.
97 f. ; 29,7 cm

Orientador: Sérgio Henriques Zandona Freitas
Coorientador: Luís Carlos Balbino Gambogi
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2017.

1. Processo penal - Brasil. 2. Prova (Direito) - Brasil.
3. Verdade. I. Título. II. Freitas, Sérgio Henriques
Zandona. III. Gambogi, Luís Carlos. IV. Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde.

CDU: 343.1(81)



NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas _____

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi _____

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho _____

Prof. Dr. Lucas Moraes Martins _____

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro _____

MESTRANDA: MARIA FERNANDA DE SOUZA SALES

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“RECONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DA PROVA NO
PROCESSO PENAL”**

NOTA: (100) *Cem pontos* _____

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 11/07/2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por sempre me abençoar e proteger, e pela oportunidade que aqui se concretiza.

Agradeço a minha família, em especial a minha avó Maria de Oliveira, pelas intercessões a Deus e orações, e a minha mãe, Lourimar de Souza, pelos incentivos materiais, emocionais e espirituais, sem o quais essa conquista não se efetivaria.

Agradeço aos magistrados José Martinho Nunes Coelho e Guilherme Sadi, e aos Promotores de Justiça, Defensores Públicos e servidores que passaram pela 3ª Vara Criminal de Belo Horizonte nos últimos dez anos, porque, sem dúvida, foram as maiores fontes de exemplo e inspiração para esse estudo.

Agradeço aos professores que tive, que me mostraram o quanto é árduo, porém gratificante, o magistério; e à Universidade FUMEC, de que com orgulho faço parte e da qual nunca pretendo me afastar.

Agradeço aos meus alunos da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais e aos meus estagiários do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pela lealdade, pelo afeto e, principalmente, pelo aprendizado mútuo.

Agradeço aos amigos da vida, pelo apoio e presença constantes (até na ausência física), e aos colegas do mestrado que se tornaram amigos especiais, Luiza Farhat, Thais Campos e Tamer Fakoury, por termos sempre compartilhado alegrias e realizações, mas também angústias e dificuldades.

Por fim, registro meus sinceros agradecimentos ao meu orientador, Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas, e ao meu coorientador, Professor Doutor Luís Carlos Balbino Gambogi, pelo brilhantismo e extraordinários profissionalismo, cordialidade, generosidade e carinho, além dos ensinamentos - de Direito e de vida - transmitidos, desde os tempos da graduação.

“A prova é o coração do problema do julgamento.”

(Francesco Carnelutti)

RESUMO

O presente trabalho científico tem como propósito analisar o instituto da prova no Direito Processual Penal brasileiro, uma vez que se trata de providência indispensável à efetividade do processo e forma única de reconstrução da realidade fática que se pretende levar ao conhecimento do Poder Judiciário. O enfoque do escrito é a adequação do instituto da prova ao atual Estado Democrático de Direito e a análise crítica da perspectiva subjetiva dos envolvidos na produção e utilização da prova no processo. A fim de viabilizar o enfoque principal, serão abordados alguns pontos que se colocam como conceitos prévios fundamentais à análise do assunto. Assim, na estruturação, apresenta-se formalmente a investigação em sete capítulos: no primeiro se introduz o assunto a ser abordado neste estudo; no segundo, situa-se o instituto da prova no ordenamento jurídico constitucional; o capítulo terceiro trata propriamente da prova; no capítulo quarto a pesquisa enfoca a apreciação da prova; o capítulo quinto enfrenta a questão da verdade; e o sexto capítulo aborda a perspectiva da subjetividade dos participantes do processo. Como encerramento, são apresentadas as considerações finais sobre a temática. Para o presente trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, buscando-se abordar a questão destacada. O foco hermenêutico terá como marco teórico o Processo Penal Constitucional no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Processual; Instituto da Prova; Verdade; Subjetividade; Reconstrução fática.

ABSTRACT

This scientific work has the scope to analyze the evidence institute in Brazilian Procedural Criminal Law, as it is essential to the process effectiveness and the only way to rebuild the factual reality that is intended to inform the judiciary. The focus of the writing is the adequacy of the test institute to the current Democratic Rule of Law and the critical analysis of the subjective perspective of those involved in the production and use of evidence in the process. In order to make possible the main focus, some points will be addressed as fundamental concepts for the analysis of the subject. Thus, in the structuring, the research is formally presented in seven chapters: the first introduces the subject to be approached in this study; In the second, the institute of evidence is placed in the constitutional legal order; The third chapter deals properly with the proof; In chapter four the research focuses on the appreciation of the proof; The fifth chapter faces the question of truth; And the sixth chapter addresses the perspective of the subjectivity of the participants in the process. As closing, the final considerations on the subject are presented. For the present study, it was used the literature and the deductive method, seeking to address the outstanding issue. The hermeneutic focus will have as theoretical framework the Criminal Constitutional Process in the Democratic Rule of Law.

Keywords: Procedural Law; Evidence Institute; Truth; Subjectivity; Factual Reconstruction.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§	– Parágrafo
art.	– Artigo
arts.	– Artigos
CADH	– Convenção Americana de Direitos Humanos
CP	– Código Penal
CPC	– Código de Processo Civil
CPP	– Código de Processo Penal
CR/88	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
HC	– <i>Habeas corpus</i>
p.	– Parágrafo
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TJMG	– Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PRINCIPOLÓGICO DA PROVA	13
2.1 ACESSO À JURISDIÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL	15
2.2 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	16
2.3 PRINCÍPIOS COMPLEMENTARES RELEVANTES AO ESTUDO DA PROVA .	19
3 O INSTITUTO DA PROVA	21
3.1 GESTÃO DA PROVA.....	24
3.2 MEIOS DE PROVA	27
3.2.1 Prova pericial	29
3.2.2 Interrogatório e confissão	31
3.2.3 Declarações do ofendido e depoimentos testemunhais.....	35
3.2.4 Reconhecimento de pessoas e coisas e acareação	40
3.2.5 Documentos e indícios	42
3.2.6 Busca e Apreensão e outros meios de obtenção de prova.....	44
3.3 O INQUÉRITO POLICIAL	48
3.4 PRODUÇÃO E RESTRIÇÕES À PROVA	52
3.5 OBJETOS E ÔNUS DE PROVA	57
3.6 A PROVA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	61
4 A APRECIÇÃO DA PROVA	68
4.1 SISTEMA LEGAL OU TARIFADO.....	69
4.2 SISTEMA DA CONVICÇÃO ÍNTIMA, CERTEZA MORAL OU LIVRE CONVICÇÃO	70
4.3 SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL OU LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	71
5 A PROVA E A VERDADE	76
6 O ENTRAVE DA SUBJETIVIDADE	81
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
REFERÊNCIAS	90

1 INTRODUÇÃO

O Processo Penal brasileiro é o segmento do Direito Público que regulamenta o exercício do poder sancionador do Estado. Para tanto, é necessária uma atividade retrospectiva da história do delito, o que se efetivará pelo instituto da prova. Quando se pensa em prova, portanto, deve-se ter em mente que se trata de providência indispensável para que o magistrado conheça o fato trazido pelas partes e a este aplique o Direito, com uma construção participada dos afetados.

No Brasil, a persecução penal se divide em três etapas, que são a investigação do fato aparentemente delituoso, a ação penal, e, em caso de condenação ou absolvição imprópria, a execução da pena ou da medida de segurança atribuída à parte ré. Desde o primeiro momento, de investigação administrativa, são colhidos elementos para retratar os fatos que originaram a providência, o que pode levar a um processo judicial, com admissão de mais elementos, e culminar na análise da inocência ou culpabilidade do réu.

Para a apuração da responsabilidade penal, mister que o julgador tenha certeza quanto à prática de um crime e sua autoria, o que se dá pelas provas. Pode-se dizer que a função do instituto jurídico da prova é formar a convicção do julgador sobre os elementos necessários ao provimento da decisão judicial acerca dos fatos.

O presente estudo, para o qual utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, tem como ponto de partida o exame do instituto da prova de acordo com o Estado Democrático de Direito e abarca a questão da verdade e da subjetividade dos envolvidos na apresentação, produção, e utilização da prova no Direito Processual brasileiro.

Para situar o leitor, cabível expor que no Direito Processual Penal há diretrizes gerais a respeito das provas, nos artigos 155 a 157 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41), e previsões específicas nos artigos seguintes, 158 a 250, do mesmo Código - em diante nomeado CPP. Ressalte-se, ainda, que, dada a importância e a essencialidade do instituto para o processo, a especificação de provas é requisito da denúncia.

O problema principal do tema encontra-se instalado na aplicação constitucionalizada do instituto e na subjetividade dos envolvidos na relação processual, o que aponta para a relativização do conceito de verdade, e permite a

discussão da “existência da verdade” no mundo e no processo, o que será destrinchado em capítulo próprio. Estuda-se a interferência do estado cognitivo e psíquico dos participantes do processo, registrando-se a possibilidade de que o próprio julgador se veja psicologicamente contaminado por fato pretérito de sua própria vida, ou mesmo por seus valores e princípios morais, o que não deveria interferir na sua decisão.

A temática da prova é das mais importantes no Direito Processual Penal, porquanto é o que permite, a todos os envolvidos no processo, a reconstrução fática daquilo que aconteceu no passado, e que está sendo questionado e discutido no presente, dentro dos autos. A pesquisa do tema-problema é, pois, de extrema importância para a sociedade e para o meio jurídico, porquanto busca analisar as provas em uma perspectiva constitucional e subjetiva.

É impensável aplicar o Direito a casos concretos em neutra subsunção do fato à norma, ou seja, sem que se percorra as vias da interpretação. É necessário se ter consciência de que, para a atividade interpretativa humana, no processo e no julgamento - os quais dependem das provas -, a subjetividade interfere sobremaneira, não só na aplicação de normas jurídicas, mas também na reconstrução de fatos.

A sociedade se organiza e desenvolve de acordo com o contexto político, social e econômico temporal. Assim, a estruturação, os pensamentos e sentimentos, sociais, individuais e coletivos, interferem na busca pela reconstrução de fatos e no ato de julgar. O magistrado, partindo de um fato, precisa chegar a uma conclusão com base no que foi democraticamente construído pelas partes no processo, sem deixar de ser técnico, para não permitir a vulnerabilidade do sistema.

Sugere-se, pois, que, em razão da subjetividade na colheita, apresentação e apreciação das provas, não existe uma verdade. Sugere-se, ainda, que o julgador pode ser contaminado pela sua própria referência moral e psíquica, e ainda exsurge o fato de que é possível a existência de “falsas” provas, as quais exemplifica-se com “falsas memórias”, ou seja, produto de fantasia, de partes, vítimas e testemunhas. E o julgador, humano que é, nem sempre pode identificar ou interferir em situações de falsas provas no processo. Ainda, ocorre de o magistrado emprestar sua subjetividade ao procedimento em diversos momentos decisórios que antecedem a sentença, o que pode vulnerar o sistema.

Com o presente estudo, portanto, busca-se construir raciocínio a demonstrar a sistemática do instituto da prova no Direito Processual Penal Brasileiro e sua reconstrução constitucionalmente elaborada, abordando-se a interferenciada subjetividade dos envolvidos no processo.

Para tanto, será realizada análise normativa e principiológica, como ponto de partida, englobando os conceitos necessários ao início da compreensão do tema-problema; serão analisadas as formas de produção, os ônus, a gestão e a apreciação das provas no Direito Processual Penal Brasileiro; e será adentrado nos meios de prova e meios de obtenção de prova em espécie, verificando-se as espécies de prova existentes no ordenamento jurídico; será identificada a influência da subjetividade das pessoas envolvidas na produção e gestão das provas.

Registre-se que, em que pese a abordagem processual penal do instituto da prova, serão utilizados como complementares conceitos de Teoria Geral do Processo e de Processo Civil, em razão destas disciplinas terem base teórica mais ampla e de subsidiarem o Processo Penal, além de contar o Processo Civil com filtragem constitucional mais recente, dada a edição do novo código em 2015 pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Como metodologia será utilizada pesquisa bibliográfica, constituída de livros e artigos científicos. As fontes principais de consulta consistirão a) na legislação brasileira; b) em jurisprudência; c) em obras de autores da área de Direito Constitucional e Direito Processual Penal; d) em artigos publicados sobre o assunto. Serão trazidas à análise teorias e posicionamentos acerca do assunto em estudo, a fim de elucidar o tema-problema.

O foco hermenêutico terá como marco teórico o Processo Penal Constitucional no Estado Democrático de Direito, este compreendido como Estado baseado na soberania e na vontade do povo e guiado por normas jurídicas (princípios e regras) que asseguram respeito a direitos humanos individuais e sociais e a liberdades individuais, além de preverem garantias para o exercício desses direitos e limitarem o poder do Estado.

É nesse cenário que se enquadra o estudo, ora pretendido, do instituto da prova, de sua reconstrução sob o aspecto constitucional, e da subjetividade humana que nela interfere. A presente investigação, dessa forma, insere-se na linha de pesquisa de Esfera Pública, Legitimidade e Controle, que integra a área de concentração de Instituições Sociais, Direito e Democracia, do Programa de Pós-

Graduação em Direito da Universidade FUMEC - Fundação Mineira de Educação e Cultura.

2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PRINCIPOLÓGICO DA PROVA

De acordo com o magistério de Humberto Ávila, a distinção entre as espécies normativas pode ser feita pelo seu significado frontal e pelo modo como prescrevem o comportamento. Assim, as regras representam a dimensão comportamental da norma, os princípios a dimensão finalística e os postulados o viés metódico.

As regras constituem normas imediatamente descritivas, porque estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, porquanto determinantes da realização de um fim juridicamente relevante. Os postulados são normas metódicas, por estruturarem a interpretação e a aplicação de princípios e regras mediante a exigência de relações entre elementos com base em critérios (ÁVILA, 2008, p. 181).

Conforme Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito e, conseqüentemente, como normas jurídicas, as quais, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico (DIAS, 2004, p. 121).

Destaque-se aqui o estudo dos princípios institutivos e informativos do Processo Penal, insculpidos na Constituição de 1988, e das suas respectivas garantias que, vistos sob o prisma do Estado Democrático de Direito, devem nortear a produção da prova no Processo Penal Brasileiro.

Inclui-se no destaque as garantias judiciais mínimas asseguradas aos indivíduos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), a qual foi criada em 1948, após a Segunda Guerra Mundial, esta encerrada em 1945, quando a humanidade passou a se preocupar com a convivência internacional pacífica entre as pessoas e com a igualdade e dignidade dos cidadãos.

Uma vez ratificado o tratado pelo Brasil, em 25 de setembro de 1992, por meio do Decreto nº 678, as normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos passaram a ter valor supralegal, motivo pelo qual ora recebe realce. As garantias judiciais estão previstas em seu art. 8º, *in verbis*:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente,

independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (BRASIL, 1992).

Depreende-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos traz expressamente os princípios e garantias do devido processo legal, acesso à jurisdição, contraditório, ampla defesa, juiz natural, presunção de inocência, segurança jurídica e publicidade, apontando alguns desdobramentos e consequências destes.

Aury Lopes Júnior sustenta que são cinco os princípios que regem a matéria probatória: jurisdição, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, e livre convencimento motivado (LOPES JR., 2012, p. 117).

Registre-se brevemente, para evitar adentrar em assunto que merece estudo próprio, que, embora seja usual a utilização dos termos princípios e garantias como sinônimos, princípios se distinguem de garantias na medida em que estas são os meios aptos a assegurar aqueles. Dessa forma, se é direito do indivíduo ser tido como inocente até o julgamento, o devido processo legal é a garantia do exercício desse direito.

2.1 ACESSO À JURISDIÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Extrai-se da Constituição de 1988 a garantia fundamental dos indivíduos ao devido processo legal constitucional e à inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional, ao prever no inciso XXXV, do artigo 5º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” com a condição de que, conforme inciso LIV, do artigo 5º, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Trata-se do acesso à jurisdição e do conseqüente devido processo legal, que representam o efetivo direito de ação e de defesa. O direito de toda pessoa ter acesso ao Poder Judiciário para postular tutela preventiva ou reparatória relativamente a um direito, individual, difuso, ou coletivo, é ponto de partida para as demais garantias processuais.

Todos os cidadãos têm a prerrogativa de formular uma pretensão e de se defender amplamente perante um juiz, para se ter um pronunciamento final, com possibilidade de reexame da decisão e com respeito ao contraditório e à paridade de oportunidades das partes no processo.

José Afonso da Silva defende que compõem o ciclo das garantias processuais o devido processo legal, o direito de acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa. Assim, há um processo, e não mero procedimento, porque seguidas as formas instrumentais adequadas para que o Estado entregue a prestação jurisdicional ao jurisdicionado em conformidade com os imperativos da ordem jurídica (SILVA, 2016, p. 434-435).

Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra situam o devido processo legal e o direito de acesso à justiça como garantias da tutela constitucional dos princípios fundamentais do processo, que, ao lado da tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e da jurisdição constitucional, formam o Direito Processual Constitucional. Desse modo, o devido processo legal é uma fórmula, um conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais indispensáveis ao concreto exercício da jurisdição e que também salvaguardam o próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Os professores consideram que no devido processo legal insere-se o direito ao procedimento adequado, assim entendido como aquele conduzido sob o pálio do contraditório e de acordo com a relação de Direito Material controvertido. Assim, a fórmula se desdobra em "rico leque de garantias específicas", dentre as quais insere-se Juiz Natural, contraditório, ampla defesa, isonomia processual, publicidade, motivação, vedação de provas obtidas por meios ilícitos (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2015, p. 78-85).

O devido processo legal norteia o ordenamento jurídico brasileiro, porque se traduz no alinhamento dos procedimentos aos princípios processuais e constitucionais. Dele decorre o mecanismo para o Estado exercer o direito exclusivo de aplicar uma sanção penal: o processo. Noutra viés, assegura que o processo deva necessariamente observar a legalidade, pressuposto do Estado Democrático de Direito. E é por causa dele que vigora a máxima de Ferrajoli *nulla poena, nullum crimem, nulla culpa sine iudicio* (FERRAJOLI, 1997, p. 538), que se traduz por não ser possível haver pena sem crime, e nem reconhecimento da culpabilidade sem processo.

2.2 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Prevê a Constituição, no artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL 1988).

O contraditório é o direito de informação e de participação. Dessa forma, é essencial que a prova seja submetida ao crivo do contraditório, ou seja, em um processo judicial, apresentada uma prova nos autos, é necessário dar ciência à outra parte, impedindo-se qualquer surpresa e possibilitando-se sua manifestação e, além, permitindo-se que ela tenha seus argumentos analisados. Uma vez produzida, a prova pode ser utilizada por todos os sujeitos do processo que a invocarem, independentemente de quem a tenha produzido, o que se chama de princípio da comunhão da prova.

Define Nucci que “a efetividade do contraditório no Estado Democrático de Direito está amparada no direito de informação e participação dos indivíduos na Administração de Justiça” (NUCCI, 2015, p. 377). E Sérgio Henrique Zandona Freitas bem delimita a questão:

Visando à elaboração de uma sentença participada no Estado Democrático de Direito, temos a técnica normativa de construção do procedimento em contraditório, com respeito ao modelo constitucional do processo, em que o juiz, aqui entendido como diretor dialogador do processo, de forma isenta (sem ideologias ou subjetivismos), oportunizará as partes não somente o dizer e o contradizer, mas o princípio da não surpresa representado este por oportunidades, em simétrica paridade, sobre os meios de prova, de defesa e de manifestação (direito de petição) em geral. (FREITAS, 2008, p. 177).

E na mesma linha se pronuncia Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo (GONÇALVES, 1992, p. 127).

Conforme lições de Rosemiro Pereira Leal, coextenso ao princípio do contraditório está o princípio da ampla defesa, a qual se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. E explica:

A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. É por isso que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova (LEAL, 2014, p. 198).

A ampla defesa é bipartida em defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica é aquela exercida por profissional capaz, qualificado e habilitado ao exercício da ação perante o Poder Judiciário. A autodefesa, como o próprio nome já aduz, é aquela exercida pela própria pessoa que está sob julgamento. Essa pessoa tem o direito de audiência e de presença, ou seja, deve ter a oportunidade de estar presente quando da colheita da prova oral e direito de ser interrogada pelo magistrado que a julgará.

O duplo aspecto da ampla defesa pode ser ilustrado pelo recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. AUTODEFESA. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. DÚVIDA ACERCA DA SITUAÇÃO DO RÉU NO MOMENTO DA OITIVA. NULIDADE NÃO CONSTATADA. RECURSO PROVIDO.

1. Não há violação do art. 619 do CPP quando o acórdão recorrido analisou todas as questões controvertidas postas pela defesa no recurso de apelação.

2. **O direito de presença - como desdobramento da autodefesa (que também comporta o direito de audiência) - assegura ao réu a possibilidade de acompanhar os atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado está preso, impossibilitado de livremente deslocar-se para o fórum.**

3. **Contudo, não se trata de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica - conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 -, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências de inquirição das testemunhas de acusação, por meio de carta precatória, não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato, dada a imprescindibilidade da comprovação de prejuízo e de sua arguição no momento oportuno. Precedentes do STF e do STJ.**

4. Inexiste registro de pedido do réu - solto no dia 30/3/2011 - de participar das audiências deprecadas e a nulidade não foi suscitada pela defesa na primeira oportunidade em que teve para falar nos autos.

5. Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do apelo defensivo. (BRASIL, 2016a, g.n.).

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, defesa é “toda atividade da parte acusada de oposição à atuação da pretensão punitiva”, pelo que o defensor é “o sujeito que realiza os atos em que consiste a defesa”. E ao explanar sobre a ampla defesa, afirma que a autodefesa tem um duplo viés. O primeiro sentido é de ser o próprio réu habilitado ao exercício da advocacia, podendo exercer sua defesa própria e também a sua defesa técnica. O segundo sentido é o de defesa material, exercida pelo próprio acusado que não seja advogado. Esta autodefesa, material, se alia à defesa formal, técnica, formando a ampla defesa (TOURINHO FILHO, 2013, p. 379).

O direito à defesa técnica, previsto no art. 8º da CADH, como já mencionado, é irrenunciável, pelo que o acusado pode contratar um advogado de sua confiança ou, não podendo ou não querendo, ter um defensor concedido pelo Estado, indicado pela autoridade responsável, que verifique hipossuficiência técnica ou financeira,

para que receba a devida assistência jurídica, e com ele possa se comunicar, principalmente antes do interrogatório. A presença do defensor é imprescindível, ainda que ausente, foragido ou revel o acusado.

Quanto ao direito à autodefesa, também previsto no art. 8º da CADH, anota-se que o acusado pode participar do processo colhendo e fornecendo informações por meio do advogado, e também pode postular para si nos pedidos relativos à execução da pena e à soltura, por meio de pedido de *Habeas Corpus*, que pode ser impetrado pelo próprio interessado ou por qualquer pessoa.

Dentro do direito de autodefesa está o direito de permanecer em silêncio e de não se autoincriminar. Significa que o réu pode ficar em silêncio, não respondendo à questões formuladas durante o interrogatório, sem que isso o prejudique ou faça presumir culpa. Sobre o interrogatório serão tecidas considerações mais específicas, neste trabalho, quando se tratará dos meios de prova.

2.3 PRINCÍPIOS COMPLEMENTARES RELEVANTES AO ESTUDO DA PROVA

A teor do artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da CR/88, “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988). Trata-se do princípio do juiz natural, o qual prevê a investidura do magistrado de acordo com norma constitucional e anterior ao cometimento do fato, ou seja, que o órgão jurisdicional esteja em atividade antes de o fato ser levado à juízo.

Também rege o Processo Penal brasileiro o princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da CR/88, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Esse princípio remete à acusação o ônus de provar que uma pessoa não é inocente; controla a possibilidade de restrição ou privação da liberdade dos indivíduos, o que somente deve ocorrer como última opção e em casos de extrema necessidade; e, em última análise, garante que, em caso de dúvida sobre a existência e prática de um delito por alguém, este seja absolvido, após o devido processo legal. Acerca do ônus da prova, haverá tópico próprio adiante.

São normas inerentes ao devido processo penal, as de que a prova oral deve ser colhida em uma só audiência, perante o juiz, o qual, em regra, deverá proferir

juízo, a teor dos princípios da concentração dos atos, da imediatidade, e da identidade física do juiz, respectivamente. O último consta na redação do art. 399, §2º, do CPP, qual seja, “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (BRASIL, 1941).

Ainda, cumpre ressaltar que o interrogado tem também os direitos de não se autoincriminar e de não fazer prova contra si mesmo, conforme explícito no Pacto de São José da Costa Rica. Estes se efetivam por meio do direito ao silêncio, o qual não significa confissão, e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Trata-se de regra disciplinada no art. 186 do CPP, que prevê que após devidamente qualificado e cientificado do teor da acusação, o acusado será informado pelo magistrado, antes de iniciar o interrogatório, de que pode permanecer silente e deixar de responder perguntas que lhe forem formuladas (BRASIL, 1941).

Consubstanciado pelo artigo 5º, inciso LX, da CR/88 está o princípio da publicidade dos atos processuais, só podendo a lei restringi-la quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. E as decisões judiciais deverão ser sempre públicas e fundamentadas, a teor do art. 93, inciso IX, da CR/88, que determina “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, com a ressalva de que pode a lei “limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988). Acerca da motivação e fundamentação das decisões judiciais serão tecidas considerações adiante.

O princípio da proibição de prova ilícita encontra previsão no artigo 5º, inciso LVI da CR/88, que dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Este princípio, e as demais restrições à prova, serão objeto de estudo detalhado no capítulo referente ao instituto da prova.

Observa-se que o direito à prova é inerente a todo indivíduo, porque essencial aos direitos de ação e de defesa. Dessa forma, o direito à prova é desdobramento do acesso à jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e está intimamente relacionado aos demais princípios tratados nesse capítulo.

3 O INSTITUTO DA PROVA

A temática das provas é bipartida na legislação processual penal. De início, há diretrizes gerais a respeito das provas, nos artigos 155 a 157 do Código de Processo Penal, ou seja, trata-se da Teoria Geral da Prova. Nos artigos seguintes, 158 a 250, do Código de Processo Penal, encontra-se previsão das provas em espécie. O instituto da prova está previsto formalmente no Título VII, a partir do art. 155 CPP. Inicia-se pelas disposições gerais, passando-se às disposições sobre o exame de corpo de delito e perícias em geral, interrogatório do acusado, confissão, ofendido, testemunhas, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, documentos, indícios, e, ao fim, da busca e apreensão.

A grande dificuldade de quem decide aprofundar-se no instituto da prova reside em dar ao instituto o conceito mais objetivo e adequado. Assim, ora apresenta-se conceitos relevantes formulados por estudiosos, em busca de, ao final, elaborar um conceito adequado à lei e aos preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Etimologicamente, a palavra prova é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar. No processo, a prova tem a finalidade prática de convencer o julgador. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado. A parte deve utilizar-se de meios juridicamente possíveis, dentro dos procedimentos previstos em lei, no momento adequado (GRECO FILHO, 2015, p. 196).

Já dizia Francesco Carnelutti que a prova consiste na “demonstração da verdade de um fato realizada pelos meios legais (modos legítimos)” (CARNELUTTI, 1979, p. 44).

Herlon Milagres, ao estudar o instituto da prova, concluiu:

A função da prova é materializar um fato não contradito pela parte, por exemplo, nas confissões. A demonstração da verdade perquirida através da prova decorre do fato de que as partes, via de regra, apresentam versões diferentes para os mesmos acontecimentos, incumbido a cada uma delas levar ao conhecimento do juiz, elementos (provas) que indiquem ou confirmem a veracidade de suas alegações. Ao julgador impõe-se o dever de apreciar, de acordo com a norma pertinente, o material probatório que lhe é apresentado, e expor na sentença, de forma fundamentada, todo o

caminho por ele percorrido até chegar à verdade sentenciada (MILAGRES, 2015, p. 16).

Para Aury Lopes Júnior, provas são os meios pelos quais se fará a reconstrução do passado de um determinado fato histórico, destinado a proporcionar conhecimento ao juiz (LOPES JR., 2012, p. 110).

Bem elucida Fernando da Costa Tourinho Filho o ato probatório:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, 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* (TOURINHO FILHO, 2013, p. 522).

Vale trazer à baila os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero:

A ideia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade. Realmente, a definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo “que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente”. Tem-se (ou tinha-se) essa ideia para a ampla maioria das ciências, e a ciência processual clássica não foge à regra. Também o juiz, no processo (de conhecimento), tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo; feito esse juízo de concreção da regra aos fatos, extrai-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador.

Ninguém duvida que a função do real (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a investigação dos fatos, no processo de conhecimento, ocupe quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema nos diversos códigos processuais que se aplicam no direito brasileiro. Se a regra jurídica pode ser decomposta em uma hipótese fática (onde o legislador prevê uma conduta) e em uma sanção a ela atrelada, não há dúvida de que o conhecimento dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a aplicação do direito positivo, sob pena de ficar inviabilizada a concretização da norma abstrata. Tamanha é a importância da verdade (e da prova) no processo, que Chiovenda ensina que o processo de conhecimento trava-se entre dois termos (a demanda e a sentença), por uma série de atos, sendo que “esses atos têm, todos, mais ou menos diretamente, por objeto, colocar o juiz em condições de se pronunciar sobre a demanda e enquadram-se particularmente no domínio da execução das provas”. Na mesma linha de pensamento, Liebman, ao conceituar o termo “julgar”, assevera que tal consiste em valorar determinado fato ocorrido no passado, valoração esta feita com

base no direito vigente, determinando, como consequência, a norma concreta que regerá o caso (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 296).

E vale colacionar, ainda, a contribuição de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos Cintra:

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta (*exfacto oritur jus*). Deduzindo sua pretensão em juízo, ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional.

As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não ser verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2015, p. 427).

Cumprir registrar que, em que pese a doutrina tradicional, representada por esses autores, falar em “fatos controvertidos” e assim suggestionar a existência de lide no Processo Penal, como ocorre no Processo Civil, esse entendimento não é pacífico. Jacinto Miranda Coutinho, a exemplo, entende que não há que se falar em “lide”, mas em “caso penal”, já que pode haver consenso entre a pretensão de punir e a aceitação da punição pelo acusado (COUTINHO, 2017).

Melhor elucidando, estando concordes as partes, não haveria nesses casos interesses conflitantes. É por isso que não haveria litígio ou lide. Outro ponto que se discute é o de que não poderia haver lide onde há um só litigante, pois o Estado é titular da pretensão de punir e também tutela o direito à liberdade.

De fato, há réus que reconhecem a prática delitiva e se julgam merecedores de pena. Contudo, ainda assim o direito de defesa é indisponível, uma vez que, mesmo que o acusado opte por silenciar-se, permanece titular desse direito, e a defesa técnica sempre deverá ser exercida. Desse modo, é possível se falar em litígio entre o direito de ação e direito de defesa. Assim resume Fernando da Costa Tourinho Filho: “Revela-se assim a lide penal por meio do binômio direito de punir

versus direito de liberdade. É portanto, *sui generis* o litígio penal (TOURINHO FILHO, 2013, p. 11).

Além dessas considerações, mister registrar que, conforme pode-se observar pelas transcrições supraexpostas, a definição clássica de prova relaciona-se diretamente à “verdade”, figura utilizada por muitos juristas sem preocupação com a sua essência, significado e subjetividade. Mas a idéia de verdade absoluta e imutável é incompatível com o universo humano.

Superando a doutrina clássica, Rosemiro Pereira Leal define que “provar é representar e demonstrar os elementos da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei”, e aprofunda:

Os meios de prova são lógico-jurídicos, porque indicados na lei para que se possa, valendo-se de conhecimentos, dos sentidos e técnica de demonstração, por via do intelecto, verbal ou expressamente, transportar os elementos de prova encontrados na realidade objetiva para o bojo dos autos do procedimento. Os meios (métodos) de prova são, portanto, argumentos e arguições lógico-jurídicos aptos à demonstração lícita da existência de elementos suscetíveis de sensibilização ou compreensão concernentes a ato, fato, coisa, pessoa. A prova, como instituto criado pela lei, instiga, à sua conceituação, reflexões nas dimensões do espaço, tempo e forma, em que o espaço seria a condição da existência do elemento de prova, o tempo seria o meio de consciência da existência do elemento de prova e a forma seria o modo de concretização instrumental (verbal ou documental) pela síntese explicativa cartularizada do meio e elemento de prova (LEAL, 2014, p. 169).

Em linhas gerais, até o presente momento desse estudo - já que será discutido adiante -, a prova pode ser compreendida como a demonstração da existência de um fato ou da procedência de uma alegação, e, na perspectiva do Direito Processual, a prova pode ser entendida como aquilo que se leva ao conhecimento do magistrado, na expectativa de convencê-lo de alegações, fatos ou atos processuais.

3.1 GESTÃO DA PROVA

O sistema acusatório vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média. A partir do século XIII entrou em declínio, dando lugar ao sistema inquisitivo, o qual foi adotado pelo Direito canônico e posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos

tribunais civis até o século XVIII. Contudo, após se disseminar por toda a Europa, passou a sofrer alterações com a modificação napoleônica, que instituiu o denominado sistema misto (LIMA, 2015, p.40).

No sistema inquisitorial, ou inquisitivo, o juiz, chamado inquisidor, faz a gestão das provas e delas tem total domínio. O papel das partes é mero apêndice à atividade probante do magistrado. O juiz propõe, produz e valora as provas, ou seja, acusa, defende, e julga, proferindo o veredito de acordo com os elementos que ele próprio arrecadou. Além disso, a acusação tinha caráter escrito e secreto.

A justificativa do sistema era a de que, com a ampla reconstrução dos fatos, por meio de indistinta atividade probatória, sem preocupação com meios e métodos, era possível a descoberta de uma verdade absoluta. Por isso o acusado era mero objeto do processo, não sendo tratado como sujeito de direitos, de modo que se admitia inclusive tortura para se obter uma confissão.

Sobre o assunto, assim resumiu Renato Brasileiro de Lima:

Como se percebe, há uma nítida conexão entre o processo penal e a natureza do Estado que o institui. A característica fundamental do processo inquisitório é a concentração de poderes nas mãos do juiz, aí chamado de inquisidor, à semelhança da reunião de poderes de administrar, legislar e julgar nas mãos de uma única pessoa, de acordo com o regime político do absolutismo. Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual (LIMA, 2015, p.39).

Lado outro, no sistema acusatório, de caráter oral e público, contrapõem-se acusação e defesa em igualdade de condições, sendo a estas sobreposto um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Há, pois, igualdade de sujeitos e separação das funções de acusar, defender e julgar. A prova é incumbência unicamente das partes - acusação e defesa - sendo o juiz mero espectador, apto a analisar a legalidade e a legitimidade do procedimento, para, ao final, dar seu veredito.

Em síntese:

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova (LIMA, 2015, p. 40).

A Constituição de 1988 acolheu expressamente o sistema acusatório, em seu art. 129, inciso I, que dispõe que “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

O sistema misto, de origem francesa, concretizado pelo “*Code d 'Instruction Criminelle français, de 1808*” consiste em uma fusão dos dois modelos anteriores. É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade (LIMA, 2015, p. 41).

O Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, trouxe características de sistema misto, em razão da previsão de que a persecução penal se inicia com o inquérito policial, de caráter claramente inquisitorial, e prossegue com a acusação, que obviamente é uma fase acusatória, na qual, interpretada à luz da posterior Constituição, de 1988, há expressa separação das funções de acusar, defender e julgar, assegurando-se o contraditório, a ampla defesa, e a presunção de inocência.

Aury Lopes Jr. defende que processo penal brasileiro é neoinquisitório, ao argumento de que “é uma inquisição reformada, na medida em que, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório” ressaltando que “não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório etc”. (LOPES JR., 2012, p. 361).

É mais adequada a posição que define o sistema brasileiro como misto, pelas razões supra expostas, e porque o procedimento administrativo - que é o inquérito - tem as características do modelo inquisitivo, e o processo tem caráter

evidentemente acusatório, mas com garantias aos indivíduos, o que se extrai, inclusive, da redação do art. 156, inciso II, CPP, *in verbis*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 2008).

Nota-se que, de acordo com o ordenamento brasileiro, ao magistrado é lícito produzir as provas que entender necessárias, não devendo aguardar como espectador do embate das partes. Isso traz implicações para o Processo Penal na medida em que a sua finalidade é a busca participada do que efetivamente ocorreu, e, para tanto, o magistrado pode realizar esforços colocados à sua disposição. O sistema probatório processual geral que rege o processo Penal Brasileiro, portanto, encampa os tradicionais sistemas acusatório e inquisitivo, razão pela qual pode ser bem denominado como misto.

3.2 MEIOS DE PROVA

Os meios de prova são as formas de demonstrar os fatos alegados. No Processo Penal Brasileiro, os meios de prova são amplos, e a lei traz rol exemplificativo, estabelecendo certos limites às partes e ao julgador, dos quais se tratará adiante.

As espécies e meios de prova nominados estão previstas nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal, vale dizer, prova pericial (art. 158 a 184), interrogatório (art. 185 a 196), confissão (art. 197 a 200), declarações do ofendido (art. 201), depoimentos testemunhais (art. 202 a 225), reconhecimento de pessoas e coisas (art. 226 a 228), acareação (art. 229 e 230), documentos (art. 231 a 238), indícios (art. 239), e busca e apreensão (art. 240 a 250) (BRASIL, 1941).

É possível, ainda, que se utilize meios de prova não disciplinados em lei, desde que sejam moralmente legítimos e não afrontem o próprio ordenamento, em observância ao preceito constitucional do inciso LVI, do artigo 5º, da CR/88, de que

“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

A esse respeito, vale transcrever as lições de Fredie Didier Junior, o qual indica meios de prova não tipificados expressamente na lei:

Ao lado dos meios de prova típicos, que contam com expressa previsão em lei, admitem-se os meios de prova atípicos, que não encontram sede legal. [...] São meios de prova atípicos, por exemplo, a prova estatística, a prova por amostragem, a prova cibernética e a reconstituição de fatos. São provas atípicas (inominadas), pois, com elas, se busca a obtenção de conhecimentos sobre fatos por formas diversas daquela prevista na lei para as provas chamadas típicas. E a ausência de disciplina legislativa exige que o juiz atente, no momento da sua produção, para os princípios que norteiam o direito probatório, sobretudo o princípio do contraditório. (DIDIER, 2015, p. 93-95).

Cumprido aclarar que o mencionado autor cita como prova atípica a reconstituição de fatos, contudo, em que pese valha tal regra não só para o Processo Civil, mas também para o Processo Penal, quando a reconstituição se tratar da reprodução simulada dos fatos pela autoridade policial, esta deve ser considerada típica, porque prevista no art. 7º do CPP.

Para sintetizar a diferença entre meios de prova e meios de obtenção de prova, vale colacionar os escritos de Gustavo Badaró:

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos”. (BADARÓ, 2016, p. 270).

Cabe ressaltar que a busca e apreensão é meio de obter prova, em que pese estar prevista no capítulo referente aos meios de prova. Registre-se, desde já, que o Projeto de Novo Código de Processo Penal, como será visto adiante, corrigirá tal detalhe, adequando-a ao seu correto título.

Notável que para a obtenção dos meios de prova, materializando-os, há caminhos estabelecidos na lei, como delação premiada, interceptações telefônicas e

a busca e apreensão, esta de procedimento expressamente previsto. Estes meios não são propriamente provas, mas caminhos para se chegar à prova.

3.2.1 Prova pericial

O magistrado, não possuindo conhecimentos técnicos de outras ciências, muitas vezes precisa se socorrer de pessoas que detenham conhecimentos especiais, técnicos, científicos, artísticos ou práticos, a respeito do objeto que se pretende analisar.

Para Milagres, o exame de corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, “a materialidade do crime, aquilo que se vê, apalpa, sente, em suma, pode ser examinado através dos sentidos”, e “uma espécie de perícia que abrange diversas outras subespécies” exemplificando-as com o exame necroscópico, a exumação, o exame perinecroscópico, o exame de lesões corporais; os exames de laboratório, o exame dos locais do crime, e os exames das armas de fogo (MILAGRES, 2015, p. 30).

A prova pericial é utilizada quando há ocorrência passível de exame técnico, pelo que se realiza a perícia, elaborando-se um laudo, no qual os peritos descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos eventualmente formulados pelo Ministério Público, assistente de acusação, ofendido, querelante ou acusado. O resultado da perícia é apresentado, nos autos, como prova.

Dispõe o art. 158 do CPP que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, contudo, ressalva o art. 167 do CPP que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta” (BRASIL, 1941). Nota-se, pois, que a prova pericial não é imprescindível, podendo ser suprida por outros meios de prova, a não ser que seja exclusiva.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. recorda a passagem da exposição de motivos do CPP de que “todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outras” (LOPES JR., 2016, p. 438).

Além do exame de corpo de delito, encontra amparo explícito no CPP, em seu art. 174, o exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra (BRASIL, 1941).

Há também, não previsto expressamente no CPP como meio de prova, mas usual no Poder Judiciário, o exame datiloscópico, por meio do qual, a partir da colheita de impressões digitais, realiza-se a identificação criminal da pessoa não identificada civilmente nos autos do processo. A ciência da Papiloscopia objetiva a identificação humana por impressões digitais (datiloscopia), palmares (quirosopia) e plantares (podoscopia) utilizando métodos técnico-científicos de análise das impressões.

O exame papiloscópico também pode servir à comparação de impressões digitais de documentos oficiais, em caso de pessoa civilmente identificada, a fragmentos papilares coletados em locais de crime e/ou em objetos envolvidos em operações delituosas.

Também está prevista a utilização de perícia em casos de crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ou por meio de escalada, casos em que os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado, a teor do art. 171 do CPP. Além disso, de acordo com o art. 172 do CPP, é possível a perícia para avaliação, direta ou indireta (esta mediante elementos existentes nos autos ou diligências), de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime, bem como, conforme art. 175 do CPP, “serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência” (BRASIL, 1941).

Encontra-se previsão, ainda, no CPP, no art. 173, que “no caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato” (BRASIL, 1941).

O magistrado, de ofício ou a requerimento das partes, poderá determinar a realização de exame complementar para dirimir dúvida sobre ponto relevante à formação de seu convencimento, ou mesmo ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, conforme artigo 181 do CPP (BRASIL, 1941).

Há, ainda, no contexto da prova pericial, de acordo com o CPP, a possibilidade de sua dispensa pelo juiz ou pela autoridade policial quando não for necessária ao esclarecimento dos fatos, salvo o caso de exame de corpo de delito, e, ainda que formulado laudo, o juiz não ficará a ele adstrito, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

3.2.2 Interrogatório e confissão

Como já exposto nesse estudo, aos acusados em um processo criminal é garantida a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A ampla defesa se desdobra em defesa técnica, exercida por profissional qualificado e habilitado ao exercício da advocacia, e autodefesa, exercida pelo próprio réu, que tem o direito de audiência e de presença, ou seja, deve ter a oportunidade de estar presente quando da colheita da prova oral e direito de ser interrogado pelo magistrado que lhe julgará.

Como já mencionando no estudo dos princípios atinentes à prova, é garantia judicial prevista no art. 8º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, norma equiparada à Constituição de 1988, o direito de toda pessoa a ser ouvida sobre uma acusação contra si, *in verbis*:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992).

A teor do art. 185 do CPP, “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado” (BRASIL, 1941). O interrogatório é, pois, o principal meio de autodefesa do acusado, e ato personalíssimo deste. Por isso, é individual, ou seja, havendo mais de um acusado, serão realizados os interrogatórios separada e sucessivamente.

O interrogatório pode ser visto, pois, por um duplo aspecto, ou seja, como meio de prova e como meio de defesa. Servirá para sustentar a culpabilidade ou a inocência do acusado, e irá nortear o sentir do magistrado que realizará o julgamento, seja para condenar, seja para absolver o réu.

A oportunidade de se defender é direito do réu, e jamais pode ser entendido como um dever. Antes de serem iniciados os questionamentos, a pessoa deve ser cientificada do seu direito de permanecer calada e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, bem como de que o silêncio não significa confissão, e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Assim, as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não o fazer deverão constar no termo de seu interrogatório.

O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz, o qual sempre analisará as provas em conjunto, confrontando-as, já que não há hierarquia entre elas. A confissão pode ser feita no interrogatório ou em outro momento processual, quando será tomada por termo nos autos, e pode ser divisível e retratável, conforme art. 197 a 200 do CPP (BRASIL, 1941). O acusado que confessa a prática do delito, ainda que parcialmente, tem direito à atenuante de pena se for condenado, a qual será considerada pelo magistrado ao dosar as penas.

O interrogatório deve ser o derradeiro ato da instrução do processo, e consiste em perguntas sobre a pessoa do acusado, para que ele seja qualificado, e sobre os fatos, os quais serão questionados ao acusado depois de ser ele cientificado do inteiro teor da acusação que pesa contra si, sempre resguardado o direito do réu de entrevista prévia e reservada com o seu defensor. Dessa forma, o interrogatório é composto de duas partes.

Na primeira parte dos questionamentos, o interrogando será perguntado sobre a “residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais”, a teor do art. 187, §1º, do CPP (BRASIL, 1941). O objetivo dessa primeira fase é permitir ao magistrado ter noção da posição social e cultural, da conduta e personalidade do acusado, e até mesmo para, em caso de condenação, analisar as circunstâncias judiciais devidas para a aplicação da pena.

Na segunda parte do interrogatório, a pessoa será perguntada se a acusação que lhe é feita é verdadeira. Caso afirme ser verdadeira, será perguntada sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quem são elas.

Se a primeira resposta para a segunda parte do interrogatório for negativa, o magistrado deve prosseguir com as indagações expressamente previstas no art. 187, §2º, do CPP, ou seja, arguindo se o interrogando tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; se conhece as provas já apuradas; se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas; se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; e se tem algo mais a alegar em sua defesa (BRASIL, 1941).

Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas, mais uma vez garantido expressamente seu direito à ampla defesa no momento da autodefesa. É o caso, por exemplo, de delatar um coautor, declinar pessoa que teria cometido o crime em seu lugar, ou apontar um álibi, sempre apresentando elementos que permitam ao julgador dar credibilidade à sua versão. Nesse caso, o juiz deverá analisar a verossimilhança das alegações, e, se entender pertinente, ordenar diligências e intimar testemunhas referidas para inquirir como testemunhas do juízo.

Quando o magistrado se der por satisfeito, oportunizará às partes fazer perguntas ao réu se for o caso de ser esclarecido algum fato, se o entender pertinente e relevante. E a qualquer momento, ao longo do processo criminal, antes da sentença, o magistrado, de ofício ou a requerimento das partes, poderá reinterrogar o acusado. A propósito, diante dessa norma, mesmo o réu revel pode ser interrogado em caso de comparecimento durante o curso do processo, ainda que encerrada a instrução.

Note-se, no direito do acusado a entrevistar-se prévia e reservadamente com seu advogado antes do interrogatório e na participação das partes e advogados neste ato nítido reflexo do sistema acusatório.

O art. 185 do CPP prevê, como regra, que a realização do interrogatório do réu preso se dê “em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido”, sendo que, excepcionalmente, pode ocorrer “por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”,

devendo ser “requisitada a apresentação do réu preso em juízo” nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar dessas formas (BRASIL, 1941). No Estado de Minas Gerais, por ausência de recursos tecnológicos e financeiros, a regra é de que o preso seja requisitado à Secretaria de Defesa Social, para ser apresentado nas dependências do Poder Judiciário, em data agendada pelo juiz, para acompanhar a colheita da prova oral e, ao final, ser interrogado.

A lei processual estabelece diretrizes para o interrogatório de pessoas com deficiência auditiva ou na fala, de pessoas não alfabetizadas e daqueles que não dominam a língua nacional, devendo, nos dois últimos casos, ser nomeado intérprete. Ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente; ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito; ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas; e caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo (BRASIL, 1941).

A título de registro, interessante mencionar que foi recentemente incluído nas disposições relativas ao interrogatório, pela Lei nº 13.257/16, demonstrando preocupação atual em se estabelecer diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância, que, estando a pessoa presa, deve ser colhida a informação sobre a existência de filhos, idades, se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos. Esta foi a última alteração do Código de Processo Penal até a presente data, e se justifica pela especificidade e relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e do ser humano.

Mister mencionar que pode haver outros dois momentos em que o réu tem a oportunidade de ser pessoalmente ouvido antes de iniciada a ação penal, os quais não estão incluídos nessas disposições, já que estas tratam do interrogatório em juízo, e aqueles de fase pré-processual.

O primeiro momento de contato pode ocorrer durante o Inquérito Policial, quando houver, que é um procedimento administrativo persecutório, informativo e prévio à ação penal. É um procedimento em que se busca materialidade e indícios de autoria de um crime. O Inquérito pode ter início por meio de um Auto de Prisão em Flagrante ou por Portaria da autoridade policial, que é o Delegado de Polícia,

diante do recebimento desta da notícia de crime. Não há que se falar em autor e réu, mas apenas em vítima e investigado. Se tratará do Inquérito Policial logo adiante.

O segundo momento em que é possível contato com a autoridade ocorre nos casos de prisão em flagrante. Toda pessoa presa deve ser apresentada ao magistrado, o qual decidirá acerca do seu direito de ir e vir. São decisões possíveis, pelo magistrado, diante da pessoa presa, o relaxamento de prisão, se verificar qualquer ilegalidade; a concessão de liberdade provisória, com eventual aplicação de medida cautelar alternativa à prisão para casos em que a restrição total da liberdade não se verificar necessária; ou a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

3.2.3 Declarações do ofendido e depoimentos testemunhais

As provas orais serão produzidas em uma só audiência de instrução e julgamento, que tem início com tomada de declarações do ofendido, passando à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado os casos de pessoas que residem em outra Comarca. Estas poderão ser inquiridas por meio de Carta Precatória, que consiste na depreciação do ato, do juiz da causa, para o juiz responsável por cumprir atos deprecados na Comarca de residência da pessoa a ser ouvida.

Ofendido é a denominação dada pela lei processual vigente à vítima de um delito. Testemunha é a pessoa que presenciou (testemunha presencial) ou teve conhecimento de fatos relacionados ao fato principal em apuração (testemunha indireta). Também podem ser arroladas, como testemunhas, pessoas que não presenciaram o fato mas pretendem atestar dados sobre a personalidade e a conduta social do réu (testemunha de conduta), circunstâncias estas que são utilizadas para dosar a pena.

Existem pessoas que não prestam compromisso de não mentir, em que pese saberem a respeito do fato, porque têm alguma relação de afeto ou proximidade com a parte ré, estas são chamadas informantes. São nomeadas testemunhas referidas as pessoas que foram mencionadas por outrem no seu depoimento e não constavam no rol de testemunhas originariamente elencado. Estas serão testemunhas do juízo, se assim entender pertinente o magistrado.

As disposições relativas ao ofendido foram incluídas no Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/08, demonstrando-se uma política criminal de preocupação não só com a punição do réu, mas com a preservação da integridade das vítimas de um crime. Foi prevista a possibilidade de o magistrado encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, as expensas do ofensor ou do Estado.

Incumbiu-se ao magistrado os deveres de reservar espaço separado para o ofendido quando da audiência, de comunicá-lo dos atos processuais (podendo ser por meio virtual), e de tomar as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem, podendo, até mesmo determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Outra importante inovação trazida pela Lei nº 11.690/08 foi a previsão da videoconferência como forma de colher o depoimento da testemunha ou do ofendido quando a presença do réu possa causar humilhação, temor, ou sério constrangimento e, na impossibilidade dessa forma, pode ser determinada a retirada do réu do recinto, permanecendo seu defensor.

Em contrapartida, o ofendido tem o dever de colaborar com a prestação jurisdicional, ainda que se trate de ação penal privada, e pode ser conduzido coercitivamente se, intimado, deixar de comparecer injustificadamente perante a autoridade. Ressalte-se que o mesmo pode ocorrer com as testemunhas, sob pena de se considerar a ausência injustificada como desobediência, cabendo, inclusive, a aplicação de multa, de um a dez salários mínimos, pelo magistrado a quem se desobedeceu.

Aury Lopes Jr. adverte, todavia, acerca da cautela necessária à análise das declarações do ofendido:

Deve-se considerar, inicialmente, que a vítima está contaminada pelo “caso penal”, pois dele fez parte. Isso acarreta interesses (diretos) nos mais diversos sentidos, tanto para beneficiar o acusado (por medo, por exemplo) como também para prejudicar um inocente (vingança, pelos mais diferentes motivos). Para além desse comprometimento material, em termos processuais, a vítima não presta compromisso de dizer a verdade (abrindo-se a porta para que minta impunemente). Assim, se no plano material está contaminada (pois faz parte do fato criminoso) e, no processual, não presta compromisso de dizer a verdade (também não pratica o delito de falso

testemunho), é natural que a palavra da vítima tenha menor valor probatório e, principalmente, menor credibilidade, por seu profundo comprometimento com o fato. Logo, apenas a palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório, e, se não houver prova robusta para além da palavra da vítima, não poderá o réu ser condenado. Contudo, a jurisprudência brasileira tem feito duas ressalvas: crimes contra o patrimônio, cometidos com violência ou grave ameaça (roubo, extorsão etc.); crimes sexuais. Nesses casos, considerando que tais crimes são praticados – majoritariamente – às escondidas, na mais absoluta clandestinidade, pouco resta em termos de prova do que a palavra da vítima e, eventualmente, a apreensão dos objetos com o réu (no caso dos crimes patrimoniais), ou a identificação de material genético (nos crimes sexuais). A palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (ainda que frágil), têm sido aceitas pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória. (LOPES JR., 2016, p. 473).

Após a oitiva da vítima, sendo ela qualificada e perguntada sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, e se tem provas a indicar, passa-se à inquirição de testemunhas. As testemunhas devem ser qualificadas da maneira mais completa possível e arroladas pela acusação - representante do Ministério Público ou querelante - na ocasião do oferecimento da denúncia ou da queixa-crime, e pela defesa, quando da resposta à acusação. Para não serem contaminadas umas pelas outras, é prevista a incomunicabilidade das testemunhas quando da audiência.

Na Justiça Comum, para o processo de crime cuja pena máxima cominada for igual ou superior a quatro anos, seguirá o rito comum ordinário, podendo ser arroladas até oito testemunhas para cada parte. No caso de crime cuja sanção máxima cominada for inferior a quatro anos, se seguirá o rito comum sumário, podendo ser arroladas até cinco testemunhas para cada parte. Não se computa nesse número as testemunhas referidas e as informantes (BRASIL, 1941). Há, contudo, exceções expressamente previstas em leis especiais, como na Lei nº 11.343/06 (Lei de Tóxicos), em que o número de testemunhas é sempre de cinco para cada parte (BRASIL, 2006).

No Tribunal do Júri, na instrução poderão ser ouvidas até oito testemunhas para cada parte, e em plenário, esse número é reduzido para cinco (BRASIL, 1941). No Juizado Especial Criminal, as testemunhas de defesa devem ser levadas diretamente à audiência de instrução e julgamento, não necessitando ser previamente indicadas, mas, caso seja necessária a prévia intimação, deverá o réu

apresentar requerimento para intimação, no mínimo, 5 dias antes da realização dessa audiência. Isto conforme art. 78, §1º, da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995).

De acordo com o CPP, toda pessoa (natural) poderá ser testemunha, desde que faça, sob palavra de honra, a “promessa de dizer a verdade” do que souber e lhe for perguntado. No entanto, para prestar esse compromisso, deve ter sanidade mental e não ser menor de quatorze anos. Somente poderão eximir-se de depor o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, a não ser que seja a única forma de reconstrução dos fatos. Essas e aquelas pessoas serão ouvidas na condição de informantes, não lhes sendo exigido o compromisso de não mentir. As demais devem ser advertidas das penas cominadas ao falso testemunho. A regra é, obviamente, bastante razoável e compreensível, dada a relação (parcial) de parentesco.

Observe-se que a própria lei processual menciona “verdade”, o que relativiza a conduta, já que a subjetividade interfere na interpretação dos fatos. Seria, assim, mais adequado, se falar em promessa de não mentir, ou promessa de expor a compreensão fático-real do que aconteceu no passado sem invenções ou deturpações do ocorrido.

As testemunhas são pessoas chamadas a depor para reproduzir conhecimentos de fatos passados que reteve na memória. Dessa forma, não pode ser confundida com o perito, porque este tem o dever de informar o magistrado sobre os dados extraídos da perícia realizada, com base nos elementos coletados do processo. Os peritos podem ser chamados a prestar esclarecimentos em juízo tão somente sobre os pontos tidos como controversos nos laudos por eles apresentados, diferentemente das testemunhas.

As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem e os depoimentos poderão ser tomados antecipadamente. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Algumas autoridades têm a prerrogativa de serem inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz, são elas: o Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os

prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembléias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo, conforme art. 221 do CPP (BRASIL, 1941).

Ainda no capítulo referente às testemunhas, o CPP prevê estas deverão comunicar ao juiz, dentro de um ano, qualquer mudança de residência, sujeitando-as, pela simples omissão, às penas do não-comparecimento, e disciplina a nomeação de intérprete para a testemunha que não conhecer a língua nacional, e o mesmo tratamento conferido ao acusado se a testemunha for muda, surda ou surda-muda.

A principal alteração referente à prova testemunhal, pela Lei nº 11.690/08, foi a adoção de procedimento que se aproximou dos institutos do Direito norte-americano denominados *direct examination* e *cross examination*, ou exame direto e cruzado. Significa que as perguntas devem ser formuladas diretamente pelas partes à cada testemunha por si arrolada e à cada testemunha arrolada pela outra parte, e, depois disso, sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

No modelo anterior, presidencialista, as perguntas eram dirigidas ao juiz para que por ele fossem reformuladas e feitas às testemunhas. Tal modelo encontra-se presente atualmente apenas no momento da instrução em plenário no procedimento do Tribunal do Júri, quanto às perguntas formuladas pelos jurados às testemunhas e ao acusado, as quais passam pela reformulação do juiz. Ao magistrado cabe apenas fiscalizar as perguntas, interrompendo a parte, se verificar abuso.

Nesse sentido, o voto do Ministro Og Fernandes, do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO EM CASOS EXCEPCIONAIS DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE AFETE A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. ROUBO QUALIFICADO. ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 226 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. 1. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de habeas corpus (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do writ nas instâncias

ordinárias. 2. Verificada hipótese de dedução de habeas corpus em lugar do recurso cabível, impõe-se o não conhecimento da impetração, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal. 3. **A Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado cross-examination, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz, os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.** 4. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes. Ademais, em tema de nulidades, vige o princípio pas de nullité sans grief (art. 563 do CPP), cabendo ao interessado demonstrar objetivamente o prejuízo suportado pelo ato que aponta como processualmente inválido, o que não ocorreu na hipótese. [...] (BRASIL, 2013, g.n.).

Depreende-se, também, desse julgado, que ilustra a jurisprudência majoritária, que a inversão na ordem da tomada dos depoimentos, disposta pela lei, deve ser vista à luz de uma interpretação sistemática, não sendo passível de configurar automática nulidade, exigindo, para tanto, a demonstração de prejuízo por parte da defesa.

Após a inquirição das testemunhas, se for o caso de ser produzida tal prova, realiza-se os eventuais esclarecimentos dos peritos (a depender de prévio requerimento das partes), acareações e reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, ao final, o acusado.

Registre-se que a vítima pode constituir advogado para figurar no feito como assistente de acusação, o qual receberá o processo no estado em que se encontra e será admitido quando já houver uma acusação. Por isso, não poderá arrolar testemunhas, já que o momento próprio para tal é o oferecimento de denúncia. Admite-se, todavia, que o assistente requeira que o juiz escute pessoas por ele indicadas como “testemunhas do Juízo”, já que, como dito, a lei permite que o juiz assim delibere.

3.2.4 Reconhecimento de pessoas e coisas e acareação

É possível que se pretenda, como prova, que pessoas ou coisas sejam apresentadas para alguém, a fim de serem submetidas à eventual reconhecimento ou afirmação de desconhecimento. Para a apresentação de pessoa ou coisa para quem se busca a resposta sobre conhecê-la, devem ser seguidas determinadas formalidades.

Conforme prevê o art. 226 do CPP, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será primeiramente convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida. Após, a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la. Cada pessoa chamada a fazer o reconhecimento fará a prova em separado e sem comunicar-se com outras testemunhas, e quem faz o reconhecimento tem a prerrogativa de não ser visto em caso de ser instado a reconhecer outra pessoa. De tudo será lavrado auto pela autoridade e por duas testemunhas presenciais (BRASIL, 1941).

Vale ilustrar com os dizeres de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarence Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:

As cautelas do art. 226 visam essencialmente a dar maior crédito à identificação da pessoa ou coisa; ou seja, feita a reconhecimento segundo os ditames legais, conterà ela grande poder de influir no julgamento da causa; desprezadas as formalidades, perderá bastante de seu vigor como prova, não se cuidando, contudo, de nulidade. O juiz poderá levar em conta o ato, dando-lhe a consideração que julgar adequada em face da falha ocorrida e no confronto com as demais provas produzidas. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2011. p. 196).

E nesse sentido se posiciona o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça mineiro, a exemplo dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO EM CASOS EXCEPCIONAIS DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE AFETE A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. ROUBO QUALIFICADO. ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 226 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. [...] 5. **A jurisprudência desta Corte é remansosa no sentido de que a inobservância das formalidades do reconhecimento pessoal não configura nulidade, notadamente quando realizado com segurança pelas vítimas em juízo, sob o crivo do contraditório, e a sentença vem amparada em outros elementos de prova. 6. Ademais, segundo a mesma orientação jurisprudencial, as disposições insculpidas no art. 226, do CPP, caracterizam recomendação legal, e não exigência. 7. Habeas corpus não conhecido.** (BRASIL, 2013, g.n.).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO DO RÉU PELA VÍTIMA - INOCORRÊNCIA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PALAVRA SEGURA DA OFENDIDA CORROBORADA PELA CONFISSÃO DO RÉU - RESPALDOS NOS AUTOS - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. 1. **A ausência das formalidades do art. 226 do CPP quando do reconhecimento realizado pela vítima não é motivo suficiente para tornar ilícita a prova assim obtida (precedentes).** Com tal observação, a palavra da ofendida que, além de reconhecer o réu como o autor do delito, ainda narra os fatos com riqueza de detalhes, constitui prova suficiente da autoria, especialmente quando corroborada pela confissão judicial do réu. 3. Recurso defensivo não provido. (MINAS GERAIS, 2016, g.n.).

A ausência da formalidade trazida pelo art. 226 do CPP, não é passível de gerar nulidade, sendo que o valor probatório do reconhecimento será analisado em sede de mérito. Os preceitos processuais dispostos no art. 226 do CPP, estabelecem recomendações, e não fundamentos para o devido reconhecimento.

Caso os depoimentos colhidos não tenham sido esclarecedores o suficiente, e havendo divergência em declarações sobre fatos ou circunstâncias relevantes, é possível o confronto das versões prestadas por acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas. O confronto se dá por meio da formulação de reperguntas às pessoas que forem chamadas a serem acareadas, objetivando-se esclarecer os pontos de divergência (BRASIL, 1941).

Para a acareação, as pessoas deverão ser colocadas, se possível, uma diante da outra, e tudo será reduzido a termo. Se ausente uma testemunha cujas declarações diverjam de testemunha presente, quando não importar em demora prejudicial ao processo e o magistrado entender conveniente, é possível a reinquirição e a expedição de carta precatória, para que se busque sanar os pontos de divergência.

3.2.5 Documentos e indícios

O indício está previsto no art. 239 do CPP, assim considerado como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (BRASIL, 1941).

A indução é um processo de organização do raciocínio que liga o que se conhece ao que ainda é desconhecido e permite obter novo conhecimento a partir de conhecimentos já adquiridos.

A mais clara e objetiva definição de indução (e da inversa dedução) é dada por Luís Carlos Balbino Gambogi, que ensina que dedução é o percurso em que o raciocínio vai das leis gerais para os fenômenos particulares, sendo a indução o caminho inverso. Acrescenta ainda que há as intuições, “misteriosas pontes entre o empírico e o racional” (GAMBOGI, 2005, p. 93).

A solução de uma questão, se em uma relação de causalidade, levar a uma única conclusão moral ou física, é um indício. Não se confunde com presunção e nem com suspeita. Suspeita é mera hipótese ou suposição, e pressupõe investigação. Presunção é uma conclusão, sobre algo, fundada em acontecimentos repetidos. É um instituto ligado à falta da condição de certeza sobre determinada situação de fato.

A Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura defende que a presunção, que não é meio de prova, decorre de uma operação intelectual, mediante raciocínio lógico, partindo de um fato para se chegar a outro fato não provado. A presunção é subjetiva, abstrata, genérica, enquanto o indício é objetivo, concreto, específico, pelo que ambos não se confundem (MOURA, 2009, p. 51).

Fernando Capez aduz que a presunção é conhecimento fundado sobre a ordem normal das coisas, e que dura até prova em contrário (presunções relativas), sendo que as presunções legais são absolutas e não admitem prova em contrário (CAPEZ, 2015, p. 466).

A conclusão de um raciocínio, para ser considerada indício, deve aparecer como resultado lógico imediato de um processo indutivo e, para se tornar prova, exige a dedução. Assim, os indícios, para lastrear a acusação, devem ser precisos, não solitários e concorrentes com os demais elementos em análise.

Em que pese a inequívoca disposição legal de indícios como meio de prova, deve-se ter cautela na sua consideração. A Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura traça alguns comentários relevantes sobre os indícios: a) o indício é algo que aponta, indica, mostra, diz sempre com o passado; b) Qualquer que seja o indício, o raciocínio utilizado é sempre o mesmo, levando a uma conclusão materialmente provável; c) não basta que os indícios apareçam em número plural, mas, analisados em conjunto, devem ser aptos a produzir a certeza moral sobre o fato investigado; d) quanto mais concordarem entre si e quanto maior for a sua relação de proximidade com o fato investigado; e) os indícios das marcas materiais do delito, extraídos,

precipuamente, da perícia, podem indicar cientificamente o meio, tempo, lugar e, até mesmo, a autoria da infração (MOURA, 2009, p. 25).

Ainda como meio de prova, o CPP elenca os documentos. De acordo com o art. 232 do CPP são considerados documentos “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis públicos ou particulares” (BRASIL, 1941).

Guilherme de Souza Nucci explica o conceito de documentos da seguinte forma:

a) escritos: papéis contendo a representação de palavras ou de ideias através de sinais; b) instrumentos: papel pré-constituído para a formação de prova, como, por exemplo, o recibo; c) papéis: de valor residual, todos os demais conteúdos gráficos, desenhos, ilustrações. (NUCCI, 2015, p. 124)

Julio Fabbrini Mirabete traz conceito mais moderno, englobando meios eletrônicos, de que “a prova documental não se limita ao escrito em que há uma representação indireta daquilo que se quer provar, pois existem as provas fotográficas, fonográficas, cinematográficas e a feita por videograma, em que a representação é direta”. (MIRABETE, 2008, p. 312).

Em que pese a importância da prova documental, algumas vezes ela não é suficiente para a formação do convencimento do magistrado acerca dos fatos, seja por ausência de atestado de veracidade, ou mesmo por incapacidade técnica do juiz, de modo que pode ser determinada a perícia no documento.

3.2.6 Busca e Apreensão e outros meios de obtenção de prova

A busca, para apreensão, poderá ser domiciliar ou na própria pessoa. A teor do art. 240 do CPP, proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; apreender pessoas vítimas de crimes; colher qualquer elemento de convicção. Quanto à busca

pessoal, essa ocorrerá quando alguém oculte consigo bens descritos acima (BRASIL, 1941).

A busca domiciliar deve ser executada durante o dia, salvo consentimento, e quando não realizada por autoridade policial ou judiciária, deverá ser precedida da expedição de mandado por ordem judicial, de ofício ou mediante requerimento. O mandado deve conter o detalhamento da diligência, bem como sua justificativa, e prever eventual ordem de prisão. A busca pessoal independerá de mandado no caso de prisão, quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Para fins de busca domiciliar, em habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade, o executor do mandado deve mostrar e ler o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o a abrir a porta. Em caso de desobediência, ou ausentes os moradores, será arrombada a porta e forçada a entrada, sendo legítimo o uso de força contra coisas existentes no interior do domicílio para o descobrimento do que se procura. De tudo deverá ser lavrado auto circunstanciado, a ser assinado pelo executor com duas testemunhas presenciais, e, no caso de ausência do morador, se houver vizinhos, estes serão intimados a acompanhar a diligência.

Em atenção à dignidade da pessoa humana, em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência e a busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

Merece destaque, também como meio de prova, a colaboração premiada, com espécies e modalidades previstas em diversas leis esparsas, tais quais Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos); Lei nº 9.296/96 (extorsão mediante sequestro); Lei nº 9.807/95 (crimes do sistema financeiro e contra a ordem tributária); Lei nº 9.613/98 (lavagem de capitais); Lei nº 9.807/99 (proteção às testemunhas); e Lei nº 11.343/06 (entorpecentes). Contudo, a colaboração foi disciplinada e regulada pela Lei nº 12.850/13, que é a chamada Lei de Combate às Organizações Criminosas, a qual revogou a Lei 9.034/95, que versava sobre o mesmo assunto.

A colaboração premiada, de acordo com o Ministério Público Federal, pode se dar de duas formas. A primeira possibilidade é aquela em que “o criminoso revela informações na expectativa de, no futuro, tal cooperação ser tomada em

consideração pelo juiz quando da aplicação da pena”. A segunda possibilidade é aquela em que “o criminoso entra em acordo com o Ministério Público, celebrando, após negociação, um contrato escrito. No contrato são estipulados os benefícios que serão concedidos e as condições para que a cooperação seja premiada” (BRASIL, 2017).

A colaboração, sob as diversas formas previstas na legislação, pode ser compreendida como o auxílio de um cidadão ao Estado, o qual pode lhe conceder vantagem por isso. A colaboração consiste no fornecimento de informações relevantes acerca da materialidade e autoria de um delito, por autor, coautor ou partícipe do próprio crime que delata, ou de outro crime. Não obstante, eventuais condenações não podem se fundar apenas nas declarações do agente colaborador.

Como vantagens ao colaborador, se condenado, estão previstas na legislação pátria redução de penas privativas de liberdade, substituição destas por penas restritivas de direitos, progressão de regime e até mesmo perdão judicial, com a extinção da punibilidade. Isto conforme forem as suas circunstâncias pessoais, as características do fato criminoso, e caso a colaboração leve à identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização; a prevenção de infrações penais; a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Renato Brasileiro de Lima distingue os semelhantes institutos explicando que colaboração premiada é gênero, do qual a delação premiada é espécie:

Há quem utilize as expressões colaboração premiada e delação premiada como expressões sinônimas. Outros doutrinadores, todavia, preferem trabalhar com a distinção entre delação premiada e colaboração premiada, considerando-as institutos diversos. A nosso ver, delação e colaboração premiada não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas - nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento de corrêu). Só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. (LIMA, 2015, p. 384-386).

A razão de ser do prêmio à colaboração é estimular, além da confissão, o êxito na apuração de crimes, principalmente naqueles em que não for obtida prova inequívoca por outros meios, o que poderia levar à impunidade dos agentes.

Também merece registro a possibilidade de se violar a privacidade pessoal para fins de obtenção de prova. Nos termos do art. 5º, inciso XII da CR/88, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 1988). A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 foi editada para regulamentar a questão.

Nota-se que a garantia à inviolabilidade e sigilo de dados e das comunicações (inclusive em sistemas de informática e telemática, conforme a referida lei) não é um direito absoluto e deve ser preterido quando necessário à elucidação de crimes. A obtenção de prova por interceptação será permitida, mediante autorização prévia judicial, se houver indícios razoáveis da autoria ou participação no crime, se não for possível a obtenção da prova por outros meios, e se o fato investigado for punível com pena de reclusão.

A interceptação informática e telemática é sigilosa e feita a partir do momento em que for determinada pela autoridade judicial, porque as companhias telefônicas não podem gravar as conversas realizadas entre os seus clientes. Importante mencionar que a interceptação não se confunde com a quebra de sigilo de dados, inclusive telefônicos, e cadastrais, a qual alcança fatos passados e dados que podem ser armazenados, já que os recursos tecnológicos utilizam esses artifícios nos dias atuais. Ambos se tratam de eficazes mecanismos para se obter prova, em que pese violar a intimidade dos envolvidos.

Renato Brasileiro de Lima define interceptação e a diferencia de escuta e gravação:

Sob o ponto de vista da Lei nº 9.296/96, interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. A expressão deve ser compreendida como o ato de captar a comunicação telefônica alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal comunicação. É da essência da interceptação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica alheia.

Não se deve confundir interceptação com escuta telefônica, nem tampouco com gravação telefônica. A interceptação ocorre sem o conhecimento dos

interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captado por um terceiro; na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da ingerência de um terceiro na comunicação; a gravação telefônica é a captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro. (LIMA, 2015, p. 723).

Há outra técnica especial de obtenção de prova, prevista, por exemplo, na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) e na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), chamada de ação controlada. Trata-se de estratégia permitida - no caso de envolver drogas é necessária autorização judicial -, consistente no monitoramento de pessoas supostamente integrantes de organização criminosa, com o retardamento da intervenção para o momento mais oportuno ao objetivo da ação. Nesse caso, o interesse público na persecução penal de graves delitos justifica a ação controlada em detrimento a outros direitos fundamentais.

Ainda para busca de prova e desmantelamento de organizações criminosas, tem-se o mecanismo da infiltração de agentes. Renato Brasileiro de Lima simplifica as características do agente infiltrado como sendo agente policial; de atuação de forma disfarçada, ocultando-se a verdadeira identidade; com prévia autorização judicial; de inserção de forma estável, e não esporádica, nas organizações criminosas; com o ato de fazer-se passar por criminoso para ganhar a confiança dos integrantes da organização; e pelo objetivo de identificação de fontes de provas de crimes graves. (LIMA, 2015, p. 796).

Há que se atentar, ainda, para a necessidade de haverem indícios de autoria e provas da materialidade do delito, bem como indispensabilidade da infiltração para obtenção da prova, conforme ocorre com as outras técnicas especiais de investigação.

3.3 O INQUÉRITO POLICIAL

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 144, estabelece que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida por meio da Polícia Federal; Polícia Rodoviária Federal; Polícia Ferroviária Federal; Polícias Civis; Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (BRASIL, 1988).

A Polícia Militar tem por função a preservação da ordem pública e a polícia ostensiva, ou seja, por meio de agentes uniformizados, fardados e identificados,

objetiva evitar a ocorrência de crimes, pela simples ação de presença, e reprimi-lo caso aconteça na atividade de policiamento. A Polícia Federal e a Polícia Civil são as Polícias Judiciárias, a quem incumbe investigar a ocorrência de infrações penais, exceto as militares, cuja investigação é atribuída à própria corporação. Dessa forma, a Polícia Judiciária, na pessoa do Delegado de Polícia, é a responsável por presidir o Inquérito Policial.

O Inquérito Policial é o procedimento administrativo informativo, inquisitivo e sigiloso, que exige a forma escrita, destinado a investigar a materialidade e indícios de autoria de um crime. Assim, é um subsídio para a ação penal. A partir dos indícios de ser uma pessoa autora do crime que se apura, esta passa a figurar como investigado. Observe-se que não há litígio, porque não há propriamente um autor do procedimento.

Já que se trata de procedimento administrativo, em regra presidido pela polícia judiciária, que exerce função administrativa, e não jurisdicional, o contraditório e a ampla defesa são diferidos para eventual fase processual. É possível que o procedimento seja presidido por outras autoridades administrativas, como nos casos de Comissões Parlamentares de Inquérito e Inquéritos Policiais Militares.

A investigação deverá ocorrer no local onde se consumou o crime. O inquérito policial pode iniciar-se de ofício pelo delegado, para dar início às investigações a partir da notícia de um crime, mediante requisição da autoridade judiciária, do Ministério Público, ou do Ministro da Justiça, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. A instauração de inquérito de ofício ocorre por Portaria baixada pela autoridade para investigar um suposto delito, ou por meio do Auto de Prisão em Flagrante, que é o ato pelo qual a autoridade, na presença de quem é conduzida a pessoa detida, formaliza a prisão em flagrante, podendo ou não a ratificar ao final.

O CPP prevê, em seus artigos 6º e 7º, providências a serem tomadas pela autoridade policial que investigar um crime:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública (BRASIL, 1941).

Os resultados de tais providências poderão, futuramente, ser usados como prova na ação penal, entretanto, conforme o artigo 155 do CPP, é vedado ao magistrado proferir sentença condenatória fundamentada exclusivamente nas provas produzidas no inquérito policial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas dada a natureza do procedimento. Ademais, vale ressaltar que o inquérito policial não é indispensável para a propositura da ação penal, sendo dispensável quando já se houver apurado a materialidade e encontrado indícios de autoria do crime (BRASIL, 1941).

Nota-se que o inquérito permite formação de convicção pela autoridade policial e pelo próprio Promotor de Justiça sem o contraditório e a ampla defesa, porque, em que pese o direito do investigado de constituir defensor para acompanhá-lo, este não pode nem sequer formular perguntas e indicar provas durante a investigação. O caráter inquisitivo do inquérito, dessa forma, torna assimétrica a paridade entre acusação e defesa desde o nascedouro do procedimento.

A esse respeito, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro defende que o juiz da fase processual não deveria ter contato com as investigações, e que, como a fase de investigações é desprovida de contraditório, após o recebimento da denúncia

deveriam ser os autos de inquérito excluídos fisicamente dos autos principais. Assim, o julgador seria afastado da “prova não contraditada”, permitindo o contraditório diferido apenas das provas irrepetíveis, como pode ocorrer com provas periciais (RIBEIRO, 2013, p. 213).

E de acordo com o art. 21 do CPP, quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir, o magistrado pode decretar a incomunicabilidade do indiciado, por até três dias, podendo ele se comunicar somente com o advogado (BRASIL, 1941). Essa concessão pouco contribui para a defesa do réu, em razão da limitada atuação do profissional.

O prazo para a conclusão do inquérito, conforme o art. 10 do CPP, será de dez dias se o réu estiver preso, e de trinta dias se estiver solto, podendo ser dilatado pelo juiz, após ouvido o Ministério Público (BRASIL, 1941). Na Polícia Federal, o prazo é de quinze dias se o indiciado estiver preso, prorrogável por mais quinze. Nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, previstos na Lei nº 11.343/06, o prazo é de trinta dias se o réu estiver preso e noventa dias se estiver solto, prorrogável por igual período, o que se justifica pela presumível complexidade das investigações (BRASIL, 2006).

Concluídas as investigações, o Delegado de Polícia encaminhará ao Juízo responsável o Inquérito Policial, encerrado pelo despacho de indiciamento. Então, o representante do Ministério Público o analisa e tem duas opções possíveis: oferecer denúncia ou pedir arquivamento, de acordo com o seu convencimento acerca da prova da materialidade e dos indícios de autoria, da tipicidade e de eventuais causas de extinção da punibilidade.

Caso seja oferecida denúncia, caberá ao magistrado sua análise, e, se ele a receber, o processo terá início, com a determinação de citação ou intimação do acusado para comparecer em Juízo ou constituir defesa técnica.

Se o juiz discordar do pedido de arquivamento do Ministério Público, poderá remeter a questão ao Procurador Geral de Justiça, o qual decidirá a respeito. Em caso de arquivamento do Inquérito, se surgir nova prova, poderá ocorrer a retomada das investigações paralisadas, com o desarquivamento.

No procedimento administrativo, em que pese não haver prova judicializada e nem contraditório, vale o princípio da presunção de inocência, devendo ser a pessoa tratada com dignidade e ser cientificada de seus direitos à não autoincriminação e ao silêncio, já que são constitucionais, e não meramente processuais.

3.4 PRODUÇÃO E RESTRIÇÕES À PROVA

Nos processos brasileiros, fatos e afirmações podem ser objeto de prova. Para que seja possível e viável a produção de prova, deve se estar diante de controvérsia, relevância e determinação, ou seja, mister ser o fato ou afirmação objeto de embate pelas partes, relevante para o deslinde da questão, e que o tema seja determinado no tempo e no espaço. As provas inúteis ou protelatórias, portanto, podem ser indeferidas, se fundamentadas, pelo magistrado.

É possível, no Direito, se aproveitar da prova de qualquer outro processo, seja ele cível, criminal, tributário, eleitoral, trabalhista, administrativo, ou de qualquer outra subespécie. Para o empréstimo, se uma das partes foi parte no processo de origem, no mesmo deve ter sido observado o contraditório. Caso contrário, se nenhuma das partes figurou nos polos ativo e passivo do processo de origem, não há como exigir contraditório, até porque não haverá prejuízo ou desigualdade processual. Nesse caso, o contraditório será realizado no processo de destino.

A prova emprestada deve guardar a mesma eficácia que possui no processo de origem, ou seja, se é prova pericial na origem, também terá esse peso no destino, valendo a regra para todo tipo de prova. Além disso, a eficácia e a aproveitabilidade da prova são inversamente proporcionais à possibilidade de sua produção. Se no processo de destino for fácil a produção de prova, menos importante é a emprestada.

A respeito da prova emprestada, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado, o qual se ilustra com o recentíssimo julgado de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (QUATRO VEZES). AGÊNCIA DA CEF. RECONHECIMENTO PESSOAL. VIDEOCONFERÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 226 DO CPP. RECOMENDAÇÃO LEGAL. ATO REALIZADO EM CONFORMIDADE COM A NORMA PROCESSUAL. NULIDADE NÃO ALEGADA NA AUDIÊNCIA. PRECLUSÃO. PROVA EMPRESTADA. CONTRADITÓRIO ASSEGURADO. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR PREJUDICADO. DOSIMETRIA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que "as disposições inculpidas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso" (AgRg no AREsp 991.119/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017) 2. No caso em exame, verifica-se que, na audiência de instrução e julgamento, encontravam-se presentes o Magistrado, o Procurador da República e os defensores constituídos, oportunidade em que foram ouvidas as testemunhas, interrogado o réu, por meio de videoconferência, e proferida a sentença.

3. Para a declaração da nulidade de determinado ato processual, conforme o princípio *pas de nullité sans grief*, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, não sendo suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade, o que não se verifica na espécie.

4. A nulidade da audiência por videoconferência não foi suscitada no momento da realização do ato, tanto que constou de seu termo a concordância do defensor dos réus, o que acarreta a preclusão da matéria.

5. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que "a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo" (EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJe 17/6/2014). 6. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, encontra-se prejudicado o pedido de revogação da custódia cautelar.

7. A questão relativa à dosimetria não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, razão pela qual não pode aqui ser examinada, sob pena de indevida supressão de instância.

8. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (BRASIL, 2017, g.n.).

O ordenamento jurídico brasileiro proíbe a utilização, no processo, de prova ilegítima ou ilícita. São ilegítimas quaisquer provas obtidas mediante violação de regra processual. A título de exemplo, tem-se a utilização de prova, no plenário do Tribunal do Juri, que não tenha sido juntada aos autos, para ciência da outra parte, com prazo mínimo de três dias úteis, violando-se a disposição nesse sentido do art. 479 do CPP (BRASIL, 1941).

Prova ilícita é aquela obtida a partir de violação de regra de direito material ou de normas constitucionais, e, conforme prevê o art. 5º, LVI, da CR/88 "são

inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” Para se entender o que isso significa, torna-se necessária a remissão à leitura do inciso X, do mesmo artigo. Portanto, prova ilícita seria aquela obtida mediante violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem das pessoas, neste caso, do acusado. (BRASIL, 1988). Pode-se exemplificar como provas ilícitas, portanto, aquelas informações obtidas mediante tortura ou por meio de interceptação ilegal de comunicação.

A previsão constitucional foi encampada no art. 157 do CPP, cuja redação foi dada pela Lei nº 11.690/08, dispondo-se que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 2008).

Desse modo, o art. 157 do CPP não faz distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, abarca ambas as espécies de prova, e deve ser interpretado à luz das normas processuais e constitucionais aludidas.

Igualmente inadmissíveis, conforme §1º do referido dispositivo, são as provas “derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”, considerada fonte independente, de acordo com o §2º, “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. A teor do §3º do art. 157 do CPP, “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente” (BRASIL, 2008).

Contemplando o assunto, elucidativo é o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. OPERAÇÃO CASTELO DE CARTAS. CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E FRAUDE À LICITAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DECLARADA NULA NA ORIGEM. IMPUGNAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO. ART. 157, § 1º, DO CPP. 3. BUSCA E APREENSÃO, PRISÃO TEMPORÁRIA E CONDUÇÃO COERCITIVA. MEDIDAS LASTREADAS NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE FONTE INDEPENDENTE. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus,

passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É direito constitucional do réu ter as provas obtidas por meios ilícitos expurgadas do processo a que responde, sendo igualmente inadmissíveis, nos termos do art. 157, § 1º, do CPP, as provas que derivam da prova ilícita, razão pela qual devem ter o mesmo destino.

As provas derivadas apenas podem ser mantidas nos autos nos casos em que não ficar evidenciado o nexo de causalidade, ou seja, quando não se configurar a derivação, ou quando demonstrado que poderiam ser obtidas por uma fonte independente, cabendo ao Magistrado justificar.

3. Manifesta a derivação da medida ora impugnada das interceptações telefônicas consideradas ilegais, não se tratando, portanto, de prova independente conforme afirmado pelas instâncias ordinárias, uma vez que não há menção à existência de provas outras ou mesmo de outra linha investigativa, que não tenha derivado diretamente das interceptações ilícitas. A indissociabilidade das medidas se revela por simples leitura do pedido de "busca e apreensão, prisão temporária e condução coercitiva", o que denota, sem maior esforço intelectual, a ilicitude da prova por derivação, conforme dispõe o art. 157, § 1º, do CPP.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a ilegalidade por derivação da diligência de "busca e apreensão, prisão temporária e condução coercitiva", devendo ser desentranhado dos autos o resultado das referidas medidas.

Determino, outrossim, ao Magistrado de origem que analise a ilicitude de eventuais outras provas derivadas e, por consequência, verifique a validade da denúncia, diante da exclusão das provas ilícitas por derivação. (BRASIL, 2016b, g.n.)

Verifica-se, portanto, que a prova ilícita por derivação é aquela que, isolada, seria lícita, contudo, mostra-se contaminada porque originária de uma prova ilícita. Trata-se da aplicação da teoria *fruits of poisonous tree*, do Direito norte-americano, ou, "frutos da árvore envenenada", que traduz a idéia de que se a árvore é envenenada, seus frutos serão contaminados.

A atuação do Estado possui limites jurídicos, o que leva à impossibilidade de condenação do réu mediante utilização de elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com o Estado Democrático de Direito. Esse é o fundamento da ineficácia da prova ilícita.

Lado outro, já se encontra posicionamento da doutrina e na jurisprudência no sentido de que, em prol da ampla defesa, se trazer benefício ao réu, a prova ilícita pode ser utilizada em seu favor:

A proteção da sociedade está melhor amparada pela preservação do núcleo básico de garantias de todos. Afinal, os criminosos integram o corpo social. Flexibilizar os direitos de alguns, como já acontece com o "bode expiatório"

das organizações criminosas, que são invocadas toda vez que se quer justificar ilegalidade ou mitigação de direitos, é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos. Desta maneira, a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzida ao arripio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. Deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova. O balanceamento deve ser checado não só na conclusão solar que a proibição da prova ilícita não deve prosperar diante de uma possível condenação injusta, mas também nos meios utilizados para obtenção desta prova, e o prejuízo provado por eles. Havendo desproporção, a prova não deve ser utilizada. Ademais, a prova ilícita utilizada para demonstrar a inocência, amparada pela proporcionalidade, não pode servir para prejudicar terceiros. Os efeitos são limitados à obtenção da inocência, não cabendo a utilização desta prova para demonstrar a culpa de outrem, no mesmo ou em outro processo, pois seria verdadeira proporcionalidade às avessas. (TÁVORA, 2009, p. 311).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - **gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - **Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário.** III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido (BRASIL, 2005, g.n.).

Tal aplicação da proporcionalidade para admitir as provas ilícitas é tendência advinda do Direito alemão, como explica Ada Pellegrini Grinover:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeit prinzip* (sic), ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. (GRINOVER, 2011, p.115).

Diversamente do Direito alemão, que tende ao aproveitamento da prova ilícita em casos excepcionais, a licitude da prova no Brasil não pode ser relativizada, não sendo cabível seu aproveitamento a critério ou discricionariedade do juiz, mesmo diante da proporcionalidade com outros princípios. Isto porque a vedação constitucional é expressa. A prova, como elemento de reconstrução dos fatos no processo, deve ser produzida em observância aos preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

3.5 OBJETOS E ÔNUS DE PROVA

No processo penal brasileiro, consoante art. 155 do CPP, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, e somente no que diz respeito ao estado de pessoa é que se observará as restrições impostas pela lei civil (BRASIL, 2008). Destarte, os estados físicos, civis, familiares, sociais ou políticos que são objeto de registro ou averbação, como nascimentos, casamentos e óbitos, dentre outros, serão provados por certidão, na forma da lei civil.

Ao prever que o juiz apreciará a prova, o Código de Processo Penal coloca o magistrado como destinatário imediato daquela, já que a ele cabe a decisão. No entanto, no contexto de um processo constitucional democrático, com simétrica paridade de armas, as partes também devem ser compreendidas como destinatárias das provas. Isto porque a construção do provimento é fruto da participação de todos e, assim, conjunta, e porque as partes também terão que se convencer pela decisão judicial - no sentido de recebê-la fundamentada -, a qual exporá os pontos controvertidos e os motivos que levaram à opção por um ou outro posicionamento.

Dessa forma, e diante do comando do art. 156, *caput*, do CPP de que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]” (BRASIL, 2008), às partes incumbe demonstrar o alegado, para convencer o julgador do merecimento do direito pleiteado judicialmente, o que é chamado ônus da prova. Por isso, cabe ao interessado *provar* as narrativas ao juiz. As alegações implicam em argumento, demonstração e narrativas de fatos ocorridos, os quais, portanto, são o objeto da prova.

Como regra geral, no processo, o autor da ação deve provar o fato constitutivo de seu direito (ou da sociedade), e o réu precisa provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (ou da sociedade).

No Processo Penal, portanto, a parte autora - acusadora - deve demonstrar a autenticidade da imputação contida na denúncia ou queixa-crime, ou seja, a materialidade do crime, a autoria, o dolo ou culpa, e eventuais causas que impliquem em aumento de pena.

A parte ré, por outro lado, em sua defesa, caso pretenda assumir ou negar a imputação, nenhum ônus possui, uma vez que o estado de inocência prevalece. Isto em razão da presunção de inocência de todo indivíduo, consagrado no 5º, inciso LVII, da C/88, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Caso a defesa opte por alegar eventuais excludentes de ilicitude, excludentes de culpabilidade, causas de extinção da punibilidade, ou circunstâncias que diminuam a pena, chama para si, de forma lógica e natural, o ônus da prova. Nesse caso, ambos - acusação e defesa - têm o ônus de provar o alegado. A acusação não se exime da responsabilidade de demonstrar a materialidade do delito e a sua autoria, ainda que o réu por exemplo, alegue uma excludente de ilicitude. Não provadas as alegações pela defesa, o réu continua na sua condição presumida de inocente, e a acusação permanece com o encargo de provar que ele é culpado.

Nesse sentido:

O ônus da acusação é sempre exigível e inflexível. O ônus da defesa pode ser exigível e é flexível. O ônus do órgão acusatório, quando falho, jamais poderá gerar convencimento favorável à condenação, pois seria este fundamentado em livre convicção íntima, o que é inadmissível (excetuado o sistema do Tribunal do Júri). O ônus da defesa, quando falho, pode gerar convencimento favorável ao réu, desde que calcado no princípio da presunção de inocência. Logo, o magistrado, nessa hipótese, estaria absolvendo o acusado não por livre convicção íntima, mas se valendo de princípio constitucional expresso (NUCCI, 2015, p. 350).

A referida posição, de que a defesa possui ônus de prova, não é unânime, embora majoritária, porquanto há quem defenda que o réu jamais tem dever de prova, mas somente o direito de provar o que alegou, a exemplo de Aury Lopes Jr.:

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A

carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação. (LOPES JR., 2012, P. 371).

É mais acertada a primeira posição porque, se o ônus da acusação não for cumprido, independentemente de contraposição do ônus da defesa em evidenciar causa impeditiva - ou seja, se não houver a certeza necessária para uma condenação - o réu deve ser absolvido.

Não se admite no Direito decisão sem prova, e qualquer evidência capaz de gerar no espírito do julgador dúvida sobre autoria ou materialidade, ou mesmo sobre fatos impeditivos da pretensão punitiva do Estado, deve levar à absolvição do réu, em obediência à presunção da inocência, que milita em seu favor. Assim, não há nenhuma incompatibilidade - o que pode parecer inicialmente -, entre o ônus da prova do réu e a presunção de inocência.

No Direito Brasileiro, todavia, alguns fatos independem de prova. Não é necessário provar os fatos notórios, nestes compreendidos os de conhecimento geral da sociedade, ou seja, os fatos de domínio de parcela significativa da população medianamente informada, como, por exemplo, os feriados nacionais. Também prescinde de prova o Direito consistente em lei federal, porque o magistrado - destinatário final da prova - o conhece. Lado outro, normas estaduais, municipais, estrangeiras, administrativas e referentes aos costumes precisam ser provadas (LIMA, 2015, p. 583-584).

Os fatos axiomáticos - também conhecidos como intuitivos, óbvios, evidentes, que se auto demonstram - bem como as presunções - ou seja, as conclusões que se faz sobre o que normalmente acontece -, não necessitam, da mesma forma, de prova. As presunções podem ser relativas, quando admitem contestação e podem ser ultrapassadas, e absolutas, quando não se pode realizar prova em sentido contrário - como é o caso da imaturidade que justifica a inimputabilidade dos menores de dezoito anos (LIMA, 2015, p. 583-584).

São objetos de prova, portanto, os demais fatos e atos nestes não incluídos, os quais se orientam pela relevância e pertinência, ou seja, são os fatos úteis à demonstração, pretendida, dos fatos.

Nesse particular, Fernando da Costa Tourinho Filho registra que no Processo Civil os fatos incontroversos não podem ser objeto de prova, mas no

processo penal é inverso o fenômeno, porque o juiz pode ordenar a produção de prova de ofício, caso entenda necessário, pouco importando se o fato é ou não controvertido (TOURINHO FILHO, 2013, p. 17).

Sendo o ônus da prova a incumbência, atribuída às partes, de demonstrar o alegado, para que o magistrado faça sobre eles incidir o direito, não pode ser esta incumbência entendida como obrigação, em que pese haver possibilidade de consequência desfavorável ao próprio interesse para o não cumprimento. A parte que alega tem a responsabilidade na demonstração dos fatos alegados, e, não o fazendo, sofre “sanção processual”, de não atingir a sentença favorável ao seu intento.

O magistrado, por sua vez, não tem ônus de prova, o que é inerente à atuação das partes. Todavia, o magistrado possui iniciativa probatória, a teor do art. 156 do CPP, que o permite “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” e também “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL, 2008).

Guilherme de Souza Nucci traz sua contribuição ao explicar a medida da produção antecipada de prova, complementando que, tratando-se de prova oral, será designada audiência, em obediência ao procedimento formalmente previsto para a inquirição de pessoas:

A produção antecipada de provas é medida cautelar incidental, podendo realizar-se antes ou depois de iniciada a ação penal. Naturalmente, mais lógico seja concretizada antes do início da demanda, pois é a fase em que não há possibilidade de captação de provas sob o contraditório judicial, como regra. Entretanto, conforme o caso, pode-se imaginar ter o magistrado recebido a denúncia, determinando a citação do réu e, nesse período, surgir a necessidade de se ouvir uma testemunha-chave, que se encontra de mudança para o exterior. É viável a propositura da medida cautelar de produção antecipada de provas, após iniciada a ação penal, mas antes da audiência de instrução [...]. Cuidando-se de prova pericial, segue-se o procedimento estampado no Código de Processo Penal, possibilitando-se aos interessados a oferta de quesitos e a apresentação de assistentes técnicos (NUCCI, 2015, p. 374).

Pelo procedimento da produção antecipada de provas é possível que a prova seja antecedida à fase da qual seria produzida, por razões de urgência ou

relevância, ou seja, para evitar seu perecimento, mediante fundado receio de que o decurso do tempo a obste.

O magistrado, portanto, pode impulsionar a produção da prova sempre que houver necessidade, utilidade e adequação. Nesse caso, defende-se que a produção da prova passa a ser dever de quem for incumbido de produzir, e não mero ônus, já que parte de determinação judicial.

3.6 A PROVA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O atual Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, entrou em vigor no primeiro dia do ano de 1942, juntamente com a Lei de Introdução do Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941), em período de Estado Novo, com outra configuração política, social e econômica. Mais de quarenta anos mais tarde, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil. Daí se depreende que o Brasil possui uma Constituição Cidadã e Democrática, mas um Código de Processo Penal autoritário, que não foi discutido por um Parlamento em um Regime Democrático. Assim, com o advento da CR/88, o código passou a carecer de revisão.

Algumas alterações pontuais foram sendo feitas, por meio de leis. Com relação à matéria pertinente à prova, a primeira alteração da redação original se deu pela Lei nº 8.862/94, a qual trouxe alguns detalhes para o procedimento de realização de exames de corpo de delito e as outras perícias (BRASIL, 1994).

Após, a Lei nº 10.792/03 veio alterar o interrogatório judicial, que anteriormente era feito somente entre juiz e acusado, passando então a ser garantida a assistência e intervenção, no ato, de defensor e do representante do Ministério Público responsável pela ação penal. Além disso, passou a ser assegurado o direito ao silêncio, sem que isto configurasse confissão, e sem importar em prejuízo para a defesa do réu (BRASIL, 2003).

Anos depois, foi editada a Lei nº 11.690/08, que também inseriu e modificou diversos dispositivos pertinentes a provas no processo: o juiz passou a não poder fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação; adotou-se a chamada inquirição direta, isto é, as perguntas passaram a ser formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, abandonando-se o sistema presidencial, até então adotado no processo; vedou-se expressamente as

provas ilícitas e derivadas; alterou-se a sistemática das perícias, que antes deveriam ser feitas por dois peritos oficiais, passando a ser exigido apenas um perito, permitindo-se contraditório e assistente técnico; dispensou-se atenção ao ofendido ao oferecer-lhe espaço reservado quando da audiência e direito de ser comunicado dos atos do processo, inclusive por meio eletrônico; instituiu-se inquirição e interrogatório por videoconferência (posteriormente regulamentada pela Lei nº 11.900/09); e garantiu-se incomunicabilidade de testemunhas e espaço reservado para se atingir tal fim (BRASIL, 2008).

Após, foi publicada a Lei nº 11.719/08, para alterar substancialmente o procedimento comum, adaptando-o ao Estado Democrático de Direito. O novo procedimento foi dividido em ordinário, sumário ou sumaríssimo, de acordo com a quantidade das penas cominadas aos delitos. Assegurou-se a ampla defesa e o contraditório, instituindo-se a resposta à acusação, a possibilidade de absolvição sumária, e, principalmente, passando-se o interrogatório do réu para o último ato da instrução do processo, porquanto, dessa forma, o acusado pode fazer sua auto-defesa considerando todas as provas orais colhidas (BRASIL, 2008).

Em 2008, por meio do requerimento nº 227, do Senado Federal, foi criada nova comissão de juristas para elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. A comissão, coordenada pelo aposentado Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hamilton Carvalhido, foi composta pelo relator Eugênio Pacelli de Oliveira e pelos juristas Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

O anteprojeto de reforma elaborado por essa comissão foi convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156/09, de autoria do Senador José Sarney, e, aprovado, passou a ter trâmite na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 8.045/10. Cumpre esclarecer que esse é o trâmite atual na data de depósito deste trabalho, não abrangendo eventuais modificações que eventualmente venha a sofrer posteriormente.

A matéria pertinente à prova encontra-se disposta nos arts. 165 ao art. 263 do Projeto de novo CPP, os quais se localizam no Livro I, Título VIII, comportando três capítulos, que dispõem sobre disposições gerais, meios de prova, e meios de obtenção da prova, respectivamente. Diversos dispositivos referentes à prova repetem o tratamento dado pelo atual CPP. Dessa forma, registra-se que, sendo

este capítulo voltado para o estudo do Projeto de novo CPP, não serão reforçados os dispositivos semelhantes, os quais estão sendo abordados nesse estudo nos momentos oportunos, cabendo aqui apontar as alterações da temática.

O novo CPP reafirma o sistema do livre-convencimento motivado do juiz e inicia por alterar as disposições gerais, revelando que as provas serão propostas pelas partes, sendo facultado ao juiz, antes do julgamento, esclarecer dúvida sobre a prova produzida. Extirpou-se a parte da redação que previa a possibilidade da produção de prova de ofício pelo juiz e na fase pré-processual. Considerando-se que no atual código a prova da alegação incumbe a quem a fizer, e é permitido ao juiz determinar a sua produção, trata-se de relevante demonstração de retirada do impulso do magistrado no procedimento probatório, sendo sua atuação ainda mais supletiva, e exclusiva para a fase processual.

Nos termos do novo código, o juiz decidirá sobre a admissão da prova, mantendo-se a vedação às provas ilícitas e derivadas, bem como às ilegítimas e às manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias. Adverte-se expressamente que os indícios não são suficientes para concluir pela existência de um fato, a não ser que sejam graves, precisos e concordantes. Os indícios não são elencados como meios de prova (tratados a seguir), e o Projeto não traz definição do que seria indício, como há no art. 239 do CPP atual (não incorporado ao novo), o qual conceitua indício como circunstância que, relacionada ao fato, autorize, por indução, a conclusão da existência de outra circunstância (BRASIL, 1941). Além disso, o Projeto atenua expressamente o valor das declarações do coautor ou partícipe, condicionando-o à confirmação por outros elementos de prova.

O novo código encerra as disposições gerais trazendo regra e procedimento do empréstimo da prova de outro processo, judicial ou administrativo, com a condição de que ela tenha sido produzida em processo de que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada. Trata-se de útil aquisição para a lei processual, por ser regra que não era positivada e que atualmente se adota com base na doutrina e na jurisprudência.

O Capítulo II do Projeto de Lei nº 8.045/10 trata dos meios de prova, optando por exatamente essa nomenclatura, o que não ocorre na lei atual, fato que, inclusive, enseja algumas divergências doutrinárias conceituais, como tratado no primeiro subtítulo deste capítulo. São, portanto, meios de prova, a teor do novo código, a

prova testemunhal, as declarações da vítima, o reconhecimento de pessoas e coisas e a acareação, a prova pericial e o exame do corpo de delito, e a prova documental.

Foi reservada uma seção (após as seções da prova testemunhal e das declarações da vítima), de normas para a inquirição de crianças e adolescentes, seja na condição de vítima ou testemunha, com detalhamento de regras para evitar qualquer tipo de dano ou constrangimento a eles. O Projeto se preocupa em atentar os sujeitos do processo para a maturidade, intimidade, condição social e familiar, e experiências de vida dessas pessoas, e ressalta a condição peculiar dos menores de “pessoa em desenvolvimento” (termo utilizado no Projeto de Lei nº 8.045/10), buscando evitar a revitimação que pode ser causada por sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, em diferentes searas (cível, penal, administrativa).

O interrogatório do acusado, em que pese ser inequívoco meio de prova, foi ressaltado como meio de defesa no novo CPP, e transferido para o Título IV do Livro I, entre os sujeitos do processo. Igualmente, a prova indiciária não mereceu tratamento específico, mas apenas referências ao longo da lei. Sergio Demoro Hamilton, ao tratar do assunto, lembrou que, diante do sistema adotado na lei brasileira, mesmo sem previsão expressa em lei, o indício teria que ser aceito, porque “não se tratando de um meio de prova direta, mas de um fato que se prova por meio da prova direta, através de um processo lógico de raciocínio, não há, sequer, necessidade de indicação legal para a sua aplicação. Ela decorreria do próprio sistema” (HAMILTON, 2017).

Ainda em relação à prova oral, há alterações relevantes. Ao retirar as disposições do atual art. 209 do CPP, o Projeto extirpou a possibilidade de serem ouvidas testemunhas do juízo ou referidas, estando o magistrado adstrito a testemunhas e pedidos das partes. Além disso, acrescentou-se o companheiro e o enteado do acusado às pessoas que não são obrigadas a depor, e retirou-se a ressalva da obrigatoriedade de depor se não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. Acrescentou-se, também, que a testemunha será advertida sobre o direito a silenciar sobre fatos que possam incriminá-la.

Sergio Demoro Hamilton, ao estudar a prova no projeto do novo CPP, comentou que a ressalva faz com que os crimes ocorridos no âmbito doméstico fiquem, muitas vezes, sem solução, a não ser que a testemunha não queira usar da faculdade de não se ver obrigada a depor, pelo que a omissão da ressalva não foi

uma boa providência. Sustentou, lado outro, que foi medida salutar inserida no Projeto assegurar o direito de a testemunha silenciar a respeito de fatos que possam incriminá-la (HAMILTON, 2017).

Incluiu-se que o registro do depoimento da testemunha será feito mediante recursos de gravação magnética ou digital, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações. Em caso de falso testemunho, passa a ser vedada a prática de atos de persecução criminal pelo juiz, o qual deverá remeter cópia do depoimento ao Ministério Público para as providências cabíveis.

A vítima, no atual código, é nomeada como ofendido, enquanto no Projeto é chamada propriamente de vítima, sendo que, quanto a ela, a única alteração refere-se ao acréscimo de que às suas declarações aplica-se, no que couber, as disposições sobre a prova testemunhal.

Quanto ao reconhecimento de pessoas e coisas e à acareação, o Projeto apresenta algumas mudanças. A formalidade de reconhecimento passa a garantir a colocação da pessoa, cujo reconhecimento se pretender, ao lado de no mínimo de cinco outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la. Atualmente trata-se de formalidade recomendável, não fundamental, e não há quantidade de pessoas previamente delimitada. Lado outro, foi positivada incumbência à autoridade de cuidar para que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento.

Foi prevista a condução coercitiva do acusado que não comparecer para ser realizado o reconhecimento, quando intimado. Como já se posicionou Sergio Demoro Hamilton, a medida poderá suscitar polêmica, uma vez que o acusado não está obrigado a produzir prova contra si mesmo. Lado outro, o Procurador de Justiça elogiou a exclusão da pessoa do acusado da acareação, porque, de fato, se ele pode silenciar e até mesmo mentir sem que isso o prejudique, não há sentido em submetê-lo a uma acareação (HAMILTON, 2017).

Em relação à prova pericial e ao exame de corpo de delito – este desnecessariamente enfatizado, já que é uma prova pericial – poucas mudanças foram propostas. Em caso de impossibilidade de se realizar o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal pode suprir-lhe a falta, nos termos do atual Código. Para o novo Código, nesses casos, o laudo de exame de corpo de delito será elaborado pelos peritos, de qualquer forma, mas com

base nos elementos de prova testemunhal e documental existentes, ressalvadas as hipóteses de perecimento da coisa por omissão da autoridade. E em que pese a manutenção da disposição de que o juiz poderá determinar de ofício o esclarecimento ou a complementação do laudo, a determinação da realização de novo exame passa a estar condicionada a requerimento das partes. Além disso, o prazo legal de elaboração do laudo passa de dez para quinze dias.

Com relação à prova documental, cuja produção continua sendo permitida em qualquer fase do processo, contudo, o Projeto prevê que seja ouvida a parte contrária, em cinco dias, observando que, no caso de julgamento pelo Tribunal do Juri, a parte contrária não poderá utilizar-se de documento ou objeto não juntado aos autos com a antecedência mínima de dez dias - e não três dias úteis, como atualmente previsto. Nota-se aqui adequada homenagem ao contraditório.

O Capítulo III do Projeto de Lei nº 8.045/2010, como já adiantado, traz disposições relativas aos meios de obtenção da prova, a começar pela busca e apreensão, a qual passou a ocupar lugar mais acertado na legislação, diante de sua natureza de forma de obter prova, não havendo razão para ser disposta juntamente aos meios de prova.

O Projeto, atualizando e clareando a redação anterior, dispõe que se realizará busca domiciliar quando houver indícios suficientes de que pessoa que deva ser presa ou objetos que possam servir de prova de infração penal encontrem-se em local não livremente acessível ao público, acrescentando que deverá ser precedida da expedição de mandado judicial fundamentado, sendo que, conforme a lei atual, não é necessário mandado para a autoridade judicial e para a autoridade policial. As buscas domiciliares, que atualmente a lei determina que sejam realizadas de dia, passam a ser permitidas entre seis e vinte horas, mantida a ressalva de consentimento do morador ou representante. Acrescentou-se, ainda, que as coisas apreendidas que correspondam a instrumentos ilícitos do crime, produtos, bens ou valores auferidos com a prática do crime poderão ser alienadas antecipadamente, geridas por administrador judicial ou colocadas sob custódia de órgãos públicos. Quanto à busca pessoal, registrou o Projeto que esta será realizada com respeito à dignidade da pessoa revistada.

Após dispor sobre a busca e apreensão, o novo CPP inovou sobremaneira ao elaborar um procedimento específico para o acesso a informações sigilosas, para utilização como prova no processo penal, o qual tramitará em apartado, em segredo

de justiça, e partirá de pedido formulado pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público, na fase de investigação, ou por qualquer das partes, no curso do processo judicial, e dependerá da ordem judicial. O magistrado que deferir o acesso a informações sigilosas deverá analisar os indícios de autoria, a necessidade da medida, a impossibilidade de obtenção da prova por outros meios e a pertinência e a relevância das informações pretendidas para o esclarecimento dos fatos.

Como último meio de obtenção de prova, inovou também o novo CPP ao dispor regras procedimentais para interceptação das comunicações telefônicas, por ordem judicial, para utilização na investigação criminal ou instrução processual penal. As mesmas regras se aplicam ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática e a outras formas de comunicação por transmissão de dados, sinais, sons ou imagens. O pedido de interceptação de comunicações deverá ser formulado por escrito ao magistrado, e se dará mediante requerimento do Ministério Público ou da Defesa, ou por meio de representação do delegado de polícia. Serão analisados indícios de materialidade, necessidade da interceptação e impossibilidade de obtenção das informações por outros meios. As informações obtidas serão segredo de justiça, para preservar a intimidade dos envolvidos.

4 A APRECIÇÃO DA PROVA

Arruda Alvim define que há um procedimento probatório particular dentro do processo, o qual é composto por momentos de prova. Trata-se de uma sucessão ordenada de atos para o fim de demonstrar uma alegação. Para ele, os momentos da prova são as etapas em que se desenvolve a atividade probatória, promovida pelos litigantes, sob vigilância do juiz (ALVIM, 2005, p. 417).

Para Misael Montenegro Filho, não faz sentido considerar-se apenas esses três momentos da prova “sem pensar no resultado do percurso natural da investigação dos fatos, saindo da postulação, passando pela fase de instrução até culminar no ato sentencial, com o aproveitamento ou não da prova na formação do convencimento do julgador.” (MONTENEGRO, 2015, p. 417).

Observa-se, pois, que as fases do procedimento probante, para a doutrina clássica, seriam o requerimento ou proposta, a admissão e a produção da prova. Todavia, a doutrina contemporânea ressalta a existência de uma outra fase, composta pela valoração e valorização da prova:

A valoração da prova é, num primeiro ato, perceber a existência do elemento de prova nos autos do procedimento. Num segundo ato, pela valorização, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequivocidade material e formal. Assim, a sensorialização ou percepção dos elementos de prova não é suficiente para o observador decidir. É necessário que o observador se encaminhe para a valorização da prova, comparando os diversos elementos de prova da estrutura procedimental, numa escala gradativa de relevância, fixando sua convicção nos pontos do texto probatório que a lei indicar como preferenciais a quaisquer outros argumentos ou articulações produzidas pelas partes. Não basta valorar os elementos de prova, dizer que eles existem na estrutura procedimental, é imperioso que sejam valorizados (comparados em grau de importância jurídica) pelos pontos legalmente preferenciais. A valoração é ato de apreensão intelectual do elemento de prova e a valorização é ato de entendimento legal dos conteúdos dos elementos de prova. (LEAL, 2014, p. 178-179).

Assim, ao perceber e elencar, ainda que mentalmente, as provas colhidas, fazendo análise de sua admissibilidade, o magistrado as valora, e, ato seguinte, atribuindo-lhe grau de importância jurídica, as valoriza.

Pode-se falar em três sistemas de valoração da prova no Direito Processual Brasileiro, quais sejam, o sistema legal ou tarifado, o sistema da convicção íntima, certeza moral ou livre convicção, e o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

4.1 SISTEMA LEGAL OU TARIFADO

O primeiro dos sistemas probantes é o sistema legal ou tarifado, também conhecido como das regras legais, da certeza moral do legislador ou da prova legal, e é próprio do sistema inquisitivo. É aquele por meio do qual o legislativo, de forma genérica, indica, por meio de lei, qual prova é mais valiosa, cabendo ao magistrado atribuir valor ao conjunto probatório de acordo com a lei.

A esse respeito, vale a contribuição de Renato Brasileiro de Lima:

Desse sistema deriva o conceito da confissão como rainha das provas, sendo que nenhuma outra prova seria capaz de infirmá-la. Além disso, uma única testemunha jamais seria suficiente para a comprovação de uma afirmação acerca de fato que interessasse à solução da controvérsia posta em juízo (*testis unus, testis nullus* - uma só testemunha não tem valor) . Tal regra autorizava uma conclusão absurda: a verdade dita por uma única testemunha não teria valor, na medida em que, de acordo com a lei, um depoimento isolado não tinha qualquer valor; pelo contrário, se uma mentira fosse contada por duas testemunhas acabaria prevalecendo (LIMA, 2015, p. 604).

Não é esse o sistema adotado no Brasil, embora haja dispositivos, no processo brasileiro, que indiquem, em casos excepcionais e específicos, o peso de determinados meios de prova.

É o caso, a título de exemplo, da indispensabilidade, por determinação legal da lei processual penal, do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, não podendo supri-lo a confissão do acusado (em que pese a atual relativização da jurisprudência nesse particular), de acordo com o art. 158, *in verbis*: “quando a infração de ixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, embora haja a ressalva do art. 167 do CPP de que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta” (BRASIL, 1941).

Outro exemplo está no art. 155, parágrafo único, do CPP, o qual dispõe que "somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil" (BRASIL, 2008), tal qual disposto no art. 62 do CPP, que "no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade" (BRASIL, 1941). Ou seja, a prova da morte do réu somente pode se dar por certidão de óbito.

4.2 SISTEMA DA CONVICÇÃO ÍNTIMA, CERTEZA MORAL OU LIVRE CONVICÇÃO

O sistema da convicção íntima do juiz, também chamado de certeza moral ou livre convicção, é aquele em que o juiz, independentemente de fundamentar sua decisão, tem a prerrogativa de se convencer por qualquer prova. Trata-se de sistema originado de Roma, adotado pelo Código de Napoleão de 1808, em que o magistrado tem total e absoluta liberdade na apreciação da prova.

Sobre esse sistema de valoração da prova, ensina Renato Brasileiro de Lima:

A decisão é o resultado da convicção do magistrado, sem que seja necessária a demonstração de razões empíricas que justifiquem seu convencimento, o que permite, em tese, que o juiz julgue com base na prova dos autos, sem a prova dos autos, e até mesmo contra a prova dos autos. (LIMA, 2015, p. 67).

O sistema da convicção íntima do juiz não foi adotado, como regra, no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a primeira parte do art. 93, inciso IX, da CR/88, dispõe que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade" (BRASIL, 1988).

Excepcionalmente, contudo, o sistema é encontrado no ordenamento brasileiro atual, no caso do julgamento em plenário pelo Tribunal do Juri, já que os jurados não necessitam fundamentar suas decisões, bastando responder objetivamente (sim ou não) aos quesitos a eles propostos, conforme art. 486, *caput*, do CPP, que prevê que "Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra *sim*, 7 (sete) a palavra *não*" (BRASIL, 2008).

4.3 SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL OU LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O terceiro sistema probante existente é o sistema da persuasão racional, também denominado livre convencimento motivado, no qual o julgador tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, sendo que estas têm equivalente valor, sendo necessário, contudo, a devida fundamentação da decisão.

O magistrado deve se convencer de forma racional - não podendo invocar fundamentos de fé ou crença pessoal -, de forma limitada pelas provas dos autos, explicitando as razões que o levaram a tal convicção, o que deve ser exposto de forma clara e pública.

Nesse sentido:

O sistema da persuasão racional, ou do *livre convencimento*, é o acolhido em nosso direito, que o consagra através do art. 131 do, *verbis*: “o juiz apreciara livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Deve ser orientada por essa regra explícita a interpretação do art. 157 do Código de Processo Penal (“o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova”). Persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2015 p. 437).

Na verdade, em virtude dos extremos dos dois sistemas anteriores, este apresenta a vantagem de devolver ao juiz discricionariedade na hora da valoração das provas, isoladamente e no seu conjunto, aspecto positivo do sistema da íntima convicção, mas desde que tais provas estejam no processo (*id quod non est in actis non est in mundus* - o que não está nos autos não existe), sendo admitidas pela lei e submetidas a um prévio juízo de credibilidade, não podendo ser ilícitas ou ilegítimas (LIMA, 2015, p. 605).

É essencial que haja efetiva valorização das provas, ou seja, não pode o magistrado dizer somente a respeito das provas que o convenceram, mas deve fazê-lo de forma completa, explicitando porque foi convencido por umas e não por outras provas que constem nos autos.

Esse é o sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro. O Código de Processo Civil (art. 371), aplicado subsidiariamente aos processos criminais,

eleitorais, trabalhistas ou administrativos, prevê, nessa linha, que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015).

E assim está disposto na Constituição de 1988 (art. 93, inciso IX) e no Código de Processo Penal (art. 155):

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Danúbia Patrícia de Paiva, ao estudar a função jurisdicional, atribui ao julgador a missão de aplicar a lei ao caso concreto, proteger os direitos fundamentais e garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito. Aduz que ao realizar tais atividades o magistrado deve primar pela celeridade, regular a sua atuação, e atentar-se à concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana (PAIVA, 2015, p. 74).

O Código de Processo Penal enumera, em seu art. 381, os requisitos que a sentença deverá contemplar, sendo eles os: nomes das partes ou as indicações necessárias para identificá-las; a exposição da acusação e da defesa; a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; a indicação dos artigos de lei aplicados; o dispositivo; e a data e a assinatura do juiz (BRASIL, 1941). Portanto, a exigência da fundamentação encontra respaldo constitucional e infraconstitucional e permite o controle da prestação jurisdicional pelos legitimados, adequado ao Estado Democrático de Direito.

Pela adoção do sistema do livre convencimento motivado do juiz derivam três efeitos. Em primeiro lugar, não há hierarquia de provas no processo penal, sendo que toda prova tem valor relativo. Mesmo a confissão, já conhecida como rainha das provas, tem valor relativo. Em segundo lugar, deve o magistrado valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para refutá-las. E em terceiro lugar, o

juiz não pode se utilizar de elementos estranhos ao processo criminal. É necessário que as provas invocadas estejam no processo (LIMA, 2015, p. 606).

Para que o processo esteja de acordo com o Estado Democrático de Direito, este convencimento deve ser motivado e fundamentado, de modo que todos os envolvidos no processo compreendam claramente o processo intelectual do juiz. É certo que as indefinições sobre conceitos jurídicos prejudicam a compreensão dos textos de lei, motivo pelo qual o clareamento daqueles facilita o entendimento. Em que pese ser extensa a discussão do assunto, pretende-se trazer ao conhecimento do leitor, em forma de breve explanação, a diferença das figuras da motivação e da fundamentação.

Antônio Magalhães Gomes Filho, baseando-se em Jerzy Wróblewski, expõe que a imposição do dever de motivar tem como objetivo assegurar determinada forma de raciocínio decisório, mais precisamente aquela que leve o juiz a formar o seu convencimento tão-só com base em razões confessáveis; se não é possível negar que fatores emotivos e ideológicos podem influenciar a decisão, a exigência de motivação cumpre o importante papel destinado a afastar o juiz de tais influências; trata-se, nessa fase, de um importante meio de pressão sobre a consciência do juiz, uma forma de autocontrole da decisão (GOMES FILHO, 2001, p. 113).

Para conceituar fundamentação, cabível aproveitar a redação do art. 477, parágrafo único, do CPC/15, que prevê que “o juiz deverá expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes” (BRASIL, 2015).

Marcelo Cattoni de Oliveira já tratou da questão que envolve a racionalidade e a argumentação jurídica com vistas ao problema da fundamentação das decisões judiciais asseverando que “o Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, não é indiferente às razões pelas quais ou ao modo através do qual o juiz ou tribunal toma suas decisões. A questão acerca da possibilidade e do papel que uma argumentação racional joga no Direito assume, portanto, *status* jurídico-constitucional”. Com isso, justifica-se que a ordem jurídica determine, sob pena de nulidade, que as decisões judiciais sejam fundamentadas (OLIVEIRA, 2016, p.111).

Para que o magistrado correlacione a demanda judicial à sentença, é necessário que motive sua decisão, ou seja, que decline as questões de fato e de

direito pertinentes, demonstrando de forma técnica e objetiva a opção escolhida dentre as possíveis. Trata-se do cumprimento das formalidades processuais.

Além de motivar, é preciso que o magistrado exponha a justificativa racional e detalhada que o levou à decisão processualmente motivada. Para tanto, mister atender-se ao que foi debatido em contraditório e provado nos autos do processo, de acordo com o caso concreto. Isto é fundamental. A fundamentação, dessa forma, permite o controle público da decisão.

É dessa maneira que as partes vão construir a decisão com o magistrado. Daí se extrai a indissociabilidade do contraditório a fundamentação das decisões. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias assim explica a essência do dever de fundamentação:

A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão (“devido processo legal”), em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional com observância do ordenamento jurídico vigente e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos. [...] No processo, as “razões de justificação (argumentos)” das partes, envolvendo as “razões de discussão (questões)”, produzidas em contraditório, constituirão “base” para as “razões da decisão”, e aí encontraremos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático (DIAS, 2005, p. 153-154).

Aurélio Agostinho Verdade Vieito sustenta que a decisão judicial é a conclusão da argumentação, a qual, em um modelo de diálogo, obedece ao contraditório e a ampla defesa, regras aceitas pelos adversários:

Os embates argumentativos no decorrer do processo se subsumem ao modelo dialogal, tendo em vista as exigências dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O autor da ação apresenta seu ponto de vista (postula seus direitos, requer seus direitos) e o réu contra-argumenta (contesta). O juiz é o terceiro que se apresenta em situação de dúvida e preside a instrução das provas. Após os argumentos apresentados pelas partes, o magistrado profere a sentença, que é a conclusão da argumentação. Ressalte-se que também na relação jurídica processual os papéis se invertem enquanto atores, ou seja, na situação de comunicação que é essa relação processual (o autor apresenta tréplica, às vezes

contrarrazões; as partes recorrem das decisões do juiz). (VIEITO, 2014. P. 13).

As partes contribuem para a construção do provimento por meio da argumentação, que norteia o discurso jurídico. Assim, o sistema de apresentação e colheita de provas no Processo Penal Brasileiro se relaciona com a subjetividade humana, na medida em que os locutores podem aderir valores e interesses a seus discursos.

Quanto à apreciação das provas, esta também se dá de acordo com a subjetividade do magistrado, ao qual cabe analisar as provas e lhes atribuir grau de importância jurídica, de forma fundamentada. A norma processual aponta que o magistrado deve pautar-se, pois, no livre convencimento motivado e fundamentado, a partir da construção participada dos afetados pelo provimento final.

5 A PROVA E A VERDADE

Conforme o dicionário técnico jurídico organizado por Deocleciano Torrieri Guimarães, verdade é a conformidade da vontade declarada com os fatos, e qualidade do que se apresenta a nossos sentidos como existente, de maneira inequívoca (GUIMARÃES, 2004, p. 526).

O dicionário da língua portuguesa Michaelis, traz diversos conceitos para verdade, dentre eles: aquilo que é ou existe iniludivelmente; conformidade das coisas com o conceito que a mente forma delas; concepção clara de uma realidade; realidade, exatidão; sinceridade, boa-fé; princípio certo e verdadeiro, axioma; juízo ou proposição que não se pode negar racionalmente; conformidade do que se diz com o que se sente ou se pensa; cópia, imitação ou representação fiel (MICHAELIS, 1998, p. 728).

Há atualmente calorosa discussão acerca da relativização da verdade no Direito brasileiro, o que ressalta o embate da dicotomia entre verdade real e processual e mesmo o questionamento acerca de sua existência. Para o estudo da subjetividade, é essencial uma preliminar análise a respeito da verdade. Há três grandes linhas na doutrina sobre a verdade e a função da prova no processo.

Para Michele Taruffo a primeira vertente sustenta que as provas são uma espécie de *nonsense*, ou algo que na realidade não existe e tampouco são um meio para determinar a verdade dos fatos. A prova e seus procedimentos de obtenção seriam meios de dar aparência de legitimidade racional a um mecanismo teatral, cuja função seria dissimular a realidade irracional e por vezes injusta das decisões judiciais.

A segunda linha situa a prova no terreno da semiótica e das narrativas do processo, sendo irrelevante a relação entre narrativa e realidade empírica, de modo que a verdade não é elemento da prova, a qual tem função única de avaliar a narrativa. A decisão do magistrado se daria por escolha de uma ou outra das narrativas, que melhor lhe persuadir.

A terceira corrente defende a existência e possibilidade de se encontrar a verdade (processual, que não é necessariamente real) e que há nexos instrumentais entre prova e verdade, sendo que o termo “provas” faz referência sinteticamente ao conjunto de meios através dos quais aquela reconstrução (dos fatos) é elaborada, verificada e confirmada como verdadeira (TARUFFO, 2002, p. 80-87).

Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a definição clássica de prova está intimamente ligada àquilo que atesta a verdade, autentica alguma coisa, ou seja, permite a demonstração evidente. Defendem que essa concepção já foi aplicada para todas as ciências, inclusive o direito processual clássico, porém, atualmente já se tem consciência de que não se pode atingir, por meio do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento (MARINONI; ARENHART, 2004. p. 296).

Observa-se, pois, que para os autores citados, existe uma verdade processual, nesta compreendida aquilo que foi trazido ao processo, por iniciativa das partes e do próprio magistrado.

Para Nicola Framarino Dei Malatesta, a prova será tão eficaz quanto puder fazer nascer no espírito do homem a crença de que se trata da verdade, ou seja, o valor da prova é determinado pela sua ação na consciência humana. O estudioso considera que o espírito humano pode se encontrar em estado de certeza, dúvida ou ignorância. Assim, excluída a ignorância, e em graduação decrescente de perfeição, tem-se o certo, o provável e o crível, os dois últimos pertinentes à dúvida.

A certeza, para o referido autor, é um estado da alma, porque nem sempre corresponde à verdade, uma vez que “por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade”, e, ainda, a verdade que parece certa a uns, parece duvidosa a outros, e falsa a outros. A certeza é produto da inteligência, a qual pode ser auxiliada pelos sentidos, ou seja, há a verdade inteligível (que provém da inteligência) e a sensível (que provém dos sentidos). Em matéria criminal só é possível vislumbrar materialidade por meio dos sentidos, não bastando a intuição e a reflexão, posto que estas se baseiam no método evolutivo, pelo qual de uma afirmação se deduz outra (MALATESTA, 1927, p. 18).

Aury Lopes Jr. defende a coexistência das duas primeiras correntes e aduz que o maior inconveniente da última posição é que, estruturada desde o racionalismo moderno, não consegue descolar-se da noção de verdade para justificar a função da prova no processo.

O mesmo autor, invocando o pensamento preconizado por Carnelutti, defende uma quarta posição, de que não existem verdades absolutas e que a verdade é inalcançável, até porque não se encontra em partes, mas em um todo, igualmente inatingível. Salaria que uma teoria só vale até que outra venha para negá-la, e

propõe o abandono da noção de verdade para situar-se na “probabilidade” ou “possibilidade”. Contudo, encerra a discussão concluindo que não é nesse campo que opera o processo penal, de modo que se posiciona pela substituição de “verdade” por “certeza”, em que pese ser essa uma categoria ainda insatisfatória, tal como “verdade”, propondo um “giro” no pensamento jurídico (LOPES JR., 2012, p. 113).

Fernando da Costa Tourinho Filho defende que ao se cogitar “procura e encontro” da realidade, deve-se observar as limitações e falibilidades humanas, motivo pelo qual “verdade processual”, ou “verdade forense” são expressões mais adequadas, porque muitas e muitas vezes o material de que o magistrado se vale para a reconstrução histórica do fato poderá conduzi-lo a uma “falsa verdade real”.
Veja-se:

Quando se fala em verdade real, não se tem a presunção de chegar à verdade verdadeira, como se costuma dizer, ou, se quiserem, à verdade na sua essência – esta é acessível apenas à Suma Potestade -, mas tão somente salientar que o ordenamento confere ao Juiz penal, mais que ao Juiz não penal, poderes para coletar dados que possibilitem, numa análise histórico crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado. É certo, ademais, que, mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de “verdade processual”, ou “verdade forense”, até porque, por mais que o juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale (ah! As testemunhas...) poderá conduzi-lo a uma “falsa verdade real”. (TOURINHO FILHO, p.17).

Francesco Carnelutti posicionava a prova como suporte para “constituição de um fato jurídico” (e não reconstituição), explicando que o objetivo da prova não é trazer um fato ao conhecimento do juiz para que ele aplique a norma, mas que o juiz “determine” e “fixe formalmente” um fato, independentemente de verdade. Assim, a prova faz nascer um fato diferente, o qual nomeia “fato jurídico processual”. Em raciocínio lógico, aduzia que a verdade está no todo, e, sendo o todo inalcançável, a parte que nos é apreensível como possibilidade não é o todo, logo, não é de verdade que se trata no processo (CARNELUTTI, 1979, p. 90).

Já que a discussão da verdade tem íntima relação com o sistema que guia o Processo Penal brasileiro e com o sistema de apreciação das provas nesse processo, é relevante colacionar o resumo da celeuma feito por Aury Lopes Jr.:

No processo inquisitório (antítese do acusatório), reforça-se o mito da verdade (notoriamente a real) e estrutura-se um procedimento que dá ao juiz a gestão da prova, para ele atuar ativamente na busca da prova, em nome de uma (pseudo) verdade. Logo, deixa de ser um procedimento em contraditório (FAZZALARI). No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de crença, de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigida ao juiz. Essa luta de discursos para convencer o juiz marca a diferença do acusatório com o processo inquisitório. À luz de tudo isso, defendemos uma postura cética em relação à verdade no processo penal. Mais, negamos completamente a obtenção da verdade como função do processo ou adjetivo da sentença. Não se nega que acidentalmente a sentença possa corresponder ao que ocorreu (conceito de verdade como correspondente), mas não se pode atribuir ao processo esse papel ou missão. Não há mais como pretender justificar o injustificável nem mesmo por que aceitar o argumento de que, ainda que não alcançável, a verdade deve ser um horizonte utópico... O ponto-chave é negar a “verdade” como função do processo (até para fugir da armadilha do sistema inquisitório, fundado na busca da verdade). É uma ingenuidade que reflete a crença na onipotência do conhecimento jurídico moderno. A equação, até então, é (era): razão moderna + juiz + ritual judiciário = mito da verdade. E o mito fundador da sentença e até do processo (inquisitório) é a verdade. Daí por que desvelar é preciso, inclusive para, liberto da missão de revelador da verdade, caminhar em direção ao processo penal acusatório e democrático (LOPES JR., 2012, p. 115-116).

O autor conclui que a sentença é, pois, “ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a ‘verdade’, muito bem. Importa é considerar que a ‘verdade’ é contingencial, e não fundante” (LOPES JR., 2012, p. 116).

Relevante, ainda, trazer a posição de José Osterno Campos de Araújo, que trata a verdade como correspondência, já que o julgador terá chegado à sua verdade quando, à vista do exame das provas, detiver robusta convicção de que seu julgado (o que define como expressão da limitada atividade intelectual humana) corresponde à realidade do fato criminoso. Prossegue advertindo que isso não afasta a possibilidade de ter-se dado a formação de uma convicção infundada, que não moldada aos fatos como ocorreram. E assim conclui sua teoria:

A limitação e a falibilidade, características inerentes à condição humana dos operadores jurídico-processuais, impossibilitam o atingimento, no processo, ou mesmo em qualquer outra seara do conhecimento, da verdade absoluta, pura ou ontológica, a qual pertence, única e tão somente, a Deus (ARAÚJO, 2007, p. 155).

Em que pese a demonstrada recorrência da utilização irrefletida do termo “verdade” pela doutrina, não existe uma verdade como pregada. Se cada ser humano tem suas características particulares subjetivas (algumas inconfessáveis), não existe verdade como substantivo (apto a designar a essência e a substância de um instituto).

A crença em uma “verdade” torna frágil e vulnerável o processo, o que se traduz por insegurança e risco para a sociedade. É preciso concretizar e democratizar o instituto da prova, retirando-o do entendimento de “busca da verdade”, que é utópico, e não pode ser entendido como objetivo do processo ou razão de ser dos atos do juiz.

Situar a prova no campo da correspondência à realidade, ou da fixação formal de um fato a partir da sua reconstrução participada, permite que o instituto garanta segurança aos participantes da prestação jurisdicional. Assim, encontra adequação aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

6 O ENTRAVE DA SUBJETIVIDADE

Como já exposto, no Processo Penal não há hierarquia entre provas, em que pese ser a prova testemunhal, notoriamente, a mais utilizada e mais comum. Dessa forma, é possível uma condenação que se lastreie, unicamente, em tais provas, desde que judicializadas. Não obstante, a prova testemunhal pode subsidiar todas as outras provas em um processo, seja ele de qualquer natureza, motivo que importa na preocupação, primeiramente, com a subjetividade das testemunhas e partes envolvidas no evento a ser analisado pelo magistrado.

Os atores judiciais lidam com as recordações das pessoas a fim de se obter as provas testemunhais, e, nesse particular, alguns juristas assim já escreveram a respeito da subjetividade:

Como a convicção é explicada através da motivação, é possível dizer que a convicção é racionalizada na motivação. Ou melhor, a convicção de verdade, a dúvida, a inesclarecibilidade do fato constitutivo e a convicção de verossimilhança são racionalizadas mediante a própria racionalização dos argumentos utilizados para justificá-las. [...] Isso demonstra a separação entre convicção, decisão e motivação. Em determinada dimensão, a convicção é importante para a decisão, pois o juiz, para decidir, tem que saber o que é necessário (ou o que basta) para julgar o pedido procedente e assim quando é suficiente uma convicção de verossimilhança - por exemplo. Em outra perspectiva, a convicção somente importa quando é posta às claras, ou seja, quando é racionalizada na motivação. Ou seja, se a convicção é importante para a decisão, o certo é que a convicção e a decisão somente poderão ser compreendidas em face da motivação, quando deverão ser justificadas racionalmente (MARINONI, ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 299).

Aury Lopes Jr. sustenta que a prova tem função persuasiva e tem como pilares crença, fé e captura psíquica, porque o que os locutores dizem tem valor se os destinatários crerem, pelo que os resultados da prova dependem dos aspectos subjetivos e emocionais do ato de julgar (LOPES JR, 2016, p. 496).

E registra a complexidade em que se insere a questão da prova testemunhal e dos reconhecimentos, os quais giram em torno da memória. Atenta, também, para a possibilidade de falsas memórias, explicando o que seriam:

Entre as inúmeras variáveis que afetam a qualidade e confiabilidade da prova testemunhal, propomos um recorte pouco comum na doutrina jurídica: as falsas memórias. As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que

está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo. É importante destacar que, diferentemente do que se poderia pensar, as imagens não são permanentemente retidas na memória sob a forma de miniaturas ou microfímes, tendo em vista que qualquer tipo de “cópia” geraria problemas de capacidade de armazenamento, devido à imensa gama de conhecimentos adquiridos ao longo da vida (LOPES JR., 2016, p. 496).

A especialista Cristina di Gesu, ao estudar a prova, esclarece que “a recordação de um evento traumático, aliada às lacunas da memória e ao fator indução, é imprescindível para a constatação do fenômeno, embora existam pessoas e histórias mais ou menos suscetíveis à falsificação da lembrança” (GESU, 2014, p. 165). E aponta para a necessidade de se atentar às falsas memórias, passíveis de influenciar negativamente a reconstrução dos fatos passados:

De acordo com o sistema acusatório, toda a atividade processual gira em torno da busca pelo convencimento do julgador (função persuasiva). Daí a importância de se relacionar o estudo da prova penal com os temas referentes à memória e às falsas memórias.

Com efeito, um dos grandes problemas das provas está na contaminação da reconstrução de fatos passados, principalmente pelo modo como a prova é colhida. O desvio do escopo do processo, ou seja, a procura desmedida por uma “verdade real” – impossível de ser novamente retratada no presente, e resquício do sistema inquisitivo -, acaba por influenciar a memória das pessoas que depõem no processo e até mesmo antes dele.

Os constrangimentos sofridos pela prova, muito embora influenciem na produção desta, são a garantia do cumprimento das regras do jogo, ou seja, à observância do devido processo legal. Atuam como verdadeiro filtro processual, não permitindo a utilização de provas ilícitas ou ilegítimas, o que jamais poderia ser tido como um fator negativo. [...] Ademais, há que se considerar o desprato dos recursos humanos do Estado para lidar com a situação (GESU, 2014, p. 165).

Assim, para evitar interferência da subjetividade das partes, o juiz deve buscar não desviar o objetivo do processo procurando uma “verdade real”, para que não influencie a memória das pessoas que depõem no processo. Ainda, deve atentar os atores judiciários para esse problema, para que busquem técnicas adequadas a fim de reduzir a indução equivocada e afastar falsas memórias.

Igualmente relevante é a preocupação com a subjetividade do ponto de vista do julgador. Importante contribuição a esse respeito trouxe o jurista italiano Franco Cordero, com sua teoria do quadro mental paranóico, que sustenta o primado da hipótese sobre o fato (originalmente “*primato dell’ipotesi sui fatti*”), ou seja, que a concepção do magistrado, sobre o que ocorreu, acaba sendo mais importante do que os fatos propriamente ditos, porque o julgador, em vez de tentar descobrir o que realmente ocorreu, analisando os fatos, busca provas para reforçar a hipótese pré-concebida nos autos, qual seja, a da peça inicial acusatória.

Melhor elucidando, entende-se que o julgador, anteriormente comprometido com determinada ideia, tenderá a buscar o resultado que a ele convier, por ele mesmo preconcebido. Assim, para a escolha das provas, partiria da convicção, num quadro mental paranóico (CORDERO, 1986, p. 93).

Na mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Jr. preconiza que o julgador, “ao eger de início a hipótese verdadeira, não faz no processo mais do que uma encenação, destinada a mascarar a hábil alquimia de transformar os fatos em suporte da escolha inicial.” (LOPES JR., 2012, p. 182).

É certo que se faz necessário minimizar a contaminação do resultado por concepções assumidas como “verdade”, o que poderá se dar com a conscientização do julgador de que isso é possível, e alertamento das possibilidades que se trouxe neste capítulo e no anterior.

Observa-se que a intenção de provar é dar credibilidade e conseguir convencer, psicologicamente, o julgador, fazendo-o crer no que se alega. Dessa forma, o julgador não precisa de tratar de “verdade” para legitimar sua decisão, já que tal legitimidade é dada pelo respeito às regras legais do processo, ao contraditório e à ampla defesa.

Não obstante, depara-se com o inégavel fato de que o magistrado está sujeito a se ver psicologicamente comprometido pelo clamor social ou por fato pretérito de sua própria vida, ou mesmo por seus valores e princípios morais, o que é passível de gerar interferência na sua decisão.

Luís Carlos Balbino Gambogi expõe sobre a impossibilidade de se separar da interpretação as subjetividades do intérprete e toda gama de conhecimento que este carrega, todavia, ressalta que não há um condicionamento absoluto, já que “o

intérprete pode superar a ideologia, que cega, fazendo sobre ela incidir o senso crítico” (GAMBOGI, 2005, p. 184).

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro aduz que o julgador deve basear-se no diálogo estabelecido no curso do processo, o qual deve ser estimulado, privilegiando-se o contraditório. Às partes deve ser assegurada a hegemonia na produção da prova e ao julgador cabe assegurar a pertinência das perguntas, a genuinidade das respostas e a lealdade dos exames (RIBEIRO, 2013, p. 215).

Em que pese a acertada concepção teórica, a observação mostra que a formação atual do futuro prestador da atividade jurisdicional não tem foco no preparo psicológico e não trabalha conscientemente (filosofica e psicologicamente) a subjetividade.

Além disso, o magistrado, para avaliar as provas, deve ser imparcial e equidistante das partes. Sabe-se que imparcialidade é objetiva, e aponta para a não contaminação por fatores externos ao processo, e não se nega que a neutralidade dela se difere, porque se relaciona com experiências prévias, valores, histórias de vida e sentimentos pessoais. Dessa forma, ninguém é neutro. Mas o juiz deve, no momento da decisão, suspender suas convicções pessoais e considerar as provas como amealhadas, objetivamente.

Em linguagem não formal, mas bastante clara, Lênio Luiz Streck diz que “a subjetividade do juiz deve ser estrangida epistemologicamente (quer dizer, controlada) pela intersubjetividade”, e firmemente defende que “se o juiz não consegue suspender seus pré-juízos, ele não pode (e não deve) ser juiz. Ele pode odiar ou amar algo. Mas na hora da decisão isto deve ficar suspenso (uma *epoché*)”. Isso, para ele, é responsabilidade política e democracia (STRECK, 2017).

A valoração das provas, em que pese não ser discricionária, “pode ser contaminada pelo próprio subjetivismo do julgador que acaba por trazer suas vivências, sua postura ideológica para dentro do processo ao analisar a prova” (GESU, 2014, p. 165).

Afirmando que na elaboração das decisões judiciais entram inexoravelmente dados psicológicos e ideológicos do juiz, Antônio Magalhães Gomes Filho defende que “o que importa ao direito judiciário na verdade são os elementos de caráter objetivo, de fato e de direito, pois somente estes devem ser considerados pelo julgador na formação de suas decisões” (GOMES FILHO, 2001, p. 110).

Conforme Giacomolli e Duarte, o juiz pode até julgar de maneira formalmente

imparcial (não ser parte, não estar impedido ou suspeito), mas isso não suprime a sua neutralidade subjetiva no processo, a definindo como:

Aquela projetada sobre o processo, que diz das vivências pessoais do juiz, seus gostos e desgostos, suas paixões, seu eu, seu modo de ser no mundo, pois o sentido da compreensão não acontece sem a sobreposição sobre o objeto a ser analisado, sem a vivência do ser com seu entendimento singular, pousado sobre a realidade. A verdadeira compreensão do sentido daquilo que nos é dado deve extrapolar uma mera exegese prática de afirmação literal do sentido, porquanto deve ocupar-se das próprias condições de possibilidade do horizonte do entendimento (GIACOMOLLI; DUARTE, 2006, p. 288-307).

Lídia Reis de Almeida Prado anota que, no entendimento de Freud, estudioso da psicanálise e da subjetividade humana, “a Psicanálise propõe-se a mostrar que o Eu não somente é senhor na sua própria casa, mas também está reduzido a se contentar com informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência, no restante da vida psíquica”. Assim, “a consciência não constitui a essência da vida psíquica, mas apenas uma qualidade desta, podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar” (PRADO, 2002, p. 44).

Por outro lado, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon estudou a relação da subjetividade no ato de dizer o Direito assentando que:

A interpretação no direito ou em outras áreas do conhecimento nunca será uma atividade discricionária, ou puramente mecânica. Ela sempre será o produto de uma interação entre o intérprete e texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. Enquanto a objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação [...] e do conteúdo dos princípios e preceitos que não se pode afastar, a subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade e intuição do intérprete (acrescenta-se: nas suas emoções, sem a qual não poderá decidir como visto em Antonio Damásio; nos seus valores; enfim, na sua história de vida como um todo) que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu (POZZEBON, 2005, p. 282).

A solução possível, portanto, é que o magistrado seja imparcial e não deixe a falta de neutralidade intervir no julgamento, permitindo a ampla participação dos que serão afetados pelo provimento final na construção do processo. Assim sendo, a decisão judicial, tomada nos parâmetros referidos, revelará os motivos do

convencimento do julgador e suas razões justificadas de decidir, ou seja, os fundamentos racionais que o conduziram ao ponto definitivamente fixado em sentença.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de todo o conteúdo acima desenvolvido, concluiu-se:

1 - O Processo Penal brasileiro é o segmento do Direito Público que regulamenta o exercício do poder sancionador do Estado. Para tanto, é necessária uma atividade retrospectiva da história do delito, o que se efetivará por meio do instituto da prova. Quando se pensa em prova, portanto, deve-se ter em mente que se trata de providência indispensável para que o magistrado conheça o fato trazido pelas partes e a este aplique o Direito, com uma construção participada dos afetados.

2 - A prova é o que permite, a todos os envolvidos no processo, a reconstrução fática daquilo que aconteceu no passado, e que está sendo questionado e discutido no presente, dentro dos autos.

3 - O processo judicial é o meio para a solução de conflitos na sociedade, com base em estrutura normativa composta por princípios e regras. Norteiam a sistemática da prova, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, o acesso à jurisdição, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, seguidos pelos demais princípios tratados no capítulo segundo.

4 - Para a solução das demandas sociais levadas ao Poder Judiciário, é necessária a reconstrução fática daquilo que aconteceu no passado, e que está sendo questionado e discutido no presente, dentro dos autos, o que se dá pelas provas.

5 - No processo penal brasileiro é possível a utilização de meios de prova não previstos em lei (provas inominadas), assim como de meios de prova cujo procedimento probatório não esteja delimitado pela lei (provas atípicas), com a condição de que sejam lícitas, legítimas e moralmente válidas. Tais detalhes foram abordados no terceiro capítulo, o qual contemplou, ainda, as diversas alterações propostas pelo Projeto de Novo Código de Processo Penal, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados.

6 - Para que o processo esteja de acordo com o Estado Democrático de Direito, o convencimento do julgador deve ser motivado e fundamentado, de modo que todos os envolvidos no processo compreendam claramente o mecanismo intelectual do juiz. Além de motivar, é preciso que o magistrado exponha a justificativa racional e detalhada que o levou à decisão processualmente motivada.

Para tanto, mister atentar-se ao que foi debatido em contraditório e provado nos autos do processo, de acordo com o caso concreto. Isto é fundamental. A fundamentação, dessa forma, permite o controle público da decisão. É dessa maneira que as partes vão construir a decisão com o magistrado.

7 – Da construção participada do provimento, da motivação, e da fundamentação, decorre a inseparável subjetividade, e depara-se com a questão da verdade, sobre a qual encontram-se posicionamentos fervorosos e céticos na doutrina. Não existem verdades absolutas, e encontrar uma “verdade” é algo inalcançável. A crença em uma “verdade” torna frágil e vulnerável o processo, o que se traduz por insegurança e risco para a sociedade. É preciso concretizar e democratizar o instituto da prova, retirando-o do entendimento de “busca da verdade”, que é utópico, e não pode ser entendido como objetivo do processo ou razão de ser dos atos do juiz.

8 - Situar a prova no campo da correspondência à realidade, ou da fixação formal de um fato a partir da sua reconstrução participada, permite que o instituto garanta segurança aos participantes da prestação jurisdicional. Assim, encontra adequação aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Essa é a reconstrução constitucional do instituto.

9 - O julgador não precisa tratar de “verdade” para legitimar sua decisão, já que tal legitimidade é dada pelo respeito às regras legais do processo, ao contraditório e à ampla defesa.

10 – Para evitar interferência da subjetividade das partes nas provas, o juiz deve buscar não desviar o intuito do processo procurando uma “verdade real”, para que não influencie a memória das pessoas que depõem no processo. Ainda, deve atentar os atores judiciários para esse problema, para que busquem técnicas adequadas a fim de reduzir a indução equivocada e afastar falsas memórias.

11 - O magistrado deve aproximar-se do ideal de não permitir que comprometimentos psicológicos decorrentes de clamor social, de fato pretérito de sua própria vida, ou mesmo de seus valores e princípios morais interferiram na sua decisão. O julgador deve se atentar a ser imparcial e equidistante dos fatores subjetivos e externos ao processo.

12 - Para se ter um processo compatível com o Estado Democrático de Direito, esse deve visar a garantia dos direitos fundamentais e assegurar às partes a participação na construção do provimento final, em simétrica paridade. Defende-se

um modelo processual isonômico, ou seja, com direito de igual interpretação pelas partes e interessados, e não só pelo juiz. Quanto a este último, cumpre julgar com ponderação, neutralidade, serenidade e higidez, o que vai muito além do domínio técnico-jurídico.

13 - Para mitigar a problemática da contaminação do julgador, sugere-se que as escolas de formação de magistrados busquem dar o maior foco possível ao preparo psicológico, de modo a equilibrar a formação, já que é o juiz que conclui o provimento. Ainda, sugere-se forte rigor na avaliação psicológica a que são submetidos os aspirantes à magistratura, buscando-se garantir o equilíbrio psíquico do magistrado que atuará, a fim de que julgue conforme se defendeu nesse estudo.

14 – O magistrado deve ser imparcial e não pode deixar a falta de neutralidade intervir no julgamento. Deve permitir a ampla participação dos que serão afetados pelo provimento final na construção do processo. Assim sendo, a decisão judicial, tomada nos parâmetros referidos, revelará os motivos do convencimento do julgador e suas razões justificadas de decidir, ou seja, os fundamentos racionais que o conduziram ao ponto definitivamente fixado em sentença.

Assim, diante das conclusões acima apresentadas e com base no conteúdo pesquisado, deve-se atentar para a aplicação do instituto da prova constitucionalmente reconstruído, ou seja, de forma objetiva, sem utilização de figuras abstratas como “verdade”, observando-se os princípios constitucionais para a reconstrução participada dos fatos passados. Isto para que o instituto esteja sempre adequado aos preceitos do Estado Democrático de Direito, preconizado e instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**: processo de conhecimento. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARAÚJO, José Osterno Campos. **Verdade Processual Penal**: Limitações à prova. Curitiba: Juruá, 2007.

AQUINO, Santo Tomás de. Suma Teológica. Tradução Luiz João Baraúna. *In: Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Tradução Desidério Murcho *et al.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Código de Processo Penal. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Apresentado em 22 dez. 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BC0B0DB155F8D8867F6E10F31CE933E5.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&file name=PL+8045/2010>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, 13 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941. Lei de Introdução do Código de Processo Penal (decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941). **Diário Oficial da União**, 13 dez. 1941. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del3931.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, 9 nov. 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, 26 jul.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 02 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 8.862 de 28 de março de 1994. Dá nova redação aos artigos 6º, incisos I e II; 159, caput e § 1º; 160, caput e parágrafo único; 164, caput; 169; e 181 caput, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, 29 mar. 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1989_1994/L8862.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL, Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 30 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, 25 jul. 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 02 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial da União**, 14 jul. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 02 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 02 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 24 ago.

2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2004. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Diário Oficial da União**, 23 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 9 jan. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 02 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. **Diário Oficial da União**, 9 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm#art41>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Colaboração Premiada**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/colaboracao-premiada>>. Acesso em: 12 jun. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 182344/PR. Relator: Ministro Og Fernandes. **Diário Oficial da União**, 17 jun. 2013a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=182344&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 351407/PR, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário Oficial da União**, 14 dez. 2016b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=351407&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 73151/SP, Relator: Ministro Ribeiro Dantas. **Diário Oficial da União**, 27 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=73151&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1306555/RS, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. **Diário Oficial da União**, 17 nov. 2016a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1306555&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 50.367/PR. Relator: Ministro Carlos Velloso. **Diário Oficial da União**, 04 mar. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362535>>. Acesso em: 02 maio 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias no processo penal**. Tradução José Antônio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría Del Garantismo Penal. Madrid: Trota, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Devido Processo Constitucional e Institutos Jurídicos de Teoria Geral do Estado Democrático de Direito. **Cadernos Jurídicos do IMPD** (Instituto Mineiro de Direito Processual), v. 11, p. 1, 2015.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal**: abordagem no Estado Democrático de Direito. Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. **Direito**: razão e sensibilidade - As intuições na hermenêutica jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 102, jun. 2006, p. 288-307.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em sua unidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES; Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Repensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HAMILTON, Sergio Demoro. **A Prova no Projeto de Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.lexboletim.com.br/doutrina_24915930_A_PROVA_NO_PROJETO_DE_CODIGO_DE_PROCESSO_PENAL.aspx> Acesso em: 26 mar. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo** - Primeiros Estudos. 12. ed. São Paulo: Forense, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2015. *eBook*.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *eBook*.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Clássica, 1927. *eBook*.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDEIROS, Nilcéia Lage de. **Fórum de normalização, padronização, estilo e revisão do texto científico: perguntas, respostas, discussões e questionamentos sobre ABNT, projetos, monografia, dissertações, teses, artigos científicos e livros**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A nova Reforma do Código de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MILAGRES, Herlon. **Prova pericial como fundamento da sentença penal condenatória**. Petrópolis: UCP, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1.0261.14.014275-1/001, Relator: Desembargador Eduardo Brum. **Diário Oficial do Estado**, 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0261.14.014275-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 02 maio 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTENEGRO, Misael Filho. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. *eBook*.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PAIVA, Danúbia Patrícia de. **Responsabilidade civil do Estado por ato ilícito na hipótese de dano grave emergente na função jurisdicional**: perspectiva a partir da morosidade processual e do ativismo judicial. Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi. Dissertação (mestrado) – Universidade FUMEC, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2015.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição**: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2005.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional**. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). Aspectos psicológicos na prática jurídica. Campinas: Millennium, 2002, p. 44.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais**: Uma Contribuição para a Adequação Constitucional da Persecução Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **O juiz, a umbanda e o solipsismo**: como ficam os discursos de intolerância?. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-22/juiz-umbanda-solipsismo-ficam-discursos-intolerancia?imprimir=1>. Acesso em: 12 jun. 2017.

TARUFFO, Michele. **La Prueba de Los Hechos**. Madri: Trotta, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIEITO. Aurélio Agostinho Verdade. O modelo dialogal e a relação jurídica processual: logos, ethos e pathos. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 115-136, jul./dez. 2014.