

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**DIREITO À PROVA COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL**

KATHARINA GOMES ROSA

**RIO DE JANEIRO
2017**

KATHARINA GOMES ROSA

**DIREITO À PROVA COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Monografia final de curso elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Mestre Rodrigo Machado Gonçalves

RIO DE JANEIRO
2017

CIP - Catalogação na Publicação

RR788d Rosa, Katharina Gomes
a) Direito à prova como instrumento garantidor do
devido processo legal / Katharina Gomes Rosa. --
Rio de Janeiro, 2017.
50 f.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

← Processo Penal. 2. prova no processo penal.
b) Devido processo legal. I. Gonçalves, Rodrigo
Machado, orient. II. Título.

KATHARINA GOMES ROSA

**DIREITO À PROVA COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL**

Monografia final de curso elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Mestre Rodrigo Machado Gonçalves

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da banca

Membro da banca

RIO DE JANEIRO
2017

AGRADECIMENTO

Neste momento de suma importância, onde um ciclo se encerra para dar início a outro, eu só posso voltar meus agradecimentos à minha pequena grande família. Obrigada por cada um de vocês me apoiarem nos momentos mais difíceis e por terem sido fortes por mim quando eu não pude ser. É difícil fugir dos clichês romantizados, mas eu clara não seria nada sem o suporte de vocês: pai, mãe e Karol!

Agora volto meus agradecimentos à toda equipe da Gloriosa Faculdade Nacional de Direito, aos funcionários e professores, em especial ao meu ilustre orientador, sem o qual eu não teria conseguido e à todos aqueles que de alguma forma me incentivaram nessa jornada sem fim que é o conhecimento.

Sapere Aude!

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo tecer considerações e pontuar críticas, mas sobretudo sinalizar a importância do direito à prova no âmbito do processo penal. Para tanto, é imperioso destacar que a garantia das partes de participação efetiva no processo foi recentemente introduzida no ordenamento jurídico pátrio, tendo como marco inicial a promulgação da Constituição da República de 1988, a qual inseriu o Brasil na esfera dos países de tradição Democrática de Direito, alinhado à proteção dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e às garantias individuais. Nesse sentido, não é estranho que após a Carta Magna vigente, o ordenamento jurídico seja baseado no devido processo legal, o qual confere o direito de informação e participação dos atos. O esforço desta pesquisa é apontar que o Processo Penal, assim como o Direito Penal, por consistirem a *ultima ratio* de atuação do Estado para solução dos conflitos são intimamente ligados aos direitos fundamentais chancelados pela Constituição, de modo que negar vigência ao devido processo legal é afrontar o Estado Democrático de Direito.

Palavras chaves: Processo Penal, Direitos Fundamentais, Devido Processo legal, Direito à prova.

ABSTRACT

This paper intent to make considerations and critics, but rather signal the importance of the right to produce evidence in criminal trial. Therefore, it is imperative to point out that the guarantee of the parties to effective participation in the process was recently introduced in the Brazilian legal system, having as starting point the promulgation of the Constitution of 1988, which entered Brazil in the sphere of the Democratic traditional countries right aligned to the protection of fundamental rights, human dignity and individual rights. Therefore, it is not strange that after the current Constitution, the legal system is based on due process, which gives the right of information and participation of the acts. The effort of this research is to point out that the Criminal Process as well as the Criminal Law, consists the ultima ratio of state action for solution of conflicts are closely linked to fundamental rights avocated in the Constitution, so that denying validity to due process is the same as defy the democratic rule of law.

Key Words: Criminal Procedure, Fundamental Rights, Due process of law, right to produce evidence in the trial.

SUMÁRIO

Introdução	8
I – Do direito à prova como instrumento garantidor do devido processo legal	11
1.1. <i>Due process of law</i> e seus consectários.....	12
1.2. Da teoria da prova: conceito, natureza jurídica, meios de prova e objeto.....	15
1.3. Princípios constitucionais inerentes à prova.....	17
b) <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	17
c) <i>Princípio da presunção da inocência</i>	17
d) <i>Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas</i>	18
e) <i>Princípio do contraditório e ampla defesa</i>	19
1.4. Princípios Gerais (infraconstitucionais) referentes à prova	20
II – Da validade das provas	22
2.1. O Sistema legal de provas	22
2.2. Do princípio da avaliação	23
2.3. Sistema do livre convencimento motivado	24
b) <i>Da exceção do Tribunal do Juri</i>	24
c) <i>Da crítica à redação do art. 155, do CPP</i>	25
2.4. Hierarquia e especificidade de provas	25
2.5. O problema da “verdade” no processo penal.....	26
2.6. Do ônus probatório	29
a) <i>Do in dubio pro reo</i>	29
c) <i>Da iniciativa probatória do juiz</i>	31
d) <i>Do in dubio pro societate</i>	33
III- Das restrições ao direito à prova. Limitações à atividade probatória	36
3.1. Considerações sobre a prova ilícita	38
3.1.2 <i>Theory of the fruits of the poisonous tree</i>	39
3.1.3. Teoria das fontes independentes (<i>Independent sources</i>) e Teoria da descoberta inevitável (<i>inevitable discovery</i>)	40
3.1.4 <i>Teoria sobre a admissibilidade das provas ilícitas</i>	42
3.2. Breves considerações sobre a prova emprestada	43
3.3. A cadeia de custódia da prova penal	44
Conclusão	47
Referências bibliográficas	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta a sistemática do direito a produção de prova no âmbito do Processo Penal, com garantia constitucional ao *due process of law* – devido processo legal. Em primeiro momento, é importante ressaltar que o Direito Penal e toda estrutura do Processo Penal é muito cara ao Estado Democrático de Direito por ser a materialização da concentração do *ius puniendi*, ou seja, é a expressão da titularidade do direito de punir por parte do Estado.

O processo penal é instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, o fato reputado como criminoso, sendo a prova o meio através do qual esta reconstrução virtual é viabilizada. Nesse sentido, a jurisdição é o agente garantidor da prática dos direitos fundamentais, atuando como controle da eficácia dos mesmos no ordenamento jurídico.

No capítulo inicial, abordar-se-a garantia ao direito de prova é um dos pilares na busca pela eficácia máxima do sistema de “garantias mínimas” exaradas pelos princípios penais troncais da jurisdicionalidade; princípio do acusatório; da presunção de inocência; do contraditório e da ampla defesa e, por fim, da vinculação à fundamentação das decisões judiciais.

Uma vez postos os princípios fundamentais do Processo penal, se torna evidente a preocupação do legislador em criar mecanismos para um procedimento neutro, pois o processo penal não visa somente a punição como um fim, mas a devida apuração dos fatos, através da reconstrução virtual, com o intuito de afastar a ocorrência de acusações e sentenças que não sejam pautadas em fatos que liguem o acusado à autoria do fato e circunstâncias que atestem a materialidade dos mesmos.

Por ser o mecanismo de *ultima ratio* no campo das sanções do Estado, lidando essencialmente com o risco de cercear a liberdade de um indivíduo pelo encarceramento, o processo penal é intimamente vinculado aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV- CRFB/88), que abarca as garantias do contraditório e da ampla defesa, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII- CRFB/88), do juiz natural, a igualdade das partes, a publicidade, a motivação das decisões e o prazo razoável de duração do processo. Tais princípios ajudam a garantir a tutela dos direitos e interesses individuais e coletivos, uma vez que fomentam a segurança do ordenamento jurídico.

Ao longo do segundo capítulo, se discorrerá sobre os objetos de análise da presente monografia: as garantias da jurisdição como o direito do acusado de ser julgado com base nas provas produzidas no processo, sendo observado o contraditório e perante o juiz natural, bem como as garantias da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, atrelado aos demais princípios que norteiam o processo penal, o que é traduzido no mundo dos fatos como a obrigatoriedade da ampla defesa ser observado nos quatro momentos da prova, segundo exposição de Aury Lopes Jr: a produção; a postulação; a admissão e a valoração. Em contrapartida, sobre o direito de defesa e o *nemo tenetur se detegere*, inerente a defesa técnica e a defesa pessoal do acusado.

O tema da prova no processo penal é muito abrangente, cumprindo ressaltar que não se pretende esgotá-lo, à medida que se busca evidenciar a importância da preservação dos direitos e garantias fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial após a promulgação da Constituição da República de 1988, dentro do escopo do Estado Democrático de Direito, prestigiou o devido processo legal, de base acusatorial, permitindo a efetivação da informação e participação, em igualdade de armas das partes do processo, ou seja: acusação e defesa.

Por muito tempo a persecução criminal foi vista com maus olhos pela sociedade, por esta razão, havia um sentimento de pré condenação do acusado, simplesmente pelo fato do mesmo estar respondendo a um processo ou mesmo participando de investigações para apurar a prática de eventual crime. Ao longo do tempo e, mais recentemente, maior parte da doutrina processualista penal é consoante ao defender a inversão desta ótica binária e por vezes injusta,

principalmente em se tratando do processo de base inquisitorial.

Pela sistemática do processo de base inquisitorial, buscava-se a condenação a todo custo, furtando-se a observância das garantias individuais do acusado (até mesmo pela ausência dessa chancela por parte do Estado). Neste ínterim, o acusado era considerado mais um objeto do processo que uma parte do mesmo. Evidente também que a acusação, tinha mais poderes, contando inclusive com a figura do juiz-ator, o qual era capaz de determinar a produção de provas sobre as quais o próprio juiz emitiria parecer.

Conforme se explicitará, justamente pelo implemento do Estado Democrático, de base legal, o procedimento inquisitorial foi mitigado, porém, o ordenamento jurídico penal ainda guarda resquícios dele. A vigência de alguns dispositivos infraconstitucionais que continuam a autorizar a atuação do juiz como investigador, ou determina prejuízos ao acusado/réu anteriores a sentença devem ser combatidos pela jurisprudência visando conferir maior efetividade aos princípios constitucionais fundadores do devido processo legal.

Por fim, no terceiro capítulo, será trabalhado a questão dos limites legais a atividade probatória, em torno da importância da preservação da cadeia de custódia da prova e, noutro sentido, apresentando breves considerações sobre a admissibilidade da prova ilícita e da prova emprestada.

I - Do direito à prova como instrumento garantidor do devido processo legal

O processo penal é um instrumento de retrospectiva temporal, no qual se busca a reconstrução aproximativa de um fato histórico. Aqui pode-se adiantar que o fato histórico a que se faz referência é o suposto crime e este ritual de reconstrução tem como meio principal para efetividade a produção probatória. Nesse sentido, a prova está relacionada à busca ou a reconstrução de um fato ocorrido no passado, a fim de construir a verdade no âmbito do processo.

Através das provas, busca-se convencer o juiz sobre determinada verdade. Pacelli ¹ leciona que a prova judiciária tem um objetivo claramente definido, que é a reconstrução dos fatos investigados no processo buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, ou seja, a verdade dos fatos.

É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico narrado na peça acusatória. Logo, o processo penal e a prova nele admitida formam o que AURY LOPES JR.² classifica de modo de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção exarada na sentença. É evidente que a reconstrução aproximativa de determinado fato histórico é por si só improvável, tal perspectiva no processo penal é encarada como um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional.

Considerando o direito à prova como um instrumento não só garantidor, mas um princípio fundador e exponencial para o cumprimento do devido processo legal constitucional, todo seu sistema empírico e epistêmico guarda relação estrita, senão

1 PACELLI, EUGENIO; *Apud* LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 327

2 *Ibidem* p. 356

indissociável dos princípios ordenadores do processo penal como instrumento jurisdicional de garantias.

1.1 *Due process of law* e seus consectários

É importante tecer um paralelo claro entre a principiologia dos ritos inerentes à produção de prova no processo e sua derivação os princípios troncais fundadores do processo penal brasileiro. Destarte, ao adentrar o estudo da prova, se estuda o aspecto das garantias fundamentais da pessoa humana, ou seja, o aspecto essencial ao Estado Democrático de Direito.

Isto posto, o processo penal democrático encontra limites nas garantias individuais da pessoa humana insertas na Constituição da República de 1988 e em diversos outros institutos do ordenamento jurídico pátrio. Assim, a verdade almejada pelos ritos do processo penal não é outra verdade senão aquela baseada no respeito às garantias individuais, se delinenoado como principais: a dignidade da pessoa humana, o contraditório e a ampla defesa.

Como ensina FERRAJOLI³, é possível se tratar de investigação judicial como a busca da verdade sobre fatos e sobre normas do processo, desde que se tenha em vista a ideia de aproximação dos fatos e não somente uma verdade por correspondência. Corroborando com o argumento, vale consignar que o sistema em torno da prova é intimamente relacionado ao sistema processual adotado pelo Estado. Em outras palavras, quer dizer que os mecanismos estatais de construção de uma verdade dentro do processo penal são consequências do modelo de Estado adotado. Nesse sentido é o entendimento de Cândido Dinamarco:

“O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.”⁴

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

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 27.

O processo penal deve ser entendido como a busca pela reconstituição de um fato histórico, sendo o sistema da gestão da prova a espinha dorsal, estruturada a partir de dois princípios informadores, conforme ensina Jacinto Coutinho (2001, *apud* Lopes Jr, 2016, p. 359):

- **Princípio dispositivo:** fundador do sistema acusatório; a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz- espectador).
- **Princípio inquisitivo:** a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz-ator); por isso, fundador do sistema inquisitória₅.

A partir dessa distinção, é imperioso esclarecer que o reconhecimento do método da gestão probatória é essencial para se entender o próprio sistema processual.

Ainda que a Constituição de 1988 tenha consagrado o Estado Democrático de Direito e o sistema acusatorial, como evidenciado pelos diversos dispositivos que tratam de mecanismos de busca da verdade no processo, como por exemplo o art. 5º, nos incisos LIV (devido processo legal), LVI (vedação à prova ilícita) e LVII (institui o princípio da presunção da inocência), a análise conjunta ao Código de Processo Penal, Decreto nº 3.689/41, em especial do art. 156, inc. I, leva a uma conclusão pouco clara, transmitido ainda resquícios do processo inquisitorial, ao facultar a iniciativa da prova ao juiz, ainda em fase pré-processual. Sem olvidar que a reforma parcial do Código de Processo Penal, da Lei nº 11.690/08, não sanou tal vício.

Nessa seara, em breve análise histórica dos procedimentos penais, Aury Lopes Jr⁶ problematiza a questão afirmando que o processo penal inquisitorial carrega consigo o ranço do direito penal do inimigo, ou seja, aquele que persegue a condenação a qualquer custo e, em decorrência disso, este procedimento é destituído de garantias, de limites à atuação do Estado para o uso do *ius puniendi*. Este entendimento é claro pois, que espécies de garantias (*mínimas*), de participação e legalidade, teria o acusado de um processo no qual não há separação entre o agente inquisitor (aquele que busca a prova) e aquele que realiza o juízo de

5 LOPES JR, loc cit. p. 356.

6 Idem

admissibilidade sobre as mesmas? É vidente que resta prejudicado o trinômio admissibilidade- limites- sistema⁷.

Na síntese de Jacinto Coutinho⁸, “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.

Noutro sentido, a respeito do modelo procedimental adotado pela Constituição, ensina Fauzi Choukr⁹:

A constituição em vigor, mais no que tange ao processo penal, é mais que uma carta de direitos mínimos, ela verdadeiramente impôs um sistema processual penal de caráter exclusivamente acusatório, quadro este não completamente entendido pelos operadores do direito de forma geral e pelos processualistas penais em particular. As bases desse sistema penal acusatório, expressão inseparável da democracia no processo penal, pululam por todo texto constitucional. Inegavelmente é encontrada sua base no art. 5º, em diversas passagens: contraditório e ampla defesa (a mais citada das garantias, por dez a cada dez processualistas), juiz natural, igualdade e a mais festejada de todas as garantias, a presunção de inocência, que dá ao acusado o *status* de sujeito do processo e não seu mero objeto.

Tendo em vista que estas primeiras considerações acerca do tema, é importante consignar o nexos causal entre a produção da prova e o devido processo legal. Afrânio da Silva Jardim, aborda um dos elementos mais importantes para o conceito de prova que é o contraditório sustentando que. “concebemos a prova como sendo o resultado da demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor”¹⁰

Consoante o entendimento de Aury Lopes Jr, o sistema processual brasileiro deveria ser considerado como *neoinquisitorial*, pois, sem olvidar a opção constitucional, pelo

⁷ Idem

⁸ COUTINHO, Jacinto N.M. *Temas de direito penal e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010. p.37.

⁹ FAUZICHOUKR (2001) *Apud* NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

¹⁰ JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito Processual penal*. Rio de Janeiro: Forense. p. 209.

acusatório, a prevenção como causa de fixação da competência, de forma a permitir a atuação do juiz na fase pré-processual (art. 83, do CPP), além de outras práticas que ferem o processo penal constitucional, como o exame criminológico, por exemplo. A opção do autor por este termo se deve ao fato da iniciativa probatória estar nas mãos do juiz¹¹.

Com máxima vênia ao entendimento inovador do ilustre processualista, entende-se que o processo penal é o elemento garantidor, suas regras são balizas jurisdicionais ao próprio *jus puniendi* e sua forma de aplicação pelo Estado. Logo, o que deve se almejar é um processo penal de natureza neutra, pautado no exercício do contraditório, garantindo a participação das partes, as quais através das provas, tentaram reconstruir os fatos a fim de convencer o juiz de suas respectivas teses.

É evidente que a atribuição de poderes de investigação ao juiz caracteriza violação à garantia de imparcialidade do órgão jurisdicional, o que é essencial para o cumprimento do devido processo legal. Por fim, o sistema legal de provas varia de acordo com a adoção do sistema inquisitório ou acusatório, sabendo-se que é a gestão das provas que caracteriza cada um dos sistemas. Outrossim, o limite da atividade probatória também é balizado pelo sistema processual adotado.

1.2 Da teoria da prova: conceito, natureza jurídica, meios probatórios e objeto

Prova é o instrumento através do qual as partes pretendem formar a convicção do julgador acerca de fatos e teses em determinado processo. Trata-se de direito subjetivo, de acordo com o sistema acusatório, correlato ao direito de ação (participação dos atos do processo) e ampla defesa.

¹¹ LOPES JR, Op cit. p. 361.

Isto posto, dispõe Nicolitt que, “de nada adiantaria o Estado garantir o direito de ação e de defesa se não fosse obrigado também a permitir o convencimento sobre pretensão deduzida e sobre a defesa exercida”¹²

O termo prova, na seara processual não é unívoco, apresentando três acepções que, segundo Ada Pellegrini Grinover¹³, podem ser distinguidas em fontes de prova (inerente aos fatos percebidos pelo juiz), meios de prova (instrumentos pelos quais os fatos se apresentam ao juiz) e objetos de prova (os fatos a serem provados).

Os meios de prova são mecanismos que as partes oferecem fatos ao juiz, a fim de recontar a história do crime, extraindo deles elementos para a decisão. São exemplos a prova testemunhal, a prova documental e pericial. Por outro lado, os meios de obtenção de prova ocupam outra categoria jurídica. De acordo com Aury Lopes Jr¹⁴, são instrumentos que permitem se chegar à prova, não é propriamente a prova. Nesse sentido, não são fontes de conhecimento, mas sim métodos para obtenção de coisas materiais, são exemplos a delação premiada, as medidas de busca e apreensão.

Já o objeto de prova é tudo aquilo que precisa ser provado, comprovadamente verdadeiro. Se exclui da seara probatória, a priori, as matérias inerentes ao direito pátrio e os fatos notórios. Por outro lado, as circunstâncias inerentes ao fato reputado como crime, destacando-se a autoria e a materialidade, devem ser provadas e submetidas ao crivo do contraditório.

A prova inerente a comprovação da autoria (nexo entre o sujeito e o fato) e da materialidade (ocorrência de dano) deverá ser obrigatoriamente demonstrada ao passo que, a existência de dúvida razoável, que impeça o juiz de formar convencimento, a sentença condenatória deverá ser afastada, em prol do princípio constitucional da presunção da inocência.

12 NICOLITT, Op. Cit. p. 620.

13 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. As nulidades no processo penal – 12ª ed. Revista e atualizada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. p.125-6.

14 LOPES JR, Aury. Op cit. p. 366.

1.3 Princípios constitucionais inerentes à prova

Existem princípios positivados e não positivados, os mais fundamentais, que guardam relação com o Estado Democrático de Direito vem expressos na Constituição da República e outros positivados no Código de Processo Penal, os quais decorrem do sistema constitucional.

Destarte o ordenamento jurídico também recepcionou normas de Direito Internacional, decorrente de tratados dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que instituiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada como norma supra-legal pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Passa-se a exposição dos princípios fundamentais referentes à prova.

a) Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III, da CRFB/88), sendo certo que a busca da verdade através do processo penal deve ser de acordo com as balizas deste princípio, não sendo possível a adoção de meios de prova que atentem contra a dignidade humana. Este princípio deve ser observado especialmente quando da análise das provas que envolvam intervenções corporais, como o exame de corpo delito e até mesmo medidas de busca e apreensão que ponham em cheque o direito as variadas espécies de sigilo, como a interceptação telefônica e a quebra de sigilo fiscal.

b) Princípio da presunção de inocência

O art. 5º, inciso LVII da Constituição da República aduz, *in literis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁵. A

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_3/Constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22.06.2016.

complexidade do conceito de presunção de inocência faz com que este princípio se manifeste em diferentes dimensões do processo penal. A doutrina é consonante quanto a mais exponencial delas ser o dever de tratamento, ou seja, uma regra de tratamento em relação ao acusado. Nesse sentido, esta dimensão incide de fato sobre a questão da distribuição do ônus da prova. Magistral o entendimento exarado por Aury Lopes Jr (2016, p. 369):

Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção da inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão, efetivamente, tratar o réu como inocente, não (ab) usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente).

c) *Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas e obtidas por meios ilícitos*

O objetivo do processo penal não é a aproximação da verdade dos fatos a qualquer preço, muito menos a obrigatoriedade da condenação obtida a qualquer preço, pois isto violaria a estrutura do devido processo legal, do sistema acusatório e ainda mais gravemente, feriria o Estado Democrático de Direito. A Constituição determina, em seu art. 5º, LVI, que o Estado só poderá exercer o direito de punir observando os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, sendo assim, esta verdade que se almeja está limitada pelo devido processo legal.

A vedação à prova ilícita é uma garantia subjetiva, de interesse do acusado, e não uma garantia do Estado. Ainda nesse trabalho, será abordado mais atentamente a sistemática da prova ilícita no processo penal, em se tratando de restrição da atividade probatória.

d) *Princípio do contraditório e da ampla defesa*

O contraditório é a essência do processo (art. 5º, LV, da CRFB/88). Eugênio Pacelli¹⁶ elucida que até a década de 1970, o contraditório se limitava a garantia de participação das partes, com o direito à informação oportuna de toda prova ou alegação feita nos autos, bem como a possibilidade de reação (ciência e participação). Com a consagração do princípio da ampla defesa, esta participação ganhou maior projeção, com a efetividade da atuação e não somente da informação dos atos praticados, incluindo o critério da igualdade ou da *par conditio* (paridade de armas). É evidente que a maior preocupação, no caso, é com a pessoa do acusado, em razão do risco eminente da condenação penal, impondo-se que a ampla defesa seja obrigatoriamente exercitada, de forma a minimizar eventuais prejuízos ao acusado.

Assumindo uma visão atualizada do processo penal, Aury Lopes Jr entende que o contraditório engloba o direito das partes ao debate perante o juiz, assumindo que nenhum fato levado ao processo que não tenha passado pelo crivo do contraditório foge da relação tripartida da parte acusadora, parte defensora e o juiz.¹⁷

Contudo, ressalta Pellegrini Grinover¹⁸ que o contraditório e o direito de defesa são institutos distintos, ainda que estejam intimamente vinculados: “é do contraditório que brota o exercício da defesa: mas é esta, como poder correlato ao de ação que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida”.

Cumprido esclarecer que é importante tal distinção teórica posto que existe a possibilidade de se violar um desses institutos, sem implicar diretamente no outro. Assim, é possível cercear o direito de defesa pela limitação no uso de determinado instrumento processual, sem que isto implique na violação ao exercício do contraditório. De acordo com

16 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

17 LOPES JR. Op cit. p. 376.

18 PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 12ª ed. Revista e atualizada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

Lopes Jr¹⁹, a situação inversa é possível porém, pouco usual, haja vista que a ausência de comunicação das partes gera impossibilidade de defesa, logo, nulidade no processo.

Especificamente em matéria probatória, o contraditório deve ser rigorosamente observado nos quatro momentos da prova. Segundo a classificação de Aury Lopes Jr²⁰:

1º Postulação (no momento da denúncia ou resposta escrita): o contraditório está também na possibilidade de postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições.

2º Admissão (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite (ou não) a prova.

3º Produção (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova (por exemplo é direito dos co-réus e seus defensores assistirem o depoimento de outros réus da mesma ação penal).

4º Valoração (na sentença): o contraditório se manifesta através do controle da racionalidade da decisão (externamente pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal.

1.4 Princípios gerais (infraconstitucionais) referentes à prova

Para além dessas garantias constitucionais elucidadas a cima, o processo penal e a gestão das provas é atrelada a demais princípios mais abrangentes, como o princípio da publicidade da atividade probatória, posto que o processo é público mas ainda salvo guardando as vênias constitucionais em casos de necessidade de resguardar a intimidade do acusado e interesse público; o princípio da identidade física do juiz (positivado no art. 399, §2º do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08); o princípio da comunhão, o qual dispõe em síntese, que as provas, uma vez trazidas aos autos e validadas pelo juízo poderão ser utilizadas por qualquer uma das partes, posto que foram colhidas em interesse da justiça.

19 LOPES JR, Op cit. p. 377.

20 Idem

Noutro giro, estão os princípios do livre convencimento motivado (motivação das decisões), da liberdade probatória e da “verdade real” no processo penal, os quais, por guardarem certa complexidade serão abordados no capítulo seguinte.

Para concluir este intróito a cerca dos princípios do processo penal democrático e das provas, cumpre consignar que o devido processo legal é um conjunto de garantias jurisdicionais posto que tem como princípio a presunção da inocência e a dignidade da pessoa humana. Se a prova produzida sob o crivo do contraditório não se mostrar suficiente para atestar a autoria e a materialidade do delito, impõe-se a absolvição, por insuficiência de suporte probatório.

O contraditório é uma abertura necessária para evitar a manipulação da prova por parte do juiz, de forma que sua ausência é causa de nulidade insanável e flagrante violação às regras do devido processo legal, abrindo-se margem para atuação do juiz inquisidor, figura da qual o ordenamento jurídico constitucional tenta ao máximo rechaçar.

II – Da validade das provas

É evidente que o direito à prova e a garantia da cadeia probatória configuram não só mecanismo mas princípios processuais caros, responsáveis pela condução da verdade processual, tendo em vista que o objeto do processo é um fato histórico (no passado), que projeta ou projetará consequências no futuro. Assim, a prova é o meio pelo qual se pretende apurar a autoria e a materialidade do crime através da reconstrução virtual do fato passado.

Para tanto, é preciso pontuar a evolução histórica inerente à concepção epistêmica do Sistema de valoração das provas, pontuando três momentos: o sistema legal das provas; o princípio da íntima convicção e o livre convencimento motivado, de acordo com a linha temporal de Lopes Jr.²¹

2.1. O Sistema Legal de provas

Em primeiro momento, no Sistema legal de provas, o legislador previa um sistema hierarquizado das provas, através de uma tarifa probatória ou uma tabela de valoração das provas (Prova Tarifada). Nesse sentido, o valor de cada prova era pré estabelecido em lei, não havendo espaço para interpretação caso a caso. Este modelo não facultava a possibilidade de adequação ou valoração da prova pelo juiz, ou seja era simplesmente a aplicação da lei “fria” ao caso. A título de exemplo, a confissão era encarada como prova absoluta, sem ao menos poder se averiguar as circunstâncias nas quais ela fora obtida.

²¹ LOPES JR. Op cit. p. 381- 383

Assim, no sistema de provas legais, a figura central não era o juiz, mas sim o legislador. Esse sistema rígido de apreciação passou a ser muito criticado pois, como menciona Eugênio Pacelli de Oliveira, “para a obtenção da condenação era necessário a obtenção de um certo número de pontos, quando não se chegava a este número, a prova era obtida através de tortura”²².

2.2. Do princípio da avaliação

Além da questão da iniciativa probatória do juiz trazer uma carga de convencimento apriorístico, em sentido negativo, pois caracteriza o sistema inquisitorial, a dúvida sobre o material que constitui a prova assume grande importância. Igualmente, o princípio da íntima convicção do julgador surgiu como uma superação do modelo da prova tarifada, por quê era uma tentativa de fazer do julgador a figura central do processo, quando da apreciação das provas. Assim, ele estaria desvinculado de qualquer regra (como do sistema de pontuação anterior) para exarar sua decisão.

Isto posto, uma vez soberano para valorar a prova, ou até mesmo inadmiti-la, de acordo com a sua concepção subjetiva dos fatos, desvinculado, inclusive, da necessidade de fundamentar a decisão. Nesse sentido, Aury Lopes Jr pontua que “para sair do positivismo do sistema anteriorm caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitima a decisão”²³

A doutrina processualista penal atual é unívoca na crítica ao princípio da íntima

²² OLIVEIRA, Op cit. p. 340.

²³ LOPES JR, Op. Cit. P . 381.

convicção, estendendo tal entedimento às sentenças do Tribunal do Juri, onde há plena liberdade para os julgadores que, adimplindo à um imaginário de “julgamento social”, “por seus pares”, são despidos de qualquer critério probatório, sem a necessidade de motivar ou fundamentar a decisão. Logo, é evidente a possibilidade da contaminação da decisão pela realidade fora dos autos.

2.3. O livre convencimento motivado

Por último, existe um sistema intermediário, sem o radicalismo positivista e sem a ampla discricionariedade inquisitiva do juiz, surge o sistema do livre convencimento motivado - ou persuasão racional- (previsto no art. 93, IX da Constituição da República de 1988 e balizado no art. 155 do Código de Processo Penal), que garante a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Logo, ainda que exista certa liberdade do julgador, esta não anula a necessidade de explicitar os elementos que conduziram a tomada da decisão.

Insta consignar que a intenção do legislador é conferir uma pequena margem para o juiz realizar a subsunção da lei, e da sistemática da validação das provas ao caso em análise, ou seja, afasta-se o rigor positivista da aplicação fria da lei e não abarca os exageros da discricionariedade da intima convicção.

a) Da exceção do Tribunal do Juri

Não se impõe aos jurados do tribunal do juro o dever de fundamentar suas respostas aos quesitos, sendo que para esse caso específico de jurisdição processual, vige o princípio da intima convicção (art. 5º XXXVIII, *b*, da CRFB/88). Outra peculiaridade a este rito é que a identificação dos votos em relação aos julgadores é sigilosa e, a formação do convencimento poderá ser influenciada por meios alheios ao processo, que podem ser próprios da cultura ou da sociedade.

b) Da crítica à redação do art. 155, do CPP pela redação da Lei nº 11.690/08

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

Eugênio Pacelli entende que a redação dada pela reforma processual abre uma lacuna perigosa. Para o autor, como bem concordamos:

A expressão exclusivamente parece permitir que tais elementos (da investigação) possam subsidiar a condenação, desde que não sejam únicos. Não aderimos a essa tese, embora aceitemos a interpretação, do ponto de vista gramatical. É certo que, às vezes, a mudança de versão apresentada na polícia, sem qualquer coação, de qualquer ordem, bem poderia ser questionada pelo juízo, por ocasião do interrogatório, a fim de saber de sua (in) consistência. No entanto, permitir-se, sem maiores esclarecimentos, eventual aproveitamento de quaisquer elementos da investigação para a condenação nos parece medida inteiramente desarrazoada.²⁴

Por conseguinte, dispõe Aury Lopes Jr, que a legitimidade do juiz para a formação de sua convicção quanto às provas do processo penal não é decorrência de um formalismo da democracia, mas de um aspecto substancial dela que o legitima o juiz “como guardião da eficácia da sistema de garantias da Constituição”²⁵ na tutela do acusado, que deve ser entendido como a parte vulnerável do processo, sendo-lhe asseguradas todas as prerrogativas decorrentes do princípio da presunção de inocência.

2.4 Hierarquia e especificidade de provas

A finalidade das provas no procesos penal é bem definida posto que elas buscam a

²⁴ OLIVEIRA, op. cit p. 341

²⁵ LOPES JR, Op cit. p. 382.

reconstrução da realidade histórica. Ainda que o ordenamento jurídico determine provas específicas para averiguar determinados tipos penais, como por exemplo o exame de corpo de delito para crimes que deixam vestígios (art. 158, do CPP), não existe uma própria hierarquia.

Portanto, é preciso estar atento às restrições a determinados meios de prova, aos quais geralmente estão atreladas diretas ou indiretamente a direitos e garantias fundamentais da. Cumpre ressaltar que as restrições são inerentes aos meios de obtenção da prova, ressaltando a vedação a admissibilidade da prova obtida ilicitamente. Por outro lado, em relação ao convencimento do julgador, as restrições são referentes ao próprio material probatório. Nesse sentido, conforme elucidado no parágrafo único do art. 155 do CPP, no qual se exige a observância das mesmas restrições à prova estabelecidas na lei civil, quando se tratar de matéria inerente ao estado das pessoal.

Não existe hierarquia quanto a regra da especificidade, por exemplo entre a prova pericial e a prova testemunhal. Porém, através do raciocínio lógico, em se tratando de questão técnica, é de interesse da parte juntar uma prova que seja materialmente suficiente para demonstrar a verdade dos fatos.

2.5. O problema da “verdade” no processo penal

É evidente que as questões relativas ao direito de prova no processo penal passam antes pela análise do modelo de procedimento adotado, no que se refere as funções investigatórias e acusatórias, bem como a fixação e a distribuição dos ônus às partes (como será abordado em seguida).

O processo penal brasileiro, à luz da Constituição de 1988 não busca a verdade real, mas sim a verdade material, através da reconstrução virtual dos fatos, o que também é chamada de verdade processual.

André Nicolitt²⁶ aduz que aqueles que justificavam tradicionalmente a necessidade de se encontrar a verdade real em razão da supremacia do interesse público, encontraram na Carta Magna de 1988 diversos dispositivos que evidenciam o intuito do legislador de afastar a condenação a qualquer preço, mitigando os *mandamus* do procedimento inquisitorial, ao cancelar premissas como a vedação da prova ilícita como meio de condenação, a preservação da dignidade humana no que tange aos meios de produção de prova e, como bem observado pelo autor, a hipótese de transação penal nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, hipótese esta prevista no art. 98, I não do Código de processo penal, mas da própria Constituição.

No mesmo sentido, sob um entendimento mais garantista, Ferrajoli entende que o procedimento penal abraça uma ideia de *verdade mínima, aproximativa*²⁷, a qual é possível se alcançar sob o crivo dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da presunção da inocência e da imparcialidade do julgador. Assim se construiria a verdade *formal* que, através da normatividade, guarda relação de causalidade com tais garantias e o objeto do processo.

A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto a seu conteúdo que qualquer hipótese de verdade substancial²⁸. Tais limitações, segundo Aury Lopes Jr se manifestam nos 4 sentidos dispostos a seguir:

- I- a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma;
- II- a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas;
- III- deve ser sempre um averdade passível de prova e oposição;
- IV- a dúvida falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência.²⁹

26 NICOLITT, idem.

27 FERRAJOLI, Luigi. p. 38, 434-440

28 Idem p.44

29 LOPES JR, Aury. p. 387

Ferrajoli ainda diferencia a verdade processual fática da verdade processual jurídica da verdade processual jurídica, definindo a primeira como um construção histórica, posto que se refere a fatos passados, enquanto a segunda é classificatória pois diz respeito à qualificação jurídica dos fatos passados ³⁰

O sistema das garantias individuais do art. 5º da Constituição, em consonância com diversos documentos de direito internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o já mencionado Pacto de San José da Costa Rica permitiu o redirecionamento do modelo arcaico que vigia somente pela análise do Código Penal, este de base autoritária e inquisitorial, surgindo uma renovação na seara legislativa, com reflexos no social.

Segundo Pacelli, "o mal maior causado pelo princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pelas etapas da persecução criminal."³¹

Pode-se dizer que os princípios inovadores inerente a essa nova ótica da persecução penal brasileira mais festejados foram: a presunção da inocência e o contraditório, o qual junto à ampla defesa asseguraram a participação das partes (em especial concretizou esse direito do acusado) de ser informado de todos os atos do processo e atos pré- processuais (de inquério) e em paridade de armas (*par conditio*).

De fato, embora se tente argumentar por uma linha mais legalista, prezando pela supremacia do interesse público ou, diametralmente oposto, argumentando um viés mais garantista, a verdade que interessa ao processo sempre será uma verdade reconstituída, aproximada dos fatos, conforme o grau de contribuição das partes.

De uma maneira ou de outra, a verdade material continua sendo princípio processual relevantíssimo na seara probatória. Logo, pode-se inferir que o processo acusatório assume a

30 FERRAJOLI. Op cit.

31 OLIVEIRA. Op cit p. 333

sentença como um ato de convencimento a partir da atividade probatória das partes levadas ao juiz. Assumir o processo como o meio que se busca o convencimento, e não uma verdade, em nada interfere no sistema de garantias penais e no controle epistêmico das provas.

2.6 Do ônus probatório

a) Do in dubio pro reo

Como bem visto até aqui, o processo é formado pelo contraditório e pela igualdade das partes, no que tange a participação e informação, a distribuição do ônus probatório deverá seguir a mesma lógica, segundo o princípio da isonomia. Ocorre que no processo penal, com o bem vindo princípio constitucional da presunção de inocência, como valor fundante do sistema das provas, caracteriza, à primeira leitura, a transferência do ônus probatório para a acusação (Ministério Público ou o querelante).

Pelo entendimento de Lopes Jr³², *passim*, uma vez baseado na presunção da inocência, o acusado não precisaria provar absolutamente nada, ao passo que ao acusador, cabe o ônus de descaracterizar esta presunção, através de provas suficientes para atestar a vinculação do acusado ao fato criminoso. Nesse sentido, o autor assume que não há distribuição de carga probatória, sendo esta uma responsabilidade do acusador. Em decorrência deste entendimento, o autor menciona que é comum na rotina jurisprudencial a existência de sentenças e acórdãos que fundamentam a sentença condenatória na premissa da falta de formulação da tese defensiva.

Alinhado ao garantismo penal, Ferrajoli, esclarece que à acusação cabe desvendar as hipóteses e carrear aos autos provas e, à parte da defesa, cabe o dever (não obrigação formal) de contradizer e contra provar e, dentro dessa relação processual, cabe ao juiz a análise de

32 LOPES JR. Op cit. p. 363

todas as hipóteses e fatos, aceitando as acusatórias suficientemente provada³³

Assumindo o posicionamento de Aury Lopes, pode-se inferir que se a distribuição da carga probatória não existe em processo penal, sendo a contradita direito de defesa do acusado e a constituição de prova formal um dever da acusação, a questão se torna ainda mais subjetiva posto que se desloca para o risco da perda de uma chance de manifestação, ou seja, levar ao juíz hipóteses para comprovação da inocência, como as excludentes de ilicitude (e culpabilidade) e, eventualmente álibis. Destarte, trata-se de uma regra de julgamento, aplicada ao juíz, enquanto a figura decisiva, de quem se busca o convencimento.

Resta evidente que o *in dubio pro reo* corrobora para atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento que veda ao juiz condenar o réu sem a comprovação (através das provas da acusação) sua culpabilidade. Caso contrário, quando após o colhimento das provas, ainda restarem dúvidas em relação a autoria e a materialidade, a absolvição é imperativa, em obediência ao postulado da *nulla accusatio sine probatione*.

Lopes Jr reitera que erra a jurisprudência ao admitir que incumbe a defesa a prova de existência de eventual excludentes; logo, cabe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade do acusado, bem como a inexistência das causas de justificação³⁴.

A presunção de inocência é uma garantia constitucional que afeta diretamente a estrutura do processo penal. Juarez Tavares³⁵, ao tratar da teoria do injusto penal, aduz que “só há ilicitude quando esgotados todos os recursos em favor da prevalência da liberdade”, nesse sentido, ao longo da obra, o autor adverte que a lógica do processo penal, no sentido procedimental, deveria ser invertida pois:

“em vez de perquerir se existe uma causa que exclua a antijuridicidade, por que o

33 FERRAJOLI. Op cit p. 152 e ss.

34 LOPES JR, op cit p. 370.

35 TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey.,2003. p. 166.

tipo do injusto já a indica, (o que constituiria uma presunção *juris tantum* de ilicitude), deve-se partir de que só se autoriza a intervenção se não existir em favor do sujeito uma causa que autorize a conduta”

Por conseguinte, além da regra de tratamento aplicada ao juiz para formação do convencimento, a distribuição do onus probatório para a acusação, à medida que esta parte comprova as alegações da peça acusatória, ela se libera da carga probatória e, logicamente, enfraquece a presunção de inocência.

Eugênio Pacelli, por sua vez, alerta que os exames da tipicidade e da ilicitude não dizem respeito à seara probatória e, ao contrário, trata-se de um juízo de abstração (valoração do fato) em relação à norma penal, sobre os quais não se faz prova, mas sim um juízo de valor³⁶.

b) Da iniciativa probatória do juiz

Pacelli afirma que o juiz não tutela nem deve tutelar a investigação, pois, a rigor, a jurisdição criminal se inicia com a apreciação da peça acusatória, destarte, qualquer manifestação na fase pré-processual, não se justifica, sob pena de violar a exigência da imparcialidade do julgador. Nesse âmbito, o autor aduz que ao deferir uma prisão cautelar ou uma interceptação telefônica, o juiz não está protegendo os interesses da investigação criminal, mas sim, atuando como agente garantidor das liberdades públicas e, agindo dentro dos limites da reserva de jurisdição. Logo, emitindo um juízo de valor quanto a necessidade e a adequação das medidas, o juiz exerce o controle constitucional das restrições às inviolabilidades que regem o devido processo legal, ou seja, é uma atuação garantidora dos direitos do acusado³⁷.

A atuação do juiz não poderá desigualar as forças das partes para produção de prova no processo, porém, Pacelli admite que determinar limitações à atividade probatória do juiz é

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. p. 336

³⁷ Idem. Loc cit.

possível através do estabelecimento de uma “linha divisória entre o que seja iniciativa probatória e iniciativa acusatória penal”³⁸.

Deste modo, a iniciativa acusatória se faz presente quando o juiz dermine diligências e tome iniciativa de provas de natureza eminentemente acusatorias, ou seja, buscando àquelas provas destinadas a comporvar os fatos narrados na peça inicial. Endende-se que tal atuação deverá ser rechaçada ainda que seja justificada como substitutiva ou supletiva daquela imposta, pela lei penal, à parte acusadora.

Sabendo que a iniciativa probatória é das partes do processo, correlato ao direito de ação e ao direito de defesa, dentro da lógica do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal, Tourinho Filho aduz que “o juiz que desce do seu pedestal de terceiro desinteressado, para proceder à pesquisa e colheita do meterial probatório, compromete, em muito, sua imparcialidade e, não se comporta, funcionalmente como autêntico órgão jurisdicional.”³⁹

Essa questão da atuação do juiz no processo penal ainda é controvertida na prática e duramente criticada pela doutrina processualista penal.

Sob esta ótica, André Nicolitt entende que após 20 anos da promulgação da Constituição de 1988, a reforma penal da Lei nº 11.690/08⁴⁰ deixou de positivar a opção cosntitucional pelo processo acusatório, e ainda agregou à questão da dialética entre: Sistema Acusatorial x Sistema Inquisitorial, e qual deles é praticado (e não adotado formalmente) pelo nosso processo penal, a problemática do art. 156, do CPP ao permitir que ainda o curso do inquérito, o juiz determine a produção de provas ex officio. Consoante, o autor afirma, *in verbis*:

38 Idem p. 338.

39 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 1928. Processo Penal. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

40 BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> acesso em: 26.06.2016.

“o inciso I do art. 156 é uma das mais sombrias manifestações da inquisição em plena era digital globalizada. O juiz agora não só é parte (quando produz prova no processo) como também passa a ser investigador (quando produz provas no curso do inquérito policial)”⁴¹

Como aponta Pacelli, não há alternativa senão reconhecer a cristalina inconstitucionalidade do ar. 156, I do CPP⁴². Por outro lado, parte da doutrina entende que o juiz poderia determinar de ofício a produção antecipada de prova quando vislumbrasse, ainda na fase de investigação que determinados elementos tendentes à formação de prova pudessem se deteriorar, não caracterizando, todavia, a atividade de investigação judicial, conforme passim Gomes Filho⁴³.

c) Do in dubio pro societate

O sistema acusatório, em especial pela presunção constitucional da inocência do acusado, não admite a inversão do onus da prova a fim de afastar a incidência de construções inquisitórias, tais quais o *in dubio pro societate*, conforme entendimento, que se corrobora, de Aury Lopes Jr.

A leitura da referida construção implica diretamente na perda das garantias constitucionais do réu. Paulo Rangel⁴⁴ dispõe que inexiste qualquer presunção legal que autorize a aplicação deste princípio posto que este fere toda lógica do devido processo legal e, de forma contrária ao desejado, materializa a lógica inquisitorial da busca pela condenação a todo custo, partindo do pressuposto que o acusado é culpado. Aury Lopes Jr problematiza a questão controvertida inerente ao não afastamento do *in dubio pro societate* no rito do Tribunal do Juri, onde o mesmo ainda é aplicado.

41 NICOLITT, Op cit. p. 634.

42 OLIVEIRA, op cit. p. 669

43 GOMES FILHO, Antônio M. *As reformas no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 260 e ss.

44 RANGEL, Paulo C. *Direito Processual Penal*. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016

O *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, em breve definição, preza o princípio em comento a adequação social, ou seja, tem base nos anseios da sociedade. Ele fere as garantias constitucionais individuais ao servir de base para violação de direitos.

A referida construção tem atuação direta no que tange a proporcionalidade da admissão de uma prova considerada ilícita, em razão do anseio social ou mesmo para o bem da sociedade. André Nicolitt aduz que, quando se sustenta a necessidade da admissão da prova ilícita *pro societate*, “alega-se a necessidade de combater a criminalidade (muitas vezes, em razão do crescimento exponencial de um crime em específico) e garantir a segurança, que seria um direito fundamental”⁴⁵.

Entende-se que a aplicação de tal medida não seria razoável por atentar a ordem constitucional, que é o arcabouço jurídico do Estado Democrático, bem como afrontar o devido processo legal e todas as garantias individuais do acusado. Nesse sentido, dentro da ótica da interpretação constitucional, medidas do poder público, seja ele o executivo, legislativo ou o judiciário (no caso do processo penal, ainda a polícia judiciária) devem estar submetidos aos princípios da adequação, da necessidade (ou exigibilidade) e da proporcionalidade (razoabilidade).

A prova ilícita *pro societate* aproxima o processo penal do sistema inquisitório e acarretaria consequências negativas ao sistema democrático de garantias fundamentais. Além disso, a possibilidade de sua aplicação indiscriminada põe em risco a segurança jurídica do Estado de Direito, ao conceder ao poder judiciário a possibilidade de suprimir tais direitos fundamentais, de acordo com cada caso e com base em critérios abstratos. Sobre o tema, é preciso o ensinamento de Gomes Filho:

No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova de inocência, parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa

45 NICOLITT, Op cit. 638- 639.

humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte- americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior.

Por isso, não há incongruência entre a rejeição do critério de proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate* e essas últimas afirmações, uma vez que a estrutura dos valores confrontados com o direito à prova – o interesse de punição dos delitos ou a tutela da inocência- é diversa.; outrossim, pelo menos na experiência brasileira, raros e excepcionais são os casos em que a defesa serve de meios ilícitos para obtenção de prova, ao passo que a mesma prática é sabidamente rotineira na atividade policial. ⁴⁶

Salvaguardando os entendimentos pessoais apontados pelo ilustre processualista, há de se convir que a proporcionalidade da prova ilícita *pro societate*, se depara com uma ponderação de diversos valores caros ao Estado, como o monopólio do *ius puniendi* e a tutela da inocência e das garantias individuais, bem como da dignidade da pessoa humana. Porém, é de saltar aos olhos que o direito de defesa deve se sobrepor a todos os demais interesses do Estado ou da sociedade, sendo que a todo acusado deverá ser facultado o direito ao contraditório, afastando-se a aplicabilidade do *in dubio pro societate*, em prol da garantia da *par conditio* para o exercício de defesa.

46 GOMES FILHO, op cit. p. 106-107.

III – DAS RESTRIÇÕES AO DIREITO À PROVA – Limites à atividade probatória

Assumimos que o objetivo do processo penal é o convencimento formado através das provas dos autos, produzidas pelas partes, em respeito ao devido processo legal e às garantias individuais, cumprindo ressaltar que cabe a acusação o ônus de provar os fatos alegados na peça inicial e ao réu, é facultado o direito de contraditar tais provas, bem como produzir aquelas que considere cabíveis.

O exercício do direito à prova se aplica a todas as fases, ou seja, desde a requisição até a valoração, na fase decisória. Todavia, qualquer eventual desconsideração de provas na motivação da sentença configura *error in iudicando*, o que poderá causar a reforma do *decisum*. Ainda que se trate de um direito, nada impede ao juiz que exerça um controle de pertinência e adequação da prova requerida. Em decorrência desse sistema de valoração da prova, a gerência dos mecanismos para produção da prova e até mesmo do conteúdo das mesmas, visam afastar o mau exercício, por parte dos órgãos da persecução criminal, possibilitando a exclusão de eventual provas obtidas ilicitamente.

A utilização prova emprestada e toda temática em torno da prova ilícita são temas altamente controvertido e complexos, os quais configuram cada um, e por si só, temas para minuciosa pesquisa. Neste capítulo pretende-se expor de forma mais objetiva as hipóteses de limitação ao direito de prova e, deixando para outra oportunidade um estudo mais aprofundado sobre as nuances das controvérsias práticas.

A vedação à prova ilícita é uma garantia de limite jurisdicional ao processo penal e se destina, principalmente, a preservação da dignidade humana, considerada em sua individualidade, logo, resta claro que tais garantias são limite impostos ao próprio Estado.

Existem ainda limites extra penais da prova, expressos no art. 155, parágrafo único, do CPP, no que tange à Lei civil, que exige que sejam observados as restrições que lá se fazem em relação a atividade probatória quanto ao estado das pessoas. Um exemplo clássico é a incidência da agravante do art. 61, II, *e*, do Código Penal, que trata de crime praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, nos quais as circunstâncias de parentesco devem ser provadas.

Cabe aqui distinguir as provas nominadas das inominadas para posterior distinção entre a validade de cada uma delas. Os sistemas processuais adotam diferentes normas em relação à taxatividade (ou não) dos meios de prova. Nesse sentido, cumpre esclarecer que o sistema processual brasileiro adota, em regra, a taxatividade das provas, ou seja, os meios admitidos para atividade probatória estão expressos no Código de Processo Penal, porém, em casos excepcionais, poderão ser admitidos outros meios de prova além daqueles designados, entretanto, é necessário manter a obediência aos limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade.

A Lei nº 11.690/08 dispõe sobre o tratamento da prova ilícita, na redação dada ao art. 157 do Código de Processo Penal. Segundo observado em Aury Lopes Jr, a prova ilegal é o gênero do qual decorrem as espécies: prova ilegítima e prova ilícita⁴⁷.

A prova ilegítima é caracterizada pela violação de uma regra processual, no momento de sua produção e, nesse sentido, gera nulidade de natureza exclusivamente processual, como por exemplo a juntada fora do prazo ou as declarações escritas produzidas sem o contraditório. Por outro lado, a prova ilícita guarda maior complexidade, pois esta viola as

47 LOPES JR, Op cit. p. 407.

garantias constitucionais e de direito material no momento de sua coleta, como a interceptação telefônica ilegal (aquela que ocorre sem autorização judicial).

Esta distinção feita por autores como Aury Lopes Jr e Gomes Filho não é unânime na doutrina, sobre a qual podemos destacar o entendimento de André Nicolitt, *in verbis*:

não concordamos com tal distinção, uma vez que os limites entre a norma material e a norma processual são muito tênues em matéria probatória. Uma escuta não autorizada tanto viola o direito à intimidade como a regra procedimental da Lei nº 9.296/96. A prova, uma vez admitida, será declarada nula e sua renovação será impossível. A busca e apreensão determinada por autoridade incompetente também será declarada nula, por violação de regra processual e eventual material apreendido não poderá ser reintroduzido no processo simplesmente renovando-se a diligência com ordem da autoridade competente.⁴⁸

3.1 Considerações sobre a prova ilícita

Como já visto a vedação a utilização da prova ilícita atua no controle da regularidade da atividade Estatal persecutória. Esta norma assecuratória tem ação dupla, em primeiro lugar, tutela os direitos e garantias individuais, bem como a qualificação do material a ser juntado e valorado no processo. A vedação à prova ilícita tem como destinatário imediato a proteção dos direitos à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, os quais são normalmente mais atingidos pelas diligências investigatórias.

A proibição à prova ilícita não ocorre somente em relação ao meio para obtenção, mas também aos resultados, o produto de uma diligência que poderá ser utilizado como prova. Logo, uma vez que o juiz constatar a ilicitude da prova, esta deverá ser desentranhada do processo.

48 NICOLITT, Op cit. p. 642-643

Para adimplir a aspiração constitucional do devido processo legal, baseado no sistema acusatorial e as garantias individuais dele advindas, tanto pelos vícios processuais quanto pelos vícios de direito material, é importante ser garantido o direito à prova de defesa, cabendo ao juiz do caso a atuação para limitar o uso da prova ilícita, bem como sua eventual convalidação e reprodução, os quais veremos a seguir.

3.1.2 Teoria dos frutos da árvore envenenada - (*Theory of the fruits of the poisonous tree*)

Não só a prova diretamente ilícita é vedada pela Constituição, mas tudo que derivar da ilicitude será considerado inviável ao processo, atribuída à construção jurisprudencial norte-americana. Pacelli aduz que a teoria dos frutos da árvore envenenada nada mais é que “a simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas”⁴⁹. Trata-se da *teoria das provas ilícitas por derivação* trazida pela reforma infraconstitucional da Lei nº 11.690/08, que atribuiu a atual redação do art. 157, §1º, do CPP.

O autor pontua que a construção “por derivação” não tem seu conteúdo simplificado, dando azo à controvérsias no plano prático; logo, o que deve ser buscado para configurar que uma prova derivada tem como base uma prova obtida ilicitamente é o nexo causal entre elas, ou seja, aqui é preciso que o juiz perceba se a segunda (derivada) prova só foi viabilizada em razão da primeira (ilícita) ou se a prova derivada já estava ao alcance das diligências investigatórias, caracterizando a origem em “fontes independentes”, porém, interligadas pelas circunstâncias ou em razão do agente.

Isto posto, a teoria dos frutos da árvore envenenada poderia ser confundida com a hipótese do §2º do art. 157, do CPP, do qual se derivam outras duas: *a teoria das fontes independentes* e *a teoria da descoberta do inevitável* e, em ambas, não seria imperioso a nulidade da segunda prova. Cumpre registrar o esclarecimento de Ada Pellegrini sobre as três

49 OLIVEIRA, op cit, p . 363

terorias:

No entanto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte- americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre uma e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito, ou ainda quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em independent source e, no segundo caso, na inevitable discovery. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se essas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas sem prejuízo.⁵⁰

3.1.3. Teoria das fontes independentes (Independent source) e Teoria da descoberta inevitável (Inevitable discovery)

Pode-se observar que se tratando da valoração das provas, ainda no âmbito das provas ilícitas, o juiz deve estar atento em razão da interligação e conexão de conceitos, que, aos menos atentos passariam despercebidos, gerando uma futura sentença maculada.

Como aponta Nicolitt⁵¹, a teoria das fontes independentes, bastante acolhida pela jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana (casos Silverstone vs. US, 1920 e Nardone vs. US, 1939) não há uma exceção à vedação da prova ilícita, constituindo um aprova lícita de aquisição de prova. A produção da segunda prova está inserida em uma investigação atual e regular, independente do crime investigado pelo persecussão criminal já em andamento, no qual a mesma prova fora obtida ilicitamente.

50 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Scarancer e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 12ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 137- 138.

51 NICOLITT, op cit. p. 644.

Neste ponto, seguiremos o entendimento de Pacelli, posto que mais objetivo. O autor entende que esta teoria deriva da ausência fática de causalidade ou dependência lógica entre as provas, na qual a prova ilícita não se relaciona com a produção dos fatos que geraram a produção da prova supostamente contaminada⁵²

André Nicolitt aduz que a teoria da descoberta do inevitável, introduzida mais recentemente na jurisprudência norte-americana, pelo caso *Nix vs. Williams*, de 1984, defende que a prova obtida por meio ilícito poderá ser valorada desde que fosse concluído que esta prova seria inevitavelmente descoberta, por outro meio lícito⁵³.

Por tal entendimento, pela *inevitable discovery*, admitir-se-ia a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou dependência entre a primeira (ilícita) e a segunda (descoberta), por se tratar de meios de obtenção de provas rotineiros, inerentes à atividade investigatória, evitando assim a contaminação da totalidade das provas subsequentes à ilícita. O autor continua afirmando que “lança-se mão de um curso de investigação hipotético. Ou seja, se hipoteticamente, fosse possível chegar-se a prova, esta poderia ser admitida, ainda que a ela se tenha chegado, concretamente, por meios ilícitos”⁵⁴

Ambas teorias apontadas incluem conceitos difusos, o que demanda maior ponderação de cada interessado envolvido no caso concreto. O juiz deve recorrer ao critério da proporcionalidade, o qual admite um juízo de adequação da norma ao caso concreto. A atual redação do dispositivo 157 do Código de Processo Penal é proveitosa por delinear a possibilidade de não contaminação de provas derivadas (quando são) de prova obtida ilicitamente. Não obstante, a simples identificação do âmbito da ilicitude (se processual ou material) e, logo, da contaminação não se mostra suficiente para superar a questão, devendo ser trazido à baila o nexo de causalidade. Todavia, é imperioso maior atenção para que não se negue efetividade ao princípio constitucional da vedação à prova ilícita.

52 OLIVEIRA, op cit. p. 364 e ss.

53 NICOLITT, loc. cit.

54 Idem

3.1.4. Teorias sobre a admissibilidade das provas ilícitas

A doutrina processualista admite três hipóteses de admissibilidade da prova ilícita: a admissibilidade, a inadmissibilidade absoluta e a admissibilidade pelo princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade).

Segundo Aury Lopes Jr⁵⁵, a corrente que defende a possibilidade de admissibilidade da prova ilícita dar-se-ia desde que não fosse vedada pelo ordenamento jurídico. Isto posto, de acordo com seus doutinadores, o responsável pela produção da prova ilícita poderia utilizá-la em um processo, respondendo por eventual violação à norma de direito processual em outro. Este entendimento não encontra qualquer abrigo no ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda hipótese, da inadmissibilidade da prova ilícita tem como argumento principal a previsão constitucional expressa do art. 5º, inc. LVI, ao qual atribuem *status* absoluto posto que instituído na norma maior do Estado Democrático de Direito. Cumpre esclarecer que, ao assumir este entendimento, de impossibilidade absoluta, se restringiria a ponderação necessária à determinados casos de maior complexidade e especificidade. No mais, como já explicitado anteriormente, o ordenamento jurídico processual pode realizar vênias em prol do nexo causal e do princípio da adequação.

O terceiro e último entendimento pode ser subdividido em a admissibilidade em razão da proporcionalidade: *pro societate* e *pro reo*. A primeira hipótese já foi abordada no capítulo 2, a qual se fará menção. A admissibilidade em razão da razoabilidade do interesse público (em prol do interesse social) é maculada em razão da dialética criada entre o primado do interesse público e as garantias individuais. Desde já cumpre esclarecer que é muito grave, podendo gerar consequências graves de segurança jurídica, a admissão de conceitos jurídicos abstratos como proporcionalidade e interesse público, uma vez que poderão ser utilizados de forma subjetiva e discricionária.

55 LOPES JR, Op cit. p. 408-409.

O primeiro, no caso, não estaria inserido somente na gestão do *jus puniendi*, mas da efetivação da ordem social, no intuito de diminuir a criminalidade- sob a justificativa de maximizar a segurança; ao passo que do outro lado do conflito, estariam as garantias da dignidade da pessoa humana chanceladas pela constituição, em prol do devido processo legal, como o direito ao contraditório e a ampla defesa e, principalmente, a presunção de inocência.

Por fim a admissibilidade pelo princípio da proporcionalidade *pro reo* assume que a prova ilícita só poderia ser admitida e valorada se fosse a favor do réu. Lopes⁵⁶ aduz que neste entendimento, há a ponderação de que direito de liberdade de um inocente deverá prevalecer em detrimento de eventual sacrifício ao direito de produção de prova. O autor exemplifica tal situação é comum quando se tem um réu acusado de injustamente de um delito que não cometeu e, viola o direito à imagem, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio de outrem para obter porva de sua inocência.

Considerando que cercear o direito de liberdade de um inocente atinge a base do conceito de justiça, Rangel traz a *teoria da exclusão da ilicitude*⁵⁷, defendendo que a conduta do réu está amparado pelo direito e, portanto, tal porva não deverá ser considerada ilícita, sob o abrigo da excludente de de ilicitude do estado de necessidade, que seria caracterizado pela necessidade de provar a inocência.

3.2 Breves considerações sobre a prova emprestada

Prova emprestada é aquela obtida através de outra, originalmente produzida em processo diverso. É um meio ilegítimo de obtenção de prova, porém, a jurisprudencia entende que é possível a aproveitabilidade da prova emprestada uma vez respeitado o contraditório.

56 LOPES JR, op cit. P;631

57 RANGEL, op cit. p. 431.

Aury Lopes Jr⁵⁸ faz distinção entre a aproveitabilidade das provas documentais e as provas testemunhais e técnicas. Enquanto as documentais, em se tratando de documentos públicos ou particulares, que não envolvam qualquer tipo de sigilo, se limita a fazer cópia de um processo e translar para o outro, a prova testemunhal ou técnica tomada emprestada, sofre limitações insuperáveis. Em primeiro momento pela necessidade de caracterizar o interesse probatório. Nesse sentido, o obstáculo é gigantesco posto que se houvesse efetivamente conexão probatória, ambos deveriam ser reunidos, respeitando-se a prevenção, e julgados simultaneamente, conforme mandamus do art. 76, III, do CPP.

Outro aspecto insuperável, segundo o autor, é a violação do contraditório e, eventualmente a ampla defesa, considerando que a prova vinculada a um determinado processo dispõe sobre fatos específicos, a tentativa de utilizá-la para reconstruir virtualmente outro fato (ainda que parcialmente) parece pouco lógico.

3.3 A cadeia de custódia da prova penal

O tema guarda relação com os meios de prova e com as hipóteses legais das provas em espécie (que não será objeto deste estudo). A preservação das fontes de prova é fato incontroverso, principalmente quando se trata de provas produzidas fora do processo, em diligências especiais, como a colheita de DNA, interceptação telefonia e outras. Neste ínterim, a cadeia de custódia é um instrumento de validade das provas. Esta discussão se situa no campo da conexão de antijuridicidade da prova ilícita, impondo a autenticidade dos elementos probatórios.

A cadeia de custódia prescinde o estabelecimento de um procedimento encadeado, regrado e formal, no qual constará toda cronologia de determinada prova (desde a requisição) permitindo sua posterior valoração em juízo, no exercício do controle epistêmico, devendo

58 LOPES JR, loc cit

indubitavelmente ser a mesma e passar pelo crivo da “acreditação”⁵⁹ realizada pelo juiz. Este ato formal é o que confere a legitimidade da prova.

Este cuidado se justifica em duas vias convergentes. A primeira seria impedir a manipulação indevida da prova, visando a satisfação de eventuais convicções subjetivas, visando obter a melhor decisão judicial (a mais “justa”) e a segunda, conforme evidenciado por Aury Lopes Jr, definir objetivamente um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente⁶⁰.

Ou seja, essa exigência se insere no processo como forma diminuir o espaço impróprio da discricionariedade judicial, fazendo com que a decisão não dependa da valoração do juiz acerca da interioridade/subjetividade dos agentes estatais, sob pena de incorrer numa dupla subjetividade

Conforme explica Geraldo Prado, a aleração das fontes de prova contamina os meios de prova e a não preservação da cadeia de custódia retira a credibilidade desses meios. A exigência desta cadeia de prova se projeta para o processo penal, à medida que diminui as lacunas para atuação da discricionariedade judicial, afastando ou diminuindo a dependência da valoração do juiz, visto que a *chain of custody* legitima toda existência da prova, ou seja, agrega concretude e objetividade ao processo, deixando pouca oportunidade para eventual postura decisionista.

A temática da preservação da cadeia de custódia como garantia objetiva a validação da prova no processo é diretamente ligada a integridade da prova, como registro documentado de toda a cronologia da posse, movimentação, localização e armazenamento do material probatório; nesse sentido, leciona Geraldo Prado:

59 PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

60 LOPES JR, Aury e ROSA, Alexandre Moraes da. A importância da preservação da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *Revista Consultor Jurídico*. 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

“O rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída. Sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado. Os suportes técnicos, pois, têm uma importância para o processo penal que transcende a simples condição de ferramentas de apoio à polícia para execução de ordens judiciais” ⁶¹

61 PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p 79.

CONCLUSÃO

O intuito da presente pesquisa é evidenciar que no âmbito do Estado Democrático de Direito, a persecução criminal deve ser pautada nas garantias constitucionais e nos princípios que configuram *standards* de que asseguram o devido processo legal.

A estrutura do processo penal como procedimento para verificação de uma determinada verdade, através da reconstrução de um fato histórico (passado), leva em consideração e, tem como pressuposto empírico de validade as provas. É através das provas que as partes buscarão persuadir o juiz, formar seu convencimento. Logo, é notório que este direito seja tutelado não só pelo Código de Processo Penal, mas também encontre garantias fundamentais na própria Constituição Federal.

O *due process of law*, inerente aos ordenamentos jurídicos de tradição democrática, tem fundamento na dignidade da pessoa humana. No ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no cenário pós promulgação da Constituição de 1988, que internalizou este *standard*, assegurando garantias ao sistema acusatório e positivando princípios tais quais a presunção da inocência, a preservação da dignidade, o contraditório e a ampla defesa, a igualdade de participação das partes e o direito à prova, a busca pela melhor decisão judicial passa pela produção da melhor prova possível, sendo que a estrita observância do acusatório, garantindo a iniciativa probatória às partes, tem por objetivo afastar a subjetividade do juiz e o decisionismo.

Isto posto, ainda que o processo penal brasileiro guarde controvérsias quanto a efetiva

superação do sistema inquisitório, o princípio da presunção de inocência instrumentalizou a lógica persecutória para desestigmatizar o acusado/réu e, esta alteração é substancial para melhor compreender a sistemática do direito à prova.

A presunção da inocência, ao lado do contraditório assegurou ao acusado maior participação no processo, alterando a distribuição da carga probatória e até mesmo mitigando determinados limites à apreciação das provas, como por exemplo pela admissão da prova ilícita *pro reo*, no sentido de assegurar o direito de defesa e de liberdade.

A garantia ao direito à prova é um dos pilares na busca pela máxima eficácia do sistema de garantias mínimas, fundamentais. Assim, o processo penal deve ser um procedimento neutro, o qual não visa somente a punição como um fim, mas a devida apuração dos fatos através da reconstrução virtual.

Entendemos que esta reconstrução dos fatos é aproximativa, visto que no campo processual é impossível alcançar a verdade absoluta, logo, cabe ao juiz esta atividade apreciativa- cognitiva, a qual dar-se-á de forma indireta, mediante as provas. Considerando que a Constituição é a norma maior e fundamental do ordenamento jurídico e em seu texto, desenha o sistema acusatorial, deve-se buscar a máxima conformidade, afirmando a inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais que permitam a produção de prova ou atos de investigação, de ofício, pelo juiz, sob pena de quebra da neutralidade.

Cumprе consignar que as garantias inerentes ao processo penal e ao direito de prova são limites da jurisdição ao poder do próprio Estado, ou seja, materializam o direito do réu de ser julgado com base nas provas produzidas no processo específico, em contraditório e diante do juiz natural, com a observância de todos os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:
<www.planalto.gov.br/ccivil_3/Constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22.06.2016.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto nº 3.689/1941 Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso
em: 26.06.2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de proceso penal*. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

_____. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Boletim IBCCRIM, v. 188, p. 11-13, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GOMES FILHO, Antônio M. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *As Reformas do Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *As nulidades no processo penal – 12ª ed. Revista e atualizada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011

JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal. Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal – 13ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury e ROSA, Alexandre Morais da. *A importância da preservação da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Revista Consultor Jurídico. 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5ª Ed. Rev e atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *A Garantia do Contraditório: Consagrada na Constituição de 1988 e Olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008*. In *Processo Penal e Democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado – 15ª ed*. Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. Rev e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Geraldo.. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RANGEL, Paulo C. *Direito Processual Penal*. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey.,2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928. *Processo Penal*. Vol. 3. 34ª ed. Rev e de acordo com a lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.