



Prova penal

Criminal evidence

ANA PAULA FURLAN TEIXEIRA

Advogada. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade IDC – Instituto de Desenvolvimento Cultural.
Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS.

RESUMO: O presente trabalho objetiva fazer um panorama do direito probatório no Direito Processual Penal pátrio. Buscou-se, sobretudo, enfatizar a importância da Constituição Federal de 1988 no tema de provas. Este estudo, assim, propõe-se a destacar aspectos sobre a prova penal, sobretudo mediante a pesquisa doutrinária dos principais expoentes sobre o assunto. Para tanto, será primeiramente conceituada a prova no ordenamento jurídico. Após, serão abordados os princípios relativos a prova penal mais importantes, tal como o contraditório e a ampla defesa. Não se objetivou esgotar a matéria, mas apresentar alguns aspectos, os quais se acredita serem os mais relevantes. Para tanto, no desenvolver desta monografia, sempre se observou a posição da jurisprudência, como também as principais questões introduzidas pela Lei nº 11.690/2008.

Palavras-chaves: Prova penal; Princípios; Valoração.

ABSTRACT: This paper aims to do an overview of the law of evidence in Criminal Procedural Law patriotism. We sought to especially emphasize the importance of the 1988 Federal Constitution on the subject of evidence. This study therefore proposes to highlight aspects of the criminal trial, especially by leading exponents of doctrinal research on the subject. Thus, we first conceptualized the proof in the legal system. After, we discuss the principles governing the most important criminal trial, as contradictory and defense. It is not aimed to exhaust the subject, but present some aspects, which are believed to be the most relevant. Therefore, in developing this monograph, always noted the position of the law, as well as the major issues introduced by Law nº 11.690/2008.

Keywords: Criminal evidence; Principles; Valuation.

1 DA PROVA PENAL – CONSIDERAÇÕES GERAIS

A palavra prova deriva do verbo *probare*, que tem em comum a raiz *proba*, significando provar, verificar, examinar, aprovar, demonstrar, reconhecer por experiência. A palavra prova denota “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo”.¹ Provar, portanto, é demonstrar os fatos passados, podendo ser entendida também como a verdade sobre o que é discutido. Como bem dispõem Grinover et al.,² o termo prova não possui um sentido unívoco, sendo que sua primeira acepção indica o conjunto de atos processuais produzidos com a finalidade de averiguar a verdade, formando o convencimento do juiz sobre os fatos narrados. No seu segundo sentido, aponta para o resultado dessa atividade processual. O terceiro sentido, por fim, designa os meios de prova.

No direito probatório, assim, não existe uma única definição para o termo prova. Vários doutrinadores buscaram construir um conceito unânime, cada qual na

sua época e por meio das suas convicções particulares em relação ao estudo do Direito. Em todas as tentativas, prevaleceu a ideia comum de que, por meio da atividade probatória, o magistrado obtém condições para avaliar e julgar a lide da forma mais justa possível. Para o Direito Processual, o tema prova é, nesse sentir, de extrema relevância, tanto para a esfera cível quanto para a penal.

O ordenamento jurídico, de modo geral, conceitua prova judicial como o meio pelo qual se demonstra em juízo a verdade dos fatos alegados pelas partes. Processualmente, o ato de provar é a forma pela qual se busca formar o convencimento do juiz, referente a um fato alegado na lide. Como bem infere Marques,³ “a demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova”. Prossegue o autor:

A prova é assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações.

Com a prova o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando, ao depois, sua convicção.

Aranha⁴ define prova como o “conjunto de meios idôneos e praticados no processo ou nele entranhados e tendentes à afirmação da existência positiva ou negativa de um fato destinado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade”. Mirabete,⁵ por sua vez, conceitua a prova como a “demonstração a respeito da veracidade ou falsidade da imputação, que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a *prova*”. O jurista prossegue referindo que, durante a instrução processual, pretende-se alcançar o convencimento do juiz, por meio das provas trazidas aos autos, de modo que possa decidir, ao fim, no processo penal, acarretando um justo deslinde do feito.

Cumprido lembrar que o instituto da prova não está restrito somente ao âmbito do Direito Processual. Também no Direito Material há preceitos normativos que visam regular a demonstração dos fatos ou dos atos jurídicos, com o intuito de viabilizar a sua apreciação na esfera processual. Existe uma distinção entre os conceitos de prova para o Direito Material e para o Processual: enquanto este se preocupa com o instrumento para a demonstração dos fatos, aquele cuida de prever quais os meios de prova que são admitidos para que determinada prova seja válida e eficaz. Desta forma, a prova judicial deve ser entendida como todos os atos que se destinam à demonstração da verdade dos fatos alegados, com o intuito de formar o convencimento do magistrado. A prova busca reconstruir os fatos apresentados em juízo.

Como bem aponta Oliveira,⁶ a prova judiciária tem a finalidade de reconstruir os fatos investigados no processo, objetivando maior coincidência possível com a realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos “tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo”. Avolio,⁷ apontando a relevância da prova no processo penal, revela que esta é “o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa”. Grinover et al.⁸ explicitam que a prova é o instrumento pelo qual é formada a convicção do julgador acerca da ocorrência ou não dos fatos colocados em litígio. Assim informam os autores:

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as *questões de fato* que devem

ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos. [grifo no original]

Portanto, a finalidade maior da prova é prover o convencimento do juiz através dos elementos probatórios trazidos ao processo. Nas palavras de Nucci,⁹ “a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso”. Além disso, a função da prova não está restrita à construção dos fatos jurídicos alegados pelas partes para a formação do convencimento do juiz; possui também a finalidade de meio de argumentação utilizado no “diálogo judicial” realizado pelos litigantes.

Os elementos probatórios são destinados tanto para o julgador da causa como para o membro do Ministério Público nas causas que este intervém. Entretanto, o juiz é o principal destinatário da prova, uma vez que é ele que irá julgar a causa e, desse modo, é ele a quem a prova deve servir como meio para formar o convencimento. No mesmo sentido, Noronha¹⁰ afirma que “a prova se destina a gerar no Juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento”. Provar, assim, é dar ao processo o conhecimento de fatos relevantes, buscando gerar a convicção da verdade dos mesmos fatos.

Lopes Jr.,¹¹ por seu turno, leciona que a prova propicia uma atividade cognitiva do julgador acerca dos fatos narrados pelas partes no processo, gerando, assim, o convencimento do magistrado:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua *atividade recongnitiva*, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recongnitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida, integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença. [grifo no original]

Conforme bem lembra Avolio,¹² a prova possui relevância fundamental no processo, constituindo elemento integrador do convencimento do magistrado. Para o doutrinador deve-se ater, na atividade de produção de provas, à liberdade probatória, limitada, no

entanto, no princípio da dignidade da pessoa humana e no respeito aos seus valores fundamentais. *In verbis*:

A prova tem importância fundamental no processo, pois constitui o elemento integrador do convencimento do juiz com os fatos da causa. Hoje, a melhor opção se afigura a liberdade probatória, cujo limite está na dignidade da pessoa humana e no respeito aos seus valores fundamentais. Há necessidade, pois, de se interpor limites à utilização, no processo, dos meios de prova que atentem contra esses princípios. O direito à prova constitui um desdobramento do princípio do contraditório, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Embora seja de boa técnica a previsão em nível legislativo do direito à prova, como se faz no ordenamento italiano, não se pode excluir sua existência no direito brasileiro como desdobramento do contraditório.

Nos processos judiciais, o direito subjetivo de provar é amplamente assegurado, desde que todos os fatos alegados pelos litigantes sejam demonstrados por qualquer meio idôneo. É um direito que as partes envolvidas no processo possuem independente do seu direito subjetivo. Isto é, elas podem ou não possuir o direito invocado. Nesta seara, o exercício concreto do direito de ação e de defesa refere-se à oportunidade de dar ao interessado a possibilidade de interferir acerca do desenvolvimento e do êxito do julgamento, sendo que é subordinado à efetiva possibilidade de utilizar-se dos instrumentos apropriados, ou seja, as provas.

Tonini,¹³ comentando acerca do direito à prova, refere que é “uma expressão sintética que compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões”. Fernandes,¹⁴ por seu turno, afirma:

Liga-se o direito à prova estritamente aos direitos de ação e de defesa. De nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações. Apresenta, em decorrência de tal ligação, a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa, ou seja, um direito subjetivo público ou cívico.

O autor, ainda, desdobra o direito subjetivo à prova, em face das suas manifestações concretas no processo e em razão do direito das partes em requerer a sua produção, bem como que sejam realizadas todas as providências necessárias para o exercício concreto

de tal direito subjetivo. Lista o autor, que também há o direito de participação das partes e do juiz na produção das provas, de que estas sejam obtidas sob o crivo do contraditório e, por fim, que sejam objeto de avaliação pelo julgador.

O direito à prova é assegurado no processo penal, não apenas na instrução como também na fase pré-processual. O *jus puniendi* pertence ao Estado e, por imposição do sistema jurídico pátrio, este é exercido por meio do Estado-Juiz, que aplicará a *sanctio juris*. Lembra Tourinho Filho¹⁵ que, antes de o Estado se dirigir ao Juiz, por intermédio do Ministério Público, via de regra, deve “desenvolver intensa atividade, logo após a prática da infração penal, colhendo informações sobre o fato típico e sobre quem tenha sido o seu autor”. Finaliza este autor, referindo que as informações coletadas, acerca do fato tido como delituoso, podem vir a ser utilizadas pelo particular nos delitos de ação penal privada, autorizando-o a ingressar em juízo. Essa fase, desse modo, tem como escopo primordial preparar, investigar e reunir elementos de um fato que poderá redundar ou não na formalização de uma acusação penal. Castro¹⁶ lembra, com propriedade, a importância da prova de um fato para o exercício de um direito:

Os direitos são independentes das provas no diz respeito à sua existência, porque, antes de serem provados, já existiam: contudo, um direito qualquer, antes de se provar a sua existência, é inútil porque não se lhe pode auferir resultado algum. *Probare oportet, nec sufficit dicere*, como diziam as leis romanas que se ocupavam desta importante matéria. [grifo no original]

Marques,¹⁷ sustentando a importância da investigação preliminar, refere que esta impede o perecimento dos materiais probatórios do crime, contribuindo para melhor aparelhar a ação penal. Verifica-se, por exemplo, a necessidade do rápido exame do corpo de delito para a análise da existência de um fato criminoso e de sua autoria de crimes que possam ter sua materialidade apagada. Nesse caso, a atividade investigatória poderá ser prejudicada, caso haja demora nas suas diligências, na medida em que os elementos do ilícito poderão se exaurir ou deteriorar no decorrer do tempo. O aludido doutrinador consigna, ainda, que o Estado, quando desempenha atos investigatórios, exerce seu poder de polícia.¹⁸ Refere *in verbis*:

O Estado, quando pratica atos de investigação, após a prática de um fato delituoso, está exercendo seu poder de polícia. A investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce,

através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido.

Castro,¹⁹ ao lecionar acerca da finalidade e da importância das provas, infere que os direitos são independentes das provas em relação à sua existência. Ainda, explana o autor:

Todas as ações têm por fundamento um ponto de direito e um ponto de fato. Inúteis seriam as leis se não tivessem relação com algum fato, e desnecessárias seriam, também, as ações que constituem uma das teorias mais graves do direito, e mais indispensáveis para que ele se torne efetivo, se não houvesse os meios de investigar e determinar esses fatos que constituem o fim para o qual se dirigem as ações e o elemento objetivo do direito. Esses meios de investigar os fatos são o que chamamos de prova.

Em relação ao conceito de meios de provas, saliente-se que estes significam as técnicas que objetivam a busca pela verdade dos fatos alegados pelas partes litigantes. As normas processuais regem os modos como se desenvolvem cada uma dessas técnicas, relacionando-as com as fontes: para cada espécie de fonte, é necessário que haja meios adequados para que se atinja ao fim almejado. As fontes de prova preexistem ao processo, já os meios de prova existem no processo. A fonte existe; o meio examina a fonte. A fonte é material; o meio é formal, interno ao processo. Nesse sentido, Oliveira²⁰ expressa:

Para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da *inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente*. [grifo no original]

O objeto da prova, segundo Marques,²¹ são os fatos relevantes para a decisão do litígio, excluindo-se aqueles impertinentes ou irrelevantes. São fatos que independem de prova os axiomáticos ou intuitivos, os notórios, as presunções legais e os inúteis. Os fatos axiomáticos ou intuitivos são os evidentes, aos quais é conferido um grande grau de certeza, não carecendo, assim, de demonstração probatória. Os fatos notórios, por sua vez, segundo o princípio *notorium non eget probatione*, não necessitam de prova – os casos de

verdade sabia. As presunções legais são as conclusões que decorrem da própria legislação, podendo ser absolutas – *jure et de jure* – ou relativas – *juris tantum*. Por fim, os fatos inúteis, segundo o princípio *frustra probatur quod probantum non relevat*, não influenciam na solução do litígio, portanto, sendo verídicos ou não, não necessitam ser provados. Na sábia lição de Noronha²²:

É perder tempo e ferir a economia processual preocupar-se com questões que não interessam à decisão da demanda. Assim, indagar da residência ou grau de instrução do acusado ou da vítima, quando isso em absoluto influi na acusação ou na defesa. Caso típico de questões sem propósito era o hábito que tinha certo Juiz de, quando a testemunha dizia, p. ex., que vira uns cães antes do delito, perguntar qual o nome deles; se se referia, v.g., a um lugar, inquiri-a acerca dos pratos que foram servidos; se dissesse que vinha de um jogo de futebol, perguntar-lhe qual o resultado do embate, etc.

Mister salientar que o direito também não precisa ser provado, uma vez que o juiz é obrigado a conhecer, conforme o brocardo *iure novit curia*. Contudo, se o direito alegado for estadual, municipal, alienígena ou consuetudinário, caberá a parte a prova da existência do mesmo. Inclusive o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, pela redação da Lei nº 11.690/2008, permite ao juiz ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. Ademais, nem a confissão do crime feita pelo acusado, conforme dispõe o artigo 197 do Código de Processo Penal, possui o condão de, por si só, formar um juízo condenatório, devendo ser sempre confrontada com as outras provas produzidas no processo. Assim, como bem sustenta Avena,²³ “é evidente que a simples admissão explícita ou tácita (pelo silêncio) de atos, fatos e circunstâncias não têm força suficiente para elidir a produção probatória”. Importante observar que, no processo penal, não estão excluídos da necessidade de demonstração os fatos incontroversos ou fato admitido. Aqui, ao contrário do processo civil em que não há a necessidade de provar os fatos ditos incontroversos pelas partes, o magistrado não necessita admitir como verdadeiros fatos ditos incontestes pelas partes, uma vez que, conforme explica Marques,²⁴ é dado a ele indagar tudo o que parece dúbio ou suspeito.

Conforme explicita Capez,²⁵ no Direito Probatório, é necessário que a prova seja admissível pela lei ou pelos costumes judiciais, pertinente, concludente e possível de realização. Segundo a conclusão do autor:

Logo, forçoso é concluir que, se o fato não se inclui entre aqueles que independem de prova, mas, por outro lado, o meio pretendido seja admissível, pertinente, concludente e possível, a prova não poderá ser denegada, sob pena de manifesta ilegalidade, corrigível via correção parcial, dado o *error in procedendo*.

Grinover et al,²⁶ distinguem fonte, meio e objeto de prova. O primeiro é o fato percebido pelo juiz. Meio de prova é o instrumento pelo qual os fatos se fixam em juízo. Por último, o objeto de prova é o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio da produção de um elemento de prova. Mirabete²⁷ consigna que é objeto da prova, não só o fato delituoso, como também todas as suas circunstâncias objetivas e subjetivas, que o julgador deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Em suas palavras:

Aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio processual é o *objeto da prova*, que abrange não só o fato delituoso, mas também todas as suas circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou imposição de medida de segurança.

As provas, em razão das suas atividades, são realizadas em quatro diferentes momentos na esfera processual. O primeiro momento é a proposta, em que as provas serão indicadas ou requeridas perante o juízo. O segundo ocorre quando as provas são admitidas, ou seja, quando o magistrado se manifesta sobre a sua admissibilidade nos autos. Após, segue-se a fase processual em que as provas são produzidas, introduzidas nos autos do processo penal, culminando no quarto momento, quando o material probatório angariado pelas partes será valorado pelo magistrado, que o apreciará de modo a formar o seu convencimento que irá redundar num juízo condenatório ou absolutório.

Para complementar o estudo, cabe fazer um breve comentário acerca da classificação das provas. Quanto ao objeto, o fato a ser demonstrado, pode-se classificar em provas diretas ou indiretas. As primeiras consistem nas provas que *per se* revelam o fato objeto da investigação e as segundas são aquelas que, embora não demonstrem diretamente o fato, induzem-no com as circunstâncias arroladas, como, por exemplo, o álibi. As provas também podem ser classificadas de acordo com o seu valor, podendo ser plenas ou não-plenas: as plenas podem servir de elemento principal para o convencimento do magistrado, possuindo um juízo de

certeza quanto ao fato imputado; as não plenas, por sua vez, não podem ser consideradas como argumento primordial no juízo de convencimento do magistrado, podendo apenas reforçá-lo. São exemplos encontrados no Código de Processo Penal: o indício – artigo 239 e a fundada suspeita – §2º do artigo 240. Por fim, há a classificação de acordo com o sujeito em provas reais e pessoais. As primeiras são as que não decorrem diretamente da pessoa, mas, por meio de algo externo, comprova a existência do fato delituoso. As provas pessoais, por sua vez, decorrem diretamente da pessoa, como nos casos do interrogatório e testemunhos.

Cabe ressaltar que nenhuma prova poderá ser considerada suficiente para, por si só, fundamentar a decisão do magistrado. Deve, assim, integrar um conjunto probatório que, conforme Avena,²⁸ é dividido em objetivo – integrado pelas provas documental, laudos periciais; em subjetivo – os testemunhos, reconhecimentos, palavra da vítima, acareações, confissões, e, por fim, em circunstanciais – os indícios, deduções lógicas a partir de atos e fatos trazidos ao conhecimento do julgador. Há uma liberdade probatória, limitada, no entanto, por algumas diretrizes processuais. Por último, cabe acostar as observações do referido doutrinador que afirma que a prova somente será apta a fundamentar a decisão do magistrado quando considerada a partir de um exame conjunto e universal, uma vez que as provas possuem valor relativo:

Só a prova assim considerada, a partir de exame conjunto e universal, será capaz de fundamentar, com a necessária segurança, a decisão do juiz. Por isso, é a afirmação doutrinária no sentido de que as provas possuem um valor relativo, de sorte que apenas se analisadas globalmente terão força bastante para levar o juiz a um *verdicto condenatório*. Diz-se condenatório porque, para absolver, não é preciso que haja provas de inocência, bastando, no mais das vezes, que *não haja* provas suficientes para condenar o acusado (art. 386, VII, do CPP). [grifo no original]

Neste contexto, verifica-se que o instituto da prova pretende a restauração dos acontecimentos passados apresentados em juízo, mediante a realização de um procedimento probatório, previsto em Diplomas processuais, e a valoração dos elementos obtidos por meio deste. A finalidade maior da prova é formar o convencimento do juiz por meio dos elementos probatórios trazidos ao processo, havendo a necessidade que se observe suas condições de validade, em especial, a sua produção perante o magistrado e sob o crivo do contraditório. Desse modo, o juiz é o principal destinatário da prova, uma vez que é ele quem

irá julgar a causa e, portanto, é ele a quem a prova deve servir como meio para formar o convencimento.

2 PRINCÍPIOS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência destacam cada vez mais a importância dos princípios quando da interpretação e aplicação do Direito. Novelino²⁹ observa que os princípios são responsáveis pela gênese de grande parte das regras, sendo que condicionam a interpretação e aplicação das regras que originaram. No que tange o processo penal brasileiro, uma vez que o seu Diploma processual data do ano de 1941, havia muitos dispositivos conflitantes com a nova ordem constitucional verificada. O Código Processo Penal, primordialmente, antes da reforma sofrida em 2008, carecia ser interpretado de forma a se coadunar com os dispositivos constitucionais, objetivando, assim, a efetivação do Estado Democrático de Direito. Como bem ressalta Schreiber,³⁰ no Seminário A Reforma do Processo Penal Brasileiro:

Até então, o trabalho dos operadores do direito era interpretar o Código de 1941 à luz da Constituição Federal, procurando dar sempre uma interpretação conforme a Constituição e deixando de aplicar as regras que contrariassem as normas constitucionais. Hoje, diante de uma reforma, e após dezesseis anos da aprovação da Constituição, nós temos uma oportunidade única de modificar a lei, de forma a adequá-la à Constituição, proporcionando uma realização mais efetiva das normas constitucionais.

A reforma processual trouxe para o Código de Processo Penal disposições anteriormente já consagradas na doutrina e na jurisprudência pátria. Assim, buscou-se adequar a legislação processual penal à Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, conforme será visto em momento oportuno, consignando em consonância com o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, que a prova deverá ser produzida sob o crivo do contraditório. A título de ilustração do que significou a reforma processual, primordialmente no tocante às provas, cabe transcrever a lição de Gomes et al.³¹ acerca da nova redação do artigo 155 do Código de Processo Penal:

A inovação em estudo acompanhou copiosa jurisprudência dos nossos Tribunais. A Lei, com efeito, adequou o artigo em análise ao princípio do devido processo legal, estampado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, protegendo o cidadão contra a ingerência arbitrária do Estado, proibindo este último de exercer o seu direito de punir senão por

meio de um processo judicial legítimo, concedendo ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar, positivamente, no convencimento do Julgador.

Antes de tecer comentários acerca dos princípios referentes à prova no processo penal, convém fazer uma breve análise do que vem lecionando a doutrina dos princípios, sobretudo por sua importância quando do estudo e da aplicação do Direito. Os princípios orientam e norteiam o intérprete do Direito para uma melhor compreensão e aplicação da norma no caso concreto. Por sua vez Freitas,³² com propriedade, afirma serem os princípios linhas mestras pelas quais devem nortear o intérprete. Novelino³³ ressaltando a importância e essencialidade dos princípios constitucionais dentro do ordenamento jurídico, sobretudo na busca de um “direito justo”, refere:

Nada obstante, se os princípios estão mais próximos da ideia de justiça, não apenas por serem o primeiro passo na concretização dos valores, mas também por seu conteúdo axiológico inversamente proporcional a sua densidade normativa, sua aplicação desmedida e sem critérios pode conduzir a um sistema falho em segurança jurídica. Por isso, diante da visível euforia constatada atualmente em torno dos princípios, são necessárias prudência e parcimônia em sua aplicação direta e autônoma, sobretudo quando da existência de uma regra específica. Do contrário, o desejado equilíbrio entre os valores fundamentais perseguidos pelo direito – justiça e segurança jurídica – não será alcançado, gerando um ambiente de insegurança que acabará tendo como consequência situações de injustiça.

Em relação aos princípios gerais que regem as provas no âmbito penal e processual penal, esses podem ser definidos como os critérios legais que visam auxiliar o convencimento do magistrado. Portanto, sua realização, na persecução penal, é de suma relevância para uma decisão justa e, caso seja prolatada ao final uma sentença penal condenatória, essa não esteja viciada por elementos angariados ao arrepio da Constituição Federal e de seus princípios fundantes. No processo penal brasileiro, sobretudo no tocante à produção probatória, não há consenso doutrinário sobre a enumeração dos princípios gerais que regem as provas no âmbito penal e processual penal. No presente estudo, serão abordados, de maneira sucinta e preferencialmente à luz de um conteúdo mais prático, os principais princípios nominados e comentados pela doutrina acerca da matéria probatória. Cabe referir, ainda, que alguns desses princípios não são exclusivos

da prova penal, sendo que regem outras especialidades do processo penal.

2.1 Princípio do contraditório

O direito à produção de provas no processo deve respeitar o direito ao contraditório e à ampla defesa, sendo ambos os princípios constitucionais relacionados entre si. O princípio do contraditório está inserido no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que determina “aos litigantes, em processo administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” As provas, portanto, após o deferimento pelo juiz para a sua produção, devem ser produzidas sob a fiscalização da parte contrária, salvo nos casos de produção antecipada de provas por medida cautelar. Logo, o contraditório não tem apenas como finalidade a defesa, entendida como oposição ou resistência, mas também a possibilidade de participação no desenvolvimento e no resultado da lide.

Desta forma, o direito à prova está intimamente ligado ao princípio do contraditório, uma vez que o efetivo exercício da ação e da defesa é subordinado à efetiva possibilidade de representação da realidade dos fatos. Para o direito probatório, o contraditório impõe requisitos para a validade das provas, na medida em que se proíbe a utilização de provas formadas na ausência das partes ou do juiz e de provas não submetidas ao contraditório. Fator relevante ao sistema probatório em geral, o contraditório é condição de validade das provas: toda e qualquer atividade instrutória há de ser produzida sob o manto do contraditório. Grinover et al.³⁴ assim consignam:

A garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo – como oposição ou resistência –, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. É essa visão que coloca ação, defesa e contraditório como direitos a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titularizam quer no autor, quer no réu.

O princípio do contraditório deriva da igualdade de tratamento entre as pessoas no processo, ou seja, é a igualdade de oportunidade que deve ser dada às partes em conflito com relação à determinada circunstância para qual se exige a participação de dois ou mais sujeitos em conflito. Isso significa que,

para garantir a imparcialidade do juiz, as partes conflitantes devem estar em condições de igualdade para exporem seus motivos na defesa de seus direitos *sub judice*.

Tonini,³⁵ em suas observações, refere que o princípio do contraditório possibilita a participação das partes processuais na formação da prova. Em suas palavras:

[...] Desse modo, os elementos de prova formam-se na dialética das partes: tem-se o contraditório “para a prova”. O juiz tem condições de valorar a credibilidade do declarante e a idoneidade de suas declarações. No sistema acusatório, é interesse da justiça que o acerto do crime ocorra de acordo com o modo dialético: ao mesmo tempo, isso garante às partes o direito à prova. Nesse sentido, a oralidade contribui para o contraditório pois viabiliza o máximo da dialética processual.

Oliveira³⁶ salienta que o princípio do contraditório tradicionalmente é tratado como garantia de participação nos atos do processo, de forma a permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, conseqüentemente, para o provimento final buscado. Ressalva, não obstante, que a doutrina moderna reformula o instituto, incluindo nele o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, na busca de uma efetiva igualdade processual, de forma a realizar um processo justo e equitativo. O autor propõe, ainda, que o contraditório pode ser um método de conhecimento do caso penal, uma vez que a sua estrutura dialética implica na formação do convencimento do juiz:

De outro lado, e para além do interesse específico das partes e, de modo especial, do acusado, é bem de ver que o contraditório põe-se também como *método* de conhecimento do caso penal. Com efeito, uma estrutura dialética, de afirmações e negações, pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão.

No mesmo sentido, Avolio³⁷ revela que o princípio ora em comento corresponde ao princípio da igualdade das partes dentro do processo, mas pondera que não se trata apenas de uma igualdade formal:

[...] A igualdade, no processo, é entendida modernamente no seu sentido substancial, de *par conditio*, ou paridade de armas; ou seja, como princípio de equilíbrio de situações, que se revelam recíprocas entre si, da mesma forma que se colocam, no processo penal, as atividades dos órgãos de acusação e de defesa. [grifo no original]

Cabe também transcrever a lição de Grinover et al.³⁸ que resume a exigência do contraditório, na formação e na produção da prova, em determinados aspectos, como na proibição de que sejam utilizados fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo magistrado nos autos do processo e submetido ao debate entre as partes. Em segundo, na proibição de utilização de provas produzidas fora dos autos do processo ou de algum modo formada na ausência das partes. Por fim, na obrigação de o juiz submeter ao contraditório das partes as provas produzidas de ofício, uma vez que estas devem poder participar de sua produção e oferecer a contraprova, caso entendam pela sua necessidade.

Entretanto, deve-se observar que há exceções quanto ao princípio do contraditório previstas no próprio Código de Processo Penal. Dentre estas, pode-se citar o deferimento de medidas urgentes, de forma *inaudita altera pars*, sob pena de prejuízo às partes e ao processo, como, por exemplo, no caso da prisão preventiva – artigo 312 do Código de Processo Penal. Ainda, o sequestro de bens supostamente adquiridos pelo investigado ou réu como produto da infração, conforme determina o artigo 125 do Código de Processo Penal, que é admitido mesmo diante da mera existência de indícios veementes de que determinados bens tenham sido adquiridos com o produto da infração penal. Assim, pela natureza do instituto do sequestro de bens e almejando-se evitar que se tornem ineficazes tais medidas, elas podem ser determinadas pelo magistrado, sem a oitiva prévia daquele que sofrerá as suas consequências.

Ainda, em face de ser o inquérito policial um procedimento de índole inquisitorial, visando à coleta de material para sustentar uma futura ação criminal, de regra, não há a exigência de observância do contraditório. Há uma exceção no procedimento instaurado pela Polícia Federal, por determinação do Ministro da Justiça, que visa à expulsão de estrangeiro, conforme determina o artigo 70 da Lei 6.815/1980 – o Estatuto do Estrangeiro – combinado com os artigos 102 e 103 ambos do Decreto 86.715/1981 – o Regulamento do Estatuto do Estrangeiro.

O princípio do contraditório, portanto, possibilita que o processo obtenha uma estrutura dialética. Assim,

preconiza que seja o processo guiado pela expressão *audiatur et altera pars*, ou seja, “ouça-se também a parte contrária”. Dessa forma, arrolando uma das partes processuais testemunhas, a parte contrária tem o direito de contraditá-las, inquiri-las e arrolar as suas. De tal modo, vislumbra-se o contraditório como um direito das partes serem informadas dos atos processuais e, ainda, direito de reação, que se consubstancia em uma garantia de participação em grau de paridade. Portanto, aos litigantes é conferido o direito de contradizer os fatos e os elementos probatórios em que se fundamentam as teses deduzidas pela parte contrária.

2.2 Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa está previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal que dispõe que “aos litigantes, em processo administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Por este preceito, o Estado possui o dever de facultar ao acusado a mais completa defesa quanto os fatos que lhe for imputado.

A ampla defesa e o contraditório estão intimamente correlacionados ao princípio do devido processo legal. Contemporaneamente, não é mais concebível um processo penal que não esteja pautado no princípio do devido processo legal, alicerçado nos dogmas constitucionais do contraditório, da ampla defesa, bem como da isonomia formal entre as partes. Portanto, para a efetividade do processo penal deve haver um equilíbrio entre a defesa e a acusação, como também deve o Estado garantir que o imputado tenha a mais completa defesa quanto à imputação oposta contra ele. Como bem acentua Nucci³⁹:

[...] significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. [...] Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. [...]

Para ser efetivo o princípio da ampla defesa, ao longo da persecução penal, as partes devem possuir a informação clara e precisa do fato *sub judice*, de forma a possibilitar o contraditório das alegações e das provas produzidas pela parte contrária, bem como sejam lhes conferido o mais amplo direito à prova, dentro daquelas

que podem ser legalmente obtidas. Lembra Avena⁴⁰ que as garantias processuais, decorrentes do princípio da ampla defesa, são o conhecimento claro da imputação, a possibilidade de apresentar alegações contra a acusação, o acompanhamento da prova produzida e a possibilidade de contraprova, a oportunidade de defesa técnica por advogado e, por fim, a possibilidade de recorrer de decisões desfavoráveis.

O princípio da ampla defesa é consagrado como o dever estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, no artigo 5º, LXXIV e no artigo 134, ambos da Constituição Federal, que respectivamente dispõem que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”; e “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV”. Esses dois tópicos constitucionais relacionam-se com o princípio da ampla defesa de forma que todos os indivíduos tenham a possibilidade de se defenderem e de alegarem em juízo a sua versão. Com isso, almeja-se que o princípio da ampla defesa seja aplicado de modo substancial e de forma concreta, até mesmo para aqueles que não possuem condições financeiras de arcar com uma defesa técnica. Ainda, no Código de Processo Penal, nos artigos 402, 403 e 534, o legislador ordinário estabeleceu a ordem para a prática de atos processuais, assegurando que a defesa possa se manifestar sempre após a acusação.

A ampla defesa, portanto, tem relação com o direito à produção de provas na medida em que as partes são livres para produzirem as provas necessárias para a solução do conflito. O princípio em comento possui, como visto anteriormente, relação com o princípio do contraditório uma vez que ninguém pode ser condenado sem previamente ter a oportunidade de ser ouvido quanto às alegações imputadas. O Estado, assim, deve garantir o mais amplo direito à prova, dentro daquelas que podem ser legalmente obtidas, às partes litigantes.

2.3 Princípio da comunhão da prova ou aquisição

O princípio da aquisição ou comunhão da prova estabelece que a prova produzida por uma das partes passará a pertencer ao processo e, assim, a todos os sujeitos processuais. Na lição de Rangel,⁴¹ o referido princípio é um consectário lógico dos princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico processual, uma vez que as partes visam estabelecer a verdade histórica nos autos do processo. Ainda, prossegue o autor:

[...] os princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico-processual fazem com que as provas carreadas para os autos pertençam a todos os sujeitos processuais, ou seja, dão origem ao princípio da comunhão das provas.

Nesse sentido, o princípio sob comento preceitua que, embora as provas sejam produzidas por iniciativa de uma das partes, elas podem ser utilizadas por todos os sujeitos envolvidos na relação processual. Destina-se, assim, à apuração da verdade dos fatos alegados em juízo pelas partes e ao justo deslinde da causa.

2.4 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade refere que, sempre que possível, os atos processuais, incluindo-se a produção probatória, devem ser realizados oralmente e na presença do juiz, conforme a determinação legal. Possibilita, assim, ao julgador o contato imediato com os elementos de provas no momento em que elas estão sendo produzidas. Para Aranha,⁴² “por força de tal princípio haverá sempre predominância da palavra falada. Os depoimentos serão sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios como declarações particulares.” Tonini,⁴³ por sua vez, em relação aos princípios da oralidade e da imediatidade, entende que esses possuem valor instrumental, não sendo, ainda, realizados de modo absoluto, comportando exceções. Nas palavras do autor:

Os princípios da oralidade e da imediatidade não têm valor em si mesmos, mas servem para buscar a verdade da melhor maneira possível. Esses princípios têm valor instrumental, pois asseguram a exatidão do resultado. Entende-se que seja impossível para o juiz buscar a “verdade absoluta”, em razão dos limites da capacidade humana; o que importa é que o acerto ocorra com base em provas, respeitando-se as garantias fundamentais.

Conforme Avena,⁴⁴ “a oralidade, mais que um princípio, traduz-se como uma forma de conduzir o processo”. Referido princípio implica em três sub-princípios, quais sejam, a concentração, a imediação e a publicidade. Neste contexto, o princípio da oralidade traz como decorrência, no âmbito do direito probatório, o princípio da concentração, uma vez que se busca concentrar toda a produção das provas em audiência, para que, ao sentenciar, o juiz possua mais condições de se lembrar do ocorrido. A Lei 11.719/2008 fortaleceu esse princípio ao estabelecer que as alegações finais do rito ordinário sejam apresentadas oralmente na própria audiência, conforme redação do *caput* do artigo 403 do Código de Processo Penal. No rito sumário, por sua vez,

é obrigatória a produção da prova oral, do oferecimento de alegações e da prolação de sentença em audiência, de acordo com o artigo 535 do Código de Processo Penal. A Lei 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, nos seus artigos 77 a 82, no tocante à apuração de infrações de menor potencial ofensivo, pelo procedimento sumaríssimo, estabelece que deve haver a concentração dos atos em audiência.

Também decorrendo do princípio da oralidade, o princípio da publicidade refere que devem ser públicos todos os atos processuais, à exceção das causas que tramitam em segredo de justiça. Garante-se, assim, aos indivíduos o acesso aos autos, bem como da realização dos atos processuais. Há situações, no entanto, de publicidade restrita, sendo que alguns atos serão públicos somente para as partes, seus procuradores, dentre outros, tais como nos processos em que tramitam com segredo de justiça.

O princípio da publicidade reza que o Estado possui o dever de atribuir transparência aos atos que praticar e também fornecer as informações devidas quando solicitadas. A publicidade dos atos processuais, assim, visa a reforçar as garantias da independência, da imparcialidade e da responsabilidade do juiz. De forma a dar efetividade a esse preceito, a Constituição Federal coloca à disposição dos cidadãos instrumentos para garantia do princípio da publicidade. São eles: o *habeas data*, e o mandado de segurança, seja o individual ou coletivo, previstos, respectivamente, nos incisos LXXII, LXIX e LXX, ambos do artigo 5º do referido Diploma legal.

O princípio da publicidade está inserido no inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que “a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, bem como no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, preconizando que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, devendo ser fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade, podendo, ainda, ocorrer limitação da 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”. O Código de Processo Penal, em diversos dispositivos, contempla restrições ao princípio da publicidade. São exemplos: artigo 792, §1º, que dispõe que, quando da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, houver a possibilidade de resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, “o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja

realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”.

O §6º do artigo 201 do mesmo Diploma legal, por sua vez, também determina que o magistrado deve tomar as necessárias providências visando à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do ofendido, “podendo, inclusive, 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”. Por fim, outra exceção encontrada é a do §2º do artigo 485 do Código de Processo Penal, nas sessões do Tribunal do Júri, “o juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente”.

O princípio da imediação, por sua vez, possibilita a produção de provas e a decisão sobre a acusação sem que haja intermediação alguma. Também reflete a necessidade de contato físico do juiz com a prova quando de sua produção como meio apto a basear sua convicção. O Código de Processo Penal brasileiro adotou esse princípio como, por exemplo, no artigo 188, que estabelece o sistema presidencialista de interrogatório do réu, sendo que apenas o juiz pode fazer perguntas diretamente ao interrogando. Tonini⁴⁵ explana que o princípio da imediatidade é baseado nos seguintes postulados “que todos os elementos de prova necessários para a decisão sejam adquiridos por meio de declarações orais prestadas na fase de debates” e “que as pessoas que detêm conhecimento dos fatos estejam em condições de apresentar-se na fase de debates”.

Portanto, à luz desses subprincípios, verifica-se que o princípio da oralidade se reveste de suma importância para o procedimento penal, na medida em que permite ao julgador, ao captar e analisar as provas, possua maiores condições de fazer juízos de valoração sobre os fatos em litígios. Ademais, o legislador ordinário o contempla em vários dispositivos do Código de Processo Penal, ressaltando a sua imprescindibilidade ao sistema jurídico.

2.5 Princípio da autorresponsabilidade das partes

O princípio da autorresponsabilidade informa que as partes são responsáveis pelas consequências de sua não produção, erro ou negligência em relação à produção das provas. Assim, ao Ministério Público, na ação penal pública, cabe provar a autoria da infração e a sua materialidade, não o fazendo não poderá ser proferida uma sentença condenatória pelo magistrado ao final da instrução. Em sentido contrário, a defesa,

assim não procedendo, não sofrerá nenhum prejuízo contra si, embora, importante frisar que a falta de defesa importa em nulidade absoluta do feito, conforme redação da alínea *d* do inciso III do artigo 564 do Código de Processo Penal.

Capez⁴⁶ assinala que este princípio é um dos preceitos gerais da produção da prova, uma vez que as partes assumem as consequências de sua inatividade, erro ou atos intencionais. Aranha⁴⁷ relaciona com o estudo do ônus da prova o princípio da autorresponsabilidade das partes. Explica o autor que “cada parte assume e suporta as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhes compete demonstrar”.

2.6 Princípio da não autoincriminação

O princípio da não-auto-incriminação, ou seja, no latim, *nemo tenetur se detegere*, é também conhecido como o princípio da inexigibilidade de produção de prova contra si mesmo. Consequentemente, há a obrigatoriedade da parte acusatória provar os fatos alegados na peça acusatória inicial. Ou seja, ao Ministério Público, em ações penais públicas, e ao querelante, em ações penais privadas, cabe o ônus de provar as suas alegações, não podendo o réu ser compelido à prática de atos que o incriminem.

O princípio sob comento relaciona-se com o ato processual do interrogatório, posto que o interrogado não pode ser compelido a responder as perguntas a ele formuladas. O interrogatório, por consequência, deve ser visto como um ato de defesa, oportunizando ao acusado a sua defesa pessoal. É, portanto, um direito de defesa que se desdobra em defesa técnica e pessoal. A defesa técnica, indisponível e imprescindível, consiste na obrigatoriedade da presença de defensor para o réu em todos os atos processuais, principalmente na produção de provas. A defesa pessoal ou a autodefesa, por sua vez, é a possibilidade de o acusado resistir pessoalmente à pretensão acusatória, podendo ser positiva ou negativa. Ao contrário da defesa técnica, a autodefesa pode ser compreendida como um direito disponível do réu, que pode se abster da prática de atos, de participar de acareações e reconhecimentos, de submeter-se a exames periciais e de fornecer padrões gráficos de seu próprio punho, devendo a autoridade, apenas, intimar o acusado para tal, podendo este fazê-lo ou não.

Assim, o princípio em comento afina-se com a garantia constitucional do direito ao silêncio que decorre do inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que, dentre os direitos assegurados

ao preso, está o de permanecer calado. Oliveira⁴⁸ menciona que o direito ao silêncio consiste numa exceção à obrigatoriedade de depor, fundada na preservação da integridade física, psíquica do acusado e, ainda, no controle de idoneidade da prova. Em suas palavras:

Então, e porque o princípio do *nemo tenetur se detegere* tem seu campo de aplicabilidade também limitado à realização das garantias anteriormente mencionadas (proteção à integridade física e psíquica, à dignidade humana e à capacidade de autodeterminação do sujeito), não se pode querer impedir certas intervenções quando não estão em risco as apontadas garantias.

Importante referir a lição de Grinover et al.⁴⁹ que revela ser o silêncio do acusado um direito, sendo o seu exercício assegurado de maneira plena.⁵⁰ Tal exercício, afirmam, não pode ser acompanhado de pressões, sejam diretas ou indiretas, destinando-se a induzir a pessoa do acusado a prestar o depoimento. Ainda, lecionam:

Estamos nos referindo, evidentemente, ao verdadeiro interrogatório, enquanto autodefesa: ou seja, ao denominado “interrogatório de mérito”. As perguntas sobre a qualificação do acusado não estão acobertadas pelo direito ao silêncio, porquanto em sua resposta não se caracteriza qualquer atividade defensiva. O art. 187 e seus parágrafos, do CPP, na redação dada pela Lei 10.792/2003, traçam bem essa distinção, assentando que o interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

O artigo 186 do Código de Processo Penal ressalva, em seu parágrafo único, que o silêncio não implicará em confissão, não podendo, ainda, ser interpretado em prejuízo da defesa. Cabe acentuar, ainda, que esta disposição prejudicou o estabelecido na parte final do artigo 198 do Código de Processo Penal, onde se lê que o silêncio de prova não importará em confissão, “mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. Assim, é assente na doutrina e na jurisprudência,⁵¹ que o silêncio não importará em consequências negativas para o acusado.

Choukr,⁵² ao verificar a importância das garantias constitucionais como instrumentos aptos a frear o poder estatal frente à liberdade individual, revela a importância do direito ao silêncio, uma vez que o suspeito deixa de ser considerado um objeto de investigação, passando a ser um sujeito de direitos em todos os seus atos. Como bem propugna Nucci,⁵³ em face do direito ao silêncio ser formulado constitucionalmente sem qualquer condição ou exceção, não pode o legislador ordinário,

contrariando a regra constitucional, limitar ou excetuar a sua aplicação. De tal modo:

[...] Ora, se a pessoa pode se calar, torna-se de manifesta inconstitucionalidade extrair desse ato alguma conseqüência negativa. É lógico que o magistrado deve decidir a causa de acordo com o seu livre convencimento, embora seja este fundamentado e limitado à legalidade das provas, conforme estipulem a Constituição e legislação ordinária. [...] Destarte, para o caso do silêncio dá-se o mesmo: assegurado pela Carta Magna o direito, nenhum prejuízo pode trazer ao acusado. Não fosse assim e não teria o menos sentido dar ao réu o *direito* de se calar, ao mesmo tempo em que usa tal ato contra sua própria defesa. Ninguém, em sã consciência, permanecerá em silêncio, sabendo que, somente por isso, o juiz poderia crer na sua culpa. [...] [grifo no original]

Comentando acerca dessa questão, cabe salientar a observação de Oliveira⁵⁴ quanto ao direito do réu de permanecer em silêncio:

Com efeito, ao permitir-se, como regra legal, o silêncio no curso da ação penal, o sistema impede a utilização, pelo (s) julgador (es), de critérios *exclusivamente subjetivos* na formação do convencimento judicial. Dessa maneira, procura-se evitar que eventuais hesitações, eventuais contradições, *não relevantes*, ou, ainda, lapsos de memória ou coisa que o valha, presentes no momento do interrogatório do réu, sirvam de motivação suficiente para o convencimento do juiz ou do tribunal. De outra forma: evita-se o estímulo à cultura do *quem cala consente*, que não oferece padrões mínimos, seja de ordem psicanalítica, jurídica, espiritual, seja de qualquer outra espécie, para a reprodução de verdade alguma. [grifo no original]

Há precedente do Supremo Tribunal Federal,⁵⁵ afirmando que a Constituição Federal impede que, em razão do exercício do direito de não produção de prova contra si mesmo, se extraia qualquer conclusão que não favoreça o suspeito ou acusado de praticar infração penal. Em outro momento, o Supremo Tribunal Federal⁵⁶ entendeu que não pode ocorrer agravação da pena do condenado em face de seu comportamento, durante a instrução penal, visando a sua defesa. O Tribunal Superior fundamentou sua decisão no princípio do *nemo tenetur se detegere*, consagrado na Constituição Federal de 1988.

Manifestando-se acerca do princípio *nemo tenetur se detegere*, Lopes Jr.⁵⁷ assinala que o acusado, no processo penal, não pode ser prejudicado em razão de seu silêncio, na ocasião do seu interrogatório, bem

como em sua omissão em colaborar para a produção das provas. Assim preconiza o autor:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o *sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório*. Sublinhe-se: *do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado*. [grifo no original]

Marinoni e Arenhart,⁵⁸ ao diferenciarem certos aspectos do processo civil em relação ao processo penal, posto que os interesses e os direitos em conflitos possuem natureza jurídica distinta, comentam acerca do silêncio em ambas as áreas do conhecimento:

A diferença entre os processos penal e civil se torna nítida quando se constata, por exemplo, *que as partes têm o dever de dizer a verdade no processo civil, enquanto que o réu, no processo penal, deve ser informado do seu direito de permanecer calado*. Como se vê, a busca da verdade é tratada de modo totalmente diverso em tais processos. De acordo com a Constituição Federal, o preso deverá ser informado “de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”. Não se trata apenas de um direito de calar, mas sim de um *direito de ser informado* da possibilidade de calar. Caso essa informação não ocorra, a prova obtida através da declaração é ilícita. Além do mais, não se pode esquecer que o processo penal é marcado pela chamada presunção de inocência, ou pela proibição de o juiz condenar o réu quando não está convencido da verdade – o que não ocorre no processo civil. [grifo no original]

O direito ao silêncio, portanto, deve ser visto sob a ótica da impossibilidade do indivíduo ser compelido a produzir provas contra si mesmo, seja quando fizer declarações seja quando entregar material probatório com potencial lesivo contra si. Por outro lado, a participação do réu, em seu julgamento, também deve ser assegurada como meio de possibilitar que os fatos relevantes e os argumentos pertinentes sejam demonstrados e considerados na motivação da decisão do julgador. O princípio da não autoincriminação consubstancia-se, desse modo, no direito de não produção de prova contra si mesmo, podendo o acusado recusar-se a participar de atos probatórios, sem que isso possa acarretar presunção de culpa.

2.7 Princípio da verdade real

A verdade é uma das finalidades da prova. A semântica da palavra verdade designa que esta significa “a conformidade com o real, exatidão, é a coisa verdadeira”.⁵⁹ O problema da verdade, da certeza real, repercute em todas as instâncias do Direito, e a sua busca é extremamente relevante – pois, para o juiz sentenciar, é conveniente que as partes tenham produzido provas suficientes para demonstrar a verdade dos fatos alegados. O princípio da verdade real consiste, nesse sentido, que o julgador deve comandar a marcha processual de forma a descobrir como os fatos efetivamente ocorreram, permitindo, assim, que o *jus puniendi* se dê somente em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal.

O objetivo do processo é a busca pela verdade; porém, há discussões sobre se o processo contenta-se com a verdade formal ou com a verdade real ou material, para o resultado mais justo da lide. A verdade real caracteriza-se pela representação dos fatos como eles realmente aconteceram, sendo a representação mais fiel possível da verdade. Em contrapartida, a verdade formal é aquela em que não há necessidade de se provar como os fatos ocorreram, ou seja, seria uma “ficção” da verdade, suficiente para fundamentar uma sentença judicial.

O Código de Processo Penal, visando à concreção do princípio da verdade real,⁶⁰ dispõe em vários dispositivos que o magistrado pode, de ofício, requerer diligências que julgar necessárias para o esclarecimento da causa. O processo penal brasileiro, portanto, ao contrário do processo civil, é orientado de forma que o julgador não forme seu convencimento apenas com o resultado das manifestações produzidas pelas partes, uma vez que este ramo do Direito trata com valores relevantes aos indivíduos, dentre outros, o da liberdade. Sob outro prisma, o juízo cível, inicialmente, se contenta com a verdade formal a respeito dos fatos litigiosos, satisfazendo-se com um grau de certeza menor que no processo penal. Os processualistas civis, tais como Marinoni e Arenhart,⁶¹ assim explicam:

[...] a doutrina do processo civil – ainda hoje muito em voga – passou a dar mais relevo à observância de certos requisitos legais da pesquisa probatória (através da qual a comprovação do fato era obtida), do que ao conteúdo material de prova. Passou a interessar mais a forma que representava a verdade do fato do que este produto final efetivamente representava a verdade. Mas ainda assim, reconhecia-se a possibilidade de obtenção de algo que representa-se a verdade – apenas ressaltava-se que o processo civil não estava disposto a pagar o

alto custo desta obtenção, bastando, portanto, algo que fosse considerado juridicamente verdadeiro. Era uma questão de relação custo-benefício: entre a necessidade de decidir rapidamente e decidir com segurança, a doutrina do processo civil optou pela preponderância da primeira.

Marques,⁶² com propriedade, afirma ser a verdade real a causa final da instrução e, assim, do próprio processo penal. Para o jurista:

A verdade real – eis a *causa finalis* da instrução e, portanto, próprio processo. Tendo em vista os graves interesses que estão em conflito, na instância penal, é absolutamente imprescindível que fique elucidado o *thema probandum* a fim de que se dê solução justa e exata ao pedido que se contém na acusação. E isto só se consegue quando emergem da instrução de maneira fiel e real os acontecimentos que motivaram a acusação. Para tanto, necessário é, também, que o juiz aprecie os dados e informações obtidos com a instrução, para reconstruir a situação concreta que deve ser objeto de seu pronunciamento jurisdicional. [grifo no original]

Gomes et al.⁶³ entendem que, no processo penal, o julgador não deve se contentar com a verdade formal mostrada pelas partes, deve, conseqüentemente, procurar reconstruir a verdade histórica dos fatos. Em suas palavras:

[...] Com efeito, é sabido que uma das características mais marcantes do processo penal é a vigência de tal princípio, que sugere ao juiz criminal não se satisfazer com a mera verdade formal (aparente) que lhe é exibida pelas partes. Definido o objeto do processo pela acusação e delimitado o objeto do julgamento, o julgador deve procurar a reconstrução histórica dos fatos [...], buscando, por todos os meios admissíveis no processo, alcançar a verdade histórica, independentemente ou para além da contribuição da acusação e da defesa (art. 156 do CPP).

Como bem pondera Capez,⁶⁴ apenas eventualmente pode o magistrado se contentar com a verdade formal produzida pelas partes, quando, por exemplo, deva absolver sumariamente o réu por insuficiência de provas, conforme redação do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal. Denota o autor que deve o magistrado “superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença”.

A verdade formal, como já referido acima, é aquela produzida no processo conforme os argumentos e as

provas acostadas pelas partes. Privilegia-se, assim, a efetividade do processo, que se expressa pela tentativa de tornar a justiça mais célere e menos onerosa, contentando-se com a verdade real, em detrimento da segurança jurídica, que significa a busca da verdade dos fatos, independente dos custos e do tempo gasto nesta busca. Um exemplo claro da aplicação do princípio da verdade formal pode ser encontrado no processo civil é a possibilidade de o magistrado julgar antecipadamente a lide, favoravelmente ao autor, quando reputados os fatos alegados na petição inicial como verdadeiros, uma vez que não são controversos, conforme os artigos 319 e 330, inciso II, ambos do Código de Processo Civil.

Entretanto, como discorre Avolio,⁶⁵ resta superada, no atual estágio das liberdades públicas, a visão do processo penal como instrumento destinado à busca da verdade real ou material, na medida em que a verdade a ser alcançada é a judiciária, pressupondo-se a observância do contraditório, “baseado em critérios de admissibilidade de provas, com exclusão daquelas que atentem contra a dignidade humana”. Em outra oportunidade, o referido jurista assim expressa:

O princípio da verdade real, que também se denomina da verdade material, como originariamente concebido, diz respeito ao poder-dever inquisitivo do juiz penal, tendo por objeto a demonstração da existência do crime e da autoria. A prova penal, assim, é uma reconstrução histórica, devendo o juiz pesquisar além da convergência das partes sobre os fatos, a fim de conhecer a realidade e a verdade dos fatos. [...]

Lopes Jr.⁶⁶ acredita que, atualmente, existe uma “verdade juridicamente válida”, produzida com o respeito aos direitos e às garantias fundamentais do acusado e em conformidade com os ditames estabelecidos pelo legislador. Na mesma obra, o autor tece críticas ao princípio da verdade real. Sustenta ser esta de impossível obtenção uma vez que o passado tem que ser provado e, com isso, atinge-se uma probabilidade. *In verbis*:

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva (como se verá a continuação), senão porque constitui um gravíssimo erro falar em “real” quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no processo, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui, é um estado de realidade.

Oliveira⁶⁷ também critica o princípio da verdade real, uma vez que, para o autor, toda a verdade judicial é

uma verdade processual, constituindo-se, desse modo, de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica. Assim refere o autor:

E mais. Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade *real*, pois que esta diz respeito à realidade *do já ocorrido*, da realidade *histórica*, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indelévels no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimação da defesa.

Como vimos, a atual configuração do processo penal brasileiro não *deve* guardar mais qualquer identidade com semelhantes postura inquisitorial, impondo-se o redimensionamento de vários institutos ligados à produção da prova, sobretudo no que respeita à iniciativa probatório do juiz. Essa, e aqui já o afirmamos, não deve constituir-se em atividade *supletiva* dos deveres ou ônus processuais atribuídos ao órgão da acusação. [grifo no original]

De acordo com Grinover et al.,⁶⁸ a verdade buscada no processo penal também é a verdade processualmente válida, assim:

Por isso é que o termo “verdade material” há de ser tomado em seu sentido concreto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.

Ainda, colaciona-se o entendimento de Gomes,⁶⁹ aferindo que a verdade real é uma verdade histórica, mas isso não acarreta, na esfera do direito probatório, o acolhimento de todas as formas de prova. Deve-se, à luz desse entendimento, ser alcançada de acordo com os ditames do Estado Democrático de Direito. Para tanto, mister se faz a compatibilização da produção da prova com os direitos fundamentais do suspeito ou acusado. Aponta o autor:

[...] Urge compatibilizar a produção da prova com direitos fundamentais do suspeito ou acusado, tais como dignidade, intimidade etc. a intromissão na vida privada e sigilosa de uma pessoa só pode dar-se conforme o estritamente previsto em lei. É imprescindível a legitimidade da atuação estatal

na origem de qualquer prova, mas principalmente na que envolve a privacidade. Se a regra é a tutela desse direito e do sigilo das comunicações, as exceções devem vir rigorosamente previstas em lei. Assim como o procedimento legal, que é revelador, no caso, do devido processo legal.

Há exceções quanto ao princípio da verdade real, como, por exemplo, a inadmissibilidade de leitura de documento ou de exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de três dias úteis, com ciência à outra parte, prevista no artigo 497 do Código de Processo Penal. Ainda, há as provas obtidas por meios ilícitos, conforme inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal; as limitações ao depoimento de testemunhas que têm ciência do fato em razão da profissão, ofício, função ou ministério, artigo 208 do Código de Processo Penal; o descabimento de revisão criminal contra sentença absolutória, artigo 621 do Código de Processo Penal, dentre outros.

Ainda, ressalte-se que o artigo 566 do Código de Processo Penal é expresso ao apontar que será apurada a verdade substancial no processo penal, ao dispor que não será declarada a nulidade do ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Assim, contempla o dispositivo processual penal a importância de os atos processuais serem praticados visando atingir a verdade real nos casos *sub judice*.

Contudo, não importando qual a natureza da verdade preconizada pelo processo penal, os meios para a obtenção da prova devem ser lícitos e verídicos. Assim, não é autorizado pelo ordenamento pátrio desconsiderar nem as regras processuais, nem as normas constitucionais de defesa da intimidade individual ou mesmo as bases morais e éticas de convivência em sociedade. A busca da verdade real não importa em sacrifício de todo e qualquer direito. Em prol do Estado Democrático de Direito, devem coexistir a liberdade dos meios de prova e as restrições que asseguram o respeito às garantias individuais.

3 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

A apreciação das provas é realizada pela autoridade judicial, que desenvolve a atividade cognitiva para a apreciação dos elementos probatórios constantes nos autos. O julgamento dos casos concretos, à luz dos elementos de prova existentes nos autos, varia de acordo com a época e com o desenvolvimento cultural da sociedade em que essa análise é realizada. Ou seja, a forma de julgar se relaciona intimamente com a cultura da sociedade e com o seu regime político, revelando,

ainda, a arbitrariedade no proceder da época. Durante a evolução da humanidade, criaram-se vários sistemas de valoração da prova, dentre eles os da prova tarifada, da íntima convicção e da persuasão racional ou do livre convencimento racional ou motivado. O Código de Processo Penal vigente adotou, como regra, o sistema do livre convencimento motivado, com algumas exceções, conforme será visto ao longo do texto.

3.1 Sistema da prova tarifada

O sistema da prova tarifada possui como característica central a estipulação de determinados valores previamente estabelecidos para cada tipo de prova. Nesse sentido, o valor de cada prova é determinado abstratamente na lei, sem qualquer alusão a fatos concretos, a limitação ou a exclusão da eficácia de determinada prova. Saliente-se que não há, nesse sistema, discricionariedade do juiz quanto à apreciação das provas, exigindo-se, inclusive, que todas as provas relacionadas com a demanda sejam incorporadas ao processo, não podendo o magistrado decidir com base em provas que não estejam nos autos.

Esse sistema foi utilizado pelos povos da Antiguidade e da Idade Média, sendo um dos meios de julgamento rudimentar e que sofreu influência da religião dominante. Tal sistema de provas visou reduzir os poderes do juiz durante o sistema inquisitivo, conforme comenta Oliveira⁷⁰:

Como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII até o século XVII, o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam *certos meios de prova* para determinados delitos, como também se valorava cada prova *antes do julgamento*. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável. [grifo no original]

Revela, por sua vez, Aranha⁷¹ que os sistemas de provas legais tiveram sua origem nas ordálias, com base no rigorismo e formalismo do direito germânico, prevalecendo a sua aplicação por quase toda a Europa em razão da invasão dos povos bárbaros. Nesse sistema de prova legal, explica, a crença era a da intervenção da entidade divina em favor daquele que estava com a razão, cabendo ao julgador a apreciação e a declaração do resultado. Exemplifica o autor que poderia chegar-se “ao absurdo de negar a verdade, porque dita só por uma testemunha (*testis unus, testis nullus*), ou validar

uma mentira berrante, porque fruto dos depoimentos de duas pessoas (*testibus duobus fide dignis credendum*)”. [grifo no original]

Há no Código de Processo Penal brasileiro situações em que ao juiz não é dado valorar a prova de maneira diversa do que consta no Diploma legal. São os casos de tarifação absoluta e tarifação relativa. Na tarifação absoluta, o magistrado não detém liberdade para apreciação da prova. Já na tarifação relativa, embora existam critérios anteriormente estabelecidos pelo legislador, o julgador não fica limitado no seu convencimento. São resquícios do sistema da prova tarifada por tarifação absoluta, no Código de Processo Penal, o artigo 62, prevendo que, para a extinção da punibilidade prevista no inciso I do artigo 107 do Código Penal, somente pode ser comprovada a morte do acusado com a certidão de óbito, não podendo ser suprida por outras provas documentais e testemunhas. O parágrafo único do artigo 155 do mesmo Diploma, prevendo que o estado das pessoas deve ser comprovado pelas restrições estabelecidas pelo estatuto civil, também é outro claro exemplo desse sistema no ordenamento jurídico pátrio vigente. Cabe salientar que a prova da menoridade necessita de documento hábil, conforme entendimento jurisprudencial, consubstanciado no enunciado da Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça. Ainda, o artigo 92 do Código de Processo Penal determina que o juiz suspenda o processo quando surgir questão prejudicial de natureza extrapenal, versando sobre o estado das pessoas.

Quanto à tarifação relativa, segundo o artigo 158 do Código de Processo Penal, quando a infração deixar vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo este ser suprido pela confissão do acusado. Há de ressaltar que o artigo 167 do Código de Processo Penal prevê que, desaparecendo os vestígios, a prova pericial pode ser suprimida pela testemunhal. Como bem expressa Avena⁷²:

Neste aspecto, vale dizer, quanto à ocorrência ou não deste suprimento, possui liberdade o magistrado, podendo ocorrer que venha a entender que a prova testemunhal é por demais frágil, não sendo suficiente para dispensar a perícia, ou, ao contrário, que é robusta, suprimindo a falta do exame técnico em face do desaparecimento dos vestígios da infração.

Portanto, nesses casos, o juiz está atrelado ao dispositivo legal, não podendo, assim, outros meios de prova serem utilizados para demonstrar as situações anteriormente arroladas, tampouco abandonar a hierarquia preestabelecida de cada prova. A decisão do

julgador, na época, portanto, era pautada por critérios fixos e predeterminados, submetendo sua decisão à autoridade do soberano ou da Igreja. No entanto, verifica-se que aqui surgiram regras específicas para a valoração das provas.

3.2 Sistema da íntima convicção

O sistema da íntima convicção, também chamado de prova livre ou certeza moral do juiz, em oposição ao anterior, propõe que o julgador, ao proferir suas decisões, o faça baseado em suas impressões pessoais, sem que haja necessidade de motivar a sua decisão. De tal modo, não há atrelamento a normas legais nem a procedimento previamente descrito, tampouco valoração específica para determinados tipos de prova, podendo-se utilizar a prova que entender mais conveniente. Não há exigência, ainda, de que a prova conste nos autos. Assim retrata Aranha⁷³ quanto a esse sistema de provas:

O juiz é soberano quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. Age apenas pela sua consciência, não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais, até contra provas colhidas e, por fim, pode deixar de decidir se não formada a convicção.

Resquícios desse sistema, no ordenamento jurídico pátrio atual, são os julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por seu convencimento íntimo, sem necessidade de qualquer fundamentação. Assim, nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, não há motivação das decisões pelos jurados. Os jurados apenas respondem, secretamente e sem qualquer forma de comunicação entre eles, aos quesitos formulados pelo juiz, correspondendo às teses da acusação e da defesa. Em razão da inexistência de motivação, saliente-se, não está o Conselho de Sentença vinculado às provas constantes nos autos. Portanto, pode-se decidir, inclusive, a partir de critérios subjetivos e contrariamente aos elementos de prova angariados nos autos. Como bem explica Avena⁷⁴:

[...] Tanto é assim, aliás, que, conquanto admita do Código de Processo Penal, no art. 593, III, apelação das decisões do Tribunal do Júri quando tiver sido *manifestamente contrária à prova dos autos*, proíbe, pelo mesmo motivo, segunda apelação (art. 593, §3º). Ao assim disciplinar, partiu o legislador do princípio que, se, em dois julgamentos sucessivos, jurados distintos decidiram contra a prova dos autos, é porque julgaram segundo a sua íntima convicção, descabendo, destarte, anular, novamente, o segundo Júri. [grifo no original]

Oliveira,⁷⁵ ao tecer críticas a respeito da previsão constitucional do Tribunal do Júri, posto que, para o autor, além de ser um Tribunal democrático, pode ser revestido de cunho arbitrário:

E isso ocorre em razão da inexistência do dever de motivação dos julgados. A resposta à quesitação pelo Conselho não exige qualquer fundamentação acerca da opção, permitindo que o jurado firme seu convencimento segundo lhe pareça comprova ou revelada (aqui, no sentido metafísico) a verdade. E, convenhamos, esse é realmente um risco de grandes proporções. Preconceitos, idéias pré-concebidas e toda sorte de intolerância podem emergir no julgamento em Plenário, tudo a depender da eficiência retórica dos falantes (Ministério Público, assistente de acusação e defesa).

O ordenamento jurídico pátrio atual não se coaduna com esse tipo de sistema de prova, uma vez que ele pode acarretar insegurança jurídica, bem como arbítrio judicial. Há, porém, um vestígio desse sistema no ordenamento jurídico pátrio: os julgamentos do Tribunal do Júri. Em que pese referida exceção, para assegurar a imparcialidade do julgador, bem como a segurança jurídica impõe-se que o processo penal seja pautado por critérios objetivos para a aferição das provas.

3.3 Sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado

Como anteriormente referido, os sistemas de apreciação da prova estão de acordo com o contexto histórico da época em que vigoram. Confirmando este critério, no ordenamento jurídico atual, em que há a preocupação com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito, o sistema da persuasão racional foi elaborado como forma de estabelecer uma maior segurança jurídica aos julgados, na medida em que impõe certas limitações ao magistrado. Dessa forma, estabeleceu-se mais um modo de efetivação das garantias do devido processo legal, dentre elas do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sistema, não há hierarquia entre os meios de prova uma vez que não há valor prefixado no ordenamento jurídico para cada tipo de prova. Entretanto, pode o juiz fixar, no caso concreto, um valor maior a uma determinada prova, desde que esclareça, expressamente, os motivos de tal valoração. Ou seja, o magistrado, à luz dos elementos constantes nos autos, deve apresentar os motivos que o levou a dar maior valor a uma prova em detrimento de outra ou, até mesmo, por exemplo, julgar afastando uma única prova constante no feito, desde que exponha os motivos que o

levaram a tal conclusão. Como bem explica Oliveira,⁷⁶ o sistema do livre convencimento tem “o seu campo de atuação definido na lei, ou seja, o juiz somente é livre na apreciação da prova enquanto prova válida, não podendo superar as restrições expressamente declinadas pelo legislador”.

Tourinho Filho⁷⁷ sintetiza o sistema do livre convencimento ou da persuasão racional, afirmando que:

Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção enseja, e sem coarctar os movimentos do Juiz no sentido de investigar a verdade, como acontecia no regime das provas legais, está o sistema da livre convicção. O Juiz só pode decidir de acordo com as provas existentes nos autos. Mas, na sua apreciação, tem inteira liberdade de valorá-las e sopesá-las. Não há hierarquia nas provas. Se é certo ficar ele adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade real. Está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se do seu conteúdo. Nem sequer fica preso aos laudos periciais. Nos termos do art. 182, ele é o *peritus peritorum* – perito dos peritos. Além do mais é obrigado a fundamentar suas decisões. [grifo no original]

Marques,⁷⁸ por sua vez, assim explica:

Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência.

Ainda, Baltazar Junior⁷⁹ infere, com propriedade, que a expressão “livre” refere-se à inexistência de critérios rígidos como na prova legal. No entanto, prossegue o autor, que não há uma liberdade total para o magistrado, pois este não está “dispensado de justificar, intersubjetivamente, suas conclusões, o que caracterizaria um sistema de íntima convicção”. O sistema da persuasão racional possibilita demonstrar às partes envolvidas no processo e a terceiros as razões que fundamentaram a decisão judicial. Assim, tal sistema coaduna-se com a regra constitucional do inciso IX do artigo 93, que imprime a necessidade de todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentados. O Código de Processo Penal, por sua vez, é expresso nesse sentido, prevendo no inciso III

do artigo 381, que a sentença conterà a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão. Ainda, embora o juiz possa livremente apreciar as provas, elas deverão estar nos autos do processo crime, conforme consta no artigo 151 do Código de Processo Penal na medida em que o “juiz fica adstrito às provas constantes nos autos.”

Grinover et al.⁸⁰ referem que todas as alegações e provas levadas aos autos pelas partes, submetidas ao crivo da garantia do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação. Explicam os autores que:

É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente deste. Por ele o juiz forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos.

Impar são os ensinamentos de Noronha,⁸¹ nos quais, sustenta que, pelo sistema do livre convencimento, não há arbítrio judicial, uma vez que o magistrado deve se ater aos autos, não podendo apreciar as provas “segundo seu capricho ou fantasia”. Em suas preciosas palavras:

Concomitantemente, vê-se que, não obstante gozar de livre convencimento, está ele jungido aos autos; não se pode socorrer de elementos estranhos – “quod non est in actis non est in mundo”. Seus domínios são exclusivamente os das provas do processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica sã e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência, etc., o conduzirão nesse exame e apreciação.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal é clara ao advertir:

Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que *livre convencimento* não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de *preconceitos legais* na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social. [grifo no original]

Portanto, a valoração das provas no sistema do livre convencimento motivado ainda sofre limitações

de cunho constitucional, como a necessidade de todos os julgamentos serem fundamentados, bem como infraconstitucional, no inciso III do artigo 381 do Código de Processo Penal, que dispõe que a sentença deverá conter a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão. Conforme Grinover et al.⁸² bem aferem, embora exista um procedimento estipulado pelo legislador contemplado no Código de Processo Penal, tal situação não significa um retorno ao sistema de prova legal, sendo, ao contrário, uma garantia ao acusado. Aduzem os autores:

Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismos inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um *valor de verdade*. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um *valor de garantia*. [grifo no original]

No mesmo sentido, aponta o jurista Avolio⁸³:

O princípio do livre convencimento do juiz, no sentido de liberdade na valoração da prova, é perfeitamente compatível com um procedimento probatório disciplinado pela lei, inexistindo contradição, como veremos, com as regras que disciplinam a sua introdução material no processo. O acerto judicial não é mais visto como uma operação técnica burocratizada, que possa suprimir o diálogo e o confronto de opiniões. Se a verdade é um objetivo a ser alcançado no processo, não se pode mais contrapor a verdade formal à verdade material: no processo existe apenas uma verdade, a verdade judiciária, que é aquela que emerge de um procedimento desenvolvido em contraditório e baseado necessariamente em critérios de admissibilidade e baseado e exclusão das provas.

Não há, nesse sistema de valoração da prova, portanto, uma limitação quanto aos meios de provas possíveis de serem auferidos, podendo ser, conseqüentemente, trazidos aos autos outros elementos não previamente tipificados na legislação pátria. Ainda, dentre os elementos de prova não há hierarquia previamente definida em lei entre eles, podendo, no entanto, o julgador sopesá-los de maneira que achar

adequado no caso concreto. Como bem salienta Oliveira⁸⁴:

A seu turno, a hierarquia não existe mesmo. Julgamos efetivamente não ser possível afirmar, *a priori*, a supremacia de uma prova em relação a outra, sob o fundamento de uma ser *superior* a outra, para a demonstração de qualquer crime. Como regra, não se há de supor que a prova documental seja *superior* à prova testemunhal, ou vice-versa, ou mesmo que a prova dita pericial seja melhor que a prova testemunhal. Todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que se propõem.

O que ocorre, em relação à prova *técnica*, é que a legislação demonstra uma maior preocupação quanto à idoneidade da prova, *para o fim a que se destina*. Nossa jurisprudência é farta em reconhecer a inexistência de hierarquia de provas no processo penal, sustentando, em regra, sem maior profundidade, que qualquer meio de prova poderá provar a verdade dos fatos. [grifo no original]

Convém lembrar que o texto original do Código de Processo Penal, em seu artigo 157, já contemplava o sistema de livre apreciação da prova ao mesmo tempo em que restringia essa livre apreciação, determinando que a prova do estado de pessoas somente pode ser comprovada de acordo com a lei civil, nos termos do artigo 155 do mesmo Diploma legal. A Lei nº 11.690/08, por sua vez, alterou o artigo 155 do Código de Processo Penal, incorporando o posicionamento majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório”. Ainda, dispõe o artigo supracitado que o juiz não poderá fundamentar a sua decisão “exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Citando precedentes jurisprudenciais, Baltazar Junior⁸⁵ refere que com acerto foi mantida a possibilidade de valoração de elementos colhidos quando da fase extrajudicial, conjuntamente com a prova judicializada. Em sentido contrário, a reforma, neste ponto, foi criticada por Eberhardt⁸⁶:

É evidente que a palavra “*exclusivamente*” acabou por *libertar* o magistrado a utilizar os elementos informativos da fase inquisitorial ao proferir sentença. Assim, segundo a nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal, a prova inquisitorial, por si só, não pode servir de substrato autônomo à sentença condenatória. E se não pode servir exclusivamente, de alguma forma poderá servir. [grifo no original]

Além disso, o legislador ressaltou a possibilidade de utilização de provas urgentes, ou seja, as realizadas de forma cautelar, antecipadamente ou não sujeitas à repetição, mesmo sem o crivo do contraditório, sob pena de perda dessa prova, tais como perícias, interceptações telefônicas e busca e apreensão devidamente autorizadas. Portanto, mesmo sem o contraditório prévio, poderão estas provas ser utilizadas como fundamento pelo magistrado. O Código de Processo Penal dispõe acerca da produção antecipada de provas nos artigos 225 e 366. Convém destacar que as provas não repetíveis são aquelas que o objeto não existe mais ou já se modificou. Como bem destacam Gomes et al.⁸⁷ tais provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, não podem ser renovadas judicialmente *a posteriori*:

Mas não é só: imagine-se uma busca e apreensão [...]. Ora, trata-se de prova que possui nítido caráter cautelar e que se esgota em si mesma. Ou mesmo uma interceptação telefônica. Uma vez realizada não há como reclamar sua reprodução mais adiante, em Juízo. Cumprirá ao juiz, portanto, analisar se a prova, em sua realização e cumprimento, atendeu aos requisitos formais e, obviamente, se não violou qualquer princípio constitucional, conferindo-lhe, em seguida, o valor que entender devido. Jamais, porém, pretender sua renovação judicial.

Embora obedecendo estritamente aos ditames estabelecidos em lei, os materiais produzidos no Inquérito Policial devem ser confortados, segundo Boschi,⁸⁸ com a prova judicializada, pois *a contrario sensu*, é inadmissível a condenação do réu, com base somente na prova produzida sem a observância do contraditório. Cabe salientar, ainda, que existem elementos probatórios, colhidos no curso do inquérito policial, que, embora importantes para a elucidação de alguns delitos, não podem ser ratificados em juízo, como, por exemplo, as perícias. Estes sim, com certa cautela, poderão embasar um *decisium* acerca da lide. Dessa forma, não há um desmerecimento da etapa pré-processual e, como esclarece Nogueira⁸⁹:

Não se pode negar que o inquérito contém provas de real valor, como o auto de prisão em flagrante, os exames locais, as perícias, etc., que não se renovam em juízo, pois no inquérito predomina o princípio da imediatidade, que exige a realização de exames, com a devida urgência, sob pena de desaparecerem os vestígios.

Por fim, vale transcrever as palavras de Baltazar Junior⁹⁰:

[...] Quer dizer, ainda que não seja produzida, na instrução nenhuma prova por não terem sido encontradas testemunhas, nem comparecer o réu, devidamente citado, será possível a condenação com base na prova produzida no inquérito policial a título cautelar ou antecipado, ou caso se trate de prova não repetível. Ao contrário, não ostentando as provas já produzidas tal natureza, a condenação somente será possível se forem produzidas outras provas.

O sistema do livre convencimento, vigente atualmente, significa a permissão atribuída ao julgador para decidir a causa de acordo com o seu livre convencimento. No entanto, não pode o juiz se descurar de fundamentá-la, de acordo com o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal⁹¹ que claramente ratificam a escolha do ordenamento jurídico processual penal quanto ao sistema do livre convencimento motivado. Ademais, à luz desses preceitos, pode-se verificar, portanto, que somente haverá a possibilidade de o magistrado utilizar provas obtidas extrajudicialmente, quando estas forem elementos secundários, não sendo fundamento exclusivo da decisão e quando não for possível de sua repetição em juízo. A reforma do artigo 155 do Código de Processo Penal reforçou, desse modo, o princípio do contraditório e consagrou o que já vinha sendo sustentado pela doutrina e jurisprudência. Entretanto, o legislador constitucional de 1988 previu que tais preceitos não são suficientes para garantir a segurança jurídica das provas colhidas durante a instrução processual: é imperioso também que tais provas sejam obtidas por meios lícitos.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal para concursos*. 4. ed. São Paulo: Método, 2008.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A sentença penal de acordo com as leis de reforma. In: *Reformas do processo penal*. NUCCI, Guilherme (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Persecução penal: Inquérito Policial, Ação Penal e Ministério Público*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- EBERHARDT, Marcos. Reformas processuais penais no âmbito da produção probatória. In: *Reformas do processo penal*. NUCCI, Guilherme (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Luis Flávio, CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Tomo I, v. 5.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual Penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. v. 2.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual Penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. v. 1.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 394.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SEMINÁRIO A REFORMA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, 2005, Brasília. *A prova no processo penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. p. 45-61.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. por Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOTAS

- 1 HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2320.
- 2 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 141-142.
- 3 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1997, v. 2, p. 253.
- 4 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 163.
- 5 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 217.
- 6 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 275.
- 7 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24.
- 8 GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. *As nulidades no processo penal*, p. 141.
- 9 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 360.
- 10 NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 84.
- 11 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 482.
- 12 AVOLIO, L. F. T. *Provas ilícitas...*, p. 160.
- 13 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. por Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.
- 14 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78-80.
- 15 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1-2.
- 16 CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000, p. 30.
- 17 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1997, v. 1, p. 145.
- 18 No exercício do poder de polícia o Estado vai arbitrar e conciliar o choque entre direitos e liberdades de indivíduos ou grupo de indivíduos. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 394.
- 19 CASTRO, F. A. das N. e. *Teoria das provas e suas aplicações...*, p. 30.
- 20 OLIVEIRA, E. P. de. *Curso de processo penal*, p. 276.
- 21 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. p. 254.
- 22 NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 84.
- 23 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal para concursos*. 4. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 147.
- 24 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 254.
- 25 CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 262.
- 26 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 141-142.
- 27 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*, p. 247.
- 28 AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*, p. 395-396.
- 29 NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 184.
- 30 SEMINÁRIO A REFORMA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, 2005, Brasília. *A prova no processo penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005, p. 45-61, p. 52.
- 31 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270.
- 32 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 56.
- 33 NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*, p. 190.
- 34 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 143.
- 35 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, p. 88-89.
- 36 OLIVEIRA, E. P. de. *Curso de processo penal*, p. 27-28.
- 37 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 26.
- 38 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 144.
- 39 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 39-40.
- 40 AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*, p. 23.
- 41 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 386-387.
- 42 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 24.
- 43 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, p. 89.
- 44 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*, p. 376.
- 45 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, p. 90.
- 46 CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 276.
- 47 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 23.
- 48 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 325.
- 49 GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. *As nulidades no processo penal*, p. 97.
- 50 Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 78708*, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/1999, publicado no DJ 16/04/1999.
- 51 Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 75616*, Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 07/10/1997, publicado no DJ 14/11/1997.
- 52 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 29-30.
- 53 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 437-438.
- 54 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 322.
- 55 Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 93916*, Relator Ministro Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008, publicado no DJ 26/06/2008.
- 56 Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 83960*, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005, publicado no DJ 01/07/2005.
- 57 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 190.
- 58 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 395.
- 59 HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 2485.
- 60 Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 92435*, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 25/03/2008, publicado no DJ 16/10/2008.
- 61 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, Tomo I, v. 5, p. 36-37.
- 62 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 259.
- 63 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito*, p. 275.
- 64 CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 22-3.
- 65 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 161 e 39.
- 66 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 190 e 515.
- 67 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 279.
- 68 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 156.
- 69 GOMES, Luis Flávio, CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 125.
- 70 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 283.
- 71 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 42.
- 72 AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*, p. 395.
- 73 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 43.
- 74 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal para concursos*, p. 153.
- 75 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 565.
- 76 *Ibidem*, p. 285.
- 77 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*, p. 319-320.

- ⁷⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 278.
- ⁷⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A Sentença Penal de acordo com as Leis de Reforma. In: *Reformas do processo penal*. NUCCI, Guilherme (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 232.
- ⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 149.
- ⁸¹ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 87.
- ⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 154.
- ⁸³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 41.
- ⁸⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 285.
- ⁸⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Reformas do processo penal*, p. 235.
- ⁸⁶ EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In: *Reformas do processo penal*, NUCCI, Guilherme (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 85.
- ⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito*, p. 271.
- ⁸⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Persecução penal: inquérito policial, ação penal e Ministério Público*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 127.
- ⁸⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 49.
- ⁹⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Reformas do Processo Penal. p. 253.
- ⁹¹ Como, por exemplo, Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 91691*, Relator Ministro Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 19/02/2008, publicado no DJ 24/04/2008.

Recebido: 12/09/2012; aceito em: 14/01/2013.