

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

RUBENS PEREIRA E SILVA JUNIOR

**AS ALTERAÇÕES NA TEORIA GERAL DA PROVA
NO PROJETO DE LEI 8045/2010: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

**BRASÍLIA,
DEZEMBRO 2017**

RUBENS PEREIRA E SILVA JUNIOR

**AS ALTERAÇÕES NA TEORIA GERAL DA PROVA
NO PROJETO DE LEI 8045/2010: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha de Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Ney Bello Filho.

**BRASÍLIA,
DEZEMBRO 2017**

RUBENS PEREIRA E SILVA JUNIOR

AS ALTERAÇÕES NA TEORIA GERAL DA PROVA

NO PROJETO DE LEI 8045/2010: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha de Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Ney Bello Filho.

Prof. Dr. Ney Bello Filho

Professor Orientador

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Membro da Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao nosso Senhor Jesus Cristo, a quem devo tudo, a quem remeto toda a honra e toda a glória.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, em primeiro lugar, sempre, por tudo.

À toda a minha família, pelo companheirismo, dedicação, paciência, exemplo e amor, que me moldaram ao longo do tempo, especialmente a minha esposa Tereza, meus filhos Davi e Helena e meus pais Rubens e Suely.

Aos amigos, que torceram e apoiaram, incentivaram e acompanharam cada passo desta construção.

Ao meu querido orientador prof. Dr. Ney Bello, com sua inequívoca condução do processo.

Aos professores ao longo do Mestrado, por terem me oportunizado um aprendizado inimaginável.

Aos colaboradores, que trabalham comigo ou na Câmara, pela ajuda, revisão, sugestão e torcida em todo este trabalho, especialmente Paulo, Afonso e Anderson.

Aos diletos primatas e aos queridos leitores pela amizade verdadeira.

RESUMO

Reflexão sobre as alterações na teoria geral da prova no projeto de lei 8045/2010: novo código de processo penal. Estrutura-se numa análise da tramitação legislativa do projeto, na Câmara e no Senado, com registro do histórico das outras tentativas de atualização e do debate existente na comissão especial. Em fase posterior, discorre-se sobre os sistemas processuais penais, a Teoria Geral das Provas, com ênfase para a terminologia, especificidades, classificação, ônus da prova, iniciativa probatório do juiz, sistemas de avaliação da prova, verdade alcançada no processo e uso das provas ilícitas. Prossegue com a anotação das alterações propriamente ditas no projeto do Novo CPP sobre ônus da prova, iniciativa probatório do juiz, admissão das provas, provas ilícitas, convencimento do juiz e sobre a prova emprestada. Por fim, traça-se um comparativo entre o referido projeto de lei e o Código vigente, destacando a proposta legislativa inicial e o texto aprovado no Senado, com suas principais diferenciações, no campo da teoria geral da prova.

Palavras-chave:

Processo Penal. Prova. Novo CPP. Teoria Geral da Prova. Processo Legislativo.

ABSTRACT

Reflection on changes in the general theory of proof in bill 8045/2010: new code of criminal procedure. It is structured in an analysis of the legislative process of the project, in the House and Senate, with record of the history of the other attempts to update and the debate in the special commission. At a later stage, there is a discussion of the criminal procedural systems, the General Theory of Evidence, with emphasis on terminology, specificities, classification, burden of proof, judge's probative initiative, proof evaluation systems, truth achieved in the process and use of unlawful evidence. It continues with the annotation of the changes proper in the project of the New CPP on burden of proof, trial initiative of the judge, admission of evidence, unlawful evidence, conviction of the judge and on the evidence loaned. Finally, a comparison is made between this bill and the current Code, highlighting the initial legislative proposal and the text approved in the Senate, with its main distinctions, in the field of the general theory of proof.

Key words:

Criminal proceedings. Proof. New CPP. General Theory of Proof. Legislative process.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| 1 – INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 – O PROJETO DE LEI 8045/2010. | 11 |
| 2.1 – A necessidade de atualizar o Código de Processo Penal..... | 12 |
| 2.2 – As tentativas de reforma do CPP: Notícia Histórica | 17 |
| 2.2.1 Comissão Helio Tornaghi..... | 18 |
| 2.2.2 Anteprojeto José Frederico Marques..... | 18 |
| 2.2.3 Projeto de reforma de 1983 – PL 1655/1983..... | 19 |
| 2.2.4 Anteprojeto Sálvio de Figueiredo Teixeira | 19 |
| 2.2.5 Comissão Ada Pellegrini Grinover | 20 |
| 2.3 – O Projeto de Lei 156/09 no Senado Federal..... | 21 |
| 2.4 – O Projeto de Lei 8045/2010 na Câmara dos Deputados..... | 23 |
| 2.5 – Debate sobre provas na Comissão Especial da Câmara dos Deputados..... | 26 |
| 3 – TEORIA GERAL DAS PROVAS..... | 28 |
| 3.1. Os Sistemas Processuais | 28 |
| 3.1.1 O sistema inquisitivo | 30 |
| 3.1.2. O sistema acusatório | 36 |
| 3.1.3 – O sistema misto ou francês | 39 |
| 3.1.4 – Sistemas processuais penais e forma de governo..... | 41 |
| 3.1.5 – Sistema processual penal brasileiro | 42 |
| 3.2 Terminologias..... | 47 |
| 3.4 Especificidades das provas..... | 57 |
| 3.5 Classificação das provas | 70 |
| 3.6 Ônus da prova..... | 75 |
| 3.7 Iniciativa probatória do juiz..... | 80 |
| 3.8 Sistema de avaliação de provas | 84 |
| 3.9 Verdade alcançada no processo..... | 90 |
| 3.10 Da prova ilícita | 98 |
| 4 – AS ALTERAÇÕES NA TEORIA GERAL DA PROVA NO PL. 8045/10, O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL..... | 111 |
| 4.1 Ônus da Prova | 112 |
| 4.2 Iniciativa probatória do Juiz..... | 113 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| 4.3 Admissão de provas..... | 114 |
| 4.4 Provas ilícitas | 116 |
| 4.5 Convencimento do Juiz..... | 118 |
| 4.6 Prova emprestada..... | 120 |
| 5 – CONCLUSÃO..... | 121 |
| 6 – REFERÊNCIAS..... | 124 |
| 7 – ANEXOS | 137 |

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho se estabeleceu com fito em pesquisar, buscar compreender e demonstrar de forma sistematizada as alterações no que tange sobre teoria geral das provas no projeto de lei 8.045/2010 que institui um novo Código de Processo Penal ao ordenamento jurídico brasileiro.

Preliminarmente fez-se necessário tratar da necessidade da elaboração de uma nova lei processual penal, visto que claramente se tem um código com corte de defasagem temporal – o Código de Processo Penal decorre do Decreto-lei nº 3.689, que data de 1941.

Outro traço deveras relevante para a questão, ora suscitada, deve-se ao fato da Constituição Federal de 1988 ter adotado um sistema processual penal de natureza acusatória o que destoa do modelo adotado pelo vigente código, visto que este adota – até por sua história e concepção ideológica, já que moldado durante o Estado Novo – um modelo claramente inquisitorial, que frente ao texto constitucional vigente mostra-se repleto de vícios técnicos decorrentes dessa falta de adequação ao Estado brasileiro que se propõe democrático.

Nesse sentido buscamos discorrer sobre o projeto do Novo Código de Processo Penal, o PL 8045/10, em sua trajetória legislativa pelas casas do congresso nacional.

Temos que o mesmo após elaboração por um corpo de juristas, ressalte-se com formação plural, foi apresentado ao Senado Federal, devidamente aprovado por aquela casa e enviado a Câmara dos Deputados onde já foi declarada em caráter prévio, pela Comissão de Constituição Justiça e de Cidadania - CCJC, sua constitucionalidade e admissibilidade, e tramita atualmente em comissão especial que visa, essencialmente, trabalhar o mérito da proposição.

Partindo deste ponto, qual seja, o histórico e o desenvolvimento legislativo do projeto que definirá o novo Código de Processo Penal, partimos com maior esmero e mais precisão, o objetivo central deste trabalho dissertativo que redundará exatamente nas alterações no sistema de provas, sobretudo nos aspectos concernentes a sua teoria geral.

Dois motivos são determinantes para esta delimitação quanto às provas: um, o seu manuseio é característica essencial pra definição do sistema constitucional acusatório, superando o modelo inquisitivo; dois, a discussão sobre provas se comunica com as demais áreas do Direito Processual, em qualquer esfera.

Não há como negar que, com a superação do modelo inquisitivo, marcado por um juiz com superpoderes, as provas são valorizadas, pois se tornam o caminho necessário para alcançar o fim do processo.

O problema a ser respondido no presente trabalho é: em que medida a teoria geral da prova está sendo alterada na comissão especial da Câmara dos Deputados que debate o Projeto de Lei 8045/10, o Novo Código de Processo Penal?

Destrinchando seria: quais pontos e de que forma? Como estas alterações se constroem dentro do Parlamento?

O objetivo geral é dissertar sobre o quanto a parte da teoria geral da prova está sendo alterada nas discussões legislativas, mas para isso, indispensável que cumpramos os objetivos específicos de analisar todo o andamento legislativo do projeto, nas duas Casas e discorrer sobre a Teoria Geral da Prova, com suas especificidades, notadamente sobre ônus da prova, iniciativa probatória do juiz, admissão das provas, das provas ilícitas, do convencimento do juiz e da prova emprestada.

Para tanto, o caminho a ser percorrido contempla desde consulta bibliográfica vasta, pesquisas históricas, acompanhamento de audiências públicas no Parlamento, até comparações dos textos apresentados, nas diferentes fases legislativas.

O tema é atual, urgente, necessário, com pouquíssimas publicações específicas sobre o assunto, com alto poder de impacto dentro do próprio legislativo, visto que as discussões estão em andamento. O autor tem afinidade com a matéria por ser deputado federal, no curso do mandato, e sub-relator do capítulo de Provas, na comissão especial que aprecia o Novo CPP.

Para alcançar o objetivo do presente trabalho, inicia-se com a análise da tramitação do PL 8045/15, tanto na Câmara quanto no Senado, bem como as

tentativas anteriores de comissão especial para atualizar o CPP e o debate sobre o tema na comissão especial da Câmara.

No capítulo seguinte, analisa-se os sistemas processuais: os modelos inquisitivo, acusatório e misto, sua vinculação com a forma de governo adotada pelo Estado em que vige e a realidade brasileira.

Ao tratar especificamente da Teoria Geral da Prova dissertamos sobre as diversas terminologias, o direito à prova, as suas especificidades, como sua forma, elementos, objeto, finalidade, fontes, meios de obtenção, admissibilidade, momento e resultado. Prosseguimos discorrendo sobre as classificações das provas, a questão do ônus da prova, a iniciativa probatória do juiz, os sistemas de avaliação, a verdade alcançada e a prova ilícita.

Por fim, trataremos das alterações propriamente ditas na teoria geral da prova no PL 8045/10, quais sejam: ônus da prova, iniciativa probatória do juiz, admissão das provas, uso das provas ilícitas, sobre o convencimento do juiz e da prova emprestada.

Passemos a discorrer sobre o andamento legislativo do referido projeto.

2 – O PROJETO DE LEI 8045/2010.

Tramita, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei 8045/10, o Novo Código de Processo Penal.

O texto básico do anteprojeto, apresentado ao Senado, foi elaborado por uma comissão de juristas, deveras representativa das instituições que operam o direito processual penal, sob a coordenação do Professor Hamilton Carvalhido (Ministro do STJ), relatada pelo eminente Professor Eugenio Pacelli de Oliveira (Procurador Regional da República) e integrada ainda por Antônio Corrêa (Juiz Federal); Antônio Magalhães Gomes Filho (Advogado e Professor da USP); Fabiano Augusto Martins Silveira (Consultor Legislativo do Senado); Félix Valois Coelho Júnior (Advogado e ex-Secretário de Justiça do Amazonas); Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Advogado e Professor da UFPR); Sandro Torres Avelar (Delegado Federal e Presidente da ADPF); e Tito de Souza Amaral (Promotor de Justiça).

O anteprojeto foi protocolado no Senado em 22 de abril de 2009, numerado como PLS 156/09, aprovado no Plenário em 08 de dezembro de 2010 e apresentado à Câmara em 22 de dezembro de 2010, com o número PL 8045/10.

Apenas em 26 de março de 2015 foi criada a comissão especial na Câmara para debater a propositura. E seu trabalho está em curso.

Mas antes de discorrermos sobre o projeto de lei, indispensável que reflitamos sobre a pergunta: é necessário um novo código de processo penal?

2.1 – A necessidade de atualizar o Código de Processo Penal

Com o advento da Constituição de 1988, adotando, de maneira explícita, o modelo acusatório, para o processo penal, ficou nítido o descompasso com o Código de Processo Penal de 1941, no qual imperava o modelo inquisitivo.

Choukr destaca: "Pode-se então afirmar que a situação brasileira é de marcante contradição. Por um lado o texto constitucional (que adotou o modelo acusatório); por outro o Código de Processo Penal, com seus resquícios inquisitivos"¹.

Tal descompasso encontra-se, além da Constituição, também em documentos internacionais afirmativos de direito o que, indubitavelmente, exige um redimensionamento do CPP.

O sistema de colheita de provas, a busca da verdade real e o papel do juiz são temas onde melhor se distinguem os modelos em comento e apontam a contrariedade. Daí ser oportuno dissertar sobre as provas (alterações na sua teoria geral), no novo CPP.

Mesmo não havendo força normativa, a análise das Exposição de Motivos do Código de 41 e da nova legislação proposta é, além de simbólica, delineadora do seu caráter. Anunciava o Código de 41:

...as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso **catálogo de garantias e favores**, que a

¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**, Bauru: Edipro, 1999, p. 16.

repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade... (grifo nosso)².

Óbvio que o rechaço ao 'catálogo de garantias e favores' não é compatível com a previsão de garantias e direitos individuais previstos na CF.

Absolutamente diferente da exposição de motivos agora apresentada ao Congresso:

Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Decreto-lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado³.

E prossegue:

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei no 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo⁴.

É hora de termos Códigos e leis em função da Constituição, e não mais o contrário.

Várias foram as tentativas de se atualizar o Código, diversos anteprojetos foram apresentados e vários foram arquivados nos últimos 70 anos, havendo risco permanente de que isso ocorra novamente.

O Senador Casagrande, relator do PLS 156/09 na comissão especial no Senado, relata a última tentativa de alteração no Brasil:

No Brasil, a última Comissão de Juristas a produzir um anteprojeto de reforma integral do CPP foi designada pelo então Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, no início da década de 80, da qual

²Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em novembro 2017

³ Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182956>. Acesso em novembro de 2017.

⁴ Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182956>. Acesso em novembro de 2017.

resultou o Projeto de Lei no 1.655, de 1983, posteriormente retirado pelo Executivo⁵.

Menciona ainda o citado relator, no âmbito da legislação comparada, as recentes alterações no processo penal no continente sul-americano: “Algumas nações da América do Sul reformaram seus códigos de processo penal em épocas relativamente recentes, como Argentina (1991), Paraguai (1998), Equador (2000) e Colômbia (2004)”⁶. Mais atual ainda, destaca-se a implantação do modelo acusatório no Chile.

Pascoal dá a radiografia do Código vigente:

Instituído pelo Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, por Getúlio Vargas, foi pensado e arquitetado para determinada época, moldada sob um modelo de justiça alicerçado nas concepções que sustentaram o Fascismo proveniente da Itália. O Projeto que lhe deu origem foi realizado por Cândido Mendes de Almeida, Florêncio de Abreu, Narcélio de Queiroz, Néelson Hungria, Roberto Lira e Vieira Braga⁷.

A inspiração do código brasileiro foi o italiano Código Rocco, de 1930, marcado pela feição fascista. Grinover assinala:

O Código de Processo Penal de 1941, apesar de ter guardado fidelidade aos postulados essenciais do sistema acusatório, não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo: é o que se nota quanto ao papel das formas procedimentais no processo penal, enfocadas como mero formalismo, donde a construção de um sistema de nulidades que não condiz com as garantias do acusado⁸

As críticas ao código atualmente vigente são severas. Afirma Marques:

Ainda aqui, dá-nos mostra o Código de Processo Penal dos grandes defeitos de técnica e falta de sistematização que pululam em todos os seus diversos preceitos e normas, tornando bem patente a sua tremenda mediocridade como diploma legislativo⁹

⁵ CASAGRANDE, Renato. **A urgência de um novo Código de Processo Penal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 189.

⁶ Ibid, p. 189.

⁷ PASCOAL, Jorge Coutinho. **Da (des)necessidade de um Novo Código de Processo Penal**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/backup/da-desnecessidade-de-um-novo-codigo-de-processo-penal-por-jorge-coutinho-paschoal/>. Acesso em novembro 2017.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 62-63.

⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. II. Atualização: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. 3.ª ed. Campinas: Millennium, 2009, p. 397

E outras foram proferidas, quando da apresentação do anteprojeto ao Senado: "o atual Código é uma vítima com falência múltipla dos órgãos"¹⁰, afirmou o procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira, relator do anteprojeto; "Nenhuma legislação no país é tão defasada"¹¹, completou o conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Jacinto Coutinho.

Há quem entenda que muitas reformas parciais já adequaram o CPP à CF. Paschoal menciona:

Se o Código nasceu autoritário, o fato é que ele, ao longo de décadas, por meio das diversas reformas legislativas, perdeu essa característica, tendo evoluído, sobretudo com a sua interpretação jurídica, aliada aos influxos constitucionais¹².

E Costa adverte:

O direito, embora possa ser às vezes bastante dogmático, permite que, pelo fenômeno da interpretação, a mesma norma assuma significados diferentes e, muitas vezes, até mesmo, variados, dependendo do momento histórico. E é bom lembrar que nem sempre, como a história já mostrou inúmeras vezes, o que está nas leis corresponde ao que acontece nos processos penais e nos bastidores das cenas processuais documentadas. Muitos episódios ocorrem durante a vigência de uma lei, orientando o sentido de sua aplicação. O principal deles é a modificação da Constituição. (...) O processo penal modifica-se, ainda, sempre que modificadas as estruturas das instituições que acolhem os agentes oficiais que o movimentam. Judiciário, Polícia e Ministério público têm se transformado consideravelmente nos últimos 50 anos; essa transformação, na medida em que impõem condutas e limites a seus agentes, acabam impulsionando interpretações diversificadas da lei. (...) Independentemente dos fatores assinalados (...) o Código de Processo Penal vem sendo adequado aos novos tempos por leis esparsas¹³.

Apesar de reconhecer que muitas foram as reformas, inegável que se mantém muitos resquícios inquisitivos no corpo do Código. Lopes Jr afirma:

As diversas reformas pontuais, ainda que cheias de boas intenções, acabaram por criar uma colcha de retalhos, um verdadeiro frankenstein jurídico, uma codificação eivada de dicotomias e conflitos internos. Um código que não tem um fio condutor, um

¹⁰ Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1044614/juristas-apresentam-anteprojeto-do-novo-cpp>. Acesso em novembro de 2017.

¹¹ Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1044614/juristas-apresentam-anteprojeto-do-novo-cpp>. Acesso em novembro 2017.

¹² PASCOAL, 2017.

¹³ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 42-45.

princípio reitor, que mistura o "novo" com o "velho" para que tudo mude e continue exatamente como era antes...¹⁴.

Coutinho, mesmo antes das últimas reformas, já destacava, no mesmo sentido:

[...] as reformas parciais não têm sentido quando em jogo está uma alteração que diga respeito à estrutura como um todo, justo porque se haveria de ter um patamar epistêmico do qual não se poderia ter muita dúvida. Isso, todavia, não é o que se passa com o sistema processual penal, onde, antes de tudo, não se consegue sequer delimitar corretamente o conceito de sistema. [...] não se pode deixar de sustentar que um processo global consistente, refletindo seu tempo, há de vingar¹⁵.

Maya conclui:

A atualização do Código de Processo Penal está atrasada há pelo menos 22 anos. Não é mais possível compatibilizar uma Constituição Federal democrática, que se diz cidadã, com um CPP oriundo do Estado Novo de Getúlio Vargas, impregnado de conceitos fascistas. É preciso entender que a lógica mudou, que o acusado não é o inimigo e que no processo penal é fundamental estabelecer que os fins não justificam os meios, mas sim o inverso¹⁶.

Por mais necessário que seja um novo CPP, não se pode esperar que uma revogação total somada a uma nova regulamentação irão resolver todos os problemas do processo penal. Vide o caso do novo CPC, que tinha como diretriz dar maior celeridade às lides, respeitando a duração razoável do processo, mas sua aplicação pode lhes tornar mais morosos, quer pela contagem diferenciada de prazos ou pelos novos ritos. Há sempre o risco de se aprovar algo pior.

Finalizemos com uma crítica à tentativa de um Novo Código, adequado ao sistema acusatório:

A democracia, baseada no cânone da igualdade, exige, do Poder Judiciário, muito menos um sistema acusatório puro do que uma resposta penal efetiva na fase extrajudicial ou judicial(...). A sociedade pagará um alto preço por um capricho acadêmico

¹⁴ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Novo Código de Processo Penal é necessário, mas não qualquer um.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/limite-penal-codigo-processo-penal-necessario-nao-qualquer>. Acesso em novembro 2017.

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às Reformas Processuais.** In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito Processual Penal em Homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 34.

¹⁶ MAYA, André Machado; ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **O (futuro) novo código de processo penal.** Disponível em <https://guilhermerodrigues3.jusbrasil.com.br/artigos/121941978/o-futuro-novo-codigo-de-processo-penal>. Acesso em novembro 2017.

descabido, que elevará os índices de criminalidade que já apavoram o brasileiro¹⁷.

O objetivo dos trabalhos da comissão, portanto, é afastar o caráter inquisitivo inconstitucional da praxe processual penal brasileira, mas garantindo, ainda, aplicabilidade prática e lógica. Sob o risco do que Mendonça chama de:

Uma alucinação coerente, produzindo um sistema processual lógico, mas desconexo com a finalidade que se almeja, dentro de uma sociedade que está desprotegida e infestada de ataques intoleráveis à convivência humana¹⁸.

Analisemos agora, com necessária propriedade, a notícia histórica das outras comissões especiais no Parlamento brasileiro com o objetivo de editar um Novo CPP.

2.2 – As tentativas de reforma do CPP: Notícia Histórica

Várias tentativas já foram feitas de se atualizar o código de processo penal de 1941. Assim, antes de adentrar ao PL 8045/10, vale o registro das outras comissões de juristas que tiveram este fito, ainda que não tenham sido completamente concluídas.

As informações apresentadas a seguir são oriundas de um estudo elaborado por Edilenice J. Lima Passos, a pedido da Comissão de Juristas do Senado Federal, intitulado “Código de Processo Penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores”¹⁹.

A primeira comissão, encontrada na literatura jurídica, foi aquela presidida pelo jurista Vicente Ráo, mas é anterior ao Código de Processo Penal vigente, por isso não foi estudada neste levantamento.

¹⁷ LEITE, Ricardo. **Projeto do novo Código de Processo Penal é desconectado da realidade**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/ricardo-leite-projeto-cpp-desconectado-realidade>. Acesso em novembro 2017.

¹⁸ MENDONÇA, Eduardo Prado de. **O mundo precisa de filosofia**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Agir, 1991, pág. 146.

¹⁹ Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20091201-01.pdf. Acesso em novembro 2017.

2.2.1 Comissão Helio Tornaghi

Durante o Governo Jânio Quadros houve a iniciativa de modificação e atualização dos Códigos, incluindo o de Processo Penal. O Prof. Hélio Tornaghi foi encarregado da elaboração do anteprojeto do Código de Processo Penal. O texto, concluído em 1963, foi entregue ao Ministro da Justiça, João Mangabeira, mas não chegou a ser apresentado ao Poder Legislativo. Os acontecimentos que se seguiram à renúncia do Presidente Jânio Quadros e a deposição do Presidente João Goulart tornaram a sua aprovação inviável.

2.2.2 Anteprojeto José Frederico Marques

Em 1967, foi feita outra tentativa de estudar e propor alterações aos códigos. A principal atribuição da Comissão era rever e coordenar os diversos projetos já elaborados. O professor José Frederico Marques foi incumbido de elaborar estudos visando a reforma processual.

Marques apresentou o Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Penal. Em março de 1970, pela Portaria nº 32, o Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, designou os professores José Frederico Marques, Benjamim Moraes Filho e José Salgado Martins para, sob a presidência do primeiro, constituírem a Subcomissão Revisora do Anteprojeto de Código de Processo Penal, elaborado por ele. O anteprojeto foi debatido. Ao final, foi remetido ao Congresso Nacional pelo Presidente Ernesto Geisel, por intermédio da Mensagem nº 159/1975 e converteu-se no PL 633/1975.

Em fevereiro de 1978, foi enviado ao Senado Federal, mas logo depois a proposição foi retirada pelo autor, por meio da Mensagem nº 179, de 30 de agosto de 1978.

Os motivos que levaram o Poder Executivo a retirar a matéria foram esclarecidos na Exposição de Motivos nº 212:

O desenvolvimento da sociedade brasileira na década de 70 resultou em problemas novos para a administração da Justiça Criminal, o que impôs a revogação do Código Penal de 1969, antes mesmo de sua entrada em vigor. Tornou-se, assim, inadequado o projeto em muitas de suas concepções, dada a sua relação com os postulados do

Código Penal revogado. A incorporação do rol de emendas aprovadas pela Câmara afetou-lhe a estrutura sistemática²⁰.

2.2.3 Projeto de reforma de 1983 – PL 1655/1983

No Governo Geisel deu-se início a novos estudos para a reforma processual penal. O então Ministro Abi-Ackel instituiu uma comissão composta pelos professores Rogério Lauria Tucci, da Universidade de São Paulo, Francisco de Assis Toledo, Subprocurador-Geral da República e Hélio Fonseca, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça.

A redação final proposta pela Comissão Revisora foi apresentada ao Congresso Nacional e passou a tramitar sob a identificação PL 1655/1983, tendo como inspiração o anteprojeto apresentado pelo Professor José Frederico Marques.

Em outubro de 1984, a proposição chegou ao Senado Federal, onde tramitou sob o número PLC 175/1984. Entretanto, em novembro de 1989, quando ainda tramitava no Senado Federal, o Poder Executivo solicitou a retirada do projeto de lei.

2.2.4 Anteprojeto Sálvio de Figueiredo Teixeira

O Ministro da Justiça Célio Borja, por intermédio da Portaria nº 145, de 1992, designou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira para, na qualidade de Presidente da Escola Nacional da Magistratura, presidir comissão de juristas encarregada de realizar estudos e propor soluções visando à simplificação dos códigos de Processo Civil e Processo Penal. O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro foi designado coordenador e o Doutor Sidney Agostinho Beneti, secretário dos trabalhos.

A primeira fase dos trabalhos encerrou-se em 30 de junho de 1993, quando os anteprojetos foram publicados no Diário Oficial da União. Em fase posterior, foi constituída uma comissão revisora, atuando em vários grupos de trabalho, conforme a matéria. Por fim, foi instituída uma Comissão de Sistematização dos vários anteprojetos a fim de lhes promover a necessária integração e corrigir eventuais problemas de forma. Para a sua composição foram designados os professores Antônio Magalhães Gomes Filho, Luiz Flávio Gomes e Rogério Lauria Tucci.

²⁰ Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20091201-01.pdf. Acesso em novembro 2017.

Como resultado do trabalho foram apresentados dezesseis anteprojetos, publicados no DOU de 25 de novembro de 1994, abordando os seguintes pontos: inquérito policial, procedimento ordinário, procedimentos sumário e sumaríssimo, suspensão condicional do processo, prova ilícita, prova pericial, prova testemunhal, defesa efetiva, citação por edital e da suspensão do processo, intimação, prisão e outras medidas restritivas, fiança, prisão temporária, agravo, embargos e júri.

Por meio das Exposições de Motivos nº 605, 606, 607, 608, 609 e 610, datadas de 27 de dezembro de 1994, o Ministro da Justiça, Alexandre Dupeyrat Martins, encaminhou ao Presidente da República, Itamar Franco, seis projetos de lei que reuniram todos os anteprojetos. Dois dias após, as propostas foram remetidas à Câmara dos Deputados.

A posterior retirada dos projetos acarretou a renúncia do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira das funções que exercia como presidente das comissões de reforma.

2.2.5 Comissão Ada Pellegrini Grinover

No final de 1999, o então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual a apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal, para posterior encaminhamento ao Congresso Nacional. De acordo com a portaria que criou a Comissão, seu ponto de partida deveria ser a apreciação dos projetos apresentados pelo Ministério da Justiça em 1994, fruto do trabalho da Comissão anterior.

A Comissão decidiu propor uma reforma tópica porque a reforma total seria inexecutável operacionalmente. Ao final, a Comissão apresentou sete anteprojetos sobre os seguintes temas: 1 – Investigação criminal; 2 – Procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; 3 – Provas; 4 – Interrogatório do acusado e defesa efetiva; 5 – Prisão, medidas cautelares e liberdade; 6 – Júri; 7 – Recursos e ações de impugnação. Os sete anteprojetos foram encaminhados ao Congresso Nacional.

Alguns destes anteprojetos foram transformados em lei. São eles: PL 4.203, de 2001 – foi transformado na Lei nº 11.689, de 2008, que trata de dispositivos relativos ao Tribunal do Júri; PL 4.205, de 2001 – foi transformado na Lei nº 11.690,

de 2008, que cuida de dispositivos à produção de provas por meios ilícitos; PL 4.207, de 2001 – transformado na Lei nº 11.719, de 2008, que trata de dispositivos relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos; e PL 4.210, de 2001 – foi transformado na Lei nº 10.258, de 2001, que trata da prisão especial.

2.3 – O Projeto de Lei 156/09 no Senado Federal

O projeto do novo CPP nasceu a partir do requerimento n. 227/08, do senador Renato Casagrande, em março de 2008, que objetivava a constituição de uma Comissão de Juristas para elaborar o anteprojeto do Código.

Instalada em 09 de julho de 2008, a Comissão foi composta por profissionais e acadêmicos do direito processual penal brasileiro, de diferentes matizes, como dito alhures.

No dia 22 de abril de 2009, ocorreu a entrega solene do anteprojeto ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney. Em sequência, o texto foi transformado no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº. 156, de 2009, que reforma o Código de Processo Penal.

Em 20 de maio de 2009, houve a instalação da comissão especial. Na oportunidade foi eleito Presidente o Senador Demóstenes Torres e Vice-Presidente a Senadora Serys Slhessarenko. Foi designado Relator-Geral o Senador Renato Casagrande e os seguintes Relatores Parciais: 1) Tião Viana - Procedimentos; 2) Romeu Tuma - Inquérito Policial; 3) Marconi Perillo - Medidas Cautelares; 4) Walter Pereira - Provas; e 5) Serys Slhessarenko - Recursos.

Os prazos para a conclusão dos trabalhos foram prorrogados mediante aprovação dos Requerimentos nº. 777 e 1.020, de 2009, pelo Plenário do Senado Federal. No dia 1º de setembro de 2009, o Plenário autorizou a prorrogação dos trabalhos por mais 60 dias úteis.

Tal prorrogação de prazos se tornou indispensável diante do volume de atividades da comissão. Um eixo de atuação foi a realização de audiências públicas, em várias cidades para dar o caráter nacional ao debate, conforme tabela a seguir:

| | |
|----------------|---|
| Brasília | - 4 e 18 de junho - 17, 22 e 24 de setembro - 1º de outubro |
| Rio de Janeiro | - 15 de junho |
| São Paulo | - 29 de junho |
| Recife | - 10 de julho |
| Porto Alegre | - 10 de agosto |
| Goiânia | - 20 de agosto |
| Vitória | - 24 de agosto |

Para dar maior legitimidade às discussões e aprofundar no recolhimento de sugestões, foram convidados representantes do Poder Judiciário estadual e federal, das polícias civis e da polícia federal, dos Ministérios Públicos estaduais e do Ministério Público da União, dos órgãos de perícia criminal, da Ordem dos Advogados do Brasil e do Instituto dos Advogados, das Defensorias Públicas estaduais e da Defensoria Pública da União, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, de Faculdades de Direito, das Secretarias de Segurança Pública estaduais, entre outros órgãos.

Todas as notas taquigráficas das audiências estão disponibilizadas no site do Senado Federal, destacando seu inegável valor histórico.

A comissão especial, além de debater o projeto apresentado pela comissão de juristas, também deveria analisar outras 47 proposições legislativas que versavam sobre processo penal, que tramitavam na Casa. A previsão de tal obrigatoriedade de apensamento encontra-se no art. 374, II, do Regimento Interno do SF: “ao projeto [de código] serão anexadas as proposições em curso ou as sobrestadas, que envolvam matéria com ele relacionada”. O objetivo é garantir um resultado uno e completo.

Muitas destas proposições encontravam-se na CCJ, em outro estágio legislativo, mas por conta da previsão regimental foi unificada a tramitação na comissão especializada.

Assim, a análise de 682 artigos mais 47 proposições anexadas demandou um tempo considerado. O parecer foi aprovado na comissão especial apenas em 09 de dezembro de 2009.

O passo seguinte foi a Comissão de Constituição e Justiça do Senado, onde a proposição foi aprovada no dia 17 de março de 2010.

Pela complexidade do tema, apesar da urgência inquestionável, houve certa demora em finalmente ser concluída a votação no Plenário, ainda mais que estava em ano eleitoral, período no qual, ordinariamente, há dificuldade em se alcançar o quórum específico para votações de matérias desta natureza.

O Projeto 156/09 foi aprovado no Plenário do Senado apenas em 08 de dezembro de 2010 e encaminhado, em sequência, à Câmara dos Deputados.

Passemos, então, a análise do projeto de novo CPP na Câmara dos Deputados.

2.4 – O Projeto de Lei 8045/2010 na Câmara dos Deputados

No dia 22 de dezembro de 2010, a Câmara dos Deputados recebeu o ofício n. 2427/2010 do Senado Federal, a fim de ser submetido à revisão da Câmara dos Deputados, nos termos do art. 65 da Constituição Federal, o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que reforma o "Código de Processo Penal".

Entretanto, apenas em 26 de março de 2015 foi criada a comissão especial para apreciar o projeto do Novo CPP. A Comissão é composta de 26 (vinte e seis) membros titulares e de igual número de suplentes. Tal como ocorrera no Senado, a atribuição da Comissão, além de apreciar o projeto de Código, é emitir parecer sobre os apensados, neste caso, 235 projetos apensados ao principal. Soma-se a isso a análise de mais 226 emendas que foram apresentadas ao projeto.

A Comissão somente foi instalada em reunião realizada no dia 02 de março de 2016, quando houve a eleição da Mesa. Foram eleitos os seguintes parlamentares: Deputado Danilo Forte (Presidente), Deputado Delegado Éder Mauro (1º Vice-Presidente), Deputado Rodrigo Pacheco (2º Vice-Presidente) e Deputado Cabo Sabino (3º Vice-Presidente).

Nessa mesma reunião, foi designado o Deputado João Campos como Relator-Geral do projeto. Para otimizar os trabalhos e com base em previsão

regimental (art. 205, § 3º, do RICD), procedeu-se à criação de 5 (cinco) Relatorias-Parciais, assim definidas:

- 1ª Relatoria-Parcial: Livro I, Títulos I a VII (arts. 1º a 164 - 164 artigos);
- 2ª Relatoria-Parcial: Livro I, Título VIII, Livro II, Título I, Título II, Capítulos I a V (arts. 165 a 320 - 156 artigos);
- 3ª Relatoria-Parcial: Livro II, Título II (Capítulos VI e VII) e Títulos III e IV (arts. 321 a 457 – 137 artigos);
- 4ª Relatoria-Parcial: Livro II, Título V, e Livro III, Títulos I e II (arts. 458 a 611 – 154 artigos);
- 5ª Relatoria-Parcial: Livro III, Título III, e Livros IV a VI (arts. 612 a 756 – 143 artigos).

Em razão dessa divisão, designou os seguintes Deputados Relatores-Parciais: Rodrigo Pacheco (1ª Relatoria-Parcial), Rubens Pereira Júnior (2ª Relatoria-Parcial), Pompeo de Mattos (3ª Relatoria-Parcial), Paulo Teixeira (4ª Relatoria-Parcial) e Keiko Ota (5ª Relatoria-Parcial).

No plano de trabalho da comissão²¹, o relator geral já demonstrava a disposição em democratizar o debate. A primeira etapa de trabalho consistiria em audiências públicas gerais, com a colaboração mais diversa de órgãos, instituições, entidades e outras pessoas jurídicas, públicas e privadas, que tenham conexão com as matérias objeto de deliberação nas proposições a serem examinadas.

O segundo momento foi para as audiências públicas temáticas, que ficaram assim divididas:

1) Persecução penal – Investigação criminal; 2) Persecução penal – Ação Penal, Sujeitos do Processo e Direitos da vítima; 3) Persecução penal – Competência e Atos Processuais; 4) Persecução penal – Prova; 5) Processo e procedimentos – Processo e procedimentos em espécie; 6) Processo e procedimentos – Sentença, Questões e processos incidentes e Recursos em geral;

²¹ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/proposta-para-plano-de-trabalho>. Acesso em novembro 2017.

7) Medidas cautelares pessoais; 8) Medidas cautelares reais; 9) Ações de impugnação e cooperação jurídica internacional.

Neste pouco mais de um ano de trabalho, a Comissão reuniu inúmeras vezes, realizou 22 (vinte e duas) audiências públicas, temáticas e gerais, ouviu mais de 80 (oitenta) especialistas nos mais diversos assuntos relacionados ao processo penal.

Para dar caráter nacional à discussão, coube ainda uma fase de conferências regionais, realizando encontros em Belo Horizonte (10/06/2016), em São Paulo (11/11/2016), em Fortaleza (16/03/2017), em Goiânia (24/03/2017), em Porto Alegre (17/04/2017) e em Passo Fundo/RS (08/05/2017).

A Secretaria da Comissão Especial recebeu, ainda, 66 (sessenta e seis) sugestões de emendas de diversos órgãos públicos, entidades de classe, profissionais, professores, pesquisadores e demais cidadãos que atuam com o processo penal.

O Portal e-Democracia (Wikilegis) também contou com 83 (oitenta e três) sugestões de emenda – dados que demonstram, enfim, a ampla participação da sociedade nos debates acerca da reforma processual penal.

Todo este trabalho oportunizou uma discussão dilatada e intensa na comissão especial e subsidiou os relatores-parciais na apresentação dos seus relatórios.

O deputado Paulo Teixeira apresentou seu parecer no dia 30 de maio de 2017. Pompeo de Matos, 07 de junho. Rubens Pereira Junior, 04 de julho. Keiko Ota, 17 de julho. E Rodrigo Pacheco em 17 de agosto de 2017.

O projeto, até o dia 16 de novembro de 2017, aguarda apenas a apresentação final do parecer do relator geral, para que possa ser votado na comissão e, em seguida, ser encaminhado para o Plenário da Câmara.

Lopes Jr. ainda recomendou um tipo de ação por parte da comissão especial:

O que se verifica é a abertura para o diálogo, mas o que sugerimos é que o debate possa ser mais qualificado, não apenas em audiências públicas, mas, sim, em grupos de trabalho em que se possa estabelecer uma metodologia de produção normativa (...). Não

apenas mera indicação performática, mas de coprodução normativa²².

Tal sugestão, ainda que oportuna, não teve a devida aplicação prática.

Antes de discutirmos a teoria geral da prova, para identificar quais as mudanças mais sensíveis no referido projeto de lei, vale o registro dos debates específicos sobre provas que ocorreram na comissão. Passemos a eles.

2.5 – Debate sobre provas na Comissão Especial da Câmara dos Deputados

O debate sobre provas na comissão especial se deu através de uma audiência pública temática, realizada no dia 23 de agosto de 2016²³ e contou com a participação do Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho - Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e professor universitário, e Marcos Paulo Dutra Santos - defensor público e professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Tais oitivas foram decorrentes de decisão do colegiado da comissão, em atendimento aos Requerimentos nº. 57 e 62, do Deputado Rubens Pereira Júnior.

O professor Ney Bello destacou a dificuldade em definir quando algo está realmente provado e a busca da verdade, problema este que não é resolvido por texto legislativo; a proposta de revogação do art. 222, §2º, que trata da possibilidade de prosseguimento do processo, quando da não execução da carta precatória, sem prejuízo de posterior juntada (tal dispositivo foi reinserido quando da apresentação do relatório parcial); a não utilização da quebra de sigilo para crimes de baixo potencial ofensivo; a possibilidade de pedido verbal de quebra de sigilo; a possibilidade de que todas as audiências sejam gravadas, sejam formalizadas a partir de DVDs e filmagens; a fixação do prazo das interceptações telefônicas em 60 dias, prorrogáveis por mais 60, até o limite de 360 dias; a impossibilidade de o juízo requerer ou determinar inquirição de novas testemunhas; e a alteração no dispositivo sobre ilicitude das provas.

²² LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. 2017.

²³ Notas taquigráficas disponíveis em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/notas-taquigraficas/NotaTaq23082016.pdf>. Acesso em novembro 2017.

O professor Marcos Paulo discorreu sobre a iniciativa probatória do juízo, sempre subsidiária à das partes; uso da prova emprestada, contra a parte que integrou o contraditório originário; livre convencimento motivado; a prova tarifada, quanto ao estado das pessoas; a imprecisão da definição legal da prova ilícita, no projeto vindo do Senado; e a valoração dos indícios.

Cada um destes itens será individualmente discutido, em capítulo próprio sobre a teoria geral das provas no processo penal e suas especificidades. O objetivo era apenas demonstrar que o debate ocorrido na comissão especial foi amplo, permitindo o aperfeiçoamento do texto inicial vindo do Senado.

Além da audiência pública temática, destaca-se que, sobre a parte de provas, a comissão ainda se manifestou sobre 37 projetos apensados e mais 35 emendas.

O parecer parcial foi no seguinte sentido:

I – Constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação da parte do Projeto de Lei nº 8.045/10 cuja Relatoria-parcial me foi atribuída, nos termos das emendas apresentadas ao final;

II – Constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação dos Projetos de Lei nºs 7.034 e 7.219/17; 4.265, 4.599, 5.170, 5.906, 6.131 e 6.197/16; 3.204, 3.211, 3.228, 3.916, 4.002 e 8.034/15; 7.213/14; 4.151/12; 2.902/11; 7.357/10; e 6.081/09, nos termos das emendas apresentadas ao final;

III – Constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição dos Projetos de Lei nºs 7.023 e 7.304/17; 5.375/16; 1.654, 2.685 e 2.762/15; 6.672/13; 7.987/10; 1.341, 1.396 e 2.193/07;

IV – Pela desapensação dos Projetos de Lei nºs 5.376/16, 7.479/14 e 3.684/15;

V – Constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição das Emendas nºs 9, 16, 23, 46, 51, 53, 79 e 81;

VI – Constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação das Emendas nºs 5, 10, 12, 37, 38, 39, 41, 43, 72, 96, 115, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 147, 159, 160, 187, 188, 189, 191, 192, 196, 202, 210, 211, 212, 221, 224 e 226, nos termos das emendas apresentadas ao final²⁴.

Postas estas considerações, faz-se necessário dissertar sobre a teoria geral das provas.

3 – TEORIA GERAL DAS PROVAS

Para compreender as alterações referentes às provas promovidas pelo Projeto do Novo Código de Processo Penal e seu impacto na teoria geral das provas, é indispensável introduzir conceitos básicos e distinções relevantes entre os diversos sistemas processuais, compreendendo as disputas que se colocam.

Começemos pelos sistemas processuais, para finalmente dissertar sobre os conceitos e terminologias das provas, o direito à prova, sua finalidade, forma, admissão, fontes, os meios de prova e os meios de obtenção de prova, a gestão da prova, as classificações, o ônus da prova, a iniciativa probatória do juiz, os sistemas de avaliação, a verdade alcançada no processo e a prova ilícita.

3.1. Os Sistemas Processuais

Sistema, segundo Silva, “exprime o conjunto de regras e princípios sobre uma matéria, tendo relações entre si, formando um corpo de doutrinas e contribuindo para a realização de um fim. É o regime a que se submetem as coisas”²⁵.

Sistema processual penal é o conjunto de regras e princípios que definem o regime do processo, como e por quem deve ser conduzido, quais suas formas e seus procedimentos. São esquemas ou tipos abstratos que permitem analisar os sistemas concretos.

Conceituando os sistemas processuais penais, Marcos Zilli afirma que:

São campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de modelo processual penal constituído de

²⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 18ª ed., p. 761.

unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias²⁶.

Importante destacar que o andamento do processo penal deve ser diferente do civil, posto que naquele está em jogo o poder de punir em detrimento do direito individual de liberdade. Adverte Goldschmidt que “[...] o malabarismo que se faz, conjugando os princípios atinentes ao processo civil em conluio com o direito processual penal, é marcante”²⁷, desconsiderando as categorias jurídicas próprias deste.

Em regra, há três modelos clássicos de sistemas processuais penais: inquisitivo, acusatório e misto²⁸. Os dois puros, no ensinamento de Coutinho, “nasceram, na forma como os conhecemos, no início do século XIII, embora outros tenham existido, inclusive com tais nomes, antes, por exemplo, entre os romanos”²⁹. Ambos possuem origem fortemente ligada a razões políticas, conforme assevera o mencionado autor:

Os dois sistemas dos quais se fala (inquisitório e acusatório) vieram a lume, como se sabe, por razões políticas. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica (entre tantas), foram altamente relevantes, mas, decididamente, secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas³⁰.

Esse caráter político dos sistemas processuais penais é corroborado por tantos outros autores: Prado afirma que “[...] para compreensão dos sistemas processuais é necessária uma análise de suas origens e evolução histórica”³¹; e Thums assinala: “A compreensão dos sistemas processuais é fundamental para o estudo do Direito Processual Penal, eis que traduzem a ideologia política na estrutura da ordem jurídica”³².

²⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

²⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 8.

²⁸ Parte das informações históricas baseiam-se em MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: Tomo I: Fundamentos. 2. Ed. 1. Reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 443-54.

²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 46. N. 183. Jul.set. 2009. P. 103.

³⁰ Ibid, p. 104.

³¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p.61.

³² THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2006, p. 175.

Nesse sentido, considerando o significado político da adoção de determinado sistema, torna-se importante reconhecer o modelo escolhido, bem como suas consequências para a estrutura da ordem jurídica. Sampaio ensina:

A importância da presença deste discurso é justamente indicar qual o sistema que nossa Carta Maior teve a intenção de instituir, e por outro lado, o que deve ser adotado por nossa cultura (social e jurídica) vigente, numa verdadeira interpretação retrospectiva e prospectiva objetivando alcançar um sistema processual democrático³³.

Determinados elementos processuais definem, essencialmente, um sistema como inquisitivo, acusatório ou misto. Para Feitoza, tal caracterização passa pelas seguintes questões:

- a) Quem exerce a jurisdição; b) se o juiz pode começar o processo de ofício ou, não podendo, quem 'propõe a ação penal' e se ela é popular, privada ou pública; c) se as figuras do acusador, do juiz e do defensor são atribuídas a pessoas diferentes; d) se o réu é sujeito de direitos ou não; e) se o procedimento é escrito/oral, público/secreto, contraditório/não-contraditório, contínuo/descontínuo; f) como é feita a valoração da prova; g) se há recurso.³⁴

Ferrajoli é mais conciso em destacar como principal característica na definição de um sistema a gestão da prova: “de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre Juiz e acusação”³⁵

Será realizada, então, a análise de cada um dos sistemas e a identificação do sistema pátrio. A seguir, o sistema acusatório.

3.1.1 O sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo nasce embrionariamente no Império Romano, com a “*cognitio extra ordinem*”, que restringiu o direito de acusação e estabeleceu um procedimento de ofício, secreto e não contraditório. Foi, todavia, a partir do século

³³ SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 110.

³⁴ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2008. P. 54.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 2ª edição. São Paulo: revista dos tribunais. 2006. P. 522.

XIII, ao ser adotado pelo direito canônico, que tal sistema encontrou o terreno fértil para se propagar por toda a Europa. Coutinho assim descreve o nascimento do novo sistema no âmbito da Igreja Católica:

No início do século XIII, então, presente o problema, Inocêncio III reúne a cúpula da Igreja Católica em São João de Latrão e, ali, em 1215, decide-se (faz-se uma opção) pela força. É o nascimento de um novo modelo processual, ao qual não interessava aquele que estava em vigor (...). No IV Concílio de Latrão decide-se, entre outras coisas, pela confissão pessoal obrigatória, pelo menos uma vez ao ano; e ela é o marco histórico do novo sistema (...). Tudo se consolida com uma Bula de Gregório IX (*Ex Excomuniamus*), de 1231, donde se delineia o arcabouço técnico; e com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252, estendida ao mundo em 1254, pela qual abriu-se o espaço definitivo para os métodos utilizados na Inquisição, de modo que *Inquisitor e Socius* se absolvessem mutuamente por eventuais demasias, entre elas a tortura³⁶.

Vale destacar que na Antiguidade predominava o outro sistema, o acusatório – em que um indivíduo só era processado e levado a juízo mediante acusação desempenhada por terceira parte. Entretanto,

Estabeleceram-se à época alguns perigos no acompanhamento desse sistema processual: a crescente impunidade; a facilitação da acusação falsa; desamparo dos fracos; deturpação da verdade; impossibilidade de julgamento de muitos casos e inexecutabilidade de sentença em outros³⁷.

Assim, Almeida Junior afirma que o “processo inquisitório apareceu como subsidiário ao acusatório”³⁸, tendo vigorado por mais de seis séculos em toda a Europa continental até o período do Iluminismo, quando sofre profunda mudança³⁹.

Mariconde destaca que “a preocupação marcante da justiça eclesiástica era castigar enérgica e eficazmente o pecado, de forma a não permitir que a fé se perdesse na borrasca de costumes dissolutos”⁴⁰ (tradução), numa tentativa de garantir o domínio do pensamento da Igreja Católica.

O aprimoramento desse modelo, segundo Boff, “se deu pela Igreja católica, extravasando às demandas meramente intraclerical, na medida em que o cristianismo resultou na religião oficial do Império, tornando a questão não apenas

³⁶ COUTINHO, 2009, p. 105.

³⁷ TORNAGUI, Helio Bastos. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. P. 10.

³⁸ ALMEIDA JUNIOR, Joao Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901, p. 218.

³⁹ THUMS, 2006, p.203.

⁴⁰ MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Lerner Ediciones, 2ª ed., tomo I, 1969, p. 97.

religiosa, mas também política”⁴¹. No início, a jurisdição era exercida pelos bispos, mas posteriormente tivemos a criação do Tribunal da Inquisição, onde os atributos do sistema ficaram ainda mais evidentes.

As características fundamentais deste sistema são: a reunião dos poderes de acusar e julgar nas mãos do mesmo órgão jurisdicional; a persecução penal iniciada pelo próprio órgão, para não ficar à mercê da vontade dos particulares; a redução do acusado a mero objeto do processo, deixando de ser sujeito de direitos; busca da verdade real, sob quaisquer meios; prova legal, sendo a confissão a mais importante; e sistema recursal, para controlar as delegações eventualmente concedidas. Há neste modelo o processo sem acusação e a investigação secreta, de ofício. A prisão do acusado era a regra, ficando ele incomunicável.

O processo secreto, em verdade, surge como uma suposta evolução do modelo pré-acusatório, de modo a resguardar os acusados e sua imagem perante a sociedade, e também o sucesso das atividades investigativas. É o que ensina Tornaghi:

Para evitar que os humildes fossem vítimas da cólera dos poderosos, que os homens de bem sofressem na boa fama, na estima pública e, finalmente, para assegurar o bom êxito das investigações, o processo passou a ser secreto e documentado pela redução a escrito de todos os atos, o que não estivesse nos autos era como se não existisse: *quod nos est in actis non est in mundo*⁴².

Na prática, no entanto, tal inovação autorizava uma excessiva subjetividade, sem necessidade de adequada fundamentação, em muitos casos com ocultação das testemunhas. Boff assevera: “Esta estrutura moldava-se ao Santo Ofício, estabelecendo uma perversidade jurídica em qualquer estado de direito, pagão, ateu ou cristão. Não há salvaguarda suficiente do direito de defesa”⁴³.

Com o réu reduzido a condição de objeto da investigação, a confissão era o ponto alto do processo inquisitório – a rainha das provas, permitindo qualquer procedimento para se obtê-la. Tudo era lícito para arrancá-la, em nome da revelação da “verdade”. Coutinho destaca:

⁴¹ BOFF, Leonardo. **Inquisicao: um espírito que continua a existir**. In Directorium Inquisitorum Manual dos Inquisidores. Nicolau Eymerich. 2 ed. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2003, p. 13.

⁴² TORNAGHI, 1980, p. 14.

⁴³ BOFF, 2003, p. 25.

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um pecador, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele objeto de investigação. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou, e a confissão virou *regina probationum*. Se o inquirido resistisse, merecidamente, poderia ser absolvido; e de alguns se tem notícia. Era algo um tanto difícil, usando-se – como se usava – os métodos de perquirição. A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição, mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus⁴⁴.

O juiz inquisidor tem ampla iniciativa probatória, quer na fase das investigações, quer no processo, podendo gestar qualquer prova de ofício, para chegar à conclusão que desejasse. Nas palavras de Beccaria, a consequência é um sistema “onde o juiz se torna inimigo do réu”⁴⁵.

Em busca da verdade absoluta, abre-se um leque na atividade probatória, quer dos objetos, quer dos meios e métodos. Lopes Jr comenta: “a lógica inquisitorial está centrada na verdade absoluta e, nessa estrutura, a heresia era o maior perigo, pois atacava o núcleo fundante do sistema”⁴⁶, daí o papel desempenhado pela tortura como meio de obtenção de prova. Binder aprofunda:

Ao incorporar a ideia de verdade, o processo penal se viu numa relação inoportuna e conflituosa e que teve no sistema inquisitivo a solução. Primeiro, para conseguir a verdade sem grande capacidade operativa foi preciso entregar a indagação da verdade a uma pessoa imune aos interesses, imbuída de alta moral e de uma função quase sacerdotal. Esta pessoa é o inquisidor; segundo, para se encontrar a verdade nada melhor do que encontrá-la no próprio espírito do acusado. Afinal, quem poderia conhecer melhor a verdade do que o próprio acusado? Daí a utilização da tortura e a transformação da confissão em rainha das provas⁴⁷.

O modelo inquisitório funcionava para buscar a condenação, “até porque a presunção de culpabilidade daqueles que respondiam pela suposta prática de um

⁴⁴ COUTINHO, 2009, p. 105.

⁴⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. Trad. Cretella Jr. E Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

⁴⁶ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 159.

⁴⁷ BINDER, Alberto. **Descumprimento das formas processuais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 48-49.

delito era a regra”⁴⁸. Ser submetido à investigação já era demonstração de uma inocência inexistente, conforme ensina Foucault:

O suspeito, enquanto tal, merecia sempre um certo castigo; não se podia ser inocentemente objeto de pesquisa. A suspeita implicava, ao mesmo tempo, da parte do juiz um elemento de demonstração, da parte do acusado a prova de uma certa culpa, e da parte da punição uma forma ilimitada de pena. Um suspeito que continuasse suspeito não estava inocentado por isso, mas parcialmente punido. (...) O corpo do interrogado no suplício constitui o ponto de aplicação do castigo e o lugar da extorsão da verdade. E do mesmo modo que a presunção é solidariamente um elemento de inquérito e um fragmento de culpa, o sofrimento regulado da tortura é ao mesmo tempo uma medida para punir e um ato de instrução”⁴⁹

Ao usar de todos os meios possíveis para buscar a verdade real, “a Inquisição, enfim, não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justificá-la: os mecanismos do sistema inquisitório⁵⁰”. Nesse sistema, o corpo desempenha papel central, sendo fonte de prova e objeto de punição, nos termos do que discorre Foucault:

Da tortura à execução, o corpo produziu e reproduziu a verdade do crime. Ou melhor, ele constitui o elemento que, através de todo um jogo de rituais e de provas, confessa que o crime aconteceu, que ele mesmo o cometeu, mostra que o leva inscrito em si e sobre si, suporta a operação do castigo e manifesta seus efeitos da maneira mais ostensiva. O corpo várias vezes supliciado sintetiza a realidade dos fatos e da verdade da informação, dos atos do processo e do discurso criminoso, do crime e da punição. Peça essencial, conseqüentemente, numa liturgia penal em que deve constituir o parceiro de um processo organizado em torno de direitos formidáveis do soberano, do inquérito e do segredo⁵¹.

Boff arremata que “o inquisidor é extremamente fiel e imbuído da melhor das intenções. A arquitetônica de sua argumentação é irretorquível. É obra de mestre”⁵². Coutinho segue: “O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica”⁵³. Carvalho descreve o sistema como perfeito e infalível, numa lógica insuscetível ao erro e, portanto, indiferente ao contraditório:

⁴⁸ SAMPAIO, 2010, p. 116.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad, Raquel Ramallete. 22 ed. Petropolis: Vozes, 2000, p. 38.

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do juiz no processo penal**. In Crítica à Teoria geral do Direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30.

⁵¹ FOUCAULT, 2000, p. 41.

⁵² BOFF, 2003, p. 11.

⁵³ COUTINHO, 2009, p. 105.

O processo inquisitivo é infalível, pois o resultado é determinado previamente pelo próprio juiz-acusador. A sentença é potestativa e plena, e, na maioria das vezes, não admite recurso, pois o divino encarnado pelo Santo Ofício não se contradiz e não admite questionamento, ou seja, é perfeito e não suscetível ao erro. Dessa forma, o juiz-acusador formula uma hipótese e realiza a verificação. A verdade admitida com '*adaequatio rei et intellectus*' é atingível e deve ser alcançada. Esta verdade, verdade material (verdade real), já existente como hipótese na mente do juiz-acusador, deve, por outro lado, ser atingida solipsisticamente. O contraditório perturba essa investigação. A poluição da prova daquela verdade já postulada é o maior de todos os perigos. Daí resulta o significado do processo, a ausência de indiciado ou do seu defensor na aquisição da prova que poderá servir para fundamentar a sentença de condenação⁵⁴.

Marques ainda afirma que “no sistema inquisitivo não existe processo penal, mas tão-só procedimento de autotutela penal do Estado⁵⁵”. No mesmo sentido, Mariconde assevera que tal sistema se alicerça em uma patente e forte desigualdade entre o acusado e quem acusa, já que este é também o responsável por julgar:

Com a inquisição, o processo muda fundamentalmente de fisionomia: o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com iguais poderes, se torna uma luta desigual entre juiz e acusado. O primeiro abandona sua função de árbitro e assume a posição de inquisidor, atuando desde o primeiro momento também como acusador. De outra parte, o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte no objeto de dura persecução⁵⁶ (tradução).

Óbvio que tal sistema, com raízes no direito canônico e, inevitavelmente, na política de dominação estabelecida pela Igreja Católica, não se restringia ao âmbito do processo penal, encontrando apoio em toda a cultura social da época. Por conta disso, seu alcance incluía a forma de administração da justiça, marcada pela violência e arbitrariedade, como bem expõe Thums:

O sistema inquisitório constituiu-se em poderoso instrumento de injustiças e iniquidades, caracterizado pela violência e arbitrariedade, por não haver consideração com a dignidade da pessoa humana. Sem dúvida, representa uma fase negra da humanidade, de ignominiosa lembrança⁵⁷.

Apesar de parecer distante historicamente, e de fracasso reconhecido, é importante destacar que o sistema inquisitivo ainda se faz presente na prática

⁵⁴ CARVALHO, Salo. **Penas e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 30.

⁵⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: editora Saraiva, 1980, vol. 1, p. 81.

⁵⁶ MARICONDE, 1969, p. 99.

⁵⁷ THUMS, 2006, p. 202.

jurídica, mesmo que de maneira não expressamente reconhecida. São essas a preocupação e alerta apresentados por Lopes Jr:

Não obstante a desilusão histórica do sistema inquisitório, principalmente por incidir em flagrante erro psicológico, quando crê que uma única pessoa pudesse exercer funções antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar, o que se observa na prática jurídica é a repriminção desse modelo medieval, com uma crescente insegurança social e jurídica quando se afasta da estrutura dialética do processo⁵⁸.

Finalizada a exposição sobre o sistema inquisitivo, será analisado a seguir o sistema acusatório.

3.1.2. O sistema acusatório

O sistema acusatório, que já havia aparecido na antiguidade, como mencionado alhures, ressurgiu com o Iluminismo e o início das contestações em relação às arbitrariedades dos príncipes ou dos tribunais inquisitórios. Coutinho relata o nascimento do sistema:

O Sistema Acusatório nasce na Inglaterra após a invasão normanda levada a efeito por Guilherme, o Conquistador. Na realidade, a construção do novo sistema processual se dá sob o reinado de Henrique II, talvez o mais importante dos reis ingleses para o Direito (...). Foi daí que Henrique II deu, quem sabe, o grande passo à construção de um modelo singular. Por um novo writ, dito novel disseisin, instituiu para Clarendon, em 1166, um Trial by Jury. Por ele, um Grand Jury, composto por 23 cidadãos (boni homines) indiciou um acusado e, se admitida a acusação, seria ele julgado por um Petty Jury, composto por 12 membros. Nele, o Jury dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditadas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. Para tanto, a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar. Por sinal, não se produziam provas no início: o Jury era a prova. Elas só vieram – como regra – nos séculos XV e XVI, como evidence, quando já não se tinha mais conhecimento dos fatos e, portanto, era necessário reconstituir o crime e seus pormenores⁵⁹.

Como primeira característica do sistema acusatório, destacamos a diferenciação entre as partes, contrapondo-se acusação e defesa, com igualdade de

⁵⁸ LOPES JR, 2004, p. 162.

⁵⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. 2009, p. 106-107.

condições, com o juiz equidistante. Ferrajoli ensina sobre a constituição do processo enquanto relação triangular entre esses sujeitos:

"a separação do juiz da acusação, exigida por nosso axioma A8 e agora indicada como primeira garantia orgânica, supõe a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas partes em causa e um terceiro super partes: o acusador, o defensor e o juiz. Essa estrutura triádica forma, como se viu, a primeira característica do processo acusatório. E é indispensável para que seja garantida a equidistância do juiz em relação aos dois interessados contrapostos – a tutela dos delitos, representada pela acusação e pela tutela das punições arbitrárias, representada pela defesa -, que então correspondem aos dois escopos, perfeitamente compatíveis em abstrato, mas sempre conflitantes em concreto, que, como já dito, justificam o direito penal.⁶⁰"

Prado reconhece: “aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar”⁶¹. Diminui a gestão da prova pelo juiz, cabendo estas as partes; é um processo de partes. O réu volta a ser sujeito de direitos, e não apenas objeto de investigação. A preocupação volta a ser com a liberdade e a dignidade do ser humano. O juiz atua como árbitro. A presunção de inocência volta a ser a regra. Lima caracteriza o sistema acusatório como um “legítimo *actum trium personarum*”⁶². Ferrajoli, no mesmo entendimento, assevera que “são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento”⁶³.

Prado define o sistema acusatório a partir do cumprimento de “regras do jogo” tal como previamente definidas e da imparcialidade do juiz, com cada parte desempenhando a sua função:

O juiz deve ocupar uma posição equilibrada, expressada na ideia reitora do princípio do juiz natural, que se traduz na combinação da exigência da prévia determinação das regras do jogo (devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, ou seja, as partes estarão seguras de o juiz não aderir a priori nenhuma das explicações das partes durante o processo⁶⁴.

⁶⁰ FERRAJOLI, 2006, P. 535.

⁶¹ PRADO, 2005, p, 114.

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. Ed. rev., ampl e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 39.

⁶³ FERRAJOLI, 2006, p. 518.

⁶⁴ PRADO, op.cit., p.10.

Para Grinover, a diferença do sistema inquisitório para o acusatório é justamente a separação entre as funções de acusação, defesa e julgamento, havendo apenas neste modelo a existência de um processo genuíno:

As funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É no processo acusatório que o juízo penal é o 'actum trium personarum', de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva de administração da justiça. Onde aparece o processo inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que por alguém chamado juiz, mas nunca um verdadeiro processo⁶⁵.

Já Coutinho caracteriza-o pelo fato de caber às partes a gestão da prova, enquanto ao juiz é dado decidir apenas a partir dessas provas produzidas pela acusação e pela defesa, jamais colhendo-as de ofício:

No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de judge made law). Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, vere dictum. A par da gestão da prova não estar nas mãos dos juizes, mas ser confiada às partes - aqui existentes na sua concepção mais radical -, outras características dão ao sistema acusatório uma visão distinta daquele inquisitorial.⁶⁶

No sistema acusatório, com o acusado sendo sujeito de direitos, inverte-se a lógica da prisão durante a investigação. Aqui, a regra que ele fique solto durante o processo. Como procedimento, predominava o debate, público, oral, contínuo e contraditório. A decisão se dá conforme o que havia sido trazido e provado pelas partes. Como visto, a gestão das provas cabe às partes, ficando o juiz numa posição de mais passividade, para preservar sua imparcialidade. Thums segue o mesmo entendimento:

No sistema acusatório o órgão que produz a acusação tem o ônus de provar a imputação que faz ao réu. Devendo, inclusive, apresentar provas substanciais e não meras presunções. Não se admitindo

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXIX, n. 68 – janeiro/junho de 1999, p. 14.

⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 03.

incumbir ao juiz a busca de provas, pois desta forma desnatura o sistema. Cabe ao órgão acusador provar sua alegação. O réu não precisa provar fato negativo, ou seja, se a acusação não possuir provas para incriminação, a consequência é a absolvição. Se houver insuficiência de provas para convencer o juiz sobre a culpa do acusado, então prevalece o princípio favor rei. O juiz deve absolver e não diligenciar na obtenção de novas provas, sob a alegação da busca da verdade material. O papel do juiz é manter-se equidistante das partes para conservar sua imparcialidade⁶⁷.

Quanto a valoração das provas, prevalece a íntima convicção. No que tange os recursos, Feitoza esclarece: “como os tribunais populares exerciam diretamente a soberania ou por intermédio dos seus representantes do povo soberano, a sentença, em geral, fazia coisa julgada e não havia recursos. A reforma da sentença podia ocorrer, às vezes, como graça ou perdão”⁶⁸.

O modelo inglês é o que, hodiernamente, mais se aproxima do sistema acusatório remoto aqui retratado.

3.1.3 – O sistema misto ou francês

O sistema inquisitivo, amplamente aceito na Europa do século XVII, começou a sofrer duras críticas, especialmente na França. Barros expõe o motivo: “começaram a surgir vozes contra a utilização da tortura, a instituição própria do sistema inquisitório que mais agredia o sentimento humanitário”⁶⁹.

Entretanto, tais críticas não tinham força suficiente para destruir o sistema vigente, mas tão somente provocar alterações, modificações, como bem adverte Maier: “não se pode falar, propriamente, em outro sistema que seria o formal ou o misto, mas numa reforma do sistema inquisitivo”⁷⁰. Assim, ‘nasce’ o sistema misto, ou francês. Feitoza identifica a origem normativa desse sistema:

O sistema misto se desenvolveu durante o século XIX, tendo como lei base o *Code d’instruction criminelle* francês de 1808, que se

⁶⁷ THUMS, 2006, p. 240.

⁶⁸ FEITOZA, 2008, p. 54-55.

⁶⁹ BARROS, Ivone da Silva. **A identidade física do juiz no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2008, P. 48.

⁷⁰ MAIER, 1996, p. 453.

expandiu pela Europa continental a partir do triunfo das ideias da Revolução Francesa e da dominação napoleônica.⁷¹

Segundo Lima, o modelo distingue-se por apresentar duas diferentes etapas, uma predominantemente inquisitiva e outra tipicamente acusatória, a depender do momento processual:

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade⁷².

Podemos elencar como características o fato de que, em regra, a jurisdição é exercida por juízes, tanto no primeiro grau quanto em superiores (excepcionalmente o povo pode participar diretamente, como na forma de jurados), a acusação é pública, sendo iniciada, de ordinário, pelo MP. Como há a definição de cada papel entre as partes, não se confunde a missão de acusar, defender e julgar.

O acusado é sujeito de deveres, ainda que na fase inicial, investigatória, inquisitiva, sua atuação seja limitada. Para valoração das provas, pode haver o sistema da íntima convicção. E, sem impedimento, há recursos. Maier arremata:

Seu eixo central é o debate: ali sobrevivem todas as formas acusatórias, a oralidade e a publicidade dos atos que a integram, sua concentração em uma única audiência e sua continuidade, a presença ininterrupta de todos os sujeitos processuais do procedimento (imediação), a ampla defesa do acusado, equiparado em todas as faculdades ao acusador. Desse debate, com formas predominantes acusatórias, emergem os únicos elementos capazes de fundar a sentença, decisão que, ademais, deve guardar íntima correlação com a acusação, no sentido de que não pode ir além, em prejuízo do acusado, dos fatos e circunstâncias contidos nela e que são objeto da defesa⁷³

Coutinho vaticina que, em verdade, todos os sistemas entrariam nessa classificação: “Todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos. Isto significa que não há mais *sistemas puros*, ou seja, na forma como foram concebidos”.⁷⁴

⁷¹ FEITOZA, 2008, p. 56.

⁷² LIMA, 2016, p. 41.

⁷³ MAIER, 1996, p. 453.

⁷⁴ COUTINHO, 2009, p. 103.

Da análise dos sistemas processuais e de suas características essenciais, é possível antever que eles se relacionam intrinsecamente com a forma de governo da sociedade. É o que se exporá a seguir.

3.1.4 – Sistemas processuais penais e forma de governo

Os sistemas processuais, desde seus nascimentos, influenciam-se diretamente pela forma de governo escolhida e pelas opções políticas de quem detém o poder para determiná-los. Coutinho leciona:

Ora, como precitado, o nascimento dos sistemas processuais penais puros não se deu em função de bases filosóficas ou, pelo menos, não foram elas as forças motrizes das suas constituições, e sim opções políticas, tanto na Igreja Católica (quando do nascimento do Sistema Inquisitório, embora nela se soubesse da questão ligada ao pensamento aristotélico) quanto na Grã Bretanha de Henrique II, onde nasce, como hoje estruturado, o Sistema Acusatório, quando, por certo, sequer se cogitou sobre o assunto, dado estar a atenção quase que integralmente voltada para outros pontos, todos políticos⁷⁵.

Thums reitera essa compreensão, afirmando que o sistema inquisitivo é típico de estados autoritários, posto que neles os direitos fundamentais desempenham papel de menor relevância:

A compreensão dos sistemas processuais é fundamental para o estudo do Direito Processual Penal, eis que traduzem a ideologia política na ordem jurídica. O sistema inquisitório é compatível com os estados autoritários, de Direito Penal máximo, enquanto o sistema acusatório (de garantias) preconiza o Direito Penal mínimo e direitos fundamentais maximizados⁷⁶.

Goldschmidt afirma na mesma linha: “a estrutura do processo penal de uma nação nada mais é do que o termômetro corporativo ou autoritário que a constitui”⁷⁷. No mesmo sentido, Fragoso afirma: “A realização dos direitos humanos na justiça criminal está, pois, em função de um problema essencialmente político”⁷⁸. Lopes Jr reitera esse pressuposto e estabelece, de modo direito, uma conexão entre o sistema acusatório e estados democráticos garantidores de liberdades:

⁷⁵ COUTINHO, 2009, p. 107.

⁷⁶ THUMS, 2006, p. 175.

⁷⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 71.

⁷⁸ FRAGOSO, Heleno. **Direitos Humanos e Justiça Criminal**. IBCCRIM, n. 150. Maio, 2005, p. 2.

Predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais⁷⁹.

A partir dessa perspectiva, Santos mostra as escolhas dos sistemas processuais em alguns países, bem como a existência de retrocessos e antinomias:

É oportuno salientar que a adoção de um ou outro sistema processual decorre diretamente do sistema político fundado na Constituição do Estado. Quanto ao sistema acusatório encontramos a sua adoção na Alemanha (embora alguns juristas alemães recusarem a qualificação de sistema acusatório); A Itália em 1988 se livrou do Código Rocco de 1930, nesta nova legislação consagrou a ampla defesa, o contraditório, mas houve retrocesso a partir da implantação da lei de combate à máfia; em Portugal, a adoção do sistema acusatório está expressa na Constituição (art. 32, item 5º). Na Espanha também foi adotado expressamente o sistema acusatório na Constituição, contudo há um descompasso com as normas infraconstitucionais⁸⁰.

Dito isso, será tratado agora o sistema processual brasileiro.

3.1.5 – Sistema processual penal brasileiro

O Código de Processo Penal brasileiro, atualmente vigente, datado de 1941, tem inspiração no modelo fascista italiano, de base inquisitorial, como bem destaca Coutinho:

“O sistema processual penal brasileiro atual, assentado no CPP de 41 (cópia do Codice Rocco, da Itália, de 1930, o fascista Vincenzo Manzini na dianteira), tem por base – e sempre teve – a estrutura inquisitorial. Por trás de todos estava o Code Napoleón, de 17.11.1808 (...) No Brasil, tal modelo foi adotado quase que com a mesma conformação, isto é, aquela copiada do código italiano de 1930. Interessava ao ditador de plantão⁸¹”.

A época era a do Estado Novo, de Vargas, de cunho autoritário, e isso era refletido na legislação vigente. Wolkmer assinala que

As correntes políticas desde os anos 30 tinham em comum a rejeição da liberal-democracia, do pluripartidarismo, do capitalismo

⁷⁹ LOPES JR, 2004, p. 151.

⁸⁰ SANTOS, Juenil Antônio dos. **Verdade e ideologia no procedimento da mutatio libelli no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro, 2007, p. 42.

⁸¹ COUTINHO, 2009, p. 109-110.

competitivo, do cosmopolitismo, e valorizavam o nacionalismo, o intervencionismo e a hegemonia do Estado sobre a Sociedade Civil⁸².

Santos relembra a relação histórica e política entre o Estado Novo e a adoção de um sistema que pudesse garantir o poder estatal:

O código de processo penal reflete exatamente o momento histórico de sua criação, pois surge logo após o golpe de Estado de 1937 que se justificou pela necessidade de reforçar a autoridade governamental, garantir a ordem pública, a legalidade e as instituições sociais⁸³.

A exposição de motivos do CPP vigente traz as suas marcas indelévels, de ranço inquisitorial, em detrimento de interesses individuais:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.** Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum⁸⁴ (grifo nosso).

Luís Gustavo Grandinetti entende que o texto acima transcrito revela a essência do Estado Novo e do Código de Processo Penal⁸⁵.

A Constituição de 88 inaugurou um novo modelo, prestigiando o sistema acusatório. Isso é percebido ao longo de diversos dispositivos, como aqueles que estabelecem o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LX), a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, e 93, IX), princípio da vedação de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII), titularidade do Ministério Público para ajuizar ações, separando tal atribuição do Judiciário ou acabando os processos de ofício, dentre outras.

⁸² WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p.147.

⁸³ SANTOS, 2007, p. 44.

⁸⁴ LIMA, Marcellus. **Código penal, Código de processo penal e leis especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006, p. 283.

⁸⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p.1.

Mas, da mesma forma que ‘os lírios não nascem das leis’, a adoção da predominância de um novo sistema processual penal na Constituição não é suficiente para implementar as mudanças necessárias, ou para garantir-lhe máxima aplicabilidade. Feitoza adverte: “uma cultura inquisitiva de mais de 700 anos não se diluiria tão facilmente no Brasil”⁸⁶. Sampaio acompanha:

Pode-se afirmar que há seria contradição entre o princípio acusatório de natureza constitucional e o princípio inquisitório, permanente nas estruturas infraconstitucionais e principalmente na cultura jurídica brasileira⁸⁷.

Tanto há uma antinomia entre a proposta constitucional para o sistema processual penal e aquele efetivamente constante da norma infraconstitucional, que se percebe diversos elementos inquisitórios vigentes no Código Processual Penal brasileiro.

O juiz, de ofício, pode, independente de provocação, determinar a produção de provas em geral (art. 156, CPP), requisitar a instauração de inquérito policial (art. 5º, II, CPP), decretar prisão preventiva (art. 311, CPP), condenar por especificação legal diversa da apresentada na denúncia (art. 383, CPP), ouvir testemunhas não solicitadas pelas partes (art. 209, CPP), juntar prova documental não requerida pelas partes (art. 234, CPP), ordenar diligência de ofício (art. 404, CPP), realizar diligência pessoalmente (art. 3º, Lei 9.034), dentre outros.

Nesse sentido, Lopes Jr assinala crítica severa para o artigo 156, do CPP – que permite a produção de provas e a realização de diligências de ofício pelo magistrado:

Dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156 do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador⁸⁸.

Prado considera que “o artigo 156, bem como o artigo 209, ambos do Código de Processo Penal é produto de um processo penal de um período autoritário em

⁸⁶ FEITOZA, 2008, p. 58.

⁸⁷ SAMPAIO, 2010, p. 139.

⁸⁸ LOPES JR, 2004, p. 170.

que a supressão da liberdade contava com o apoio do Sistema da Justiça Penal”⁸⁹.
Rangel ratifica:

A regra do art. 156 do CPP deve receber uma interpretação conforme a Constituição. Regra essa inspirada pela Constituição do Estado Novo de Vargas (10 de novembro de 1937) que, segundo Boris Fausto, foi o Estado que “concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da história do Brasil independente. (...). Do contrário, entender que o art. 156 do CPP está em perfeita harmonia com a Constituição de 1988 é fazer irradiar, quase que reprimando, os ideais políticos, econômicos, culturais e sociais da Era Vargas”⁹⁰.

O uso inadequado do inquérito, realizado sem a garantia do contraditório, ainda que usual em nossa prática jurídica, também demonstra traços do modelo inquisitório. É o que adverte Fernandes:

O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica, os depoimentos colhidos e, sobretudo – e lamentavelmente – a confissão extraída do indiciado (...). Assumiu, assim, o inquérito função anômala, não condizente com os citados princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência⁹¹.

Por conta desses elementos aqui demonstrados, há uma dificuldade de conceituar o sistema processual brasileiro. Prado corrobora: “Há certa dificuldade conceitual para uma afirmação de qual sistema processual vigora ou mesmo identificar qual sistema vigorou em períodos da história do Brasil”⁹². Malan arremata que o problema se encontra no imaginário dos juristas, que insistem em ignorar os mandamentos constitucionais:

A dificuldade existe em razão dos interesses dos juristas, da nossa tradição autoritária, do descompasso na doutrina que insiste em interpretar o vigente Código de Processo Penal e outras leis processuais penais completamente distintas da Carta Constitucional⁹³.

Veja-se então, apesar da nítida dificuldade, como alguns doutrinadores classificam o sistema processual brasileiro. Feitoza considera que o sistema brasileiro “se encontra numa espécie de ‘fase embrionária’ do sistema misto, ainda

⁸⁹ PRADO, Geraldo, 2005, p. 140.

⁹⁰ RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento da denúncia**. Disponível em www.humbertodalla.pro.br. Acesso em: dezembro 2016.

⁹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005, P. 307.

⁹² PRADO, 2005, p. 167.

⁹³ MALAN, Diogo R. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.6

no século XIX⁹⁴. Já Tucci anuncia que “o moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”⁹⁵.

Thums entende “ser difícil reconhecer o sistema acusatório em sua plenitude, pois nem os Tribunais, nem os doutrinadores, nem mesmo o Ministério Público conseguem assimilar a sua magnitude”⁹⁶.

Nucci define como “inquisitivo garantista, enfim, misto”⁹⁷. Prado destaca que “há na realidade, a aplicação da teoria da aparência acusatória”⁹⁸. Coutinho define: “O certo, não obstante, é que o CPP configura um Sistema Misto e, deste modo, mantém na base o Sistema Inquisitorial e a ele agrega elementos típicos da estrutura do Sistema Acusatório”⁹⁹.

Feitoza ainda reitera: “a contradição, hoje, portanto, é entre o princípio acusatório de natureza constitucional e o princípio inquisitivo de natureza cultural”¹⁰⁰. Nucci assevera: “sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código forte de alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório”¹⁰¹. E conclui:

Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar a sua convicção¹⁰².

Constatando o caráter híbrido do CPP brasileiro, com o advento da CF de 88, indispensável dois caminhos: a releitura pela jurisprudência e doutrina dos institutos legais à luz da Carta (nunca o contrário) e um novo trabalho legislativo. Thums afirma: “Sem um novo Código de Processo Penal, inspirado pelas conquistas da Constituição Federal/88, não se pode falar em sistema acusatório no Brasil”¹⁰³.

⁹⁴ FEITOZA, 2008, p. 58.

⁹⁵ TUCCI, Rogerio Lauria. **Teoria do direito processual penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 38.

⁹⁶ THUMS, 2006, p.262.

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: RT, 2006, p. 105.

⁹⁸ PRADO, op. Cit, 195.

⁹⁹ COUTINHO, 2009, p. 111.

¹⁰⁰ FEITOZA, op. Cit. 60.

¹⁰¹ NUCCI, 2006, p. 104.

¹⁰² NUCCI, op. Cit, 105.

¹⁰³ THUMS, 2006, p.264.

Este então é um desafio do PL 8045/2010, o novo Código de Processo Penal, que tramita na Câmara dos Deputados: adequar a legislação infraconstitucional ao espírito da CF em aderir a um sistema acusatório.

3.2 Terminologias

Observando a evolução das provas, nota-se que ela é de difícil definição, tendo sido tratada por diversas perspectivas ao longo do tempo. Avolio é quem destaca: “originariamente, a prova era banhada em superstição. O Homem possuía uma visão muito limitada da vida social, e lidava com um conceito de delito ligado a ideia de ofensa a alguma divindade”¹⁰⁴. Calamandrei prossegue:

O juízo de Deus, a prova do fogo e as ordálias eram expedientes para introduzir em juízo, com garantia de imparcialidade, forças superiores a todo calculo humano e a todo cuidado terrestre, como a indiferença dos deuses ou a sorte cega¹⁰⁵

Nesta fase inicial, prevaleciam as provas místicas, dentro de prejulgamentos e processos medievais, que geralmente se davam a partir de concepções religiosas, confiando o juízo a entidades superiores. Nesse cenário, Aquino descreve as ordálias:

Tais processos recorriam aos juízos dos deuses para a indicação do culpado. Para tanto, os suspeitos tinham que suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, provariam a sua inocência. Esse meio primitivo denomina-se ordália¹⁰⁶.

A evolução histórica da prova acompanha a própria evolução da sociedade. Com o advento das ideias iluministas e a consolidação do próprio Estado, surge finalmente a definição de prova na lei. Todavia, a isso não correspondeu a pacificação da doutrina.

A primeira dificuldade de conceituação precisa decorre do caráter polissêmico da palavra, tanto na linguagem comum, no discurso científico, quanto, especialmente, no jurídico.

¹⁰⁴ AVOLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. Ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 33.

¹⁰⁵ CALAMANDREI. **Processo e democracia**, 1960, p. 61.

¹⁰⁶ AQUINO, Jose Carlos G. Xavier. **A prova testemunhal no processo brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1987, p. 3.

Ferraz Jr. destaca que “a palavra prova tem a mesma origem etimológica da palavra *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), que traduz a ideia de aprovação, confiança, correção etc.”¹⁰⁷. *Probus* significa bom, reto, honrado. Badaró indica: “em uma primeira aproximação, prova é tudo o que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém”¹⁰⁸. Capez lembra: “emana no verbo *probare*, com o significado de demonstrar, reconhecer, examinar e persuadir, todo elemento que possa levar ao conhecimento de um fato, ou de alguém”¹⁰⁹. Mittermaier precisa: “é a soma dos motivos geradores da certeza”¹¹⁰. Badaró menciona: “o meio pelo qual a inteligência chega a verdade”¹¹¹. A prova é o “centro della scienza penale”¹¹².

Para Frederico Marques é “a demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa”¹¹³. Para Lopes Júnior, “as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)”¹¹⁴. No mesmo sentido SANTOS: “prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”¹¹⁵.

Aranha emprega o vocábulo com o “significado de atos ou meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados”¹¹⁶. Segundo Roxin, “probar significa convencer el juez sobre la certeza de la existência de um hecho”¹¹⁷. Carrara define como “tudo aquilo que serve para nos tornar certos da verdade de uma proposição. A certeza em nós: a verdade dos fatos”¹¹⁸. Para Malatesta:

¹⁰⁷ FERRAZ JR., Tercio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1983, p. 291.

¹⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. Ed. rev. Atual. E ampli – São Paulo: RT, 2016, p. 385.

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 239.

¹¹⁰ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Herberth wuntzel Heinrich. 2. Ed. São Paulo: Bookseller, 2004, p. 1125.

¹¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Onus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 157.

¹¹² LEONE, Giovanni. **Appunti sul Problema della Prova nel Processo Penale**, in **Studi in Memoria di Filippo Grispigni**, 1956, p. 323.

¹¹³ MARQUES, 2009, p. 253.

¹¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3.ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 489.

¹¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 329.

¹¹⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 5.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2003, p. 185.

¹¹⁸ CARRARA, Francesco. **A prova segundo carrara**. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual penal, ano IV, n. 20, 2003, p. 47.

A prova é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza (...). É a relação concreta entre a verdade objetiva e a certeza subjetiva¹¹⁹.

Gomes Filho leciona:

Há pelo menos três acepções da expressão: a) como demonstração; b) como experimentação; c) como desafio (...). Na primeira se diz que ela serve para estabelecer a verdade sobre determinados fatos. Na segunda, para verificar a correção de uma hipótese ou afirmação. Por fim, pode significar desafio ou competição, para se obter certas qualidades ou aptidões¹²⁰.

Nucci também encontra três sentidos para o termo:

a) Ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo; b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo; c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato (...), portanto, é o clímax do processo¹²¹.

Didier analisa as três acepções do vocábulo prova:

a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; (...) b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito (...); c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial¹²².

Cintra, Grinover e Dinamarco definem como “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controversos no processo”¹²³. Mirabete conceitua 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”¹²⁴.

¹¹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2013, p. 101-105.

¹²⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. In YARSHELL, Flavio Luis (org.) estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 305.

¹²¹ NUCCI, 2006, p. 363.

¹²² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, 5ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 43.

¹²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 310.

¹²⁴ MIRABETE, Julio Fabrinni. **Código de Processo Penal interpretado**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 453.

Tornaghi enumera quatro sentidos para prova: “primeiro como conjunto de atos processuais; segundo como o resultado do procedimento; terceiro como qualquer elemento de convicção; e quarto como meios de prova”¹²⁵. Manzini segue o mesmo caminho: “A lei processual penal usa o termo prova, não apenas no sentido expressado, mas às vezes também para indicar os meios de comprovação ou os resultados conseguidos com o emprego desses mesmos meios”¹²⁶.

Para Avolio, “prova é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, daí sua relevância no campo do direito processual”¹²⁷. Greco assevera: “corresponde ao processo mental através do qual se estabelecem conclusões decorrentes de determinadas premissas e se constrói o julgamento dos fatos no processo”¹²⁸.

Lima distingue:

Há três acepções da palavra prova: 1) como atividade probatória – conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar a verdade dos fatos relevantes para o julgamento. 2) como resultado – caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador quanto a existência (ou não) de determinada situação fática. 3) como meio – instrumentos idôneos a formação da convicção do órgão julgador¹²⁹.

Feitoza ainda define como fonte ou manifestação da fonte:

Prova como fonte se refere a pessoas e coisas utilizadas como prova, consideradas como prova pelos estímulos sensoriais que chegam à percepção de entidade decisora sobre um fato. A prova como manifestação da fonte refere-se a prova pessoal, na qual podemos distinguir entre a pessoa e sua manifestação¹³⁰.

Esta variedade de definições recebeu crítica por parte de Carnellutti: “sofremos pela pobreza da linguagem (e basta pensar no absurdo de conter o mundo em um vocabulário!), uma mesma palavra se emprega para significar coisas diversas”¹³¹. E prossegue: “Questão de nome. Uma vez disse também, como me

¹²⁵ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal. v. IV**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 196-198.

¹²⁶ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo III. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1970, p. 198.

¹²⁷ AVOLIO, 2015. P. 33.

¹²⁸ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 103.

¹²⁹ LIMA, 2016, p. 573-574.

¹³⁰ FEITOZA, 2008, p. 604.

¹³¹ CARNELUTTI, Francesco. **Questioni sul processo penale**. Bolonha: Zuffi, 1950, p. 12.

havam ensinado: importa pouco. Agora, inclino-me a reconhecer cada vez mais o valor das palavras”¹³².

Resumidamente, como bem demonstrado aqui, seja na doutrina, seja na legislação, “prova” pode corresponder ao fato em si mesmo, a elemento de conhecimento do fato, a meio de se chegar à verdade, ao convencimento do juiz, à atividade probatória, ao produto dessa atividade, ao ato processual correspondente, ao processo mental de confrontação de narrativas com elementos, à fonte ou à manifestação da fonte.

A par de toda essa variedade conceitual, o legislador tratou de positivizar, não um conceito, mas o núcleo tão essencial ao andamento do processo, no intuito de garantir sua preservação. Não poderia ser diferente, como bem destaca Mittermaier:

“Os motivos, que guiam o legislador a traçar as regras da prova, são os mesmos motivos gerais que presidem toda a organização do processo criminal. São: 1º) o interesse da sociedade, a necessidade de punição de todo o culpado; 2º) a de proteção devida às liberdades individuais e civis, que por efeito do processo criminal podem ser gravemente comprometidas; 3º) por último e como consequência, a necessidade de nunca castigar um inocente”¹³³.

Assim, mesmo encontrando salvaguarda na Constituição Federal, em tratados internacionais, no CPP e na legislação extravagante, com tudo isso, não houve um trabalho no sentido de uniformizar o significado do termo prova. Quem bem mostra tal situação é Takayanagi:

“Veamos, por exemplo, que no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, está disposto: ‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito’. Neste caso, a releitura do inciso seria no sentido de que são inadmissíveis ‘elementos de prova’ resultantes de atos de obtenção praticados com violação dos direitos do cidadão (...). No CPP, por sua vez, artigo 156, temos que ‘a prova da alegação incumbirá a quem a fizer’; o termo prova, neste caso, tem um significado de iniciativa da atividade probatória”¹³⁴.

Apesar de toda a polissemia, vale destacar que “só podem ser consideradas provas, no aspecto jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no

¹³² CARNELLUTTI, 1950, p. 31.

¹³³ MITTERMAIER, 1996, p. 14.

¹³⁴ TAKAYANAGI, Fabiano Yuj. **Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise da jurisprudência após a reforma da lei 11.690/08**. São Paulo, 2014, p. 16.

processo na presença do juiz e com a participação das partes, em contraditório”¹³⁵. Tal definição permite, inclusive, diferenciar as provas dos elementos informativos, pois aquelas são produzidas, em regra, no curso do processo judicial, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, enquanto estes são colhidos ainda na fase investigativa, sem a obrigatoriedade do contraditório. Por óbvio, elementos informativos não são suficientes para embasar uma condenação.

Passa-se, então, a abordar especificamente o direito à prova.

3.3 Direito à prova

A prova, tal como se encontra hoje, no sistema acusatório, consiste efetivamente num direito subjetivo. “É um direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo”¹³⁶. Gomes Filho ensina:

Caracteriza-se, assim, um verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento investigativo; direito subjetivo que constitui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento do direito de ação e do direito de defesa: o direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz¹³⁷.

E prossegue:

O direito subjetivo à prova é também um direito público e cívico, na medida que tem como sujeito passivo o Estado, representado na figura do órgão jurisdicional, o qual está obrigado a tornar efetiva as postulações das partes em relação as atividades probatórias, desde que, evidentemente, legítimas. Mas isso não exclui que também possam ser considerados sujeitos passivos a parte contrária, quando tenha em seu poder alguma prova, ou terceiros, como a testemunha e os peritos, a cujo dever de veracidade corresponde um direito da parte à obtenção da informação verdadeira¹³⁸.

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 146-148.

¹³⁶ TROCKER. **Processo civile e costituzione**. Milao, 1974, p. 371.

¹³⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. P. 84.

¹³⁸ GOMES FILHO, 1997, p. 85.

Tonini define: “O ‘direito à prova’ 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”¹³⁹. Dinamarco conceitua como “o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento”¹⁴⁰.

Knijnik assevera: “a Constituição Federal, ao assegurar o direito de agir em juízo, o contraditório e a ampla defesa, consagra, também, o direito à prova”¹⁴¹. Cambi arremata: “a prova é um direito fundamental das partes, que devem ter ampla possibilidade de trazer aos autos a sua narrativa sobre os fatos e sua interpretação do Direito ao caso concreto”¹⁴².

Taruffo constata a conexão essencial entre o direito à prova e a proteção aos demais direitos individuais:

O direito de apresentar todas as provas relevantes é parte essencial das garantias gerais da proteção judicial dos direitos e do direito de defesa, uma vez que a oportunidade de provar os fatos que sustentam as pretensões das partes é condição necessária para a efetividade de tais garantias¹⁴³.

Fernandes acentua: “Liga-se o direito à prova estritamente aos direitos de ação e de defesa”¹⁴⁴. Grinover insiste: “e não é em vão que se salienta o direito a prova no quadro das garantias da ação e da defesa”¹⁴⁵.

Percebe-se que o direito a prova é indissociável das garantias processuais constitucionalmente previstas, quer seja do direito de ação, da ampla defesa, do contraditório ou do devido processo legal. Dinamarco reconhece:

¹³⁹ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III, p. 47

¹⁴¹ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 07.

¹⁴² CAMBI, Eduardo. **Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008**. In Revista de Processo nº 167. Ano 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2009, p. 29.

¹⁴³ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução Joao Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 54.

¹⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 80.

¹⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. São Paulo: Forense universitário, 1990, p 19.

Na Constituição, o direito à prova é inerência do conjunto de garantias do justo processo, que ela oferece ao enunciar os princípios do contraditório e ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garante a todos o *due process of law*¹⁴⁶.

Barbosa Moreira reforça a ligação entre o direito à prova e o princípio do contraditório:

A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que ambas as partes hão de conceber iguais oportunidades de pleitear a produção de prova. Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento pelo órgão jurisdicional. Também significa que as partes terão as mesmas oportunidades de participar dos atos probatórios e pronunciar-se sobre seus resultados¹⁴⁷.

Tormina ratifica: “Num processo de partes, o contraditório probatório deve constituir a única fonte de cognição para a jurisdição, não podendo haver outra fonte de conhecimento para a decisão”¹⁴⁸.

Negar a possibilidade de provar os fatos alegados com todos os meios admitidos anula as garantias previstas na Constituição. Tarufo adverte:

Para a parte que alega um fato, ter tal direito significa ter a possibilidade de apresentar todas as provas positivas à sua disposição; para a parte contrária, supõe ter a oportunidade de apresentar todas as provas contrárias ou negativas relativas a tais fatos¹⁴⁹.

Por todo o exposto, nítida a relação entre o direito à prova e as garantias constitucionais. Mas ainda que não houvesse tal previsão, o direito à prova está expresso no art. 8º, 2, f, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica:

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

¹⁴⁶ DINAMARCO, op. Cit. P. 48.

¹⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A garantia do contraditório na atividade de instrução**. In Temas de Direito Processual. Terceira série. São Paulo, 1984, p. 67.

¹⁴⁸ TORMINA, Carlo. **Il regime della prova nel processo penale**. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 185.

¹⁴⁹ TARUFO, 2014, p. 54.

O direito à prova é assegurado ainda no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, 3, alínea 'e', que garante a todo acusado o direito “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe as de acusação”. Ambos os textos normativos internacionais possuem força supralegal no Brasil, por terem sido incorporados ao ordenamento pátrio.

Destarte, percebe-se que, devido a estas características, o direito à prova constitui direito subjetivo. É o que Gomes Filho destaca:

Caracteriza-se, assim, um verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e os mesmos fundamentos do direito de ação e de defesa: o direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz¹⁵⁰.

Grinover, ressaltando a importância do direito à prova para todo o sistema processual, ensina:

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas¹⁵¹.

Os destinatários da prova são todos aqueles que devem formar sua convicção, o que, em regra geral, corresponde ao órgão jurisdicional. A ele são encaminhadas as provas para serem apreciadas e perante ele é exercido tal direito subjetivo.

Fernandes destaca oito postulados decorrentes do direito à prova:

a) direito de requerer a produção da prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as

¹⁵⁰ GOMES FILHO, 1997, p. 84.

¹⁵¹ GRINOVER, 2009, p. 113-114.

providências necessárias para sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador¹⁵².

Evidente, assim, o caráter central que tem o direito à prova para o andamento regular do processo. Sem o efetivo exercício do direito à prova não há pleno acesso à justiça. Bentham já advertia que a prova é a base da justiça, e “excluir a prova é excluir a justiça”¹⁵³. Knijnik reforça:

“Uma das formas de negar-se acesso à jurisdição (...) ocorre quando se impede ao interessado de valer-se dos instrumentos de prova garantidos em geral a quem é parte em juízo. (...) Assim, a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando assim, violação oculta à garantia de acesso útil à Justiça”¹⁵⁴.

Tarufo segue na mesma linha, demonstrando que é o direito à prova que permite a concretização das garantias processuais:

Um argumento claro que apoia esse princípio é o de que as garantias processuais das partes seriam meramente formais e vazias se a elas fossem proibidas apresentar todos os meios de prova relevantes para embasar suas versões do fato em litígio¹⁵⁵.

Nota-se, dessa maneira, que o direito à prova é, por sua natureza e alcance, “um dos mais significativos elementos da transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático”¹⁵⁶, já que é ele que instrumentaliza o direito ao devido processo legal, garantindo ferramentas para o exercício da defesa e do contraditório.

Demonstrado que o direito à prova é um direito subjetivo, indispensável para a realização das garantias processuais constitucionais e para o efetivo acesso à Justiça, cabe agora dissertar sobre as suas características e especificidades.

¹⁵² FERNANDES, 2012, p. 81.

¹⁵³ BENTHAM, Jermías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971, t. II, p. 87.

¹⁵⁴ KNIJNIK, 2007, p. 173.

¹⁵⁵ TARUFO, 2014, p. 54.

¹⁵⁶ SIRACUSANO, Delfino. **Le Prove**, In Siracusano, D.; Galati, A.; Tranchina, G.; Zappalà, E.; Diritto processuale penale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. I, p. 348.

3.4 Especificidades das provas

Para melhor compreensão da teoria geral das provas, cabe-nos discorrer sobre as especificidades das provas, sua forma, elementos, objeto, finalidade, fontes, meios de obtenção, admissibilidade, momento e resultado.

A forma diz respeito a como as partes levam as provas ao juízo. A doutrina reconhece as formas documental, material ou testemunhal. Lima assim distingue as três:

Documento é o papel escrito que traz em si a declaração da existência (ou não) de um ato ou fato (escritos públicos, cartas, livros comerciais etc.). A prova material é aquela que resulta da verificação existencial de determinado fato, que demonstra a sua materialização, tal como ocorre com corpo de delito, instrumentos do crime etc. por fim, testemunhal é a prova que consiste na manifestação pessoal oral¹⁵⁷.

Vale destacar que a prova testemunhal é uma espécie do gênero prova oral, que pode incluir, por exemplo, o interrogatório, manifestação da vítima, esclarecimentos de peritos, dentre outros. Malatesta ainda diferencia a prova testemunhal em comum ou pericial:

O testemunho, enquanto provém de testemunhas que intervieram *in facto* e tem por objeto coisas perceptíveis pelo comum dos homens, chama-se de prova testemunhal comum; quando, ao contrário, provém de testemunhas escolhidas *post factum* e tem por objeto coisas perceptíveis só a quem tem uma perícia especial, chama-se prova testemunhal pericial. O testemunho comum, portanto, compreende o de terceiro, o do acusado e o do ofendido. Logo, a perícia, o depoimento de um terceiro, o depoimento do acusado e o do ofendido não são senão tantas outras subespécies desta classe que denominamos de prova testemunhal¹⁵⁸.

Vale destacar a definição de elementos de prova. Gomes Filho afirma que elementos de prova são “os dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”¹⁵⁹. Tonini descreve como “aquilo que se extrai da fonte da prova quando ainda não foi valorada pelo juiz”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ LIMA, 2016, p. 578.

¹⁵⁸ MALATESTA, 2013, p. 138.

¹⁵⁹ GOMES FILHO, 2005, p. 306.

¹⁶⁰ TONINI, 2002. p. 52.

Feitoza conceitua como “todos os fatos ou circunstancias em que repousa a convicção da entidade decisora (juiz, tribunal etc)”¹⁶¹.

Em outras palavras, elementos de prova é tudo aquilo que pode ser levado ao processo, que possa servir de fundamento para o julgador. Como exemplo, tem-se a declaração de uma testemunha, o parecer de um perito e o conteúdo de uma certidão juntada ao processo.

Note-se que a previsão está no plural, visto que o convencimento judicial se baseia numa pluralidade de informações. É a partir da análise desse conjunto de elementos que o juízo forma a sua convicção.

A relevância dessa definição não se restringe apenas ao campo do debate acadêmico. Ela tem desdobramentos práticos. Conforme exposto anteriormente, por conta do uso indiferente da palavra ‘provas’ para designar diferentes acepções, em determinados momentos ela deve ser lida como elementos de prova. É o caso da CF, no art. 5, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; A importância prática, neste dispositivo, é entender que são inadmissíveis os elementos de prova nascidos com violação de direitos – o que define a maior amplitude da garantia constitucional.

Quanto ao objeto da prova, podemos defini-lo como os fatos que interessam para a resolução de uma controvérsia no âmbito judicial. É o fato que exige comprovação. Lima conceitua: “o objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo”¹⁶². Para Nucci, “são os fatos que as partes pretendem demonstrar”¹⁶³.

Avena define: “Por objeto da prova compreendem-se todos os fatos que, influenciando na apuração da existência ou inexistência da responsabilidade penal, são capazes de gerar dúvida no magistrado, exigindo, por isso mesmo, a devida comprovação”¹⁶⁴. Taruffo, sendo sucinto, define como “os fatos da causa”¹⁶⁵. Para

¹⁶¹ FEITOZA, 2008, p. 605.

¹⁶² LIMA, Renato Brasileiro. 2016, p. 584.

¹⁶³ NUCCI, 2006, p. 366.

¹⁶⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal para concursos públicos**. 4 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 146.

¹⁶⁵ TARUFFO, 2014, p. 273.

Mirabete, “é sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio processual”¹⁶⁶. Badaró esclarece:

O que se provam não são os fatos, mas sim as ‘alegações dos fatos’. Os fatos são acontecimentos históricos que existiram ou não existiram. Assim, os fatos ou existem ou são imaginários. O que pode ser verdadeiro ou falso e, portanto, passível de prova são as afirmações quanto a existência do fato¹⁶⁷.

Beltran, similarmente aos demais doutrinadores, prossegue:

Se o objeto da prova são os enunciados formulados pelas partes, parece claro que a convicção, a certeza ou qualquer atitude mental do juiz que se queira buscar como finalidade da prova deverá estar referida a esses enunciados¹⁶⁸.

Vale destacar a diferença entre objeto da prova e objeto *in concreto* da prova, prevista por Marques:

Objeto da prova é a coisa, acontecimento, ou circunstancia que deva ser demonstrado no processo. Já o objeto *in concreto* da prova corresponde aos fatos relevantes para a decisão do litígio¹⁶⁹.

Tornagui arremata: “uma coisa é saber qual o objeto da prova, em cada caso concreto. Outra, indagar que coisas são objeto da prova, abstratamente considerada”¹⁷⁰.

E o que deve ser provado? Lima responde:

A imputação constante da peça acusatória, sob pena de absolvição; os costumes; os regulamentos e portarias; o direito estrangeiro, estadual e municipal; e fatos não contestados ou incontroversos¹⁷¹.

Ressalta-se dois pontos objetos de prova: o direito e os fatos incontroversos.

Presume-se que o juiz conheça o direito estadual ou municipal, onde exerça a jurisdição, mas ele pode aplicar analogicamente o art. 376 do CPC e exigir sua demonstração. Ainda que se reconheça que em regra o direito penal é federal, pode haver alguma especificidade, por exemplo, em matéria tributária com fins penais. Ou, que alguma portaria defina o que é o objeto do crime, como a portaria nº 344, de 1998, da Anvisa, que versa sobre substâncias entorpecentes. Nestes casos, a parte

¹⁶⁶ MIRABETE, 2007, 453.

¹⁶⁷ BADARÓ, 2016, p. 399.

¹⁶⁸ BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdade em el derecho**. 2ed. Madri: Marcial Pons, 2005, p. 70-71.

¹⁶⁹ MARQUES, 1998, p. 254.

¹⁷⁰ TORNAGHI, 1980, p. 278.

¹⁷¹ LIMA, 2016, p. 584.

pode ter que fazer prova. Nunca sobre direito federal. Greco Filho reconhece: “o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se assim exigir o juiz, devem ser provados”¹⁷².

Sobre os fatos incontrovertidos, mister diferenciar o processo penal do processo civil. No CPC, art. 334, incisos II e III, há a previsão que não dependem de provas os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária ou aqueles admitidos, no processo, como incontrovertidos. Já no processo penal, ainda que houvesse uma confissão, não seria suficiente para justificar uma condenação, por conta da presunção de inocência. Logo, todos os fatos e circunstâncias devem ser provados.

Essa diferenciação tem implicações opostas na questão da revelia. Enquanto no processo civil, a partir da revelia tornam-se os fatos verdadeiros, no processo penal não podemos falar em confissão ficta ou presumida, apesar de revel. Ainda assim, os fatos necessitam ser provados.

E o que não precisa ser provado? Lima mais uma vez responde: “Os fatos notórios; fatos axiomáticos ou intuitivos; fatos inúteis ou irrelevantes e as presunções legais”¹⁷³. Badaró reforça:

Na sistemática do CPC, não são objetos de prova (art. 334) os fatos (rectius: as afirmações sobre os fatos) impertinentes (não dizem respeito ao fato principal objeto do processo), os irrelevantes (dizem respeito a fatos secundários, sem relação inferencial com o objeto do processo e, portanto, não influenciam na decisão da causa), sobre os quais haja presunção legal (dispensa a parte de tal prova, conferindo ônus a parte contrária), e os fatos notórios (que são de conhecimento geral, público)¹⁷⁴.

Vale mencionar a definição de fatos notórios de Aranha: “são as verdades sabidas, os fatos conhecidos de todos (...), cujo conhecimento faz parte da cultura normal e própria de determinada esfera social no tempo em que ocorrer a decisão”¹⁷⁵. Cita como exemplo que não se precisa provar que 7 de setembro é feriado nacional no Brasil.

Sobre as presunções legais, a doutrina distingue-as em duas: absolutas ou relativas. Quanto às primeiras, não se admite prova em contrário. É o que acontece,

¹⁷² VICENTE FILHO, Greco. **Manual de processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 176.

¹⁷³ LIMA, 2016, p. 585.

¹⁷⁴ BADARÓ, 2016, p. 399.

¹⁷⁵ ARANHA, 1994, p. 26-27.

por exemplo, com os menores de 18 anos, que, conforme a CF e o CP, têm sua imputabilidade presumida de maneira absoluta. Quanto a segunda, cabe prova, podendo citar como exemplo a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a presunção de violência nos crimes sexuais em relação ao menor de 14 anos (discussão superada com o advento da Lei 12.015, que alterou o tipo penal).

Cabe registrar ainda que os fatos objetos de prova não são abstratos em si, mas estão dentro de um jogo de disputa de narrativas em que impera o direito ao contraditório. É o que nos ensina Gomes Filho:

Daí não ser possível entender a pesquisa probatória como algo dissociado do contraditório processual, pois o seu objeto não são simples fatos externos – realidades independentes do sujeito – mas fatos interpretados, pois constituem resultado de uma subsunção em uma classe de fatos relevantes para o direito, segundo a perspectiva de quem os afirma no processo¹⁷⁶.

Feitoza assinala os requisitos para a coleta da prova:

Admissibilidade ou legalidade (a prova é prevista ou não-vedada por lei); adequação, idoneidade, pertinência ou aptidão (a prova contribui para a obtenção do fim da persecução criminal); necessidade (é a mais branda do leque disponível, respeitando direitos fundamentais); proporcionalidade em sentido estrito (a afetação negativa de direito fundamental deve ser justificável e superar a importância do direito fundamental afetado); e possibilidade (capaz de ser realizada segundo as leis naturais)¹⁷⁷.

Falando do objeto da prova, imprescindível distinguir da contraprova, que é a prova apresentada por uma das partes para refutar a alegação do adversário, de modo a influenciar o julgamento. Pode ser ilustrado na figura do assistente técnico. Gomes Filho assevera:

Este fenômeno não se liga a relação entre fato e prova, mas a própria natureza contraditória do processo, que exige o reconhecimento, dentre outros, de um direito à prova, que inclui, evidentemente, a prerrogativa de contrapor provas às apresentadas pela parte contrária, com o objetivo de influir no convencimento do juiz¹⁷⁸.

A finalidade da prova, para Lima, “é a formação da convicção do julgador”¹⁷⁹. Feitoza aponta que a finalidade é “o convencimento do juiz, ou, em termos mais genéricos, a formação da convicção da entidade decisória sobre a existência ou não

¹⁷⁶ GOMES FILHO, 2005, p. 317.

¹⁷⁷ FEITOZA, 2008, p. 632.

¹⁷⁸ GOMES FILHO, 2005, p. 314.

¹⁷⁹ LIMA, 2016, p. 578.

de um fato”¹⁸⁰. Nucci entende que “a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso”¹⁸¹.

A prova objetiva reconstruir os fatos investigados, numa tentativa de aproximação com a verdade, para fundamentar o julgamento. Dallagnol arremata: “o uso e a regulação da prova têm como pano de fundo o entendimento de que o alvo do processo judicial e da prova é a verdade”¹⁸².

Importa destacar que o destinatário final das provas, sob a ótica da sua finalidade, é o juiz, e não as partes. Avena observa:

não se destina, portanto, apenas às partes que a produziram ou requereram, mas sobretudo ao magistrado, possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal¹⁸³.

A doutrina dispõe de várias teorias sobre a finalidades das provas. Echandia reduz a três: “a que considera como fim da prova judicial estabelecer a verdade; a que busca através da prova estabelecer o convencimento do juiz; a que sustenta que o fim da prova é fixar os fatos do processo”¹⁸⁴. Didier segue no mesmo caminho:

Há basicamente três teorias que visam a explicar qual a finalidade da prova: a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que a sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão¹⁸⁵.

Óbvio que a teoria que considera prova apenas como um ato processual apresenta uma visão limitada deste direito, tendo valor num sistema de prova tarifada apenas. Resta, portanto, um caráter dúplice na prova: tanto estabelecer a verdade quanto produzir o convencimento no juiz.

Passa-se agora a diferenciação entre fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova. Para Lima, fonte de prova é

A expressão utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova (...), derivam do ato delituoso em si, independentemente da existência do processo, ou seja, são

¹⁸⁰ FEITOZA, 2008, p. 605.

¹⁸¹ NUCCI, 2006, p. 365.

¹⁸² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 34.

¹⁸³ AVENA, 2008, p. 146.

¹⁸⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de La Prueba Judicial**, Tomo I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 120.

¹⁸⁵ DIDIER, 2010, p. 74.

anteriores ao processo, sendo sua introdução se dá no processo através dos meios de prova¹⁸⁶.

Feitoza define como “às pessoas e coisas utilizadas como prova, consideradas como fontes dos estímulos sensoriais que chegam à percepção da entidade decisora (por exemplo, o juiz) sobre um fato”¹⁸⁷. Gomes Filho fala em “fonte de prova para designar as pessoas ou coisas das quais pode-se conseguir a prova (rectius, o elemento de prova), resultando disso a usual classificação em fontes pessoais (testemunhas, vítima, acusado, peritos) e fontes reais (documentos, em sentido amplo)”¹⁸⁸.

Malatesta destaca:

A presunção da veracidade humana, inspirando a fé na firmação de pessoa, faz com que seja procurada e aceita com prova pessoal, do mesmo modo que a presunção de veracidade das coisas, inspirando fé na afirmação de coisa, faz com que ela seja procurada e aceita como prova real¹⁸⁹.

Já os meios de prova são os instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Na lição de Olmedo, meio de prova “é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso”¹⁹⁰. Gomes Filho segue na mesma linha: “são os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo”¹⁹¹. Varela define “Os meios de prova são os elementos de que o julgador (...) se pode servir para formar a sua convicção acerca dum facto”¹⁹². Taruffo arremata:

Os meios de prova conectam-se aos fatos em litígio através de uma relação instrumental: meio de prova é qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos da causa (...). Nos sistemas processuais modernos não se espera encontrar a verdade adivinhando, lançando a sorte, interpretando folhas de chá, duelando judicialmente ou por qualquer outro meio irracional e incontrolável,

¹⁸⁶ LIMA, 2016, p. 578-579.

¹⁸⁷ FEITOZA, 2008, p. 604.

¹⁸⁸ GOMES FILHO, 2005, p. 308.

¹⁸⁹ MALATESTA, 2013. P. 327.

¹⁹⁰ OLMEDO, Jorge A. Clariá. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Ediar, 1960. V1, p. 448.

¹⁹¹ GOMES FILHO, 2005, p. 308.

¹⁹² VARELA; Antunes; BEZERRA, J, Miguel; NORA, Sampaio e – **Manual de Processo Civil**, 2ª edição. Coimbra Editora, 1985, p. 467.

mas com base nos meios de prova, que devem ser apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos¹⁹³.

O CPP disciplina os seguintes meios de prova: exame de corpo de delito e perícias em geral (arts.158 a 184), confissão (arts. 197 a 200), perguntas ao ofendido (art. 201), testemunhas (arts. 202 a 225), reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), acareação (arts. 229 e 230), documentos (arts. 231 a 238), indícios (art. 239), busca e apreensão (arts. 240 a 250).

Tal classificação, ainda que legal, recebe críticas. Por exemplo, há previsão do interrogatório, no título referente às provas, mas, em face da previsão constitucional do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), constitui, na verdade, meio de defesa. Grinover ensina sobre a distinção:

A distinção entre fonte e meio de prova é relevante: o acusado será, eventualmente, fonte de prova, na medida em que trazer voluntariamente elementos probatórios uteis a decisão; mas o seu interrogatório não poderá ser considerado meio de prova porque não constitui atividade destinada a tal finalidade, mas antes instrumento de defesa¹⁹⁴.

A crítica é pertinente também quanto a inclusão do indício como meio de prova.

Em regra, não há limitação quanto aos meios de prova. Ressalva existe no art. 155, parágrafo único: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Nucci ressalta: “todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico podem ser produzidas no processo penal, salvo as que dizem respeito, por expressa vedação legal, ao estado das pessoas”¹⁹⁵. O CPP em vigor apenas exemplifica os meios de prova.

Tal princípio da liberdade probatória não é expresso no CPP, mas aplicam-se, por analogia, o artigo 369 do CPC e o artigo 295 do Código de Processo Penal militar. O CPC prevê no art. 369: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código”.

¹⁹³ TARUFFO, 2014, p. 15.

¹⁹⁴ GRINOVER, 2009, p. 81.

¹⁹⁵ NUCCI, 2006, p. 365.

Entretanto, Mendes diverge, alegando não ser possível a utilização de meios de provas não previstos expressamente, mas apenas a escolha dentre aqueles tipificados:

A liberdade de escolha dos meios de prova é ilusória, porquanto o legislador forneceu um catálogo de meios de prova típicos e estatuiu os respectivos regimes, mas o art. 125º do CPP apenas dá liberdade de escolha, não permitindo que se alterem as regras previstas para os meios de prova já tipificados para criar novos meios de prova (...). A única liberdade é a de escolher, dentro do catálogo, os meios de prova típicos adequados à finalidade pretendida¹⁹⁶.

Badaró diferencia fonte de meio de prova: “a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova”¹⁹⁷. A fonte de prova é anterior ao processo, enquanto que o meio de prova é endoprocessual, perante o juiz.

Quanto aos meios de obtenção de prova (meios de investigação da prova), Lima conceitua como “certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizadas por outros funcionários que não o juiz (v. g., policiais)”¹⁹⁸. Silva define que “são ferramentas de que as autoridades judiciárias dispõem para investigar e recolher prova para o processo”¹⁹⁹. Para Gomes Filho,

Os meios de investigação não são, por si, fonte de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária ou o Ministério Público²⁰⁰.

Badaró, mais uma vez, adverte: “em regra, os meios de obtenção de prova implicam restrição a direitos fundamentais do investigado, em geral liberdade públicas ligadas à sua privacidade ou intimidade ou à liberdade de manifestação do pensamento”²⁰¹. Considerando que são invasivos à direitos fundamentais, carecem de maior regulamentação. Isto é verificado nos casos da interceptação telefônica (artigo 1º, Lei 9.296/1996); nas “quebras” de sigilo financeiro (artigo 1º, §4º, LC

¹⁹⁶ MENDES, Paulo de Sousa. **As Proibições de Prova no Processo Penal**. Separata de Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coimbra, Almedina, 2004, p. 135-136.

¹⁹⁷ BADARÓ, 2013, p. 166.

¹⁹⁸ LIMA, 2016, p. 579.

¹⁹⁹ SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**, vol. II, 3ª edição. Verbo, 2002, p. 209.

²⁰⁰ GOMES FILHO, 2005, p. 309.

²⁰¹ BADARÓ, 2016, p. 387.

105/2001), de sigilo fiscal (artigo 198, do CTN); a infiltração, por policiais, em atividade de investigação ou a ação controlada (artigo 3º da Lei 12.850/13); dentre outros.

O único meio de obtenção de prova previsto no CPP, ainda que erradamente elencado como meio de prova, é a busca e apreensão.

Fernandes classifica os meios de obtenção de prova em quatro categorias:

a) os exames, as vistorias, as revistas; b) as buscas, as apreensões, os sequestros; c) as interceptações, as escutas, as quebras de sigilo; c) as ações especiais para investigação de criminalidade organizada, como as ações encobertas, a infiltração policial, as atividades de vigilância²⁰².

Vale destacar que, em regra, os meios de obtenção de prova devem ser produzidos sem prévia comunicação ao investigado, sendo a surpresa um componente preponderante para o êxito. Obviamente, o resultado de tal operação deve, obrigatoriamente, ser submetido ao contraditório diferido. Tonini arrazoa sobre a importância da surpresa e a necessidade do contraditório:

A surpresa quase sempre acompanha a realização dos procedimentos de investigação, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova, ao passo que nos meios de prova é rigorosa a obediência ao contraditório, o que supõe tanto o conhecimento como a efetiva participação das partes na sua realização²⁰³.

Mas Aras adverte sobre os cuidados necessários para a utilização de determinados meios de obtenção de prova justamente por seu caráter invasivo:

Como algumas técnicas especiais de investigação são intrusivas, no sentido de que extrapolam as esferas da intimidade e da vida privada, sua utilização somente pode ocorrer se a medida investigativa for legal – algumas dependem, inclusive, de prévia autorização judicial-, se o seu emprego se prestar a um fim legítimo e se a técnica for necessária para alcançar a prova a que se destina²⁰⁴.

Enquanto os meios de prova servem diretamente para o convencimento do juiz sobre dado fato, os meios de obtenção servem indiretamente, dependendo do resultado de sua realização, contribuindo, de toda forma, para a reconstrução dos fatos. Badaró destaca que “tal dicotomia foi acolhida legislativa no CPP português de

²⁰² FERNANDES, Antonio Scarance e outros. **Provas no processo penal – estudo comparado**. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 19.

²⁰³ TONINI, Paolo. 2002. P. 242-243.

²⁰⁴ ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 411.

1987 e no CPP italiano de 1988”²⁰⁵. E Feitoza discorre sobre essa realidade no sistema português:

O CPP português distingue expressamente entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova. Assim, para o CPP português, são meios de prova: prova testemunhal; declarações do arguido, do assistente e das partes civis; prova por acareação; prova por reconhecimento; reconstituição do fato; prova pericial; prova documental. São meios de obtenção de prova: exames (das pessoas, dos lugares e das coisas); revistas e buscas; apreensões; escutas telefônicas²⁰⁶.

Lima distingue meios de prova e meios de obtenção de prova sob a ótica das consequências de nulidade ou inadmissibilidade em face de eventuais irregularidades no momento da sua produção:

Eventuais vícios quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art 5º, LVI), com o desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157)²⁰⁷.

Apresentadas as provas, as partes têm o direito à admissão, isto é, direito a que sejam apreciadas pelo julgador. Tal deferimento se dá por decisão judicial. No outro extremo, a inadmissibilidade é uma sanção processual para evitar que provas contaminadas ingressem no processo. Badaró distingue: “diferentemente da nulidade, que opera ex post factum, a inadmissibilidade é uma sanção que se aplica ex ante, nos casos em que a lei expressa e previamente veda determinada prova”²⁰⁸.

Por óbvio, além de ver a prova admitida, as partes têm o direito que elas sejam apreciadas. Não há obrigatoriedade quanto a aprovação, mas sim da apreciação. E tal análise deve ser sob a ótica da parte, não do magistrado. Greco assinala: “é necessário que a admissibilidade das provas seja apreciada pelo juiz não da sua própria perspectiva, mas da utilidade ou relevância da prova, analisada à

²⁰⁵ BADARÓ, 2016, p. 387.

²⁰⁶ FEITOZA, 2008, p. 634.

²⁰⁷ LIMA, 2016, p. 580.

²⁰⁸ BADARÓ, 2016, p. 401.

luz da perspectiva probatória ou da linha de argumentação da parte que a propôs²⁰⁹.

A abrangência das provas é definida no CPP, art. 400, §1º: “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”. Nessa perspectiva, Taruffo conceitua relevância como conexão entre a prova e os fatos em litígio:

É um critério lógico segundo o qual os únicos elementos de prova que devem ser admitidos e tomados em consideração pelo julgador são aqueles que possuem uma conexão lógica com os fatos em litígio, de modo que a conclusão acerca da verdade de tais fatos possa ser por esses elementos sustentada (...). Há, portanto, uma espécie de princípio geral de relevância em todos os sistemas probatórios²¹⁰.

E para serem admitidos, os meios de prova relevantes devem ser também juridicamente admissíveis, sob a prisma jurídica.

Sobre irrelevância e impertinência dos objetos de prova, Marques leciona:

Objeto da prova in concreto são os fatos relevantes para a decisão do litígio. Donde excluir-se, no procedimento instrutório, toda prova impertinente ou irrelevante. Fatos que não pertençam ao litígio e que relação alguma apresentem com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência, e que, portanto, devem ser excluídos do âmbito da prova in concreto. Inadmissíveis também são, como objeto de prova, os fatos que não influírem sobre a decisão da causa, embora a elas se refiram²¹¹.

Damaska diferencia os conceitos de relevância da prova e o seu valor:

são duas noções distintas, ainda que interligadas: o primeiro depende unicamente do potencial cognoscitivo que a informação poderá trazer e o segundo depende da credibilidade que o meio de prova, seja ele oral ou real²¹².

Gomes Filho ensina sobre a avaliação jurídica e lógica das provas, desempenhada pelo juiz no momento de sua produção ou valoração:

A tarefa da seleção das provas obedece a critérios jurídicos (admissibilidade) ou lógicos (pertinência e relevância), cabendo ao juiz decidir a esse respeito tanto no curso do procedimento quanto no momento da valoração, uma vez que os atos de aquisição probatória

²⁰⁹ GRECO, Leonardo. **A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil**. In: Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 364.

²¹⁰ TARUFFO, 2014, p. 36-38.

²¹¹ MARQUES, 1998, p. 274.

²¹² DAMASKA, Mirjan. **Il diritto delle prove ala deriva**. Bologna: Il Mulino, 2003, p. 83.

não produzem efeitos imediatos, mas têm a sua eficácia diferida para a fase final, em que existe um vínculo entre o juiz à valoração só das provas regularmente adquiridas²¹³.

Na apreciação da admissibilidade, deve-se instituir um regime de inclusão. As provas somente deverão ser excluídas nos casos de manifesta irrelevância ou impertinência. Sentis Melendo destaca: “os códigos partem do pressuposto que, na dúvida, a prova deve ser admitida”²¹⁴. Assim, não é dever da parte demonstrar a pertinência da prova. Afinal, a regra é a admissão. Cabe ao juiz, quando manifesta irrelevância da prova, indeferi-la. Santos reafirma: “somente na hipótese em que o juiz estiver convicto da irrelevância do fato, ou de que a prova proposta é impertinente, deverá indeferir a diligencia requerida pela parte”²¹⁵.

Na dúvida, a prova deve ser admitida. Nesse sentido, Echandia arremata: “no caso de dúvida, a prova deve ser aceita, qualificando sua atentabilidade ou não no momento da sentença”²¹⁶. Aroca afirma: “é preferível, portanto, um excesso na admissão da prova, ao invés de na sua inadmissão: *in dubio pro probatione*”²¹⁷.

Quanto ao momento probatório, Badaró relaciona cinco etapas: “investigação, propositura, admissão, produção e valoração”²¹⁸. Já Feitoza delimita em apenas três: “momento do requerimento ou propositura, momento do deferimento e momento da produção”²¹⁹. Cabe ressaltar que no modelo vigente o juiz ainda pode determinar a produção de prova de ofício, o que suprimiria algumas fases.

O resultado da prova é a conclusão da análise, pelo julgador, daquilo que consta nos autos, alcançando-se esclarecimento acerca dos fatos e narrativas. Gomes Filho define:

é o resultado da prova (proof, em inglês), obtido não apenas pelo somatório dos elementos de prova, como também por meio de uma atividade intelectual do magistrado, que permite esclarecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira, ou não²²⁰.

²¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 150.

²¹⁴ SENTIS MELENDO, Santiago. **In dubio pro reo**. Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 283.

²¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1966. V. 1, p. 227.

²¹⁶ ECHANDIA, 2007, p. 206.

²¹⁷ AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 6 ed. Madrid: Thompson Reuters, 2011, 160.

²¹⁸ BADARÓ, 2016, p. 400.

²¹⁹ FEITOZA, 2008, p. 636.

²²⁰ GOMES FILHO, 2005, p. 308.

O professor Gomes Filho cita duas previsões legais nas quais a expressão “prova” deve ser lida como “resultado da prova”: no art. 593, III, d (apelação contra decisões do júri quando “for a decisão dos jurados manifestadamente contrária à prova dos autos”), ou quando autoriza a revisão criminal diante da contrariedade “à evidência dos autos”.

Na lição de Aranha, podemos ter como resultado da avaliação das provas:

a) estado de certeza, podendo acarretar: a.1) sentença condenatória (certeza da existência da infração penal e da autoria. a.2) sentença absolutória (certeza da inocência). b) estado de dúvida. Acarreta a sentença absolutória e divide-se em: b.1) credibilidade (certamente é culpado, mas ainda resta uma dúvida crucial. As provas são mais desfavoráveis ao réu do que a favor. b.2) probabilidade (tanto pode ser culpado como não). As provas pesam para os dois lados. b.3) improbabilidade (quase tudo indica que não foi ele, mas resta uma pequena dúvida de que foi). c) estado de ignorância. Acarreta a sentença absolutória²²¹.

Finalizado esse ponto, cabe o estudo da classificação das provas.

3.5 Classificação das provas

Dado o já demonstrado caráter polissêmico do termo provas e a variação de conceitos conforme a evolução histórica de dada sociedade, há dificuldade em realizar uma devida classificação plena das provas e seus tipos.

Para o escopo deste trabalho, classificaremos as provas em direta e indireta; positiva e negativa; nominada e inominada; típica e atípica; anômala e irritual; direta e contrária; cautelar, não repetível e antecipada; pré-constituída e constituenda; prova emprestada; e quanto a sua finalidade.

Para Bentham, “a distinção entre prova direta e indireta era a única significativa”²²². E Taruffo afirma que tal distinção está presente em todos os sistemas probatórios:

No *common law* fala-se em *direct* e *circumstantial evidence*; na Austria e na Alemanha, de *mittelbarer* e *unmittelbarer Beweis*; na

²²¹ ARANHA, 1994, p. 26-27.

²²² BENTHAM, 1971, 24.

França, em *preuve directe e indirecte*; na Itália, em *prova diretta e indiretta*; na Espanha, em *prueba directa e indirecta*²²³.

A diferença entre direta e indireta, para Lima, é que “a direta é aquela que permite conhecer o fato por meio de uma única operação inferencial (...). A indireta é quando o juiz se vê obrigado a realizar pelo menos duas operações inferenciais”²²⁴.

Mendes define a prova direta: “Em outros termos, a própria prova consegue demonstrar o fato a ser provado, como por exemplo, a testemunha presencial, o exame de corpo de delito, etc”²²⁵. A prova versa diretamente sobre o fato a provar. Por isso, também é chamada de histórica ou representativa.

A prova indireta é aquela a partir da qual se chega a conclusão da ocorrência de um determinado fato, ainda que não seja o fato principal a ser provado. O fato é demonstrado por meio de raciocínio lógico-dedutivo. A prova indireta é também chamada de circunstancial.

Por exemplo, na direta, a testemunha afirma que viu o ato do crime, enquanto na indireta, ela apenas viu o investigado deixando o local do crime com a arma utilizada. Outro exemplo de prova indireta diz respeito ao álibi. No dicionário, a definição é: “a defesa que o réu apresenta quando pretende provar que não poderia ter cometido o crime por, p. ex., encontrar-se em local diverso daquele em que o crime de que o acusam foi praticado”²²⁶.

Gomes Filho conclui: “a distinção entre prova direta e indireta não é, portanto, ontológica, mas apenas resulta da complexidade do raciocínio que deve ser feito para chegar-se a uma conclusão sobre um fato a ser provado”²²⁷.

Malatesta, entretanto, considera toda prova direta, em verdade, como indireta: “a testemunha não apresenta senão a prova direta de uma fração daquele elemento criminoso que consiste na ação”²²⁸. Por isso Dallagnol pondera: “toda prova direta é também uma prova indireta (...). Deve-se sempre ter por referencial não apenas o

²²³ TARUFFO, 2014, p. 58.

²²⁴ LIMA, 2016, p. 581.

²²⁵ MENDES. João de Castro. **Do Conceito de Prova**. Lisboa: Ática, 1961, p. 176

²²⁶ **Dicionário Housaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: editora objetiva, 2009, p. 95.

²²⁷ GOMES FILHO, 2005, p. 310.

²²⁸ MALATESTA, 2013, p. 183.

delito, mas a parte específica do delito que se quer demonstrar com dada prova”²²⁹.
E o autor ainda destaca:

A prova do dolo é sempre indireta. No exemplo que alguém mata outrem com trinta facadas no peito, pode-se afirmar que o ânimo interno (jamais demonstrável diretamente por ser invisível) é inferido da realização externa dos atos concatenados com um objetivo. Portanto, o que prova o dolo é a mesma prova que demonstra a ocorrência das trintas facadas no peito da vítima²³⁰.

Vale mencionar a diferença entre prova positiva e negativa ou direta e contrária. A primeira tem por objetivo demonstrar a verdade de um enunciado fático, enquanto que a segunda, tende a evidenciar a falsidade de outro enunciado. Gomes Filho:

Diz-se positiva a prova que objetiva demonstrar a existência de um fato, ou, mais corretamente, confirmar a asserção sobre o fato principal; negativa será a prova que se destina a negar tal asserção, demonstrando que o fato não ocorreu²³¹.

A doutrina distingue prova nominada, com expressa previsão legal, da inominada. Lima acentua: “tem-se como prova nominada aquela que se encontra prevista em lei, com ou sem procedimento probatório previsto, ou seja, existe a previsão do *nomem juris* desse meio de prova”²³². Cita-se como exemplo a reconstrução de fato delituoso, prevista expressamente no CPP, art. 7°.

Por conta do princípio da busca da verdade real, além de reconhecer que o rol de obtenção de provas não é taxativo, também se admitem provas não previstas no ordenamento pátrio, inominadas, desde que sejam lícitas e moralmente aceitas.

As provas ainda podem ser classificadas em típicas e atípicas. Laronga conceitua: “a prova típica é aquela prevista e dotada de procedimento próprio para a sua efetivação; a prova atípica, por conseguinte, é aquela que, prevista ou não, é destituída de procedimento para a sua produção”²³³. Dezem define:

Há duas posições acerca do conceito de provas atípicas: a) posição restritiva: a atipicidade é ligada a ausência de previsão legal da fonte de prova que se quer utilizada no processo, confundindo-se com a prova inominada; b) posição ampliativa: uma prova é atípica em duas situações: b.1) quando ela estiver prevista no ordenamento, mas não

²²⁹ DALLAGNOL, 2015, p. 174.

²³⁰ DALLAGNOL, op. Cit, p. 174.

²³¹ GOMES FILHO, 2009, p. 117.

²³² LIMA, 2016, p. 591.

²³³ LARONGA, Antônio. **Le prove atipiche nel processo penale**. Padova: Cedam, 2002, p. 6-7.

haja procedimento probatório; b.2) quando nem ela nem seu procedimento probatório estiverem previstos em lei²³⁴.

A tipicidade da prova era, há pouco tempo, pouca estudada no processo penal brasileiro. Para comparar, o CPP italiano (art. 189) admitiu expressamente a possibilidade de produção de provas não disciplinadas legalmente, desde que sejam idôneas para assegurar a apuração dos fatos e não prejudiquem a liberdade moral de qualquer pessoa, devendo o juiz ouvir as partes sobre a forma de produção de prova.

É possível citar como exemplo de prova atípica a acareação e a reconstituição do crime, que, ainda que previstas, não têm regulamentados os seus procedimentos.

Vale registrar que a produção da prova atípica deve se dar de maneira subsidiária, apenas quando não houver outra forma típica capaz de atingir o resultado pretendido.

A prova atípica não se confunde com a anômala. Esta é a prova utilizada para fins diversos daqueles que lhes são próprios, ainda que expressamente ela esteja prevista. Exemplifico com a substituição da oitiva de testemunha por uma declaração assinada por ela. Gomes Filho e Badaró questionam: “tal forma de agir viola a própria natureza da prova testemunhal, que é uma prova oral e contraditória por excelência”²³⁵.

Badaró questiona esse tipo de prova à luz do procedimento probatório previsto:

Nos casos em que a lei estabelece um determinado procedimento para a produção de uma prova, o respeito dessa disciplina legal assegura a genuidade e a capacidade demonstrativa de tal meio de prova. Toda vez que tal procedimento probatório não é seguido, o problema que se coloca não é saber se tal meio é típico ou atípico, mas sim se o requisitos e condições previstos em lei, mas que não foram observados na admissão e produção da prova, eram ou não essenciais para tal meio de probatório²³⁶.

²³⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Millenium Editora, 2008, p. 143-151.

²³⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro**, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 65, 2007.

²³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Provas atípicas e anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser**

Já a prova irritual, para Lima, “é a prova típica colhida sem observância do modelo previsto em lei, tratando-se de prova ilegítima, passível de nulidade”²³⁷. As duas não se confundem. Dezem distingui-las da seguinte maneira: “a prova anômala é produzida segundo o modelo legal, mas seu problema consiste em que o modelo legal utilizado não é o adequado para o caso, não é o que o caso requer. Já a prova irritual não é produzida segundo a lei”²³⁸.

O art. 155 do CPP faz menção as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. As provas cautelares e antecipadas se assemelham. São medidas excepcionais, nas quais há um risco de desaparecimento ou de comprometimento da fonte da prova pelo passar do tempo, o que justifica uma antecipação da produção da prova. Por óbvio, mais do que nunca, ela tem que ser submetida, a posteriori, ao crivo do contraditório.

Os requisitos para tal concessão de tais provas são os típicos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Temos exemplos de provas cautelares produzidas em sede de busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica ou em exame de corpo de delito.

A prova não repetível é aquela que deve ser produzida logo, por não ser possível fazê-lo em momento posterior. Há o desaparecimento da fonte probatória. Lopes Junior pondera que, a rigor, a prova nunca poderia ser repetida:

A prova criminal nunca poderia ser genuinamente repetida, isto é, reproduzida com fidelidade, pois isso pressuporia a existência da mesma conjuntura que permeou a colheita original da prova, a imutabilidade da fonte da qual emana a prova e a garantia do mesmo resultado²³⁹.

Badaró diferencia prova pré-constituída de prova constituenda: “a primeira diz respeito a fontes de conhecimento pré-existentes ao processo, enquanto que as constituenda são constituídas e produzidas com atos do processo”²⁴⁰. Enquanto a segunda é decorrente, por exemplo, de fontes de provas pessoais (vítimas e testemunhas), a outra é simplesmente juntada ao processo (documentos).

testemunha. In YARSHELL, flavio Luis (org.) estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 344.

²³⁷ LIMA, 2016, p. 593.

²³⁸ DEZEN, 2008, p. 155.

²³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. 2008, p. 302.

²⁴⁰ BADARÓ, 2016, p. 392.

Uberti pondera a relevância dessa classificação:

A distinção entre provas produzidas em contraditório e provas submetidas ao contraditório equivale as expressões contraditório 'sobre a prova' e 'para a prova', que implicam, respectivamente, um contraditório fraco e um forte²⁴¹.

Necessário, ainda, definir prova emprestada. Para Grinover, “entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto”²⁴². Didier Jr define: “Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo sob a forma documental”²⁴³. E Neves bem justifica tal instituto:

A utilização de prova já produzida em outro processo responde aos anseios de economia processual, dispensando a produção de prova já existente, e também da busca da verdade possível, em especial quando é impossível produzir novamente a prova²⁴⁴.

3.6 Ônus da prova

O termo ônus vem do latim – *onus* – e significa carga, fardo, peso, imposição etc. Destarte, o ônus da prova significa o encargo de provar. É uma faculdade cujo exercício facilita o alcance de dado interesse.

Para Lima, “os ônus da prova representam um imperativo do próprio interesse, estando situados no campo da liberdade. Ainda que haja seu descumprimento, não haverá qualquer ilicitude, pois, o cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado”²⁴⁵. Na lição de Capez “ônus da prova é, pois, o encargo que tem os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos”²⁴⁶.

²⁴¹ UBERTIS, Giulio. **Giusto processo e contraddittorio in ambito penale**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 17-18.

²⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Prova emprestada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 4, out. 1993, p. 60.

²⁴³ DIDIER JR, 2010, p. 52.

²⁴⁴ NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2013, p. 430

²⁴⁵ LIMA, 2016, p. 594.

²⁴⁶ CAPEZ, 2007, p. 268.

“É o encargo que tem a parte de provar a verdade do fato alegado”²⁴⁷. Goldschmidt lembra que “os ônus são um imperativo do próprio interesse, que se manifestam sob a ameaça de um prejuízo”²⁴⁸. Para Badaró,

É uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito²⁴⁹.

Avena destaca que o descumprimento do ônus da prova, acarreta uma “possibilidade maior de condenação, embora esta não seja uma consequência certa ou provável”²⁵⁰. Taruffo bem adverte:

Essas regras são estabelecidas como critérios acerca do risco de não persuasão, uma vez que preveem as consequências do não convencimento do tribunal acerca da ocorrência de um fato principal (...), essas regras são uma ponte entre a situação de ausência de provas e a aplicação da norma substantiva que rege o caso, porque evitam que o tribunal decida indevidamente aplicando-a em uma situação na qual não poderia. É também um recurso para se resolver a incerteza acerca da prova dos fatos principais: ante a incerteza, os fatos são considerados inexistentes²⁵¹.

Jardim discorre: “É a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal”²⁵².

Como se percebe, os ônus diferem dos deveres e das obrigações. Aranha distingue-os pela ilicitude ou licitude de seu inadimplemento:

A diferença entre ônus e obrigação está, pois, no meu entender, na circunstância de que o adimplemento do ônus é deixado livremente à vontade da parte onerada ao contrário do que ocorre com a obrigação, qualquer que seja a reação provocada pelo seu inadimplemento. Pertence, pois, à essência da obrigação a necessidade de ser cumprida. Uma obrigação cujo adimplemento fique ao arbítrio do acusado, constitui uma contradição *in se ipsa*. Disto resulta que, enquanto o não-cumprimento do ônus não se apresenta como ato contra o direito, visto que o comportamento da parte à sua escolha, o inadimplemento de uma obrigação é fato em

²⁴⁷ FEITOZA, 2008, p. 634.

²⁴⁸ GOLDSCHIMDT, James. **Teoría general del proceso**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 82-83.

²⁴⁹ BADARÓ, 2003, p. 173.

²⁵⁰ AVENA, 2008, p. 155.

²⁵¹ TARUFFO, 2014, p. 143.

²⁵² JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**: revista e atualizada. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 199-200

contradição com a ordem jurídica e importa em consequências adequadas²⁵³.

Goldschmidt também apresenta elementos diferenciadores tais como o interesse envolvido e a posição jurídica:

Os deveres são imperativos impostos pelo interesse de um terceiro ou da comunidade, enquanto o ônus são um imperativo do próprio interesse. As obrigações geram uma posição jurídica negativa para o devedor, em decorrência da qual o credor, titular do direito subjetivo correspondente, pode exigir-lhe o cumprimento da obrigação. Aquele que descumpre uma obrigação comete um ato ilícito, em decorrência do qual lhe pode ser imposta uma sanção (...). Os deveres são um imperativo perante uma coletividade ou perante toda a sociedade. Trata-se, também, de uma posição jurídica passiva, que acarreta uma desvantagem para aquele em relação a quem foi instituído o dever (...). Os ônus estão situados no campo da liberdade, pelo que representam posições jurídicas lícitas, mesmo quando há o seu descumprimento, não há qualquer posição contraposta, não há outro sujeito onerado²⁵⁴.

Morais e Lopes resumem: “o ônus é a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, enquanto a obrigação significa a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio”²⁵⁵.

Há quem classifique os ônus em perfeito e menos perfeito; absoluto e relativo; simples e alternativo; e positivo e negativo. Goldschmidt define a primeira classificação a partir da inevitabilidade ou não do prejuízo por seu descumprimento:

Há ônus perfeito quando o prejuízo, que é consequência do seu descumprimento, ocorre necessária e inevitavelmente. Um ônus é menos perfeito quando que são a consequência do seu descumprimento se produzem somente *arbitrio iudicis*. Por fim, não há ônus “completamente imperfeitos”, posto que, quando uma omissão não pode acarretar prejuízos para o omitente, não há ônus nenhum²⁵⁶.

Semelhantemente, Dinamarco diferencia o ônus absoluto do relativo:

Absolutos são aqueles cujo descumprimento conduz fatal e invariavelmente à consequência desfavorável, ou priva inexoravelmente o sujeito de uma situação de vantagem. São relativos aqueles que somente tornam improvável a vantagem ou provável prejuízo. O descumprimento de um ônus relativo fará com que o seu titular corra o risco de ser prejudicado, mas é possível que

²⁵³ ARANHA, 1994, p. 07.

²⁵⁴ GOLDSCHIMDT, 1936, p. 82,

²⁵⁵ MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, Joao Batista. **Da prova penal**. 2 ed. São Paulo: Copola, 1994, p. 33.

²⁵⁶ GOLDSCHIMDT, op. Cit. P. 99-100.

o risco não se consume, caso a conduta seja praticada por outra pessoa²⁵⁷.

Quantos à distinção entre simples e alternativo, Saraceno aponta como elemento relevante o sacrifício de interesse da outra parte, “um ônus é alternativo quando a realização do interesse perseguido pelo onerado implica no sacrifício de um interesse do adversário. No simples, se exaure na esfera jurídica reservada ao titular”²⁵⁸.

Por fim, Ascensão distingue os positivos dos negativos a partir da ação e omissão, respectivamente: “ônus positivo é aquele que consiste em uma ação como forma de evitar um prejuízo ou obter uma vantagem. O negativo é aquele em que, para satisfação do interesse, o onerado deverá abster-se de qualquer ato”²⁵⁹. O ônus em matéria probatória será sempre positivo.

Greco Filho defende que o fundamento do ônus da prova decorre de três princípios:

a) princípio da indeclinabilidade da jurisdição: o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra, por ser a matéria muito complexa; b) princípio dispositivo: às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando ao juiz apenas a atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz; c) princípio da persuasão racional da apreciação da prova: o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos, e não segundo sua convicção íntima²⁶⁰.

Por muito tempo a doutrina considerou o ônus da prova apenas no seu aspecto subjetivo, ou seja, a parte deve provar para vencer ou suportar as consequências se não o fez. A discussão recaía apenas em quem devia provar o quê e, em regra, na fase instrutória.

²⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 202

²⁵⁸ SARACENO, Pasquale. **La decisione sul fatto incerto nel processo penale**. Milao: CEDAM, 1940, p. 51-52.

²⁵⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Enciclopedia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 73.

²⁶⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Provas ilícitas, ônus da prova e constituição**. In *Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo à luz da Constituição Federal*. Salvador: Edições Podium, 2007, p. 115.

Lima conceitua ônus subjetivo como “o encargo que recai sobre as partes de buscar as fontes de prova capazes de comprovar as afirmações por elas feitas ao longo do processo”²⁶¹. Badaró sublinhava:

O ônus funciona como um estímulo às partes, visando a produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos (...) funcionando como uma pressão psicológica (...), as partes são estimuladas a provar suas alegações, ante o risco da prova frustrada²⁶².

A doutrina processual austríaca viu outro aspecto, o objetivo, voltado ao juiz, o qual “deve levar em consideração toda prova constante dos autos independentemente de quem a tenha produzido”²⁶³. Badaró destaca que o ônus objetivo “disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante”²⁶⁴.

Greco Filho atesta a impropriedade da expressão ônus objetivo, “porque o juiz não tem ônus, mas o dever funcional de decidir, ainda que a prova seja complexa ou os fatos sejam incertos”²⁶⁵.

No âmbito do processo penal, entretanto, há uma mitigação do ônus da prova subjetivo. Dois fatores, em especial, contribuem para isso. Primeiro, por força da regra de comunhão da prova, afinal, depois de produzida, a prova não pertence a quem a introduziu no processo, devendo o juiz valorar todo o conjunto probatório.

O segundo fator que atenua o ônus da prova é o poder instrutório do juiz, na legislação vigente. Ainda que uma parte deixe de produzir dada prova, o juiz pode fazê-lo de ofício. Não pensemos que isso substitui o ônus da prova das partes, visto que segue tendo um caráter supletivo, apenas. Mendonça destaca: “a produção probatória por parte do magistrado é supletiva, devendo ser comedida a sua intervenção. Devendo apenas, intervir em casos sui generis, em casos considerados urgentes e relevantes, requerendo diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”²⁶⁶.

²⁶¹ LIMA, 2016, p. 595.

²⁶² BADARÓ, 2003, p. 182.

²⁶³ GRECO FILHO, 2007, p. 117.

²⁶⁴ BADARÓ, 2016, p. 429.

²⁶⁵ GRECO FILHO, 2007, p. 117.

²⁶⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008, p. 161.

Taruffo expressa a necessidade de um critério para determinar quem deve provar o quê. Aranha distribui da seguinte forma:

a) acusação: a.1) existência de fato penalmente ilícito; a.2) autoria; a.3) relação de causalidade; a.4) culpa: *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia), mas o dolo é presumido. b) defesa: b.1) fatos extintivos: prescrição, decadência, pagamento posterior, casamento da ofendida etc. b.2) fatos impeditivos: exclusão da vontade e exclusão da culpa; b.3) fatos modificativos: exclusão da antijuridicidade, causas supraleais etc²⁶⁷.

De um modo geral, ao acusador cabe provar sobre o fato constitutivo do direito estatal de punir e à defesa provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito de punir.

Importante diferenciarmos a exigência de grau de certeza de cada um.

Do lado da acusação, deve haver um juízo de certeza por parte do magistrado, por conta da presunção da inocência.

Para a defesa, o art. 386, VI, do atual CPP, prevê para uma sentença absolutória, a hipótese em que “se houver fundada dúvida sobre sua existência”. Assim, para que o acusado seja absolvido basta que haja um estado de dúvida. E assim vem decidindo o STF, há tempos: “nenhuma acusação penal se resume provada. Não compete ao réu provar sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado”²⁶⁸.

Registre-se, no processo penal não se deve falar em inversão do ônus da prova, por conta justamente do princípio constitucional da presunção da inocência.

Mas vale apontar: em relação a direito local, quem deve comprovar é quem alega, aplicando analogicamente o CPC.

3.7 Iniciativa probatória do juiz

O CPP dispõe sobre os poderes instrutórios do juiz:

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

²⁶⁷ ARANHA, 1994, p. 14.

²⁶⁸ STF, 1ª Turma, HC 73.338/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 19/12/1996.

iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Nova redação pela lei n. 11.690/2008.

Em regra, tais poderes instrutórios do juiz têm origem no sistema inquisitório. Malan é taxativo: “a previsão, portanto, de poderes instrutórios do juiz, seja na fase policial, seja no momento judicial, é igualmente característica do modelo inquisitório”²⁶⁹.

Lopes Jr critica: “Atribuir poderes instrutórios a um juiz, em qualquer fase, é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático”²⁷⁰. Ensina Cordeiro:

Tal atribuição conduz ao *primato dell'ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoide*. Isso significa que opera-se um primado (prevalência) das hipóteses sobre o fato, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz neste caso passa a fazer quadros mentais paranoicos²⁷¹.

Coutinho corrobora: “Abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”²⁷². Prado acompanha:

A ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos do citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar (...). Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora²⁷³.

Mariconde, citado por Tourinho Filho afirma que

O juiz aparece como titular de um poder autônomo de investigação, isto é, tem o poder de investigar de ofício a verdade dos fatos, apesar da inatividade do Promotor de Justiça e da parte contrária,

²⁶⁹ MALAN, 2003, p. 65.

²⁷⁰ LOPES JR, 2004, p. 177.

²⁷¹ CORDEIRO, Franco. **Guida alla Procedura Penal**. Torino, Utet, 1986, p. 51.

²⁷² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In **Revista de estudos criminais**, Porto alegre, Nota Dez editora, n.º 01, 2001, p. 37.

²⁷³ PRADO, Geraldo, 2005, p. 158.

não só durante a instrução, *'sino también*, em forma excepcional, durante *el juicio. És um celoso guardián de la verdad*²⁷⁴.

Sampaio assinala: “no entanto, quando o juiz se coloca na frente da função persecutória, o principal abalo que ocorre é justamente no princípio básico da jurisdição: sua imparcialidade”²⁷⁵. E Lopes Jr conclui:

A imparcialidade fortalece a imparcialidade, pois o não ser parte contribui definitivamente para atuar com isenção de ânimo. Nesse sentido, a estrutura triangular do processo judicial consagra um sistema de separação do juiz em relação às partes ativa e passiva, mantendo uma separação orgânica entre ele e os órgãos privados ou públicos de acusação ou defesa. Com isso o juiz está supra partes, como um terceiro completamente alheio ao interesse discutido. Em sentido contrário, quando chamado a realizar autênticos atos de partes ou ainda a decidir previamente, coloca-se em risco a garantia da imparcialidade²⁷⁶.

Tal entendimento está refletido na exposição de Motivos do Código-Modelo para Ibero-America: “o bom inquisidor mata ao bom juiz, ou ao contrário, o bom juiz desterra ao inquisidor”.

Entretanto, Calamandrei já asseverava: “a ampliação dos poderes do juiz no campo probatório não é incompatível com o objeto do processo”²⁷⁷. E Badaró complementa:

Os poderes instrutórios do juiz não representam um perigo à sua imparcialidade. É necessário, porém, esclarecer em que medida poderá exercer tais poderes. A categoria “poderes instrutórios do juiz” é bastante heterogênea, incluindo poderes que vão desde a busca de fontes de provas até a introdução em juízo de provas cuja existência já tenha tomado conhecimento. Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova, percebe-se, facilmente, que a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um “buscador” de fontes de prova (...). O resultado da produção daquele meio de prova pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto a ocorrência do fato²⁷⁸.

Grinover é assertiva:

A visão do Estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o

²⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38-39.

²⁷⁵ SAMPAIO, 2010, p. 123.

²⁷⁶ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 154.

²⁷⁷ CALAMANDREI. **Instituzione di diritto processuale civile**, in Opere Giuridiche. Napoles: Morano. 1970, p. 223.

²⁷⁸ BADARÓ, 2016, p. 97.

mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte²⁷⁹.

O que se percebe, que na fase investigatória, o juiz não está impedido de agir, mas deve ser provocado pelas partes. É o que se depreende do art. 156, I, do CPP.

Já na fase judicial, a atuação pode se dar, excepcionalmente, em caráter subsidiário, supletivo, complementar. Isso importa na busca da verdade (com suas limitações do sistema acusatório) e do sistema de persuasão racional do juiz. Mas Lima adverte: “se o escopo do juiz for o de buscar provas apenas para condenar o acusado, além de violar o sistema acusatório, haverá evidente comprometimento psicológico com a causa, subtraindo a imparcialidade”²⁸⁰.

O magistrado deve garantir a participação das partes na produção da prova, as suas manifestações sobre ela, respeitando o contraditório, e oportunizar a produção de uma contraprova. Por óbvio, a decisão deve ser motivada. Grinover reforça:

Mas a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas²⁸¹.

Fernandes observa: “não se deve mesmo retirar do juiz o poder probatório, pois não há porque impedi-lo de, para seu convencimento, esclarecer alguns aspectos da prova produzida pelas partes ou a respeito de algum dado probatórios vindo aos autos”²⁸². E Badaró conclui:

Os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Por outro lado, se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela

²⁷⁹ GRINOVER, 1999, p. 74.

²⁸⁰ LIMA, 2016, p. 603.

²⁸¹ GRINOVER, 1999, p. 74.

²⁸² FERNANDES, Antônio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 17.

prova. Juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial. É equivocado confundir neutralidade ou passividade com imparcialidade. Um juiz ativo não é parcial, mas apenas um juiz atento aos fins sociais do processo. E que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível²⁸³.

Há inúmeros outros casos no CPP nos quais o juiz pode complementar a produção da prova, como por exemplo art. 212, com juiz fazendo perguntas as testemunhas, art. 209, onde o juiz pode convocar novas testemunhas, art. 196, com a possibilidade de novo interrogatório, art. 234, com a juntada de documentos, dentre outros.

3.8 Sistema de avaliação de provas

Analisar os sistemas de avaliação da prova significa investigar a vinculação (ou não) do magistrado à alguma modalidade de prova. Tal assunto está positivado nos Códigos de Processo pátrios.

O artigo 131 do CPC dispõe que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Já o CPP, artigo 155 afirma que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (...)”.

Mas, antes de discorrer sobre o dispositivo legal, é válido analisar os três sistemas existentes sobre o assunto: a) sistema de íntima convicção; b) sistema de prova tarifada; e c) sistema da persuasão racional do juiz (convencimento motivado).

No sistema da íntima convicção, ou certeza moral do juiz ou da livre convicção, o juiz é livre para valorar as provas, inclusive aquelas fora dos autos, sem ter a obrigação de fundamentar a sua decisão. O juiz pode julgar com base na prova dos autos, sem a prova ou, até mesmo, contra a prova. Sua liberdade é plena e irrestrita, de acordo com sua *secunda conscientia*. Foi o sistema que vigorou no sistema processual acusatório puro. Foi adotado, como exemplo, pelo Código Napoleônico de 1808, mas não encontra amparado no ordenamento pátrio. Com

²⁸³ BADARÓ, 2003, p. 83.

uma única exceção, as decisões no Tribunal do Júri, que não precisam ser fundamentadas e não estão vinculadas às provas do processo (ainda que exista um recurso de apelação cabível).

Decisão judicial sem necessária fundamentação compromete sobremaneira o controle sobre o exercício da função jurisdicional e abre caminhos para arbitrariedades.

No sistema da prova tarifada, ou das regras legais, da certeza moral do legislador ou da prova legal, como cita Badaró, “na sua fase rudimentar, prevaleciam as ordálias ou Juízos de Deus, bem como os duelos. A prova era revelada por Deus, e o juiz apenas seguia o resultado”²⁸⁴. É um sistema próprio do modelo inquisitivo.

Agora, os meios de prova têm valores definidos pelo legislador, cabendo ao juiz apreciar o conjunto probatório e lhe valorar, conforme predeterminação legal. Taruffo explica:

Esse sistema já estava bem consolidado no século XII, refinando-se e estendendo-se nos séculos XVI e XVII. Baseava-se, por sua vez, em longas e complexas listas de regras detalhadas que estabeleciam o peso de cada elemento de prova específico. Em consequência, ao juiz restava pouca ou nenhuma discricionariedade na valoração das provas, incumbindo-lhe a tarefa de somar os valores das provas positivas e negativas relativas a cada fato mediante uma espécie de cálculo algébrico. A decisão era determinada por essa operação: uma soma que resultava em um valor positivo mais alto determinava a verdade do enunciado de fato, enquanto uma soma que resultava em um valor negativo mais alto determinava a sua falsidade. A concepção da prova legal baseava-se em diversas premissas culturais, entre elas o pensamento filosófico escolástico e, posteriormente, o racionalismo humanístico com suas tentativas de oferecer uma estrutura lógica e matemática formal à valoração das provas. De certa forma, esse sistema era racional: de fato, substituía as antigas formas probatórias irracionais baseadas em ordálios e em juízos divinos. Ademais, ajudava a reduzir ou até a erradicar as valorações discricionárias e, frequentemente, pouco confiáveis realizadas pelos julgadores, simplificando, assim, o problema de decisões em situações complexas e incertas²⁸⁵.

Greco arremata:

Com as provas legais, a prova judiciária criou uma lógica própria, imposta ao juiz pelo legislador ou pelo soberano. Os sistemas normativos possuíam as seguintes características: 1) estipulavam

²⁸⁴ BADARÓ, 2016, p. 419.

²⁸⁵ TARUFFO, 2014, p. 131-132.

rigorosamente os meios de prova admissíveis; 2) disciplinavam em pormenores o procedimento probatório; 3) estabeleciam exclusões probatórias de meios ou de pessoas; 4) obrigavam o juiz a dar a cada prova o valor predeterminado na lei; 5) proibiam o juiz de considerar provados os fatos por provas diversas das especificamente previstas em lei²⁸⁶.

E Voltaire, em seu comentário ao livro de Beccaria, exemplifica como era frágil a tarifação: “um ouvi dizer pode ser considerado um quarto de prova, e outro ouvi dizer um pouco mais vago como uma oitava parte; de modo que oito rumores que não são em realidade mais que o eco de um rumor mal fundado, podem compor uma prova completa”²⁸⁷.

Como havia hierarquia dentre as provas, a confissão era considerada como rainha das provas, sendo que nenhuma outra forma poderia infirmá-la, ainda que houvesse sido obtida mediante tortura. Vale destacar outro fato interessante que uma única testemunha jamais seria possível para a comprovação de um fato (*testis unus, testis nullus* – uma só testemunha não tem valor). Se uma mentira fosse contada por duas pessoas acabaria prevalecendo.

O CPP não adotou tal sistema, mas há em seu corpo vários resquícios inquisitórios se adequando à prova tarifada. Vejamos alguns, como exemplos.

O art. 155, parágrafo único, trata do reconhecimento do estado das pessoas. Se um advogado quiser provar que seu cliente morreu por meio de uma testemunha, isso não é possível, apenas documentalmente. O art. 158 exige exame de corpo de delito para garantir a materialidade de um crime que deixa vestígios.

Taruffo justifica as duas principais razões que causaram o colapso do sistema da prova legal:

A primeira foi a cultura filosófica do Iluminismo, que se livrou de antigos conceitos de racionalidade para abrir caminho a novos métodos de raciocínio. A outra se relaciona às profundas mudanças institucionais na estrutura do poder judiciário, bem como no status e no papel do juiz. O sistema da prova legal fundava-se em uma falta de confiança generalizadas nos juizes, já que eles geralmente eram ignorantes, corruptíveis e corruptos, resultando, por isso, perigoso deixar as decisões a sua discricção. Por essa razão, o novo juiz, criado após a revolução francesa e as reformas de napoleão, é um

²⁸⁶ GRECO, 2010, p. 133-134.

²⁸⁷ VOLTAIRE, **Comentario al libro: De los delitos y de las penas**, em apêndice a C. Beccaria, *De Los delitos y de las penas*, trad. De J. A. De Las Casas, Alianza Editorial, Madri, 1968, p. 158.

funcionário do estado treinado profissionalmente e um julgador neutro e responsável²⁸⁸.

Já no sistema do livre convencimento motivado, ou persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova, o juiz tem ampla liberdade na valoração das provas, sem hierarquia entre elas, mas tem a obrigação de fundamentar a sua decisão, analisando todas.

Como aponta Gomes Filho, “a liberdade de apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável”²⁸⁹.

Afirma Marques, ao tratar do princípio do livre convencimento que “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 que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo aos ditames do bom senso, da lógica e da experiência”²⁹⁰.

Didier Jr, por sua vez, afirma que, “não obstante apreciar as provas livremente, o juiz não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas; a convicção está na consciência formada pelas provas”²⁹¹.

SANTOS, por sua vez, afirma que:

Conforme esse sistema (o da persuasão racional), o juiz, não obstante apreciar as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a vis probandi destas; a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica jurídica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram. (...) A convicção fica, assim, condicionada: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às

²⁸⁸ TARUFFO, 2014, p. 132.

²⁸⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: RT, 2008, p. 249.

²⁹⁰ MARQUES, 1998, p. 278.

²⁹¹ DIDIER JR, 2010, p. 40.

regras legais e a máximas de experiência; e, por isso que é condicionada, deverá ser motivada²⁹².

Por fim, assegura Moreira:

Livre valoração da prova não significa, é claro, arbítrio judicial na reconstituição dos fatos. A rigor, talvez nem seja próprio aplicar o adjetivo 'livre', consoante não raro se faz, ao convencimento do juiz. O que se pode discutir, e na realidade se tem discutido, com referência a este, é o grau de força persuasiva que, uma vez valorada, deva a prova atingir para justificar a afirmação ou a negação do fato a que ela concerne²⁹³.

Cambi considera “o livre convencimento, ou a persuasão racional como uma conquista do processo como instrumento civilizatório de promoção da justiça”²⁹⁴.

Vale o registro de Estrampes:

A liberdade de apreciação das provas não significa ausência de regras a que o julgador deve recorrer no momento da valoração do material probatório (...). O convencimento livre não deve entender-se ou fazer-se equivalente a fechado e inabordável critério pessoal e íntimo do julgador, mas a uma apreciação lógica da prova, que não está isenta de pautas ou diretrizes de caráter objetivo. Supõe-se, pois, uma valoração racional e lógica²⁹⁵.

E Fernandez adverte: “o perigo de incorrer em arbitrariedade está presente na livre apreciação, caso não se dê uma definição baseada em critérios de racionalidade, apelando-se para critérios racionais, de modo que, ainda que não se esteja vinculado por normas jurídicas, se esteja por normas lógicas”²⁹⁶.

Percebe-se que o livre convencimento não é tão livre assim.

Além desta coerência lógica, é necessária a devida fundamentação da decisão. No Brasil, há inclusive previsão constitucional, no art. 93, IX, da CF.

Tal fundamentação permite às partes

Não somente aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, como também analisar os motivos legais que levaram o magistrado a firmar sua posição.

²⁹² SANTOS, 2000, p. 380.

²⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Alguns Problemas Atuais da Prova Civil**. In Temas de Direito Processual, Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 155.

²⁹⁴ CAMBI, 2009, p. 28.

²⁹⁵ ESTRAMPES, M. Miranda. **La mínima actividad probatoria em el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1997, p. 151-162.

²⁹⁶ FERNANDEZ, Sergi Guasch. **El hecho y el derecho em la casación civil**. Barcelona: Bosch, 1998, p. 325.

Permite que, em grau de recurso, se faça eventual reexame em face de novos argumentos apresentados²⁹⁷.

É o que Calamandrei registrava, “a motivação constitui o signo mais importante e típico da racionalização da função judicial”²⁹⁸.

Podemos extrair três efeitos do sistema do livre convencimento motivado: a) não há prova com valor absoluto, tampouco hierarquia entre elas; b) deve o juiz valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para refuta-las; c) somente serão válidas as provas constantes no processo (*id quod non est in actis non est in mundus* – o que não está nos autos não existe).

Ferrajoli faz pesadas críticas a transição do modelo de prova tarifada para o livre convencimento, ainda que motivado:

O abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, contudo, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais. A fórmula da ‘livre convicção’, que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, na realidade foi acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais. Recepcionada neste sentido pela doutrina e jurisprudência, permitiu a ambas que iludissem, nos planos teórico e prático, o enorme problema da justificação da indução, sobre o qual, de Hume em diante, havia-se esforçado a reflexão epistemológica. E terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes. Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da ‘livre’ convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus – ou, pelo menos, da necessidade – da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa²⁹⁹.

Sob o risco do arbítrio, mais atenção se faz necessária ao analisar o valor dos elementos informativos do inquérito policial. Badaró leciona:

Toda vez que o elemento informativo for uma fonte real, basta que o curso do processo seja submetido ao contraditório (...). Se decorre de fonte pessoa, devem ser produzidos novamente, perante o juiz (...). Assim, o juiz pode formar sua convicção pela livre apreciação da

²⁹⁷ LIMA, 2016, p. 607.

²⁹⁸ CALAMANDREI, 1960, 115.

²⁹⁹ FERRAJOLI, 2006, 133-134.

prova pré-constituída colhida na investigação, desde que submeta ao posterior contraditório judicial³⁰⁰.

Vale registrar, por fim, que o art. 155 do CPP impossibilita o juiz formar seu convencimento com base exclusivamente em elementos informativos, não se tratando de regra de exclusão, mas apenas de limitação à valoração. Em especial se eles forem corroborados por outras provas produzidas no curso do processo.

3.9 Verdade alcançada no processo

Ao falar da verdade alcançada no processo, Dallagnol começa da seguinte forma:

‘A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade (...)’, diz o artigo 203 do nosso CPP. ‘Você jura dizer toda a verdade e nada salvo a verdade?’, pergunta o oficial da Corte à testemunha nos Estados Unidos. Tanto na tradição romano-germânica como na tradição racionalista da prova anglo-americana, o uso e a regulação da prova tem como pano de fundo o entendimento de que o alvo do processo judicial é a verdade³⁰¹.

Mas o que seria a verdade?

Etimologicamente, verdade vem do latim *veritate*, significando exatidão, realidade, conformidade com o real. Entretanto, ela não é um fim em si mesma, mas um valor derivado da inteligência humana. Barros comenta: “o verdadeiro se encontra principalmente na inteligência e secundariamente nas coisas. Aliás, como conceito de valor, a palavra verdade tem um sentido axiológico que corresponde ao valor de verdadeiro”³⁰².

Dallagnol, mais uma vez, ajuda, ao destacar as principais teorias jurídicas sobre a verdade:

A teoria da correspondência, baseada na ideia de que uma proposição é verdadeira se ela corresponde ao fato ou ao modo como as coisas são realmente no mundo; a teoria da coerência, fulcrada na ideia de que uma crença é verdadeira se ela é parte de um sistema coerente de crenças; a teoria pragmatista, a qual vincula verdade à utilidade, isto é, à bondade das consequências da crença

³⁰⁰ BADARÓ, 2016, p. 420-421.

³⁰¹ DALLAGNOL, 2015, p. 34.

³⁰² BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 15.

na proposição; e o consensualismo, o qual conecta a verdade com a promessa de alcançar um consenso racional sobre o que é dito³⁰³.

Malatesta classifica os fatos debatidos no processo, segundo o grau de convicção gerado a partir de sua prova, em “incríveis (não críveis), improváveis, críveis (paridade de motivos para crer e não crer), verossímeis, prováveis, probabilíssimos e certeza”³⁰⁴.

Coelho coloca três estados de espírito básicos quanto ao conhecimento de um fato:

“ignorância, dúvida (englobando o inverossímil, o improvável, o possível, o crível e o provável) e a certeza. Embora haja vários conceitos de certeza (matemática, física, moral, objetiva etc.), a certeza jurídica é uma certeza subjetiva (mista), em que se adere a uma proposição que se supõe verdadeira, incorrendo ao sujeito qualquer possibilidade de dúvida”³⁰⁵.

Malatesta, novamente, distingue: “verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, enquanto a certeza é a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à verdade objetiva”³⁰⁶. Como ensina Carrara: “a certeza está em nos; a verdade está nos fatos”³⁰⁷.

Moura afirma que a verdade encontrada é uma certeza moral, na qual “o grau de probabilidade, do ponto de vista objetivo da possibilidade de erro, é tão elevado que, praticamente, produz na alma a certeza completa, porque retira qualquer razão seria de dúvida”³⁰⁸. Dellepiane prossegue: “é possível chegar a uma certeza, ou seja, a crença no seu grau sumo, a crença em sua plenitude e perfeição, isto é, um estado psicológico caracterizado pela adesão firme e sem resquício algum de dúvida àquilo que se conhece”³⁰⁹.

Vale destacar que no âmbito processual, a discussão sobre a verdade se dá em relação aos enunciados jurídicos, não ao fato propriamente em si. Prado

³⁰³ DALLAGNOL, 2015, p. 37.

³⁰⁴ MALATESTA, 2013, p. 81.

³⁰⁵ COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Fundacao Escola Superior do MP, 1996, p. 31-32.

³⁰⁶ MALATESTA, 2013, p. 22.

³⁰⁷ CARRARA, 2013, p. 291.

³⁰⁸ MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 104.

³⁰⁹ DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. 7 ed. Trad, Erico Maciel. Campinas: Minelli, 2004, p. 48.

assevera: “em um processo acusatório o juiz criminal decide sobre a imputação e é a imputação que contém o enunciado sobre o fato juridicamente relevante. É inegável que recairá sobre a imputação o juízo de verdade e/ou falsidade”³¹⁰. Taruffo conclui:

O que se quer sublinhar é que tampouco as qualificações em termos de verdade/falsidade se aplicam aos fatos entendidos como acontecimentos do mundo material, mas apenas aos enunciados que a eles se referem. Os fatos materiais existem ou não existem, porém não tem sentido dizer que são verdadeiros ou falsos: somente os enunciados fáticos podem ser verdadeiros, se estão referidos a fatos materiais acontecidos, ou falsos, se afirmam fatos não acontecidos. Em consequência, a verdade do fato é unicamente a fórmula elíptica para referir-se à verdade do enunciado que tem por objeto um fato³¹¹.

Mesmo recaindo sobre o enunciado, a busca da verdade, a busca da certeza é utópica. Sampaio leciona:

Total inexistência de uma verdade real ou absoluta, justamente pela sua impossibilidade de alcance pelo homem – seja nas ciências exatas, o que foi desmistificado pelas teorias quânticas e da relatividade de Einstein, bem como e, principalmente nas ciências humanas – pois não se evidencia uma verdade por parte do ser, mas na sua totalidade para se aproximar de uma certeza³¹².

Conforme ensino de Aras, “o que importa observar é que nunca será possível reconstruir inteiramente o iter criminoso, porquanto por parte dele se processa no mundo subjetivo, na mente do delinquente, sendo inalcançável pelo julgador e pelo MP, mesmo diante da confissão”³¹³. Tourinho Filho conclui:

Quando se fala em verdade real, não se tem a presunção de se chegar a verdade verdadeira (...) mas tão somente salientar que o ordenamento confere ao juiz penal, mais que ao juiz não penal, poderes para coletar dados que possibilitem, numa análise histórica-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado³¹⁴.

Dinamarco assinala:

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se

³¹⁰ PRADO, Gerlado. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36.

³¹¹ TARUFFO, 2014, p. 117.

³¹² SAMPAIO, 2010, p. 109.

³¹³ ARAS, Vladimir. **Princípios do processo penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/1>. Acesso em novembro 2017.

³¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

consegue a segunda, em qualquer processo. O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto a subsunção desses nas categorias adequadas³¹⁵.

Percebe-se que, há muito, a ideia de certeza plena ou absoluta foi substituída por probabilidade ou possibilidade. Maier assevera: “o processo penal consiste no intento de averiguar a verdade acerca de uma hipótese histórica, positiva ou negativa, formando o objeto do próprio procedimento judicial”³¹⁶. Calamandrei afirma que “a busca da verdade realça apenas a descoberta de uma probabilidade histórica -, mas deve servir como substrato básico para chegar-se a uma decisão judicial”³¹⁷. Isso porque “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós³¹⁸”, como afirma Sampaio, citando Carnelluti.

Mesmo sem a certeza plena, o processo tem que ser solucionado e esse é o dilema do julgador, apontado por Carnelutti: “ainda que os homens não possam julgar, devem condenar; e este é o momento crítico do drama do processo”³¹⁹. E prossegue: “a certeza implica em uma escolha; e isso, provavelmente, foi o passo decisivo para compreender, não só o verdadeiro valor do seu conceito, mas também o drama do processo”³²⁰.

Como bem coloca Lopes Jr:

O juiz ‘elege’ versões (entre os elementos fáticos apresentados) e até o significado (justo) da norma. Esse ‘eleger’ é inerente ao ‘sentire’ por parte do julgador e se expressa na valoração da prova (crença) e na própria axiologia, incluindo a carga ideológica, que faz da norma (penal ou processual penal) aplicável ao caso. Julgar é, assim, um ato de crença, ou seja, de fé³²¹.

Dallagnol conclui:

Quando se fala de verdade no processo (processual, relativa, jurídica, material etc.) não está se tratando de verdade. Quando se trata de certeza, também não se está tratando quer da incapacidade de duvidar, quer de infalibilidade. O que existe é, sim, uma escolha

³¹⁵ DINAMARCO, 1994, p. 449.

³¹⁶ MAIER, 1996, p. 844.

³¹⁷ CALAMANDREI, Piero. **Verità e verosimiglianza nel processo civile**, In: Opere giuriche. Napoli: Morano, 1972, v. 5, p. 616, apud GOMES FILHO, 1997, p. 46.

³¹⁸ SAMPAIO, 2010, p. 109.

³¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Verdade, dúvida e certeza**. Trad. Eduardo Cambi. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 9, p. 606-609, jul/set. 1998.

³²⁰ Op. Cit. 606-609.

³²¹ LOPES JR., 2008, p. 520.

ou adoção da hipótese mais provável como aquilo que (supostamente) aconteceu, num passo de fé³²².

Assim, o que se busca é uma verdade processual ideal, ou nos dizeres de Dias, “a verdade no processo penal deve ser uma verdade judicial processualmente válida”³²³. Bianchini ensina: “o processo consegue atingir, tão somente, a verdade judicial e que a justiça que se faz é formal, já que não há que se falar em aplicação da justiça quando sequer se tem a certeza sobre a verdade dos fatos”³²⁴. Baptista corrobora: “essa verdade, força é admitir, é formal, vale dizer, aceitável somente porque atingida com observância de raciocínio gnosiologicamente válidos. Mas nem por isso é menos verdade”³²⁵. Cambi reforça:

O processo, enfim, deve continuar a perseguir a verdade, não tomando-a como um dogma, mas como um ideal a ser perseguido em busca da concretização da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa; afinal, a ciência jurídica de nada serviria se não estivesse preocupada com a concretização de métodos capazes de distribuição de justiça entre os homens, segundo a verdade possível de ser processualmente reconhecida³²⁶.

Rangel leciona sobre a verdade processual: “São os elementos de prova que se encontram dentro dos autos que são levados em consideração pelo juiz em sua sentença. A valoração e a motivação recaem sobre tudo que se apurou nos autos do processo”³²⁷. E conclui:

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza absoluta (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens³²⁸.

Nucci, ao falar da finalidade da prova, destaca: “a verdade processual é a verdade atingível ou possível, que emerge durante a lide, podendo corresponder à

³²² DALLAGNOL, 2015, p. 266-267.

³²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, vol. I, p. 193.

³²⁴ BIANCHINI, Alice. **Verdade real e verossimilhança fática**. Boletim IBCrim n. 67, junho/1998, p. 10.

³²⁵ BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. – Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 213.

³²⁶ CAMBI, Eduardo. **Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista**. In: Revista de processo, n. 96. São Paulo: RT, out-dez/1999, pp. 246/248.

³²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 6.

³²⁸ RANGEL, 2003, p. 5.

realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão”³²⁹.

Fica claro que a busca da verdade não se baseia no romantismo da verdade pura, mas sim dentro do processo, a possível. Sampaio finaliza:

A denominação verdade processual serve apenas para continuação do costume de sempre estarmos diante de uma busca sobre a verdade, mesmo que saibamos ser apenas um silogismo jurídico (...). Há apenas a construção de argumentos jurídicos, baseados nos fatos e na aplicação das normas jurídicas (com ênfase às garantias fundamentais) que legitimam a decisão e a conduz com poder de punir ou dever de libertar para que constitua respeito e conseqüente execução³³⁰.

Vários doutrinadores destacam que, na prática, não há diferença relevante entre a verdade formal e a real. Sampaio leciona: “até porque essa diferença, ou mesmo divergência, pressupõe a existência de ambas, o que talvez não seja correto apontar, na medida em que podemos ousar em afirmar a verdadeira impossibilidade de assinalar uma certeza jurídica”³³¹. Goldschmidt finaliza: “a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença judicial nunca pode prever-se com seguridade”³³². Ferrajoli é mais contundente sobre a ideia de que se consegue asseverar uma verdade objetiva ou absoluta: “é uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar”³³³. E Badaró arremata:

Certamente, nenhuma delas será uma verdade absoluta. A distinção está apenas no grau de limitação à descoberta da verdade. A verdade acertada pelo juiz jamais será uma verdade absoluta. Partindo de tal premissa, não tem sentido procurar distinguir a denominada verdade formal – que se aplicaria ao processo civil – daquela outra que, em contraposição, costuma-se chamar de verdade material – que seria buscada no processo penal. Se a intenção é designar com tal expressão uma verdade histórica ou empírica, relativa à realidade fenomênica, certamente esta verdade não é atingível por intermédio dos meios de investigação utilizados pela ciência processual. Tanto a verdade formal quanto a verdade material não são verdades absolutas³³⁴.

³²⁹ NUCCI, 2006, p. 392.

³³⁰ SAMPAIO, 2010, p. 167.

³³¹ SAMPAIO, 2010, p. 163.

³³² GOLDSCHMIDT, 1936, 55.

³³³ FERRAJOLI, 2006, p. 42.

³³⁴ BADARÓ, 2003, p.32-33.

A verdade a ser alcançada no processo exige o rigoroso cumprimento das regras do jogo, “produzida no âmago da estrutura dialética do processo penal e com plena observância das garantias de contradição e defesa”³³⁵. Maier ainda destaca: “a busca da verdade real não pode afastar essas máximas, mesmo que estejamos diante de uma situação desvantajosa contra um indivíduo pela prática de uma conduta supostamente criminosa”³³⁶.

Conde afirma que, no processo penal, “a busca da verdade está limitada pelo devido respeito às garantias que têm incluso o caráter de direitos humanos reconhecidos como tais em todos os textos constitucionais e leis processuais”³³⁷. Rangel conclui:

O juiz não pode afastar-se das provas carreadas para os autos, mesmo que não condigam com a verdade real primária (que, por não estar nos autos, ele não conhece), pois a satisfação da pretensão, objeto do processo, deve ser alcançada através da verdade judiciária com os limites impostos pela ordem jurídica³³⁸.

Ferrajoli é preciso:

É evidente que esta pretendida "verdade substancial", ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal³³⁹.

Não devemos, por conta da impossibilidade de atingimento da verdade real, aplicar o princípio do *in dubio pro reo*. Isso seria o fim do processo penal. O princípio refere-se a verdade obtida no próprio processo. Ferrajoli novamente ensina:

A rigor, se se pensasse que o juízo penal devesse alcançar a verdade "objetiva" e se tomasse ao pé da letra o princípio *in dubio pro reo*, as margens irredutíveis de incerteza, que caracterizam a verdade processual, deveriam comportar a ilegitimidade de qualquer condenação e, portanto, a paralisia da função judicial. Ou, ao contrário, poderiam gerar um resignado cepticismo judicial, disposto a afastar como ilusória qualquer pretensão de perseguir a verdade no

³³⁵ LOPES JR., 2004, p. 257.

³³⁶ MAIER, 1996, p. 90.

³³⁷ CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 3ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 115.

³³⁸ RANGEL, 2003, p. 6.

³³⁹ FERRAJOLI, 2006, p. 38.

processo e a avaliar modelos de direito e de processo penal abertamente substancialistas e decisionistas³⁴⁰.

Vale destacar de onde surgiu o mito da busca pela verdade real. Lopes Jr pondera que “há que se descobrir a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usado para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que ‘os fins justificam os meios’”³⁴¹. Oliveira leciona que “a verdade real é um mito que se prestou a justificar a iniciativa probatória do juiz, de matiz inquisitório, o que não é mais possível”³⁴².

Ferrajoli ensina: “se uma justiça penal inteiramente ‘como verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal inteiramente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbítrio”³⁴³. O que não quer dizer que a busca da verdade (ainda que processual) não tenha sua importância: “Mas, mesmo com essa redução de importância, se a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade”³⁴⁴.

Para muitos, o papel do juiz se aproximaria ao papel de um historiador, na busca da verdade real. Carnelutti entendia que:

O juiz também seria um historiador com uma pequena diferença entre a grande (do segundo) e a pequena história (do primeiro), isto é, a história que o juiz faz, ou melhor, reconstrói, é a pequena história, pode parecer que sua missão resulte mais fácil que reconstruir a grande história. A missão histórica desse juiz não estava somente imbuída na reconstrução de um fato, não poderia se limitar aos aspectos externos, mas também ao interior do homem, mais especificamente na alma do imputado. Terreno este sob o risco de atribuir ao imputado a alma do próprio julgador, assim, julgar o que o outro sentiu à luz dos sentimentos, das compreensões, do que se quiser. Não se julgaria apenas à vontade, mas a ação do homem colacionada por meio dos diversos atos em conjunto³⁴⁵.

Contudo, Taruffo aponta diversas diferenças que separam o juiz do historiador:

A começar pela possibilidade de o magistrado somente se poder valer de meios indiretos para reconstituição dos acontecimentos

³⁴⁰ FERRAJOLI, 2006, 51.

³⁴¹ LOPES JR., 2004, p. 264.

³⁴² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 285-286.

³⁴³ FERRAJOLI, 2006, p. 18.

³⁴⁴ DAMASKA, 2003, p. 138.

³⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2ed. São Paulo: Pillares, 2009, p. 71

passados, que seriam individuais e irrepetíveis. Ainda, o pesquisador científico, de seu lado, pode ter contato direto com os objetos de estudo e reproduzi-los em laboratórios, observá-los diretamente. Sua preocupação está mais voltada à determinação de leis, constantes, grandes tendências e transformações econômicas e políticas³⁴⁶.

Gomes Filho também se manifesta sobre o papel do juiz historiador:

Uma frequente analogia que se faz entre as atividades do juiz e do historiador pelo simples motivo de ambos estarem interessados em reviver no presente os acontecimentos do passado com o auxílio de elementos probatórios. Distinguem-se quanto aos critérios de individualização dos fatos a serem investigados, pois o historiador é razoavelmente livre na delimitação do fragmento da realidade passada sobre o qual versará sua pesquisa, e o faz movido por critério de importância social, econômica, cultural, etc., o juiz encontra-se vinculado ao que tiver sido objeto de postulações alheias, que restringem a investigação àqueles fatos relevantes para a aplicação do direito³⁴⁷.

Vale mencionar outras duas distinções entre o juiz e o historiador: o primeiro deve, obrigatoriamente, entregar um resultado, enquanto que o segundo pode prosseguir na sua investigação até o seu pleno convencimento. Outra, os meios a disposição do juiz são limitados e previamente previstos em lei, enquanto ao historiador há uma liberdade de investigação.

Passemos a análise das provas ilícitas.

3.10 Da prova ilícita

O direito à prova não é absoluto, como nenhum outro direito fundamental. Superada a fase do processo inquisitório, que buscava a verdade real a qualquer custo, nasceu a limitação ao uso das provas ilícitas. Lima assevera: “a eficiência processual não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo”³⁴⁸. É uma forma de demonstrar e exigir que “o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes”³⁴⁹. Gomes Filho ensina:

Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a

³⁴⁶ TARUFFO, 2014, p. 338.

³⁴⁷ GOMES FILHO, 1997, p. 44-45.

³⁴⁸ LIMA, 2016, p. 608.

³⁴⁹ GRINOVER, 2009, p. 121.

legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal³⁵⁰.

Oliveira aponta ainda mais uma função da vedação da utilização da prova ilícita:

A vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle de regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais. Cumpre, assim, eminente função pedagógica, ao mesmo tempo em que tutela direitos e garantias assegurados pela ordem pública³⁵¹.

No ensinamento de Fonseca, “a proibição de provas ilícitas veio principalmente, como um meio de controle frente às atividades investigativas das autoridades estatais que em busca da verdade real, poderiam violar os direitos individuais das pessoas que são hipossuficientes diante do poder do estado”³⁵².

Na mesma linha escreveu Marques:

Limitações várias, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana, impedem que para a procura da verdade lance-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova (...) inadmissível é, na justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória³⁵³.

Barros sustentava que “as provas ilícitas e ilegítimas são inaceitáveis em juízo, pois colidem com o fim do processo penal, já que a repressão à criminalidade exige uma postura ética por parte da autoridade policial: não pode esta, assim, se valer dos mesmos meios empregados pelos delinquentes que combate”³⁵⁴.

Mas nem sempre isso foi assim. Avolio destaca:

O condicionamento aos dogmas do livre convencimento e da verdade real fazia com que um eventual balanceamento dos interesses do jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, mesmo que baseada em meios ilícitos. Reputava-se eficaz e válida, portanto, a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis por sua obtenção (particulares ou autoridades

³⁵⁰ GOMES FILHO, 1997, p. 99.

³⁵¹ OLIVEIRA, 2008, p. 303.

³⁵² FONSECA, Tiago Moura. **As provas obtidas ilicitamente no processo penal: provas ilícitas a favor da acusação sob a ótica do princípio da proporcionalidade-razoabilidade**. 2009. Monografia – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito.

³⁵³ MARQUES, 1998, p. 294.

³⁵⁴ BARROS, Adhemar de. **A investigação criminosa da prova**. RT 504/291.

públicas). Tinha lugar, então, a máxima *male captum bene retentum*³⁵⁵.

Tal entendimento encontra-se refletido, por exemplo, em um voto do Min Cordeiro Guerra: “não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outros modos nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado”³⁵⁶.

Havia ainda posições intermediárias, como Mirabete:

O juiz não pode admitir esse meio de prova (ilícito), mas, no entanto, não pode simplesmente desconsiderar que a parte disse alguma coisa, pois isso seria irresponsabilidade sua. Logo, vem a admitir as provas ilícitas como indício, e tudo que se descobrir lícitamente a partir destes indícios é válido e admissível em juízo³⁵⁷.

Com a evolução das sociedades democráticas, em especial após as experiências com governos totalitários e ditatoriais, prevaleceu o entendimento de que as provas obtidas por meios ilícitos não deveriam prosperar e ser admitidas no processo. Fernandes lembra:

Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga dos mecanismos hábeis e eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa³⁵⁸.

Gomes Filho afirma ainda que:

Esses limites probatórios podem ter fundamentos extraprocessuais (políticos), como ocorre em relação à proibição de introdução de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, ou processuais (lógicos, epistemológicos), quando se excluem, por exemplo, as provas impertinentes, irrelevantes, ou que possam conduzir o julgador a uma avaliação errônea³⁵⁹.

Antes da CF de 88, as menções sobre provas ilícitas eram poucas e contraditórias. Apesar da nossa Carta prever a inadmissibilidade da utilização do processo de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), não há também definição do que seja a prova ilícita. A doutrina, baseando-se em Pietro Nuvolone, em regra,

³⁵⁵ AVOLIO, 2015, p. 44

³⁵⁶ Valor probante das confissões extrajudiciais, RF 285, p. 5 e ss.

³⁵⁷ Apud AVOLIO, 2015, p. 84.

³⁵⁸ FERNANDES, 2012, p. 89.

³⁵⁹ GOMES FILHO, 1997, p. 93.

conceitua como ilegal a prova que foi obtida por meio de violação das normas legais ou de princípios do ordenamento. Gössel afirma que “as provas ilícitas se caracterizam como limite à averiguação da verdade em um processo penal”³⁶⁰.

Estampres conceitua prova ilícita conforme a teoria adotada: ampla ou restrita. “A teoria restrita da ilicitude da prova define a prova ilícita como a obtida ou a produzida com violação tão somente aos direitos fundamentais constitucionais”³⁶¹. Para a teoria ampla, “a prova ilícita é aquela contrária a uma norma de Direito, isto é, obtida ou produzida com violação às normas do ordenamento jurídico”³⁶². Para Greco Filho há três situações que levam a ilicitude da prova:

A primeira hipótese de ilicitude da prova é a que decorre de o meio não ser consentâneo com os princípios do processo moderno, logo não será admitido, tais como meios violadores da integridade física da pessoa, nos moldes das ordálias ou juízos divinos. O segundo caso de ilicitude, ainda que o meio seja disciplinado no Código, é a que decorre da imoralidade ou impossibilidade da produção da prova. O exemplo clássico seria o da reconstituição de um estupro ou a reconstituição de uma inundação ou grande incêndio. A terceira hipótese de ilicitude em termos de prova no processo penal é aquela decorrente de ilicitude da obtenção do meio de prova³⁶³.

Dominguez, na mesma esteira, classifica em três as causas de ilicitude: “a) violação às provas expressamente proibidas pela lei; b) violação às específicas formalidades legais na obtenção ou na produção de provas; e c) violação aos direitos fundamentais das pessoas reconhecidos na Constituição no momento da obtenção ou da produção de provas”³⁶⁴.

Grinover conceitua:

A prova é vedada em sentido absoluto, quando o direito proíbe em qualquer caso a sua produção; assim, proíbe-se a admissão, em juízo, de cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos. A prova é vedada em sentido relativo, quando o ordenamento jurídico, embora admitindo o meio de prova, condiciona sua legitimidade à observância de determinadas formas; é o caso, por exemplo, do interrogatório do réu³⁶⁵.

³⁶⁰ GÖSSEL, Karl Heinz. **El derecho procesal penal – obras completas**. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 170.

³⁶¹ ESTRAMPES, Manuel Miranda. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. Barcelona: JMB, 1999, p. 22-23.

³⁶² ESTRAMPES, op. Cit., 17-18.

³⁶³ GRECO FILHO, 2007, p. 112.

³⁶⁴ DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Comentarios al Código Civil y compilaciones forales**. Tomo XVI. Vol. 2º. Coord. Manuel Albaladejo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991, p. 95.

³⁶⁵ GRINOVER, 1976, p. 96.

Há quem prefira definir como prova ilegal, sendo o gênero, com as espécies provas ilícitas e ilegítimas. Vamos a diferenciação.

A prova é considerada ilícita quando for obtida através da violação da regra de direito material (penal ou constitucional). Em regra, pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este. É obtida fora do processo, mas nada impede que sua produção ocorra em juízo. Ávila afirma:

O direito cuja violação ensejará a ilicitude da prova há de ser um direito fundamental. A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade³⁶⁶.

Podemos elencar como exemplos a interceptação telefônica realizada sem ordem judicial, prova obtida mediante violação de correspondência lacrada, interrogatório policial do flagrado sob coação etc.

A prova ilegítima se dá quando obtida mediante violação à norma processual, em regra no curso do processo e diz respeito a produção da prova. A título de ilustração, seriam os casos de perícia realizada por um perito não-oficial, reconhecimento judicial de réu sem respeitar o art. 226 do CPP ou juntada de matéria jornalística para provar a morte do réu, sem certidão de óbito.

Há doutrinadores que classificam em prova obtida por meio ilícito e ilegítimo, ao mesmo tempo, como por exemplo uma busca e apreensão sem autorização judicial, nem flagrante. Haverá, neste caso, crime de abuso de autoridade, além de desprezitar as normas procedimentais do art. 240 e seguintes do CPP, que trata da medida.

Rangel subdividiu essa noção de ilegalidade da prova (gênero) em três espécies: “ilícita (ofensa a direito material); ilegítima (ofensa a direito processual); e irregular (descumprimento de formalidade legais exigidas)”³⁶⁷.

³⁶⁶ ÁVILA, Thiago Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 95.

³⁶⁷ RANGEL, 2011, p. 448-449.

Vale destacar as súmulas 48, 49 e 50 das Mesas de Processo Penal, dirigidas por Grinover, na faculdade de Direito da USP:

Súmula 48 - Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material;

Súmula nº 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula nº 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa³⁶⁸.

A diferenciação entre prova ilícita e ilegítima tem desdobramento importante: como proceder quando aparecer?

A resposta encontra-se no art. 157 do CPP, com redação dada pela lei 11.690/08: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhada do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais”.

A má técnica legislativa dificulta a melhor compreensão. O silêncio quanto a natureza da norma legal, se material ou processual, acarreta certa controvérsia doutrinária.

Há quem entenda que a ausência de especificação equipara as normas materiais e processuais, trazendo a mesma consequência, o desentranhamento. Não é o melhor caminho. Devemos interpretar o dispositivo de maneira restritiva, mantendo-se unicamente as normas materiais, deixando as normas processuais para o campo das nulidades, impondo a sua renovação, nos termos do art. 573 do CPP.

Avolio conclui: “as provas ilícitas, portanto, devem ser consideradas como inexistentes e totalmente ineficazes, retroagindo a sua ineficácia ao momento do nascedouro”³⁶⁹. Registre-se: a prova ilícita é inadmissível no processo, não podendo ingressar nos autos. Caso ocorra, deve-se desentranhá-la. Gomes Filho arremata:

³⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 50.

³⁶⁹ AVOLIO, 2015, p. 97.

“ao direito à prova corresponde, como verso da medalha, um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento”³⁷⁰.

Por óbvio, se as provas ilícitas são inadmissíveis, isso se estende as provas que dela derivam.

Lima conceitua provas ilícitas por derivação como “os meios probatórios que, não obstante produzidos validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício de ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal”³⁷¹. Sem a prova ilícita originária jamais haveria a prova que dela derivou. Badaró repete: “a prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida”³⁷². E Aranha conclui: “pela citada teoria a prova que é em si mesma lícita, mas produzida através de um meio ilegal, a despeito de ser regular, contaminaria com o vício de origem que a contaminaria irremediavelmente”³⁷³.

Rangel arrematava: “o preço de se viver em uma democracia não tolera esse tipo de prova colhida ao arpejo da lei. Do contrário, não vale a pena viver em um Estado Democrático de Direito”³⁷⁴.

Tal inspiração veio do direito norte americano, com precedente no caso *Silversthorne Lumber CO v. US*, de 1920, seguida do caso *Nardone v. US*, em 1939, quando ficou batizada como teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*).

No Brasil, inicialmente o STF não acolhia esta teoria, numa posição liderada pelo Min. Moreira Alves, que entendia que a ilicitude dizia respeito exclusivamente a prova colhida, não às derivadas³⁷⁵.

Entretanto, em 1996, o Pleno do STF³⁷⁶ adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada: “a ilicitude da interceptação telefônica contamina outros elementos

³⁷⁰ GOMES FILHO, 1997, p. 93.

³⁷¹ LIMA, 2016, p. 613.

³⁷² BADARÓ, 2016, p. 412.

³⁷³ ARANHA, 1994, p. 64.

³⁷⁴ RANGEL, 2003, p. 457.

³⁷⁵ STF, AP 307/DF.

³⁷⁶ STF, HC 73.351/SP.

probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta”.

Nesse primeiro momento, o STF não fez qualquer ressalva quanto as regras de exclusão, mas assentou, posteriormente que “as provas obtidas por meios ilícitos contaminam única e exclusivamente aquelas que são exclusivamente delas decorrentes”³⁷⁷.

A adoção de tal teoria restou positivada, com o advento da lei 11.609/08, na primeira parte do art. 157, §1º, do CPP: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”.

Lopes Jr. destaca:

Entretanto, não são provas derivadas aquelas que não evidenciam nexos de causalidade com a prova ilícita e aquelas que foram alcançadas por uma fonte independente. O texto indica que a derivação da ilicitude de uma prova depende de nexos causal em relação às demais. Uma vez inexistente esse nexo, não há de se falar em ilicitude. Relacionada à questão do nexo causal, está a teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) e da teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*)³⁷⁸.

Vejamos então, além destes citados pelo referido autor, os limites à prova ilícita por derivação.

Sobre fonte independente, Lima explica:

Se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária³⁷⁹.

Gomes Filho explica que havendo fonte independente, “a prova derivada tem concretamente duas origens – uma ilícita e outra lícita -, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado”³⁸⁰. Rangel reforça: “fonte independente de prova é o que até então a jurisprudência chamava de fonte absolutamente independente, ou seja, aquela que não tem conexão nenhuma com a prova ilícita e que,

³⁷⁷ STF, HC 72.588/SP.

³⁷⁸ LOPES JR., 2008, p. 601.

³⁷⁹ LIMA, 2016, p. 616.

³⁸⁰ GOMES FILHO, 1997, p. 268.

independentemente da ilícita, nós chegaríamos nela pelos atos normais de investigação”³⁸¹. Gloeckner arremata: “a limitação da fonte independente é uma teoria de apontamento de quebra do nexos causal entre as provas ilícitas e as lícitas, tendo como resultado prático a salvaguarda dos atos processuais não contaminados”³⁸².

É necessária a demonstração inequívoca de que o fato superveniente é autônomo, sem nexos causal com o primeiro ilícito, não esquecendo que se houver dúvida, deve-se aplicar o *in dubio pro reo*.

Referida tese é aceita no direito norte-americano desde *Bynum v. US*, de 1960, tendo sido acolhida também pelo STF, em 2004³⁸³.

Tal previsão passou a contar no CPP, com a Reforma de 2008, na parte final do art. 157, §1º: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira”. Sobre esta previsão legislativa, Grinover esclarece:

Era perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de prova derivada³⁸⁴.

O art. 157, §2º tenta conceituar fonte independente: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Neste caso, há uma imprecisão legislativa, pois tal conceito, quando faz menção ao ‘seria’, é o da descoberta inevitável, segundo a doutrina. Vejamos.

Pela teoria da descoberta inevitável, Lima explica: “também, conhecida como exceção da fonte hipotética independente, caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida”³⁸⁵.

³⁸¹ RANGEL, 2003, p. 460.

³⁸² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal** – introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 403

³⁸³ STF, HC 83.921/RJ.

³⁸⁴ GRINOVER, 2009, p. 133.

³⁸⁵ LIMA, 2016, p. 617.

Gomes Filho explica que “na situação da descoberta inevitável, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida mesmo se suprimida a fonte ilícita”³⁸⁶.

Não deve tratar de um juízo de possibilidade, mas sim de probabilidade, baseado em elementos concretos de prova. E por ser juízo hipotético, deve ser utilizado com parcimônia. É a advertência de Hairabedián: “a teoria da descoberta inevitável apresenta riscos se mal aplicada e deve ser usada com restrições para que não se converta em um veículo que derroque os direitos dos cidadãos de estarem livres”³⁸⁷.

Esta teoria tem nascimento do direito norte-americano, tendo como precedente o caso *Nix v. Williams-Williams II*, em 1984, sendo adotada pelo STJ³⁸⁸.

Há outros limites à prova ilícita por derivação, ainda que não reconhecidas pelos tribunais superiores brasileiro, merecendo referência.

Lima comenta a limitação da mancha purgada, ou vícios sanados ou tinta diluída):

De acordo com essa limitação, não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se onexo causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal. Nesse caso, apesar de já ter havido a contaminação de um determinado meio de prova em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento futuro expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada³⁸⁹.

Giacomolli explica:

Mesmo estabelecido onexo causal entre a ilicitude e a licitude, este vínculo é atenuado ou quebrado pela interferência livre e voluntária de alguém (interceptação telefônica ilegal e posterior depoimento confirmatório ou confissão do suspeito), desde que tenha havido uma advertência qualificada, isto é, ciência da inadmissibilidade da prova anterior³⁹⁰.

³⁸⁶ GOMES FILHO, 1997, p. 268.

³⁸⁷ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**. Buenos Aires: AD-HOC, 2002, p. 79.

³⁸⁸ STJ, HC 52.995/AL.

³⁸⁹ LIMA, 2016, p. 619.

³⁹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39.

A teoria aparece primeiro no caso *Wong Sun v. US*, em 1963.

Outra teoria que apareceu nos EUA, no caso *US v. Leon*, em 1984, mas que não encontra guarida nas decisões brasileiras, é a exceção de boa-fé. Lima comenta:

Deve ser considerada válida a prova obtida com violação a princípios constitucionais, desde que sua obtenção não tenha decorrido da vontade de quem procedeu à investigação, mas sim de uma situação de erro ou ignorância. Os dois critérios para sua aplicação seriam a boa-fé e a crença razoável na legalidade da conduta do agente.

Tavora e Alencar divergem: “a boa-fé, como se conclui, não pode sozinha retirar a ilicitude da prova que foi produzida. A ausência de dolo por parte do agente não ilide a contaminação, posto que é imprescindível não só a boa-fé subjetiva, mas também a objetiva, que é o respeito à lei na produção do manancial probatório”³⁹¹.

Outra limitação no direito norte-americano é a teoria do risco. Silva Junior explica:

O argumento é de que a pessoa que faz, espontaneamente, revelações a respeito de sua participação em eventos ilícitos, assume o risco quanto à documentação do fato por outrem, podendo ser glosado o entendimento na parêmia de que *‘si usted no cuida sua garantias, no pretenda que lo haga um juez’*³⁹².

Ainda que tal teoria não seja adotada explicitamente nos Tribunais pátrios, hoje já se admite o uso de gravações clandestinas ou de imagens de câmeras de segurança.

Vale registrar a teoria sobre o encontro fortuito de provas ou serendipidade. Lima conceitua: “é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação”³⁹³. Tal teoria é muito útil nos casos de interceptação telefônica.

A validade desta prova está ligada a forma como foi realizada a primeira: se regular, sem abuso ou desvio de finalidade, casual, fortuita, será válida; do contrário, será prova ilícita.

³⁹¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2013, p. 400.

³⁹² SILVA JUNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 521-522.

³⁹³ LIMA, 2016, p. 623.

Lopes Jr faz advertência sobre este uso de provas ilícitas:

Trata-se de verdadeira manobra para permitir a entrada das provas ilícitas ao processo, principalmente em relação à atividade policial, merecendo muitas vezes um tratamento não de prova, mas de mero item informativo. Além disso, as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável tendem a mitigar a eficácia da vedação das provas ilícitas, fazendo com o que o princípio da contaminação seja severamente atenuado³⁹⁴.

A proibição do uso de provas ilícitas pode ser relativizada em função do princípio da proporcionalidade, sendo defendida por praticamente toda a doutrina e jurisprudência brasileira. De acordo com essa teoria, “poderiam ser admitidas as provas ilícitas se em confronto com outros interesses preponderantes, permitindo ao julgador a escolha acerca da vedação ou não”³⁹⁵. Capez assinala: “a proibição de provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante”³⁹⁶.

Maior parte da doutrina, considerando que prevalece o *in dubio pro reo* e que a força estatal é bem superior numa lide penal, admite o uso da prova ilícita a favor do réu, quando for o único meio possível para provar a sua inocência ou algum fato importante para a sua defesa. Seria o exemplo do réu que grava clandestinamente uma conversa telefônica, mas que este é o único meio para provar sua candura. Certo que não se pode levar ao extremo de considerar uma prova obtida mediante tortura para inocentar um réu.

Vale o registro feito por Lopes Jr.: “a admissibilidade da prova ilícita *pro reo* não imuniza a prova de sua ilicitude, o que significa dizer que ela continua com a vedação constitucional, não podendo ser utilizada como prova para condenar ou processar um terceiro”³⁹⁷.

Sobre a possibilidade de outros usos da prova ilícita, Greco Filho questiona: “seria possível contrapor-se ao direito individual de intimidade, de integridade da pessoa, entre outros, do direito à segurança coletiva ou de número significativo de pessoas, como por exemplo uma interceptação telefônica não autorizada para evitar

³⁹⁴ LOPES JR., 2004, p. 603.

³⁹⁵ AVOLIO, 2015, p. 60.

³⁹⁶ CAPEZ, 2007, p. 36.

³⁹⁷ LOPES JR., 2004, p. 598.

um atentado terrorista? O tema tem sido discutido em face do ‘*terrorism act*’ norte americano³⁹⁸.

Barbosa Moreira entende que a prova ilícita é admissível também quando servir à acusação (prova ilícita *pro societate*), com fundamento na isonomia e tendo em vista a crescente criminalidade. Destaca o autor:

O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. E fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare a polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o ‘poderoso chefe’ do local.

E prossegue:

A propósito: não merecerá particular reexame a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica – segundo não raro acontece -, a doutrina dos ‘frutos da árvore venenosa’, ainda mais em formulação indiscriminada, nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem? Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ampliarem tal medida, para os infratores atuais e potenciais – sobretudo na área constantemente em expansão, da ‘criminalidade organizada’ -, a perspectiva de escapar às sanções cominadas em lei acaso contribuirá para satisfazer o generalizado clamor contra a impunidade, vista por tantos, com razões ponderáveis (e descontados alguns acessos de paranoia), qual fator relevante na aceleração do ritmo em que vai baixando o nível ético dos nossos costumes, políticos e outros? Devemos confessar de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma nova escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico – combate que, diga-se de passagem, é também um valor constitucional, conforme ressalta da inclusão do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins’ entre os ‘crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia³⁹⁹.

De toda sorte, não é a posição majoritária.

³⁹⁸ GRECO FILHO, 2007, p. 113.

³⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense, v. 337, p. 134.

Em qualquer caso, tal relativização deve ser ponderada e razoável. Lopes Jr. destaca: “É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais”⁴⁰⁰. E Avolio conclui: ““A teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato”⁴⁰¹.

Terminada a parte da teoria geral da prova no processo penal, vejamos as principais alterações neste tópico, no Novo CPP debatido na Câmara dos Deputados.

4 – AS ALTERAÇÕES NA TEORIA GERAL DA PROVA NO PL. 8045/10, O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Após termos discorrido sobre a comissão especial na Câmara dos Deputados que debate o PL 8045/10, o Novo CPP, e a parte da teoria geral da prova no processo penal, podemos dissertar sobre as alterações, em concreto, propostas nestes dispositivos da teoria geral da prova, no referido projeto.

Dentre as tantas mudanças substanciais que temos neste projeto de Código, a parte das provas é quem melhor reflete o modelo acusatório, escolhido pela Constituição Federal, mas nunca plenamente adotado na legislação vigente. Nesta proposição legislativa, o conceito de prova está intrinsecamente ligado ao contraditório judicial.

Pela proposta de anteprojeto elaborada pela comissão de juristas, são alteradas as regras sobre ônus da prova, iniciativa probatória do juiz, admissão das provas, uso das provas ilícitas, o convencimento do juiz e da prova emprestada. É o Título VIII do Livro I, do referido projeto; especificamente, o Capítulo I, das disposições gerais; dos artigos 165 a 169, da proposição. Percebe-se que a revisão destes dispositivos é indispensável para a superação do modelo inquisitivo.

⁴⁰⁰ LOPES JR, op. Cit., p. 596.

⁴⁰¹ AVOLIO, 2015, p. 65.

E registre-se: em todos os dispositivos tivemos propostas de alteração legislativa, apesar da minirreforma de 2008. O que só reforça a necessidade de adequar o CPP ao sistema acusatório.

Para melhor alcançar o objetivo desejado, e demonstrar as alterações conceituais na parte geral das provas, necessário que analisemos a atual redação vigente do dispositivo, a proposta do anteprojeto da comissão de juristas elaboradas para iniciar o processo legislativo no Senado (PLS 156/09), o texto aprovado no Senado e encaminhado à Câmara (o PL 8045/10) e, por fim, o texto substitutivo apresentado na comissão especial da Câmara dos Deputados.

É válido ainda justificar as sugestões apresentadas na comissão, a análise da jurisprudência, bem como o posicionamento da doutrina pátria, em cada assunto específico.

Destaca-se que até o momento, dezembro de 2017, a referida proposta legislativa não foi apreciada definitivamente pelo plenário da Câmara, sendo considerado o substitutivo apresentado pelo sub-relator, assim, a última manifestação do Legislativo sobre o tema, o alvo do presente estudo.

No anexo I, podemos ver o quadro comparativo com as diferenças entre a legislação vigente, o anteprojeto da comissão de juristas, o texto aprovado no Senado e o substitutivo da comissão especial na Câmara.

Da análise do quadro, podemos perceber a evolução das propostas, o nascer e fluir da norma, cada mudança pontual, a partir do debate político, sempre com o objetivo de efetivar o sistema acusatório, mas combinando com as alterações políticas indispensáveis para garantir a aprovação do projeto, construindo maioria, legitimando o resultado porvir, evitando que seja mais um anteprojeto de código de processo penal inconcluso.

Passemos a discorrer sobre cada ponto alterado, começando pelo ônus da prova.

4.1 Ônus da Prova

A parte inicial do caput do artigo 156, do CPP, dispõe: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”. O art. 165 do PLS 156/09 propôs a alteração na ordem da oração: “As provas serão propostas pelas partes”, numa redação mais clara e direta. Tal texto foi aprovado no Senado.

O objetivo é deixar ainda mais evidente o papel que cada sujeito desempenha no processo.

Cabem às partes provar as suas alegações, juntando documentos, arrolando testemunhas, solicitando perícias, etc. atribuição ainda mais específica ao Ministério Público, na medida em que a dúvida favorece a defesa.

Significa, em especial, que o juiz não pode e não deve chamar para si a responsabilidade da produção da prova. O juiz atua como árbitro, não como jogador, independente que o resultado seja imprevisível e possa beneficiar ora a acusação ou ora a defesa. Esta é uma característica óbvia do sistema acusatório, separação das funções de cada sujeito no processo.

Na etapa da Câmara, sugestão recebida do MPF nesta seara foi para substituir a expressão “serão propostas” por “serão requeridas”. E justificou: “as partes não propõem e sim requerem a produção de provas ao juiz, daí a redação sugerida ser mais adequada tecnicamente”⁴⁰². Até porque ao juiz cabe a sua admissão ou não, como posteriormente será explicado.

A sugestão foi acatada e o texto final no substitutivo ficou: “Art. 165. As provas serão requeridas pelas partes”.

4.2 Iniciativa probatória do Juiz

No ordenamento jurídico vigente, o juiz pode, de ofício, em casos excepcionais, produzir prova. É o que se deduz das alíneas do artigo 156 do CPP: antes de iniciada a ação penal cabe a prova antecipada e, no curso do processo, realizar diligência para dirimir dúvida relevante. Sem dúvida um dos principais traços do sistema inquisitório.

⁴⁰²Disponível em <http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/sugest%C3%B5esde1a70.pdf>. Acesso em: dezembro 2017.

Este é um dos principais pontos alterados no novo CPP, garantindo a efetiva imparcialidade, colocando o juiz como supra partes. Por obvio o juiz não está proibido de atuar, mas deve necessariamente ser provocado.

Em relação a prova antecipada, a proposta do PLS 156/09 do Senado foi revogar tal possibilidade. Não cabe ao juiz, de ofício, decidir se há provas indispensáveis, urgente e relevantes, antes mesmo de se instaurar a ação penal. Tal revogação foi mantida no texto da Câmara.

Em relação ao outro inciso do art. 156 do CPP, segue o texto vigente: “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Inciso acrescido pela Lei nº 11.690, de 9/6/2008”. Para cá, a opção da comissão de juristas foi bem diferente, senão vejamos: “Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º”.

Agora, o juiz não agirá de ofício, mas apenas residualmente e sobre o que já foi constituído, tendo caráter supletivo, visto que a prova não veio do juiz, evitando a substituição indevida da atuação do órgão acusatório.

Por fim, registre-se que, na Câmara, ainda houve uma mudança de texto, ficando a seguinte redação, no parágrafo único do art. 165: “Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligência para esclarecer dúvida sobre prova requerida e produzida por qualquer das partes”.

4.3 Admissão de provas

Logo após deixar claro que o papel do juiz não é produzir prova, fica evidente que lhe cabe filtrar as provas requeridas pelas partes. E agora haverá previsão legal explícita, no capítulo apropriado das Provas para tanto.

Não é porque a prova é um direito das partes que não cabe controle judicial para coibir os desvios e os abusos processuais.

Atualmente, a previsão legal que resguarda tal admissão está no art. 400, §1º: “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.

Este texto foi apresentado pela comissão de juristas no Senado, no capítulo próprio das provas, da seguinte forma: “Art. 163. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes ou irrelevantes”. Entretanto, aqui, a proposta não contemplava as provas eminentemente protelatórias, que fere inclusive a duração razoável do processo.

Tal omissão foi sanada e inserida nas fases de discussão na própria Casa Alta. Texto que foi levemente adaptado na comissão especial da Câmara: “Art. 166. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as impertinentes, irrelevantes e manifestamente protelatórias”.

Em todos os casos, mantem-se a inadmissão das provas ilegais, por conta de previsão constitucional, como será relatado posteriormente.

Outro ponto inalterado diz respeito ao antigo art. 155, que define que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. Texto aprovado no último momento é absolutamente similar.

Dentre as sugestões recebidas, destaco a do prof. Streck:

Quando a prova será manifestamente impertinente, irrelevante ou protelatória? O processo é um direito da parte que busca exatamente disciplinar a atividade judicial. Proposta a prova na forma adequada e no prazo correto, como regra não caberá ao juiz indeferi-la, pelas seguintes razões: Primeiro, caso assim o faça estará partindo, unicamente, de seu juízo subjetivo, para considerá-la impertinente ou irrelevante. Segundo, a prova - considerada desnecessária por um juiz - pode ser importante para a análise do tribunal. É comum que elementos probatórios desconsiderados pelo juiz de primeiro grau ganhem relevância no julgamento do recurso. Terceiro, ao agir dessa forma o juiz estará inclusive afastando a sua imparcialidade na demanda, informando que, sobre aquele ponto, já se decidiu. Assim, entende-se que deve ser prevista que a decisão de indeferimento seja fundamentada/justificada com todos os detalhes, além de passar pelo contraditório e ampla defesa⁴⁰³.

⁴⁰³ Disponível em <http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/sugest%C3%B5esde1a70.pdf>, p. 275. Acesso em: dezembro 2017.

A sugestão não foi acolhida, apesar de correta, por já ser mandamento constitucional decorrente do princípio da publicidade e motivação das decisões judiciais.

4.4 Provas ilícitas

Por conta da previsão constitucional da proibição do uso de provas ilícitas no processo penal, a comissão de juristas apresentou ao Senado o seguinte texto sobre prova ilícita: “São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos”. A proposta foi alvo de severas críticas, por seu caráter absolutamente refratário ao uso de qualquer prova ilícita.

Tavares comentou:

Acredita-se que a total inadmissibilidade das provas ilícitas assim como prevê o anteprojeto renega todo o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial e, revoga a recente reforma parcial do Código de Processo Penal ainda em vigor⁴⁰⁴.

Segundo Costa (2006, apud Mattos):

Em direito, a melhor é a não determinação de regras inflexíveis e apriorísticas, tendo em vista que, em cada caso concreto, um princípio pode ter valor maior que o outro. É importante, pois, realçar o caráter relativo do comando constitucional que determina a inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas. Nesse sentido, a vedação constitucional deve ser interpretada de forma a permitir alguma forma de abrandamento⁴⁰⁵.

Pelo texto apresentado, não poderia falar em princípio da proporcionalidade, nem tampouco tratar das *exclusionary rules*.

O Senado alterou o texto no PLS 156/09: “art. 167 - São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos e as delas derivadas”. Neste caso, ainda recaiam alguns problemas. Notadamente dois: ausência de definições legais do que seriam a prova ilícita e as delas derivadas. Tal trabalho ficaria exclusivamente para a jurisprudência. O que não é o melhor caminho.

⁴⁰⁴ TAVARES, Fernando Horta *et alii*. **As provas ilícitas no processo penal: avanços e retrocessos**. Pag. 21.

⁴⁰⁵ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. **Apontamentos críticos à ponderação de valores adotada pelo Supremo Tribunal Federal**. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 116.

Takayanagi discorre:

O legislador infraconstitucional não somente excluiu o conceito amplo de “prova ilícita” trazido pela Lei 11.690/08, como também sequer fez menção à aplicação de qualquer das exceções às provas ilícitas por derivação (...). Enfim, o enunciado normativo é diminuto e retrógrado. Esperamos que esse texto ainda sofra muitas modificações⁴⁰⁶.

A opção adotada na Câmara então foi manter a essência do texto introduzido pela minirreforma de 2008, com alguns acréscimos:

Art. 167. É inadmissível a prova ilícita, assim entendida aquela obtida em violação a direito ou garantia constitucional ou legal.

§ 1º É inadmissível a prova derivada da prova ilícita, salvo quando:

- I – não evidenciado o nexo de causalidade entre ambas;
- II – a prova derivada puder ser obtida por fonte independente, assim entendida a que não possuir vinculação com a prova ilícita;
- III – a prova derivada seria inevitavelmente obtida seguindo-se os trâmites próprios da investigação criminal ou instrução processual⁴⁰⁷.

Tal texto proposto conceitua o que seria prova ilícita, corrige a definição de fonte independente, que no texto em vigor confunde-se com a descoberta inevitável e acresce, para deixar ainda mais claro que não se considera prova derivada quando não há nexo de causalidades entre ambas.

Como registro vale mencionar a emenda sugerida pela Associação Nacional dos membros do Ministério Público:

§ 1º. Exclui-se a ilicitude da prova quando:

- I - Não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas;
- II - as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da Investigação ou instrução criminal, ser/a capaz de conduz/r ao fato objeto da prova;
- III- o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou crer que a diligência estava legalmente amparada;
- IV - A relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação;

⁴⁰⁶ TAKAYANAGI, 2014, p. 153.

⁴⁰⁷ Disponível em

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=66B077EBE1B672805924BD27AF9B8E47.proposicoesWebExterno1?codteor=1574897&filename=PRP+3+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010, pag. 131. Acesso em: dezembro 2017.

V - Derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé;

VI - Obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento do dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência;

VII - usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena;

VIII- necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena;

IX - Obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público;

X - obtida por boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados⁴⁰⁸.

Tal emenda não foi acatada na comissão.

Por fim, vale destacar a nova redação sugerida no Senado e mantida na Câmara, para o desentranhamento da prova considerada ilícita: “§ 2º A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório”.

4.5 Convencimento do Juiz

O princípio do livre convencimento do juiz foi acolhido desde o art. 165, do PLS 156/09, no Senado. A persuasão do magistrado deve vir das provas colhidas sob a égide do contraditório. O texto garante ao juiz liberdade para analisar as provas, o que é princípio materialmente constitucional.

E aqui repousa uma diferença em relação ao texto vigente: atualmente, proíbe-se que o juiz use exclusivamente provas indiciária para fundamentar sua decisão, ainda que com isso permita o seu uso lateralmente. Agora, apenas as provas produzidas sob o contraditório. O projeto objetiva desenraizar a possibilidade

⁴⁰⁸ Disponível em <http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/sugest%C3%B5esde1a70.pdf>, p. 398. Acesso em: dezembro 2017.

de aproveitamento de elementos da investigação na fundamentação de uma condenação, respeitadas as exceções já citadas. Gomes Filho explica:

Desde logo, na sua primeira parte, o art. 165 da recente proposta legislativa declara que “o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial...”. Circunscreve-se, pois, o material decisório à disposição do julgador aos dados objetivos que tiveram ingresso no processo com a participação e o controle das partes. São excluídas, em consequência, quaisquer informações outras a que possa eventualmente ter acesso o juiz, seja porque decorrem de seu conhecimento privado, seja porque obtidas em procedimentos prévios em que não esteja assegurado plenamente o contraditório⁴⁰⁹.

Além disso, a parte final do caput do art. 165 submete-se ao princípio da indispensável fundamentação das decisões judiciais, como consagrado no art. 93, IX, da CF.

Uma diferença entre o texto do senado e da câmara. No primeiro, suprimiu-se o uso das provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas. Foi reinserido. Dispositivo ficou assim: “Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas”.

Um segundo ponto divergente entre o posicionamento das duas Casas no Congresso Nacional está no art. 168, §1º. No Senado, tratava da regra que a existência de um fato não podia ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes. Na Câmara a mudança ocorreu: não devemos reduzir apenas aos indícios, mas sim a todas as provas indiretas. Além disso, não importa a gravidade do indicio ou da prova indireta, como previsto inicialmente, mas sim da sua corroboração pelo restante do conjunto probatório produzido em juízo.

Por fim, acrescentou-se dispositivo exigindo outros elementos de prova para corroborar declarações de coautor ou participe. Tal previsão é válida em tempos de proliferação de delações premiadas.

⁴⁰⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O livre convencimento do juiz no projeto de código e processo penal: primeiras anotações**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 200, p. 08-09, julho 2009.

4.6 Prova emprestada

Apesar de não constar inicialmente na proposta da comissão de juristas do Senado, a prova emprestada foi regulamentada no Novo CPP, superando esta omissão em relação ao CPP vigente. O projeto de lei em debate tem o mérito de tipificar a prova emprestada, admitindo sua existência, consagrando, assim, doutrina e jurisprudência sobre a matéria.

Para tanto, faz-se necessário cumprir dois requisitos cumulativos: a prova tem que ter sido produzida em processo judicial ou administrativo que trate dos mesmos fatos apurados na persecução penal; e que no processo de origem, tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada. Isto para satisfazer o sistema acusatório e, especialmente, a ampla defesa, garantindo maior celeridade processual.

Dois pontos ainda merecem reparos: um, deveria ser permitido o uso da prova emprestada produzida em processo judicial ou extrajudicial, e não apenas em judicial e administrativo, como previsto, até porque esta amplitude daria maior celeridade ao processo e maior aproveitamento do uso da prova, exigindo-se sempre o contraditório prévio; dois, quando da oportunidade de intimação da parte contrária (art. 169, §2º) para se manifestar, deveria antes abrir para a parte envolvida, pra ter certeza que o traslado ocorreu adequadamente etc.

De toda forma, é mais uma inovação no Novo CPP, conjugando entendimento doutrinário com jurisprudencial, modernizando o código, com a preocupação de dar maior celeridade processual e, o mais importante, numa lógica de um sistema acusatório, como prevê a nossa Constituição Federal.

5 – CONCLUSÃO

Como vimos, o Código de Processo Penal de 1941 está ultrapassado, segue o modelo inquisitivo em vários dispositivos, contrariando o espírito acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988 e, por isso, é mais do que necessária a edição de um Novo CPP.

Contudo, várias tentativas foram feitas. No âmbito do Congresso Nacional já foram constituídas 07 comissões especiais, para este fim, sem que o trabalho de nenhuma tenha se convertido em um novo código.

Para superar este quadro, nova comissão de juristas foi criada com este objetivo, apresentando, em 2009, o anteprojeto de novo CPP, enumerado como PLS 156/09 no Senado Federal. Após intensa discussão, o projeto foi aprovado no Senado em 2010 e encaminhado à Câmara, onde recebeu a numeração PL 8045/10.

O projeto ficou um longo período sem andamento na Câmara. Apenas em 2015, foi criada a comissão especial para debatê-lo, sendo instalada somente no ano seguinte.

Apesar do atraso inicial, a comissão especial deflagrou a etapa de debates realizando audiências públicas e conferências regionais, além de ter recebido diversas sugestões de emendas e promovido o apensamento de inúmeros projetos relacionados ao Código.

Na audiência pública temática sobre provas, as intervenções eram sempre na direção de garantir a implantação efetiva do sistema processual acusatório.

Após discorrer sobre o andamento do processo legislativo, falamos sobre a teoria geral da prova.

Indispensável que iniciássemos pelos sistemas processuais, destacando o sistema inquisitivo, o acusatório, o modelo misto francês, mostrássemos o quanto a forma de governo influencia o tipo de processo penal de dada sociedade e, por fim, analisamos o modelo brasileiro, constitucionalmente acusatório, mas com resquícios inquisitoriais.

Sobre provas, começamos pela conceituação, sua terminologia, dentre tantos significados possíveis, destacamos o direito à prova, cabendo a parte produzi-la e cabendo ao juiz, necessariamente, apreciá-la.

Ao tratarmos das especificidades, destacamos sua forma, elementos, objeto, finalidade, fontes, meios de obtenção, admissibilidade, momento e resultado, sempre à luz da legislação vigente. Também relacionamos as várias classificações existentes.

Discorremos sobre o ônus da prova, a impossibilidade de sua inversão, a iniciativa probatória do juiz, com o devido cuidado para que o mesmo não se transforme jogador, perdendo a sua imparcialidade e ferindo a regra básica do modelo acusatório, a diferenciação das pessoas que acusa e que julga.

Tratamos do sistema de avaliação da prova e da busca da verdade no processo, não a verdade material, mas a verdade processual.

Quanto à prova ilícita, exploramos seu conceito, suas origens, suas exceções e a consequência em caso de inadmissibilidade, ou seja, o seu desentranhamento.

Na parte final, analisamos cada alteração na teoria geral da prova, quer no Senado, quer na comissão especial da Câmara.

Quanto ao ônus da prova, ficou claro que as partes requerem as provas ao juiz. Em relação a iniciativa probatória do juiz, tentou-se retirar toda a participação do julgador da etapa da instrução. No sistema acusatório, esse papel é das partes. Restou apenas a possibilidade do magistrado revisitar alguma prova, em caso de dúvida; mas sobre prova já produzida pelas partes, dando um caráter supletivo, complementar.

O PL 8045/10 ainda regulamenta expressamente o rito de admissão de provas, que permite ao magistrado indeferir provas vedadas por lei, impertinentes, irrelevantes ou manifestamente protelatórias.

Sobre prova ilícita, o texto apresentado pela comissão de juristas proibia toda e qualquer prova ilícita. Esta hipótese incluiria inclusive aquelas para beneficiar o réu. Este entendimento foi superado no plenário do Senado.

Na redação adotada pelo Senado, previu-se que a prova ilícita e as dela derivadas seriam inadmissíveis, mas o texto omitiu o conceito destas, o que ficaria para a jurisprudência fazê-lo, que não é a melhor alternativa. Em se tratando de prova, estas definições devem constar já na lei. Foi a alteração adotada na comissão especial da Câmara.

Diante deste impasse, resolveu-se manter o texto vigente alterado em 2008, com correções de definições sobre fonte independente, ausência de nexo de causalidade e descoberta inevitável, sempre conceituadas na lei.

Quanto ao convencimento do juiz, ficou estabelecido que ele tem liberdade para valorar as provas produzidas sob o manto do contraditório, ficando obrigado ainda à devida fundamentação. Sobre uso de provas indícios e outras provas indiretas, apenas se elas estiverem corroboradas pelo conjunto probatório produzido em juízo. O mesmo valendo para a declaração de coautor, participe ou, até mesmo, delator.

Em relação a prova emprestada, ocorreu a regulamentação, reconhecendo o entendimento já estabelecido pela doutrina e jurisprudência. Registre-se que para transpor uma prova emprestada é indispensável que sejam as mesmas partes e fatos e que a prova a ser emprestada tenha sido colhida sob o manto do contraditório.

Percebe-se, pois, que as propostas de alterações em todos os dispositivos que tratam da teoria geral da prova são um atestado de atraso e superação do código vigente. Além do mais, as mudanças caminham na direção de fortalecer ainda mais o sistema acusatório, conforme o desejo da Constituição Federal.

Certo que o presente estudo pode influenciar diretamente os trabalhos da comissão especial, para garantir que teremos um novo Código, não qualquer um, mas em consonância com a Carta Magna.

6 – REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Joao Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901.

AQUINO, Jose Carlos G. Xavier. **A prova testemunhal no processo brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1987.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

_____. **Princípios do processo penal**. Jus navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/1>. Acesso em novembro 2017.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 6 ed. Madrid: Thompson Reuters, 2011.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Enciclopedia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal para concursos públicos**. 4 ed. São Paulo: Método, 2008.

ÁVILA, Thiago Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. Ed. rev. Atual. E ampli. São Paulo: Editora RT, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Onus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Processo Penal**. 4. Ed. rev. Atual. E ampli – São Paulo: RT, 2016.

_____. **Provas atípicas e anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser**

testemunha. In YARSHELL, Flavio Luís (org.) estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal.** – Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

BARROS, Adhemar de. **A investigação criminosa da prova.** RT 504/291.

BARROS, Ivone da Silva. **A identidade física do juiz no processo penal brasileiro.** São Paulo, 2008.

BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal.** São Paulo: RT, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2 ed. Trad. Cretella Jr. E Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdade em el derecho.** 2ed. Madri: Marcial Pons, 2005.

BENTHAM, Jermías. **Tratado de las pruebas judiciales.** Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971, t. II.

BIANCHINI, Alice. **Verdade real e verossimilhança fática.** Boletim IBCCrim n. 67, junho/1998.

BINDER, Alberto. **Descumprimento das formas processuais.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

BOFF, Leonardo. **Inquisicao: um espirito que continua a existir.** In Directorium Inquisitorum Manual dos Inquisidores. Nicolau Eymerich. 2 ed. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2003.

CALAMANDREI. **Instituzione di diritto processuale civile,** in Opere Giuridiche. Napoles: Morano. 1970.

_____. **Processo e democrazia,** 1960.

_____. **Verità e verosimiglianza nel processo civile,** In: Opere giuriche. Napoli: Morano, 1972, v. 5, p. 616, apud GOMES FILHO, 1997.

CAMBI, Eduardo. **Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008**. In Revista de Processo nº 167. Ano 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2009.

_____. **Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista**. In: Revista de processo, n. 96. São Paulo: RT, out-dez/1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2ed. São Paulo: Pillares, 2009.

_____. **Questioni sul processo penale**. Bolonha: Zuffi, 1950.

_____. **Verdade, dúvida e certeza**. Trad. Eduardo Cambi. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 9, p. 606-609, jul/set. 1998.

CARRARA, Francesco. **A prova segundo carrara**. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual penal, ano IV, n. 20, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CARVALHO, Salo. **Penas e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

CASAGRANDE, Renato. **A urgência de um novo Código de Processo Penal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho/set. 2009.

COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Fundacao Escola Superior do MP, 1996.

CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 3ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

CORDEIRO, Franco. **Guida alla Procedura Penal**. Torino, Utet, 1986.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 42-45

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às Reformas Processuais**. In: WUNDERLICH, Alexandre

(org.). **Escritos de Direito Processual Penal em Homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In **Revista de estudos criminais**, Porto alegre, Nota Dez editora, n.º 01, 2001.

_____. **O papel do juiz no processo penal**. In *Crítica à Teoria geral do Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 46. N. 183. Jul.set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**, Bauru: Edipro, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Ed. RT, 1991.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As logicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DAMASKA, Mirjan. **Il diritto delle prove ala deriva**. Bologna: Il Mulino, 2003.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. 7 ed. Trad, Erico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Millenium Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, vol. I.

Dicionario Housaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: editora objetiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, 5ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III.

DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Comentários al Código Civil y compilaciones forales**. Tomo XVI. Vol. 2º. Coord. Manuel Albaladejo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de La Prueba Judicial**, Tomo I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

ESTRAMPEZ, Manuel Miranda. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. Barcelona: JMB, 1999.

_____. **La mínima actividad probatória em el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1997.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2008.

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

_____. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance e outros. **Provas no processo penal – estudo comparado**. São Paulo : Saraiva, 2011.

FERNANDEZ, Sergi Guasch. **El hecho y el derecho em la casación civil**. Barcelona: Bosch, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 2ª edição. São Paulo: revista dos tribunais. 2006.

FERRAZ JR., Tercio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1983.

FONSECA, Tiago Moura. **As provas obtidas ilicitamente no processo penal: provas ilícitas a favor da acusação sob a ótica do princípio da proporcionalidade-razoabilidade**. 2009. Monografia – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad, Raquel Ramalhete. 22 ed. Petropolis: Vozes, 2000.

FRAGOSO, Heleno. **Direitos Humanos e Justiça Criminal**. IBCCRIM, n. 150. Maio, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal** – introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

_____. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

_____. **Teoría general del proceso**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

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

_____. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. In YARSHELL, Flavio Luis (org.) estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. **O livre convencimento do juiz no projeto de código e processo penal: primeiras anotações**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 200, julho 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro**, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 65, 2007.

GÖSSEL, Karl Heinz. **El derecho procesal penal – obras completas**. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

GRECO, Leonardo. **A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil**. In: Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. **Instituições de Processo Civil**, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Provas ilícitas, ônus da prova e constituição**. In Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo à luz da Constituição Federal. Salvador: Edições Podium, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXIX, n. 68 – janeiro/junho de 1999.

_____. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **Novas tendências do direito processual**. São Paulo: Forense universitário, 1990.

_____. **O processo em evolução**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Prova emprestada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 4, out. 1993.

GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**. Buenos Aires: AD-HOC, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: revista e atualizada**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LARONGA, Antônio. **Le prove atipiche nel processo penale**. Padova: Cedam, 2002.

LEITE, Ricardo. **Projeto do novo Código de Processo Penal é desconectado da realidade**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/ricardo-leite-projeto-cpp-desconectado-realidade>. Acesso em novembro 2017.

LEONE, Giovanni. **Appunti sul Problema della Prova nel Processo Penale, in Studi in Memoria di Filippo Grispigni**, 1956.

LIMA, Marcellus. **Código penal, Código de processo penal e leis especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. Ed. rev., ampl e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3.ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

_____. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Novo Código de Processo Penal é necessário, mas não qualquer um**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/limite-penal-codigo-processo-penal-necessario-nao-qualquer>. Acesso em novembro 2017.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: Tomo I: Fundamentos. 2. Ed. 1. Reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.

MALAN, Diogo R. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2013.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo III. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1970.

MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Lerner Ediciones, 2ª ed., tomo I, 1969

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. II. Atualização: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. 3.ª ed. Campinas: Millennium, 2009.

_____. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: editora Saraiva, 1980, vol. 1.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. **Apontamentos críticos à ponderação de valores adotada pelo Supremo Tribunal Federal**. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MENDES. João de Castro. **Do Conceito de Prova**. Lisboa: Ática, 1961.

MENDES, Paulo de Sousa. **As Proibições de Prova no Processo Penal**. Separata de Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coimbra, Almedina, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

MENDONÇA, Eduardo Prado de. **O mundo precisa de filosofia**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Agir, 1991.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Código de Processo Penal interpretado**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Herberth wuntzel Heinrich. 2. Ed. São Paulo: Bookseller, 2004.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, Joao Batista. **Da prova penal**. 2 ed. São Paulo: Copola, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense, v. 337.

_____. **A garanta do contraditório na atividade de instrução**. In Temas de Direito Processual. Terceira série. São Paulo, 1984.

_____. **Alguns Problemas Atuais da Prova Civil**. In Temas de Direito Processual, Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

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

NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLMEDO, Jorge A. Clariá. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Ediar, 1960. V1.

PASCOAL, Jorge Coutinho. **Da (des)necessidade de um Novo Código de Processo Penal**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/backup/da-desnecessidade-de-um-novo-codigo-de-processo-penal-por-jorge-coutinho-paschoal/>. Acesso em novembro 2017.

PRADO, Gerlado. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **O garantismo penal e o aditamento da denúncia**. Disponível em www.humbertodalla.pro.br. Acesso em: dezembro 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2003.

SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juenil Antônio dos. **Verdade e ideologia no procedimento da mutatio libelli no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1966. V. 1.

SARACENO, Pasquale. **La decisione sul fatto incerto nel processo penale**. Milao: CEDAM, 1940.

SENTIS MELENDO, Santiago. **In dubio pro reo**. Buenos Aires: Ejea, 1971.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 18ª ed.

SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**, vol. II, 3ª edição. Verbo, 2002.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIRACUSANO, Delfino. **Le Prove**, In Siracusano, D.; Galati, A.; Tranchina, G.; Zappalà, E.; Diritto processuale penale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. I.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuj. **Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise da jurisprudência após a reforma da lei 11.690/08**. São Paulo, 2014.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução Joao Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TAVARES, Fernando Horta *et alii*. **As provas ilícitas no processo penal: avanços e retrocessos**.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2013.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2006.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGUI, Helio Bastos. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Instituições de Processo Penal. v. IV**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TORMINA, Carlo. **Il regime della prova nel processo penale**. Torino: G. Giappichelli, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Processo Penal**. Vol. 1. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TROCKER. **Processo civile e costituzione**. Milao, 1974.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Teoria do direito processual penal**. São Paulo: RT, 2002.

UBERTIS, Giulio. **Giusto processo e contraddittorio in ambito penale**. Milano: Giuffre, 2006.

VARELA; Antunes; BEZERRA, J, Miguel; NORA, Sampaio e – **Manual de Processo Civil**, 2ª edição. Coimbra Editora, 1985.

VICENTE FILHO, Greco. **Manual de processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

VOLTAIRE, **Comentario al libro: De los delitos y de las penas**, em apêndice a C. Beccaria, De Los delitos y de las penas, trad. De J. A. De Las Casas, Alianza Editorial, Madri, 1968.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3ed . São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

7 – ANEXOS

QUADRO COMPARATIVO

| | | | |
|--|---|---|---|
| <p>DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941</p> | <p>PLS 156, de 2009 (Anteprojeto da Comissão de Juristas iniciado no Senado Federal)</p> | <p>PROJETO DE LEI Nº 8.045, de 2010 (Substitutivo do PLS 156/09 remetido à Câmara dos Deputados)</p> | <p>SUBST. RELAT-PARCIAL DEP. RUBENS PEREIRA JÚNIOR</p> |
| <p><i>Código de Processo Penal.</i></p> | <p>Código de Processo Penal.</p> | <p>Código de Processo Penal.</p> | <p>Código de Processo Penal.</p> |
| <p>O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei:</p> | <p>O CONGRESSO NACIONAL decreta:</p> | <p>O CONGRESSO NACIONAL decreta:</p> | <p>O CONGRESSO NACIONAL decreta:</p> |
| <p>(inexistente)</p> | <p>(inexistente)</p> | <p>(inexistente)</p> | <p>PARTE GERAL</p> |

(...)

| | | | |
|---|--|---|---|
| TÍTULO VII | TÍTULO VIII | TÍTULO VIII | LIVRO IX |
| DA PROVA | DA PROVA | DA PROVA | DA PROVA |
| CAPÍTULO I | CAPÍTULO I | CAPÍTULO I | TÍTULO I |
| DISPOSIÇÕES GERAIS | DISPOSIÇÕES GERAIS | DISPOSIÇÕES GERAIS | DISPOSIÇÕES GERAIS |
| Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 11.690, de 9/6/2008) | Art. 162. As provas serão propostas pelas partes. | Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. | Art. 165. As provas serão requeridas pelas partes. |
| [art. 156 II] - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Inciso acrescido pela Lei nº 11.690, de | Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º. | Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes. | Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligência para esclarecer dúvida sobre prova requerida e produzida por |

| | | | |
|---|--|---|--|
| <p>9/6/2008)</p> <p>[art. 156 I] - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Inciso acrescido pela Lei nº 11.690, de 9/6/2008)</p> | <p>(não incorporado)</p> | <p>(não incorporado)</p> | <p>qualquer das partes.</p> <p>(não incorporado)</p> |
| <p>(inexistente)</p> | <p>Art. 163. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes ou irrelevantes.</p> | <p>Art. 166. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias.</p> | <p>Art. 166. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as impertinentes, irrelevantes e manifestamente protelatórias.</p> |

| | | | |
|--|---|---|---|
| <p>[art. 155 Parágrafo único.] Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 11.690, de 9/6/2008)</p> | <p>Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.</p> | <p>Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.</p> | <p>Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.</p> |
| <p>Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 11.690, de 9/6/200)</p> <p>[art. 157 § 1º] São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não</p> | <p>Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.</p> <p>(não incorporado)</p> | <p>Art. 167. São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos e as delas derivadas.</p> <p>(não incorporado)</p> | <p>Art. 167. É inadmissível a prova ilícita, assim entendida aquela obtida em violação a direito ou garantia constitucional ou legal.</p> <p>§ 1º É inadmissível a prova derivada da prova ilícita, salvo quando:</p> |

evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 11.690, de 9/6/2008)

[art. 157 § 2º] Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 11.690, de 9/6/2008)

[art. 157 § 3º] Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial,

(não incorporado)

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em

(não incorporado)

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em

I – não evidenciado o nexo de causalidade entre ambas;

II – a prova derivada puder ser obtida por fonte independente, assim entendida a que não possuir vinculação com a prova ilícita;

III – a prova derivada seria inevitavelmente obtida seguindo-se os trâmites próprios da investigação criminal ou instrução processual.

§ 2º A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em

| | | | |
|--|--|---|---|
| <p>facultado às partes acompanhar o incidente. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 11.690, de 9/6/2008)</p> | <p>cartório.</p> | <p>cartório.</p> | <p>cartório.</p> |
| <p>Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 11.690, de 9/6/2008)</p> | <p>Art. 165. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados.</p> | <p>Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.</p> | <p>Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.</p> |
| <p>(inexistente)</p> | <p>§1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.</p> | <p>§ 1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.</p> | <p>§ 1º A existência de um fato pode ser inferida apenas de provas indiretas, exigindo-se, porém, que tal conclusão seja lastreada no conjunto</p> |

| | | | |
|---------------|--|--|---|
| (inexistente) | §2º As declarações do co-autor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade. | § 2º As declarações do coautor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova colhidos em juízo que atestem sua credibilidade. | probatório produzido em juízo. § 2º As declarações do coautor ou partícipe na mesma infração penal necessitam ser confirmadas por outros elementos de prova, colhidos em juízo, que atestem sua credibilidade. |
| (inexistente) | (inexistente) | Art. 169. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada. | Art. 169. Admite-se a utilização da prova emprestada na persecução penal quando presentes cumulativamente os seguintes requisitos: |
| (inexistente) | (inexistente) | (inexistente) | I – produzida em processo judicial ou administrativo que trate dos mesmos fatos |

| | | | |
|---------------|---------------|---|--|
| (inexistente) | (inexistente) | (inexistente) | apurados na persecução penal; |
| (inexistente) | (inexistente) | § 1º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada. | II – que, no processo de origem, tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada. § 1º Deferido o requerimento, o juiz requisitará à autoridade responsável pelo processo em que foi produzida o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada. |
| (inexistente) | (inexistente) | § 2º Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar. | § 2º Após a juntada, a parte contrária será intimada para se manifestar no prazo de três dias, sendo admitida a produção de prova complementar. |