

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

***STANDARDS* PROBATÓRIOS PARA DECRETAÇÃO DE PRISÃO
PREVENTIVA: A (NECESSÁRIA) LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL
AO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**

PEDRO COUTO GABRIG

**RIO DE JANEIRO
2017 / 2º SEMESTRE**

PEDRO COUTO GABRIG

***STANDARDS* PROBATÓRIOS PARA DECRETAÇÃO DE PRISÃO
PREVENTIVA: A (NECESSÁRIA) LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL
AO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.**

**RIO DE JANEIRO
2017 / 2º SEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

G112s Gabrig, Pedro Couto
Standards probatórios para decretação de prisão preventiva: a (necessária) limitação constitucional ao livre convencimento motivado / Pedro Couto Gabrig. -- Rio de Janeiro, 2017.
101 f.

Orientador: Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. prova penal. 2. standards de prova. 3. prisão preventiva. 4. valoração. 5. processo penal. I. Prado, Geraldo Luiz Mascarenhas, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

PEDRO COUTO GABRIG

***STANDARDS* PROBATÓRIOS PARA DECRETAÇÃO DE PRISÃO
PREVENTIVA: A (NECESSÁRIA) LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL
AO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado**.

Data da aprovação: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2017 / 2º SEMESTRE

Aos meus pais, Renato e Eliane, e ao meu irmão
Renato, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Geraldo Prado, com quem tive a honra de estudar a temática mais importante no âmbito do direito. Mestre não apenas pelo conhecimento jurídico, mas principalmente pela missão que desempenha nessa conturbada ordem democrática.

Aos meus pais, Renato e Eliane, por todo apoio e incentivo na carreira jurídica, bem como por terem me proporcionado condições de estudar na gloriosa Faculdade Nacional de Direito.

Ao meu irmão Renato por todo o incentivo no meio acadêmico.

Às sinceras amizades formadas ao longo destes cinco anos de faculdade, sentimentos que com certeza compartilharemos *ad eternum*.

À todos aqueles me ajudaram e incentivaram ao longo dessa trajetória. É só o começo.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a temática dos *standards* de prova e estabelecer parâmetros para sua aplicação na prisão cautelar preventiva, a partir de uma perspectiva da prova penal como meio racional de verificação dos fatos penalmente relevantes. Parte-se da concepção de processo adotada por Fazzalari, que preconiza que o princípio do contraditório está intimamente ligado à relação processual, como forma dialética de produção do conhecimento. O termo prova, com suas diferentes acepções e classificações no processo deve ser utilizado corretamente para compreensão do *standard* probatório. Os fatos processuais revelam-se complexos e possuem essencial conexão com as normas jurídicas, não podendo, para fins que interessam a lide processual, serem analisado isoladamente. O crescente número de decisões sem respaldo fático-probatório concreto exige a adoção de *standards* prova que permitam controlar a discricionariedade no poder decisório do magistrado. Atribui-se mais qualidade à decisão jurídica, que não poderá estar fundada em concepções subjetivas do julgador. A adoção dos *standards* de prova impõe limitações ao livre convencimento motivado, que, pelo que a experiência jurídica nos mostra, é desprovido de concretas justificações. A constitucionalidade da limitação guarda relação com o estado de direito, regido pela presunção de inocência do investigado ou acusado. Diante do crescente número de prisões preventivas que são decretadas com base em crenças e suspeitas, urge a necessidade de limitar a utilização instrumental cautelar, como forma de proteção da presunção de inocência.

Palavras-chave: *standards* de prova; prova penal; prisão preventiva; presunção de inocência; fatos jurídicos; processo penal; epistemologia jurídica.

ABSTRACT

The paper intends to analyze the thematic of evidence standards and to establish parameters for its application in preventive pretrial detention, from a perspective of the criminal evidence as a rational means of verifying the relevant facts. It begins with the conception of the process adopted by Fazzalari, who advocates that the principle of contradiction is closely linked to the procedural relation, as a dialectical form of knowledge production. The term proof, with its different meanings and classifications in the process, must be correctly used to understand the standard of proof. The procedural facts are complex and have an essential connection with legal norms, and can not be analyzed separately for purposes that are of interest to the procedural law. The increasing number of decisions without concrete factual-evidence support requires the adoption of evidence standards that allow control of discretion in the decision-making power of the magistrate. More quality is attributed to the juridical decision, which can not be based on subjective conceptions of the judge. The adoption of standards of proof imposes limitations on free convincing, which, as legal experience shows us, is devoid of concrete justifications. The constitutionality of the limitation is related to the rule of law, governed by the presumption of innocence of the investigated or accused. Faced with the growing number of preventive prisons that are decreed based on beliefs and suspicions, there is an urgent need to limit instrumental use as a form of protection of the presumption of innocence.

Keywords: standards; evidence; preventive detention; criminal procedure; presumption of innocence; legal facts; legal epistemology.

SUMÁRIO

Introdução	12
Capítulo 1. TEORIAS ACERCA DO PROCESSO PENAL	14
1.1. Processo como Relação Jurídica: Oskar von Bülow	15
1.2. Processo como Situação Jurídica: James Goldschmidt	17
1.3. Processo como Procedimento em Contraditório: Elio Fazzalari	23
Capítulo 2. A PROVA DOS FATOS NO PROCESSO PENAL	31
2.1. Conceitos de Prova	34
2.1.1. A polissemia do vocábulo prova	34
2.1.2. O elemento de prova	38
2.1.3. O resultado de prova	39
2.1.4. As fontes de prova e os meios de prova	40
2.1.5. Os meios de investigação, pesquisa ou obtenção de prova e o elemento de investigação	44
2.1.6. O conceito normativo de prova	48
2.1.7. O objeto de prova	51
2.1.8. O argumento de prova	55
2.2. Classificações de Prova	56
2.2.1. Prova real e prova pessoal	56
2.2.2. Prova positiva e prova negativa	56
Capítulo 3. A PROBLEMÁTICA DOS FATOS NO PROCESSO PENAL	58
3.1. A relação dos fatos com a realidade	60
3.1.1 Fato externo, fato percebido e fato interpretado	60
3.1.2. O objetivismo ingênuo, o ceticismo radical e o objetivismo crítico	63
3.1.3. <i>Quaestio facti</i> e <i>quaestio iuris</i>: A indispensável vinculação	66

3.2. A inferência probatória.....	70
Capítulo 4. OS STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL.....	73
4.2. A valoração probatória na história do processo penal.....	73
4.2.1. A prova tarifada ou prova legal.....	75
4.2.2. A íntima convicção do juiz.....	75
4.2.3. O livre convencimento motivado.....	77
4.3. Os <i>standards</i> probatórios em espécie.....	78
4.3.1 Acima de qualquer dúvida razoável e Preponderância da evidência.....	79
4.3.2 Mínima atividade probatória.....	80
4.3.3 Alto grau de verossimilhança sem dúvidas concretas.....	83
4.3.4 Doutrina do absurdo ou da arbitrariedade.....	84
4.3.5 Congruência narrativa e Probabilidade indutiva.....	85
4.3.6. Controle de Motivação.....	86
4.3.7. Probabilidade matemática (quantitativa).....	87
4.4. Os <i>standards</i> probatórios para decretação de prisão preventiva.....	88
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo dos *standards* de prova no âmbito processual penal e, em especial, sua aplicação na prisão. Para compreender melhor o tema analisaremos todas as etapas probatórias, a função da prova no processo penal e o papel desempenhado pelos fatos na convicção judicial.

No primeiro capítulo, abordaremos as teorias referentes à natureza jurídica do processo, com foco particular nos três principais teóricos sobre o tema. A conjuntura político-criminal que dominou o cenário em 1941, ano do nosso Código de Processo Penal, também será brevemente analisada, mormente as ideias autoritárias que cercavam os juristas à época.

No segundo capítulo, analisaremos a fundo a temática probatória, estabelecendo as necessárias e pertinentes distinções entre os conceitos e classificações das provas. Esta parte do estudo adquire especial relevância, pois será fundamental para prosseguir com o trabalho e entendermos os *standards* probatórios.

Mais a frente, no quarto capítulo, veremos todas as questões problemáticas que cercam os fatos no processo penal, como se deu a errônea distinção entre questões de fato e questões de direito e o processo inferencial conclusivo da prova.

Por fim, no quarto e último capítulo, estudaremos os *standards* probatórios no processo penal, estabelecendo seu conceito e suas espécies com arrimo no direito comparado. Entenderemos o processo de valoração da prova, que sofreu profundas mudanças ao longo da história, conforme a transição dos modelos processuais.

Ainda no último capítulo, estudaremos a prisão preventiva, sua função no processo e a possibilidade de sua limitação. Para tanto, fazer a conexão da prisão com os *standards* probatórios, passando pelos *standards* de admissibilidade da prova, até chegar aos *standards* valorativos.

O estudo representa uma singela contribuição à temática probatória no Brasil, muito pouco explorada e carente de muitos conceitos há anos consolidados na doutrina e 12

jurisprudência estrangeira. Espero que colabore para o desenvolvimento de uma produção e avaliação mais racional da prova no âmbito do processo penal brasileiro.

1. TEORIAS ACERCA DO PROCESSO PENAL:

Em que pese as teorias acerca da natureza jurídica do processo penal não serem objeto principal de estudo no presente trabalho, necessário se torna uma breve introdução a respeito de seu conceito e evolução histórica para melhor compreensão da importância do contraditório e produção probatória, em respeito ao próprio conceito normativo de prova.¹

Neste relevante tema do processo penal, abordaremos os vínculos historicamente estabelecidos entre as partes (acusação e acusado) e o juiz, bem como seus direitos e eventuais deveres.

Inicialmente, até meados do século XIX, as teorias do direito privado eram amplamente aplicadas, sem distinção entre natureza material e processual. O processo era definido como um negócio jurídico – contrato – firmado entre as partes, que submetiam a decisão da controvérsia a um terceiro (juiz).² Para o Estado, o resultado da demanda processual era absolutamente indiferente, pois o processo era entendido como “*coisa das partes*” – estrutura acusatória individualista.³

Com a gradual formação dos Estados Nacionais Modernos, suprimindo o caráter privado da pena e sua relação com o (suposto) direito de punir do particular – vingança privada –, a pena passou ao estágio de pena pública, necessitando de uma regulamentação efetiva como própria estrutura limitadora da aplicação do *ius puniendi* estatal.⁴

1 Conceito abordado no tópico 2.1.6.

2 JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal. Estudos e Pareceres*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 104.

3 Idem, pp. 166-167.

4 LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 03ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 190.

Nesse contexto, sinteticamente destacaremos as principais teorias (Bülow, Goldschmidt e Fazzalari), não existindo razão, para fins do presente trabalho, de estender o estudo o estudo sobre o tema.

1.1. Processo como Relação Jurídica: Oskar von Bülow

Em sua obra *La teoria de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, Bülow, em 1868, fez a primeira distinção entre direito material e direito processual⁵, dando o primeiro passo para a criação de um direito processual democrático, construído posteriormente por outros teóricos.

Bülow definiu o processo como uma relação jurídica pública entre as partes (acusação e acusado) e o juiz, gerando uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais.⁶ Passou-se a entender o réu como parte integrante da relação jurídica, constituindo verdadeira inovação positiva comparada às relações processuais até então aplicadas.⁷

Nas palavras de Lopes Jr.:

“No processo penal, representou um avanço no tratamento do imputado, que deixa de ser visto como um mero objeto do processo, para ser tratado como um verdadeiro sujeito, com direitos subjetivos próprios e, principalmente, que pode exigir que o juiz efetivamente preste a tutela jurisdicional solicitada (como garantidor da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição).”⁸

⁵JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de, op. cit., p. 107.

⁶LOPES JR, Aury, op. cit., p. 191.

⁷Idem.

⁸Idem.

A atribuição de direitos e obrigações recíprocos caracteriza a relação jurídica, enquanto sua publicidade é justificada pelo fato desses operarem entre o Estado e o cidadão, através dos seguintes elementos: *peçoas, matéria, atos e momento em que se desenvolvem*.⁹ Da própria distinção entre o direito material e o processual, estabelecida por Bülow, surgiram os pressupostos de validade e existência do processo.

Posteriormente, Adolf Wach, ampliando a teoria da relação jurídica de Bülow, aduziu, corretamente, que esta relação jurídica se opera de forma triangular – *actum trium personarum* – entre o juiz e as partes (acusação e defesa), mediante direitos e obrigações recíprocas.¹⁰

Aury Lopes Jr. leciona que este triângulo processual é fundamental para relação democrática processual, sobretudo, através de igualdade de armas entre acusação e acusado – “*possuidor de um conjunto de direitos subjetivos dotados de eficácia em relação ao juiz e à acusação*”¹¹ –, pois “*somente assim estaremos admitindo que o acusado não é um mero objeto do processo, tampouco que o processo é um simples instrumento para a aplicação do jus puniendi estatal*”.¹²

Neste ponto, importante destacar que a contribuição de Wach para relação processual possui consequências no conceito de processo penal democrático buscado até os dias atuais, em especial, no que tange à sua aplicabilidade no sistema acusatório, que pressupõe um distanciamento entre o juiz e as partes, sob a égide da imparcialidade, mediante prévias e rígidas definições do papel de cada um dentro do processo penal.

9 Idem.

10 WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, apud: LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 03ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 194.

11 LOPES JR, Aury, op. cit., p. 194.

12 Idem.

Sobre o sistema acusatório de justiça penal, veremos mais a fundo no decorrer do presente trabalho. Por hora, entretanto, com fins instrutórios, imperioso ressaltar as precisas palavras de Khaled Jr.:

“O que caracteriza um sistema acusatório é a existência de partes e o arbitramento do juiz, que não deveria ir atrás de provas, o que incumbe às referidas partes. A busca pelo verdadeiro não pode suplantar as garantias do réu, pois essa é a característica do processo penal e dos limites que devem ser impostos a busca que ele procede. Em um Estado Democrático de Direito, uma exigência como a verdade não pode ser absoluta: deve encontrar limites, como a recusa de prova ilegal e a presunção de inocência, por exemplo.”¹³

1.2. Processo como Situação Jurídica: James Goldschmidt

Sem dúvidas o maior crítico de Bülow foi Goldschmidt, que, em 1925, em sua obra *Prozess als Rechtslage*, negou a relação jurídica anteriormente estabelecida e definiu a natureza jurídica do processo como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes percorrem em direção a uma sentença favorável.¹⁴

A própria definição de Goldschmidt contraria a noção de estabilidade – inércia – e segurança jurídica aduzida por Bülow. Isso porque, para ele, o processo como situação jurídica entre as partes é caracterizado pelo aproveitamento de certas oportunidades que surgem ao longo do procedimento.¹⁵

13 KHALED JR., Salah Hassan. *O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?* Civitas: Porto Alegre, v. 10, n. 2, maio-ago. 2010, pp. 293-308. Ainda, sobre o conceito de sistema acusatório, adverte Badaró: “O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório”. BADARO, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 80.

14 LOPES JR., Aury, op. cit., p. 196.

15 Idem.

Assim, o aproveitamento dessas *chances* permite à parte a liberação de *cargas* na busca pela sentença favorável (expectativa processual).¹⁶ Exemplificando, as chances seriam os atos endoprocessuais praticados, como o relato favorável de uma testemunha e a juntada de laudo técnico ou documento que demonstre seu direito.

Aqui, desde logo, importante fazer uma distinção sobre como essa *carga* operará diante do sistema processual penal democrático. Como se sabe, o ônus da prova é inteiramente atribuído ao acusador e somente este – e não o juiz, como visto no modelo processual penal inquisitório – está incumbido de liberar a carga probatória, em respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF e art. 8º, item 2, *caput*, Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto San José da Costa Rica)¹⁷ e da não autoincriminação (art. art. 5º, inciso LXIII, CF; art. 8º, item 2, alínea “g”, Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto San José da Costa Rica; e art. 186, *caput* e parágrafo único, CPP)¹⁸ – *nemo tenetur se detegere*.

Desse modo, no que tange ao processo penal democrático, à luz da epistemologia da incerteza, é correto afirmar que coexistem as noções de carga para o acusador e risco para a

16 Idem, p. 197.

17 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

“Art. 8º Garantias judiciais: (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:”

18 Art. 5º. op. cit.: (...) “LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

Art. 8º. op. cit.: (...) “g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;”

“Art. 186: Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)”

defesa¹⁹, de modo que, a não produção, pelo acusado, de elementos de convicção que comprovem sua inocência gerará um considerável risco de prolação de uma sentença condenatória, mas não pela ausência liberação de carga, vez que esta atividade compete somente ao acusador.

Para melhor compreensão do tema, elucidativas são as palavras de Lopes Jr.:

“Carga é um conceito vinculado à noção de unilateralidade, logo, não passível de distribuição, mas sim de atribuição. No processo penal, a atribuição da carga probatória está nas mãos do acusador, não havendo carga para a defesa e tampouco possibilidade de o juiz auxiliar o MP a liberar-se dela (recusa ao ativismo judicial). A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável.”²⁰

Sem embargo, pode-se dizer que a visão do processo como relação jurídica preconizada por Bülow revelou sua a priori inaplicabilidade, eis que pautada em critérios ainda pouco consolidados na nossa democracia, como o pleno exercício de direitos subjetivos pelo acusado e sua relação obrigatória com o juiz, que tenha o dever de respeitar o direito constitucionalmente positivado e a legítima expectativa.

Ademais, Bülow ignorou a responsabilidade probatória na medida em que considerou que os direitos e deveres “claramente estabelecidos”²¹ assegurariam uma sentença justa, independente da atividade endoprocessual das partes litigantes.

19 LOPES JR., Aury, op. cit., p. 199.

20 Idem.

21 Idem, pp. 206-207.

Como bem colocou Aury Lopes Jr.:

“O erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com um autêntico processo de partes.”²²

Silva Jardim adverte que, para teoria do processo como situação jurídica, os direitos anteriormente estabelecidos [por Bulow] constituem medidas para a decisão judicial, sob o aspecto dinâmico-processual, sem importar em estabelecimento de relações jurídicas. Representam, portanto, promessas ou ameaças às partes (favorável ou desfavorável) da conduta do juiz, “o qual decide por dever funcional, sem que nisto resida qualquer direito do autor ou do réu”.²³

Noutro giro, além de negar a existência de direitos e obrigações processuais, Goldschmidt refuta os pressupostos processuais anteriormente estabelecidos, classificando-os como pressupostos de uma sentença de fundo.

Para explicar a natureza dinâmica do processo, Goldschmidt compara a situação jurídica a um *estado de guerra*, que abandona a noção de segurança na relação jurídica para adentrar na *epistemologia da incerteza*²⁴. O autor nega a existência de direitos intangíveis, pois, em uma situação jurídica, tais direitos se convertem em verdadeiras expectativas:

“(…) quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma

22 Idem, p. 195.

23 JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal. Estudos e Pareceres*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 105.

24 LOPES JR., Aury, op. cit., p. 197.

ocasião ou descuido de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde.”²⁵

A situação processual no tocante à epistemologia da incerteza pode ser definida como uma nuvem obscura²⁶, que dependerá de uma série de fatores ao longo do processo – aproveitamento das chances e liberação das cargas. Esta condição, segundo Goldschmidt, evidencia o risco da natureza processual, que poderá gerar uma sentença justa ou injusta, bem como seu caráter dinâmico na busca da decisão favorável.

A certeza do direito material, analisado no campo abstrato, é transformada em incerteza a partir do momento em que é postulada na atividade processual como objeto do processo.^{27 28} Como observa Silva Jardim, opera-se uma mutação estrutural do direito, “*pois aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada em meras possibilidades, perspectivas e ônus*”.²⁹

25 GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Civil*, p. 49, apud: LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 03ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 197.

26 LOPES JR., Aury, op. cit., p. 201.

27 Pode-se dizer que há um enfrentamento da ordem judicial com a ordem legal, oportunidade em que os direitos positivados na norma legal serão submetidos à análise do Poder Judiciário para verificação de sua aplicabilidade.

28 Após tecer duras críticas a Goldschmidt, Calamandrei aliou-se a ele reconhecendo pertinência de suas alegações, em especial, a epistemologia da incerteza, e definiu o processo como um *jogo*. Para ele “o êxito depende, por conseguinte, da interferência destas psicologias individuais e da força de convicção com que as razões feitas pelo demandante consigam fazer suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador”. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, Campinas, Bookseller, 1999. v. 3, p. 223, apud: LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 03ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 203; Na mesma linha, Silva Jardim pontua o posicionamento de Enrico Liebman, na obra *Corso di diritto processuale civile*, 1952, pp. 65-67, em que aduz que a conclusão de Goldschmidt sobre situação jurídica, para o citado autor, se aplicaria somente ao objeto do processo, e não ao processo como um todo. Desta forma, as perspectivas e expectativas da sentença favorável gerariam uma noção dinâmica de incerteza em relação ao objeto litigante. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de, op. cit. p. 106.

29 JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de, op. cit. p. 106.

A única segurança que é possível alcançar no processo, em tese³⁰, é a estrita observância às regras do jogo – o devido processo legal³¹ – como forma de garantia e limitação aos abusos do poder punitivo estatal.

Em especial, no que concerne ao processo penal, o respeito ao referido princípio ganha particular importância, pois a busca pela sentença condenatória, exclusivamente capaz de superar a presunção de inocência (após o trânsito em julgado) através da devida comprovação de um enunciado fático – a prática de um crime –, deve ser norteadada pela severa obediência aos procedimentos formais – regras previamente estabelecidas que constituem garantia fundamental –, eis que se discute a possibilidade de supressão da liberdade de locomoção de um cidadão, além das inúmeras repercussões sociais que recaem sobre o condenado.

Por essas razões, cirurgicamente adverte Geraldo Prado:

“O processo penal, pois, não deve traduzir mera cerimônia protocolar, um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas

30 É cediço que inúmeras garantias constitucionais são violadas todos os dias. O Estado, amparado pelo clamor popular fixo em bases histórico-autoritárias e fruto de uma mídia sensacionalista, materializa o *processo penal do espetáculo*, permitindo a supressão de garantias individuais em prol da condenação do *inimigo* público. Como bem ressaltou Rubens Casara, atribuem suposto caráter de excepcionalidade à violação dos direitos fundamentais, sob o pretexto de que “o respeito à legalidade estrita revela-se enfadonho e contraproducente”. Nesta toada, “a dimensão de garantia, inerente ao processo penal no Estado Democrático de Direito (marcado por limites ao exercício do poder), desaparece para ceder lugar à dimensão de entretenimento”. CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>. Acesso em 28.10.2017; Ainda, sobre o conceito de *inimigo* no direito penal, leciona Zaffaroni: “Ao revisarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu um *hostis*, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, a partir da negação da sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de *coisa* ou *ente perigoso*. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Buenos Aires: Renavan, 2006, p. 115.

31 Art. 5º, inciso LIV, Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

forças políticas, incluindo-se nesta categoria os integrantes do Poder Judiciário.”³²

1.3. Processo como Procedimento em Contraditório: Elio Fazzalari

Fazzalari não só deu continuidade aos estudos de Goldschmidt, criticando a teoria da relação jurídica (Bülow), como também foi além. Importando a característica dinâmica do processo, levando em conta a existência de aproveitamento de chances, liberação de cargas processuais e expectativa de uma sentença favorável, conceituou o processo como um procedimento em contraditório, através do qual asseguraria o respeito às garantias constitucionais, bem como a prolação de decisão final mais justa.

A óptica de processo anteriormente aplicada – teoria da relação jurídica – concebia o procedimento como uma sucessão burocrática de atos, em uma perspectiva meramente formal. Neste contexto, eclodiu a teoria das nulidades diante das inúmeras relativizações procedimentais em nome da instrumentalidade das formas.³³

Em face deste quadro, tornou-se necessário a criação de uma nova concepção de processo, trazendo como principal fundamento o exercício das garantias individuais, em especial, o contraditório.

Sobre este ponto, advoga Lopes Jr.:

“O processo, visto como procedimento em contraditório, supera essa visão formalista-burocrática do procedimento, até então reinante. Resgata a importância do estrito respeito às regras do jogo, especialmente do

32 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeira de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. Monografias Jurídicas. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. pg. 17.

33 LOPES JR., Aury, op. cit., p.222.

contraditório, elegido a princípio supremo. O procedimento se legitima através do contraditório e deixa de ser uma mera concatenação de atos, formalmente estruturados, para tomar uma nova dimensão.”³⁴

Fazzalari, em sua teoria, também retirou do juiz a iniciativa probatória e seu protagonismo no processo, reforçando a posição das partes – características do sistema acusatório –. Ao juiz, reservou um papel de garantidor da eficácia do contraditório e não de contraditor – papel outrora outorgado ao juiz inquisidor.³⁵

A definição de processo do autor italiano é respaldada em uma concepção democrática da jurisdição, condizente com a que foi adotada pelo legislador constitucional brasileiro (art. 5º, inciso LV, CF)³⁶, mesmo diante de inúmeras iniciativas probatórias do magistrado existentes no Código de Processo Penal.

Desta forma, o juiz, representante do Estado na solução de uma controvérsia, que deverá presidir todos os atos processuais e analisar o aproveitamento das chances e liberação das cargas, diante da própria epistemologia da incerteza inerente ao processo, só poderá exercer um correto juízo de valoração probatória se essas provas tiverem sido submetidas ao efetivo contraditório, com igual participação das partes no processo, a fim de evitar ao máximo julgamentos autoritários e injustos.

O citado autor divide o contraditório processual em dois momentos: o primeiro é o direito à informação – *informazione* –, principalmente relacionado ao réu, para que possa amplamente exercer sua defesa.³⁷ Já o segundo é a igualitária condição de participação das

34 Idem.

35 Idem, pp. 224-226.

³⁶Art. 5º, CF, op. cit.: (...) LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

³⁷ Lopes Jr. pontua, inclusive, que existe contraditório na fase investigativa (inquérito policial), restrito à *informazione*. Op. cit., p. 226.

partes no processo – *reazione* –, mediante igualdade de armas e de oportunidades.³⁸ Esta primeira concepção, veda, por exemplo, o acesso privilegiado de uma das partes a documento que influenciará na decisão do magistrado, sem que tenha sido submetido à anterior análise da outra parte. A segunda pode ser entendida como o respeito à oportunidade de contradizer as alegações da outra parte.

Ao analisarmos o atual Código de Processo Penal Brasileiro, datado de 1941, é possível perceber que esta noção de processo como procedimento em contraditório está representada por alguns artigos, em ambas as concepções. Vejamos: o artigo 366³⁹ materializa o primeiro momento – direito à informação –, vez que determina que caso o réu citado por edital não compareça, nem constitua advogado, o processo ficará suspenso. De igual modo, o artigo 479⁴⁰ zela pelo contraditório no seu viés informativo, proibindo referências à elementos de prova que não tenham sido juntados com antecedência mínima de 03 (três) dias da audiência. Por outro lado, o artigo 396-A⁴¹ disciplina sobre a resposta à acusação, a primeira oportunidade endoprocessual do acusado se manifestar e alegar *tudo* inerente à sua defesa, o que caracteriza a noção de contraditório conforme igualdade de participação das partes no processo.

No que tange ao segundo momento de exercício do contraditório definido por Fazzalari, relevante destacar a crítica do presente trabalho quanto à forma que os tribunais têm conduzido o procedimento comum ordinário, o que reflete, salvo melhor juízo, verdadeira supressão do contraditório judicial.

38 Idem, pp. 223-226.

39 Art. 366: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996).”

40 Art. 479. “Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).”

41 Art. 396-A. “Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).”

É prática comumente empregada a concessão de vista ao órgão acusador titular da ação penal – Ministério Público –, após a apresentação da defesa preliminar (resposta à acusação)⁴². Todavia, consoante leitura dos artigos 395 a 405 do Código de Processo Penal, que disciplinam sobre o procedimento ordinário, é notável que tal ato não encontra previsibilidade legal.

Ao revés, após o oferecimento da peça defensiva, o juiz deverá absolver sumariamente (art. 397⁴³), caso presente uma das hipóteses, ou confirmar o recebimento da exordial e designar data para realização da audiência (art. 399⁴⁴). Os dispositivos, reformados pela Lei 11.719/2008, não deixam margem para outra interpretação senão a positivada.

É praxe que o juiz, ao expor as razões pela qual não reconhece a incidência de eventual hipótese de absolvição sumária ou de retratação do recebimento, faça com supedâneo nas alegações do *Parquet*, inclusive com referências.

42 Sobre precedentes neste sentido, cf.: STF: HC 105.739/RJ: “Apresentada defesa prévia em que são articuladas, até mesmo, preliminares, é cabível a audiência do Estado-acusador, para haver definição quanto à sequência, ou não, da ação penal.” (Publicado em 28.02.2012); STJ: RHC nº 472.91/RS: “Conquanto não encontre previsão legal, a manifestação do Ministério Público acerca do conteúdo da resposta à acusação não implica na nulidade do processo, caracterizando mera irregularidade.” (Publicação: 19.08.2014); RHC nº 509.54/SP: “O posicionamento desta Corte Superior é no sentido de que a “manifestação do Ministério Público logo após a apresentação da resposta à acusação e antes do juiz decidir sobre as teses da defesa não é causa de nulidade do processo” (Publicação: 17.03.2015).

43 Art. 397: “Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).”

44 Art. 399: “Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação

do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).”

Esta inovação procedimental – remessa dos autos ao Ministério Público após a juntada da defesa preliminar –, na posição adotada no presente trabalho, fere de morte o princípio do contraditório, pois está a conceder oportunidade ao órgão acusador de refutar as alegações trazidas pela defesa, sem posterior concessão de igual oportunidade para a parte defensiva. Inclusive, destaca-se a existência de precedentes neste sentido.⁴⁵

Na formação do processo a acusação pronuncia-se na peça acusatória e a defesa na resposta à acusação. O procedimento positivado é claro. Conceder uma nova oportunidade à acusação, sem previsão legal, forçosamente implica em desequilibrar o contraditório inerente à relação processual democrática.

No processo penal é preciso distinguir a atuação do Ministério Público como acusador, titular da ação penal pública⁴⁶, e como *custos legis*⁴⁷, fiscal da lei e da correta aplicação das normas jurídicas. Assim, na ação penal de iniciativa privada, a concessão de vista ao *Parquet* após a juntada da defesa preliminar relaciona-se à função de *custos legis*, devendo este manifestar-se sobre o mérito da ação – de forma que não vinculará a decisão do magistrado –, bem como velar por sua indivisibilidade, conforme preceito contido no artigo 48 do Código de

45 Sobre precedentes neste sentido, cf.: STJ: HC 172.345/SP: “A manifestação do Ministério Público sobre a defesa preliminar – não prevista na legislação – é causa de nulidade processual (...). (...) inversão processual, com afronta ao devido processo legal. E não importa se os fundamentos apontados pelo Ministério Público influíram, ou não, na decisão do MM. Juiz de ratificar o recebimento da denúncia. Basta a inversão, com inoportuna manifestação do ‘parquet’, para caracterizar a nulidade arguida.” (Publicação: 19.08.2010); HC 128.591/DF: “A não-observância ao devido processo legal, na forma como previsto em lei, constitui ofensa a preceito que veicula norma de direito fundamental, e, portanto, a nulidade que daí decorre jamais pode ser tida como meramente relativa.”; TRF4: HC nº 5002458-67.2011.404.0000/PR: “Inexistindo previsão legal de manifestação do Ministério Público após a defesa preliminar, é de rigor a anulação da ação penal, para que, em observância aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, seja assegurado ao réu o direito de falar por último antes de eventual absolvição sumária prevista no artigo 397 do CPP” (Publicado em 13.04.2011).

46 Art. 257, Código de Processo Penal: “Ao Ministério Público cabe: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)” combinado com art. 129, Constituição Federal: “São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

47 Art. 257, CPP, op. cit.: (...) II: “fiscalizar a execução da lei (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).”

Processo Penal.⁴⁸ Igual expediente não pode ser adotado em uma ação de iniciativa pública, caso contrário está a conceder a uma das partes nova oportunidade de manifestação, desrespeitando o procedimento em contraditório.

Sobre procedimento em contraditório, Silva Jardim ensina que é a verdadeira bilateralidade dos atos processuais, sob o viés dialético, de forma a contrastar as afirmações e as provas carreadas aos autos⁴⁹:

“O princípio do contraditório, com assento constitucional, atende à estrutura dialética do processo penal acusatório e decorre da concepção liberal de que as partes são sujeitos da relação processual, titulares de direitos, deveres, poderes, sujeições e ônus.”⁵⁰

Da mesma forma, leciona Geraldo Prado:

“O caráter dialético do processo vive disso, salientava Otto Kirchheimer: de ser um dispositivo estruturado para permitir que as partes possam criticamente colaborar para a formação da convicção judicial. De outra maneira, o processo seria desnecessário.”⁵¹

Destarte, mesmo diante de uma ação de iniciativa pública, não poderá o órgão ministerial exercer suas funções indiscriminadamente, como verdadeiro persecutor que busca a todo custo a condenação do acusado. Entendo que sua atuação deve ser pautada na responsabilidade da instituição inerente ao Estado de Direito, ou seja, a defesa da ordem jurídica e da correta aplicação da lei, zelando pelo respeito às garantias constitucionais.

48 Art. 48: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.”

49 JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de, op. cit. p. 117.

50 Idem.

51 PRADO, Geraldo, op. cit., p. 19.

Caso membros do Ministério Público, mesmo diante de um arcabouço probatório carreado aos autos que demonstre a inocência do acusado, adotassem uma postura punitivista descontrolada, buscando a condenação a qualquer custo e travando uma verdadeira batalha jurídica contra a defesa, essa postura jamais representaria um atuar democrático da instituição. Afinal, pela própria intitulação do cargo, tomando como parâmetro o Promotor de Justiça, sua função precípua é a promoção da *justiça* e não da cega aplicação autoritária do direito.

Com amparo, transcreve-se as precisas lições de Lênio Streck a respeito do tema:

“Com isso tudo que quero dizer que o fato de o Ministério Público ser o titular da ação penal (e, portanto, de exercer uma parcela da soberania do Estado) não tem o condão de lhe desvestir da roupagem que o existencializa, que é a *de defesa da integridade* (no sentido dworkiniano da palavra) *da ordem jurídica* (defensor da correta/adequada aplicação do Direito). Assim, sustento que, qualquer que seja a natureza da demanda (desde um vulgar processo de usucapião até um processo de júri), o papel a ser desempenhado pelo Ministério Público é o da defesa da integridade do Direito (Dworkin). Essa é a contribuição que se espera de uma instituição encarregada, no limite, da guarda da Constituição.”⁵²

Ademais, esta teratologia procedimental implica em evidente violação ao *due process of law*⁵³, representante da verdadeira base jurídico-política do estado de direito, “*por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio*”.⁵⁴

52 STRECK, Lênio. *O livre convencimento e sua incompatibilidade com o dever de accountability Hermenêutica: O Sistema Acusatório e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal*. PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. X.

53 Art. 5º, inciso LIV, CF, op. cit.

54 PRADO, Geraldo, op. cit, p. 15.

Aos que defendem esta inovação procedimental, o fazem com arrimo no artigo 409 do Código de Processo Penal⁵⁵, que permite que o juiz dê vista ao Ministério Público após a juntada da defesa. Entretanto, o citado dispositivo, alterado pela Lei nº 11.689 de 2008, refere-se ao Tribunal do Júri, bem como restringe a aplicação aos casos que forem arguidas preliminares ou juntados documentos.

Parece clara a intenção do legislador em trazer essa possibilidade somente ao procedimento do Tribunal do Júri (e com as devidas ressalvas). Ao procedimento comum ordinário percebe-se um silêncio proposital, pois, quisera o legislador que fosse adotado expediente semelhante ao rito comum ordinário, teria assim disposto na reforma processual penal de 2008.⁵⁶

Ad argumentandum tantum, qual seria o sentido o legislador restringir a manifestação do *Parquet*, no rito do Tribunal do Júri, às duas hipóteses previstas no art. 409 do CPP e permitir a manifestação ilimitada no rito comum ordinário sem previsibilidade legal?

Por todo o exposto neste capítulo e tendo em mente que as alegações do presente trabalho terão por base a teoria do processo em contraditório preconizada por Fazzalari, sem abandonar as noções de risco inerente à atividade processual e epistemologia da incerteza defendidas por Goldschmidt, adentraremos na temática principal do estudo: a prova dos fatos na relação jurídica processual penal.

⁵⁵ Art. 409: “Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias.” (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

2. A PROVA DOS FATOS NO PROCESSO PENAL

O tema provas é sem dúvidas o mais importante dentre os diversos da categoria processual penal. Sua relevância transcende os aspectos processuais, podendo ser visualizada em outras áreas do conhecimento humano, como a filosofia e a ciência, e até nas diferentes relações cotidianas, das mais banais às mais importantes.

Diariamente, de forma inconsciente, fazemos inúmeras operações inferenciais, analisando provas para chegar à formação de uma tese ou à confirmação de um enunciado fático.

Exemplificando, ao nos depararmos com uma pessoa trajando roupas de academia e com sudorese, podemos concluir que essa pessoa acabou de voltar de uma atividade esportiva. O mesmo acontece quando avistamos um homem vestindo terno e gravata saindo do fórum: é possível partir da premissa de que o referido é advogado ou, ao menos, exerce função vinculada à jurisdição.

No tocante ao processo, a prova deve ser analisada cuidadosamente, em especial no processo penal, de forma a permitir a correta verificação dos fatos como pressuposto para prolação da decisão judicial mais justa.

Com efeito, a prova exercerá fundamental função epistêmica no processo, permitindo a reconstrução histórica dos fatos e a busca pela verdade⁵⁷ – ainda que a considere inatingível –, como fator de legitimação da decisão e critério de justiça.⁵⁸

Partindo da premissa de que o princípio da presunção inocência é o princípio reitor do direito processual penal como instrumento limitador do arbítrio estatal, a temática prova adquire gigantesca importância, pois a imposição e aplicação de uma pena deverá passar pelo dispositivo probatório.⁵⁹

Diante disso, como pressuposto para materialização de processo penal democrático, Prado ensina que Ferrajoli destaca a importância do estabelecimento de um controle empírico, de forma que a tese acusatória seja submetida à correta verificação e exposta à refutação (contraditório judicial), através da produção de provas e contraprovas – *nullum indicium sine probatione*.⁶⁰

Deveras, reconhecendo-se a proibição de desautorização do processo – *nulla poena sine indicio* – e admitindo-se a inafastabilidade da estrutura acusatória inerente ao modelo de processo em um estado de direito, é cediço que a delimitação do fato jurídico pesquisado, desde a apuração da notícia de crime, possui peso significativo. Por essa razão, não se pode destinar à atividade probatória mera função protocolar, *destinada a reforçar na opinião pública o convencimento de que o sistema processual incrementa e respeita valores positivos*.⁶¹

57 Sobre verdade processual, Badaró ensina que esta não é o fim último do processo penal, e sim apenas um pressuposto (condição) necessário(a) para a justiça da decisão, aplicando a previsibilidade legal ao caso concreto. Ademais, o autor adverte que a busca da verdade, com a consequente certeza judicial, se dá por meio de um processo de reconstrução histórica que jamais permitirá alcançar uma certeza absoluta dos fatos, haja vista ser um conhecimento humano por natureza e definição. BADARÓ, Gustavo. *O valor probatório do inquérito policial*. In: LERNER, Daniel Josef; AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (coord.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica. pp. 255-258.

58 Idem.

59 PRADO, Geraldo, op. cit, p. 21.

60 Idem.

61 Idem, p. 37.

Assim, não se trata de pesquisar quaisquer fatos. Como delimita o brilhante professor italiano Michele Taruffo, o processo constitui um contexto jurídico que delimita a investigação sobre os fatos objeto da lide, através de normas positivadas aplicáveis ao caso específico, ainda que outros fatos possuam relevância política, econômica ou cultural.⁶²

Em que pese sua importância, a terminologia prova, no entanto, é utilizada muitas das vezes em seu aspecto amplo, irrestrito, sem evidenciar o verdadeiro significado do vocábulo na assertiva. Esta confusão semântica não escapou do legislador infraconstitucional, que empregou a expressão *prova* em três sentidos diferentes no Código de Processo Penal: no artigo 155⁶³ foi utilizada como *meio de prova*; no artigo 156⁶⁴ como *resultado de prova*; e no artigo 157⁶⁵ como *elementos de prova*.

62 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Apud PRADO, Geraldo, op. cit, p. 36.

63 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

64 Art. 156: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

65 Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º - Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Assim, para clarear o estudo sobre o tema, definiremos a seguir os diferentes conceitos e classificações das provas.

2.1. Conceitos de Prova

2.1.1. A polissemia do vocábulo prova

Primeiramente, é preciso reconhecer as diferentes acepções que a palavra prova possui. Seus significados variados, quando interpretados de forma equivocada, podem resultar em catastróficas concepções tanto na linguagem comum quanto no discurso científico ou jurídico.

Gomes Filho relembra que o termo prova possui origem etimológica do latim *probo*, que significa aprovação, confiança ou correção, relacionando-se com o *vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro*.⁶⁶

O vocábulo basicamente pode ser utilizado em três sentidos: *demonstração*, *experimentação* ou *desafio*.⁶⁷

No sentido *demonstração*, a prova será utilizada para estabelecer a verdade sobre determinados fatos. Significa apresentar elementos de informação idôneos, em determinado contexto, para concluir se a afirmação é verdadeira ou falsa. É o que ocorre, geralmente, nos campos do conhecimento que exigem rigorosa verificação, como a lógica formal e matemática.⁶⁸

⁶⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 305.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Idem.

No que tange à *experimentação*, a expressão prova indicará uma atividade ou procedimento que objetiva a confirmação de uma hipótese ou afirmação (uma tese). Para tanto, será realizado um *teste* que permitirá concluir se a proposição inicial é verdadeira ou não. Possui maior aplicabilidade nas no âmbito das ciências experimentais. Gomes Filho também destaca que, neste mesmo sentido, a palavra prova é utilizada, por exemplo, em atividades profissionais costumeiras para avaliação do serviço, como alfaiates e costureiras.⁶⁹

Por último, a utilização da palavra prova pode significar um *desafio* ou uma competição, através de um obstáculo que deve ser superado para o reconhecimento de determinadas qualidades ou aptidões. É a utilização mais comum no vocábulo informal cotidiano, remetendo, por exemplo, às provas em que os estudantes são submetidos para aferição do nível de conhecimento ou até mesmo as disputas esportivas individuais.⁷⁰

Do ponto de vista processual – sendo esse que nos interessa – a prova pode ser verificada nas três mencionadas acepções. Senão vejamos:

O primeiro sentido, *demonstrativo*, é empregado para afirmar a existência de provas que fundamentam a decisão judicial, a partir de dados de conhecimento idôneos que permitem concluir pela pertinência do enunciado fático. Em outras palavras, diz-se que a acusação restou provada (demonstrada) ao longo do processo.⁷¹

Gomes Filho, na obra citada, alude que:

“Ainda que não se trate, como nas ciências exatas, de demonstrar uma verdade irrefutável, é possível chegar a um *conhecimento processualmente verdadeiro* a respeito dos fatos discutidos no processo sempre que, por meio de

69 Idem.

70 Idem.

71 Idem.

procedimento racionais, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza sobre a ocorrência daqueles mesmos fatos.”⁷²

Na acepção *experimentação* é preciso flexibilizar o olhar sobre sua incidência no processo. Não incidirá, obviamente, da mesma forma que no âmbito das ciências experimentais, pois os fatos destinados à apuração na lide judicial ocorreram no passado, não podendo ser fielmente reproduzidos no presente.

Entretanto, a fase processual destinada à instrução probatória traz características inerentes ao conceito de *experimentação*, na medida em que recolhe e analisa elementos para confirmar ou refutar as assertivas sobre os fatos.⁷³ É o que ocorre, por exemplo, com o depoimento de uma testemunha em audiência.

Já no tocante ao *desafio*, a palavra prova é utilizada no sentido de ônus probatório debruçado sobre o Ministério Público ou sobre o querelante, no caso de ação penal privada. A estes incumbe a prova das imputações como forma de superar a barreira imposta pelo princípio da presunção de inocência.⁷⁴

O citado autor argumenta que as ordálias ou juízos de Deus constituíam prova exatamente neste sentido, pois, através de métodos (entendidos hoje como) irracionais, representavam uma forma de fazer prova da culpabilidade do réu, obstaculizando sua inocência.⁷⁵

72 Idem.

73 Idem.

74 Idem.

75 Idem.

Ainda sobre a utilização da palavra prova na acepção de *desafio*, insta ressaltar que a regra disposta no *caput* do artigo 156 do Código de Processo Penal⁷⁶, que atribui ao alegante a necessidade de comprovar seus apontamentos, merece ser relativizada, devendo ser interpretada em consonância com o ônus probatório atinente ao Ministério Público.

Assim, compete sim ao defendente comprovar suas alegações defensivas, seja através de provas reais, documentais ou pessoais – cujos conceitos serão vistos adiante –, porém a responsabilidade probatória (ônus) é exclusiva da acusação, que deverá se desincumbir de tal fardo como condição justa para prolação de sentença condenatória.⁷⁷ Em outras palavras, diante do princípio da presunção de inocência, não é possível atribuir ao acusado a responsabilidade de provar sua inocência quando não lhe forem imputados elementos concretos que demonstrem sua culpabilidade, ou, ao menos, indícios da existência do crime (materialidade) e de sua autoria.

Sobre esta impossibilidade, não é outro o entendimento consagrado pelo artigo 8º, item 2, alínea “b” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) ao exigir a pormenorização dos fatos imputados. Confira-se:

“Artigo 8º - Garantias judiciais:

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

76 Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

77 Aqui, remeto o leitor ao conceito de epistemologia da incerteza, preconizada por Goldschmidt, tendo em mente as considerações sobre liberação de carga e ônus probatório expostas no tópico 1.2 do presente trabalho.

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.”

Esclarecidas as três acepções do vocábulo, cumpre diferenciar os significados do termo prova (*lato sensu*) para sua correta utilização no curso do processo.

2.1.2. O elemento de prova

O elemento de prova pode ser definido como um dado objetivo apto a confirmar ou refutar uma tese. São indicadores objetivos, materializados no processo, que servirão de base para o convencimento judicial.⁷⁸

Nas palavras de Taruffo:

“Em consequência, os elementos de prova deveriam ser concebidos como o meio que pode e deve ser usado para estabelecer a verdade dos fatos relevantes, ou seja, para alcançar uma das metas fundamentais da administração da justiça.”⁷⁹

Evidence, como é conhecido o elemento de prova nos sistemas da *common law*⁸⁰, constituem dados cognitivos e informações, dos quais pode derivar a verdade dos fatos em litígio, desde que realizadas apropriadas inferências para o esclarecimento do objeto da lide.⁸¹

78 Idem, p. 307.

79 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 20.

80 Para May, “*evidence is something which tends to prove or disprove any fact or conclusion. In a trial it means*

the information which is put before the court in order to prove the facts in issue”. MAY, Richard. *Criminal evidence*. 2 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1990, p. 04. Apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit.

81 TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 33.

A fim de buscar a decisão judicial mais próxima da justiça, deve-se pugnar por uma pluralidade de elementos de prova, que confirmem de forma incontestada ou, ao menos, acima de qualquer dúvida razoável, a prática do fato criminoso.

2.1.3. O resultado de prova

Denomina-se resultado de prova o produto do conjunto de operações inferenciais realizadas através dos elementos de prova para chegar a uma conclusão lógica. Cuida-se de uma análise intelectual e, portanto, subjetiva feita por quem está valorando a prova, em especial o juiz, permitindo-lhe afirmar se a premissa acusatória é verdadeira ou não.⁸²

Frisa-se que, apesar de ser um procedimento subjetivo realizado pelo magistrado que levará à crença na existência ou não de uma realidade passada – os fatos investigados –, a atividade deve estar amparada em dados objetivos (elementos de prova) fixados no processo, não podendo, em hipótese alguma, ser fruto de meras intuições ou suspeitas, pautadas em critérios morais ou religiosos, por exemplo.⁸³

Com pertinência no *common law*, o resultado de prova, chamado de *proof*^{84 85}, é empregado pelo legislador brasileiro em alguns artigos do nosso Código de Processo Penal, como o que permite apelação contra decisões do tribunal do júri quando a decisão dos jurados for “manifestamente contrária à *prova* dos autos”⁸⁶ ou o artigo que autoriza a revisão criminal diante da contrariedade “à *evidência* dos autos”.⁸⁷ Para Gomes Filho, no entanto, mesmo diante

82 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 308.

83 Idem.

84 TARUFFO, Michele. Op. cit. p. 33.

85 Gomes Filho ressalta que o termo indica “*the effect of evidence*”. Op. cit. p. 308.

86 “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948) (...) III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)”

⁸⁷ “Art. 621: A revisão dos processos findos será admitida:

da clara intenção do legislador na utilização do vocábulo, a existência de somente um elemento de prova é suficiente para a impugnação da decisão através dos referidos dispositivos.

2.1.4. As fontes de prova e os meios de prova

Entende-se por fontes de prova as pessoas ou coisas das quais pode-se conseguir [elemento de] prova.⁸⁸ Nesta classificação a palavra fonte é utilizada em seu significado literal, de local que emana algo.

As fontes de prova se subdividem em fontes pessoais (testemunhas, vítima, acusado, peritos, assistente técnicos, etc.) e fontes reais (documentos em sentido amplo).⁸⁹

Os meios de prova, por outro lado, são considerados os instrumentos ou atividades endoprocessuais, sob a égide do contraditório, através dos quais os elementos de prova são introduzidos e fixados no processo. Nos dizeres de Gomes Filho, são os *canais de informação* se serve o juiz.⁹⁰

Como delineou Taruffo:

“(...) 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.”⁹¹

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;”

88 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 308.

89 Idem.

90 Idem.

91 TARUFFO, Michele. Op. cit. p. 15.

Nesta perspectiva, a prova testemunhal, documental e pericial são entendidas como meios de prova no curso do processo. Para melhor elucidação do conceito, a fim de esparcar qualquer dúvida em relação os termos probatórios, considere a prova testemunhal: a testemunha, como pessoa física, é fonte de prova; seu relato reduzido a termo no processo é elemento de prova; e a prova testemunhal, como instrumento de introdução e fixação do dado objetivo no processo, é meio de prova.

Como ressalta Gomes Filho, em um processo penal democrático, à luz do estado de direito, respeitando amplamente os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais, jamais poderá ser atribuída ao interrogatório do réu a função de meio de prova.⁹² A concepção defendida pelo autor, e adotada no presente trabalho, coaduna com o princípio da não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere*.

Eventualmente, caso decida confessar a prática criminosa, com vistas à obtenção de atenuante de pena (art. 65, inciso III, alínea “d”, CP⁹³), o acusado será considerado fonte de prova, na medida em que trouxe voluntariamente elementos probatórios úteis à decisão.⁹⁴

Em regra, o interrogatório será meio de defesa (ou ato/instrumento de defesa), conforme entendimento da doutrina majoritária⁹⁵, pois consiste, em verdade, na oportunidade do réu realizar sua defesa pessoal, frente ao juiz da causa, expondo suas considerações e refutando as imputações com suas próprias palavras.

92 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 309.

93 “Art. 65: São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) III - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;”

94 Idem.

95 Neste sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA, Antônio F.; GOMES FILHO, Antônio Magalhães.

As nulidades no processo penal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 81; BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; LOPES JR., Direito Processual Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014; entre outros.

Ao revés, se tal ato for destinado à produção probatória, entendendo o acusado como mero objeto do conhecimento na busca pela “verdade real”⁹⁶, estará a adotar a concepção autoritária de processo penal, sem, evidentemente, respaldo na Constituição Federativa de 1988.

A visão do interrogatório como meio de prova constitui ultrapassada posição autoritária incompatível com a constituição democrática, conforme prevê o item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. Senão vejamos:

“Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta) [equivocadíssima concepção, pois o princípio não se restringe a isso], já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, a formação do convencimento do juiz.”

A concepção adotada pelo Código de Processo Penal ainda vigente é fruto da posição assumida à época da legislação pelo então Ministro de Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campos, sob influência direta do pensamento autoritário dominante na Europa continental do início do século XX.⁹⁷

Explica o i. Professor Geraldo Prado que a cultura jurídica que dominava o cenário autoritário do século passado tinha como pressuposto a *racionalidade (do Estado, do poder*

96 PRADO, Geraldo. Op. cit. pp. 30-31.

97 Idem.

*punitivo, e, via de consequência, do próprio processo) e a inevitabilidade da intervenção punitiva como razão pública, identificada como razão de estado.*⁹⁸

Concluindo, arremata o citado professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro:

“Configurou-se dessa maneira o marco de referências que no processo penal brasileiro dos anos quarenta do século passado eliminou a presunção de inocência em favor do projeto de punição dos autores de crimes. Orientação máxima da nova ordem política, a prioridade da punição requisitou a alavancagem de poderes instrutórios do juiz e (...) a elevação quântica dos poderes judiciais apoiou-se em um mito: o da verdade real.”⁹⁹

Neste contexto, a busca pela verdade real deveria estar estruturada pela inexistência de limites ao poder instrutório do juiz, até mesmo com a prerrogativa de diligenciar de ofício¹⁰⁰, de forma a expressar a superioridade do coletivo, papel erroneamente assumido pela figura Estatal, frente aos direitos e garantias individuais.¹⁰¹

98 Idem, p. 24.

99 Idem, p. 29.

100 Tal prerrogativa está prevista no já transcrito artigo 156 do Código de Processo Penal. Não obstante ter sido reformado pela Lei 11.690/2008, o dispositivo manteve ao juiz a faculdade de diligenciar de ofício, seja no curso da instrução ou antes de proferir sentença, para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. No entanto, como exposto no presente trabalho, adotando a concepção democrática de processo penal – inerente a um estado de direito – e tendo por base o sistema acusatório, não pode o juiz ter interesse na produção probatória. A gestão de provas compete exclusivamente às partes, como própria característica do processo entendido como *actum trium personarum* e regido pelo princípio do contraditório – concepção de processo preconizada por Fazzalari -, sendo o juiz apenas o destinatário final das provas, que deverá valorá-las e prolatar a sentença. O juiz que diligencia de ofício tem interesse na condenação, pois o único critério de resolução de incerteza eleito pelo nosso ordenamento jurídico é o *in dubio pro reo*. O juiz que atua desta forma age com parcialidade, mormente inquisitória, devendo, portanto, ser declarado suspeito.

101 PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 25.

Em essência, a (cega) perseguição pela verdade material expressava a razão pública como razão de estado, sob influência das ideias de Carl Schmitt, na qual o juiz deveria gozar de amplos poderes, mesmo que desprovido de imparcialidade, para condenar o *inimigo público*¹⁰², inclusive após pedido de absolvição formulado pelo órgão acusador em sede de alegações finais (art. 385 do CPP¹⁰³).¹⁰⁴

2.1.5. Os meios de investigação, pesquisa ou obtenção de prova e o elemento de investigação

É importante distinguir os meios de prova – já abordados no tópico anterior – dos meios de investigação, também chamados de meios de pesquisa ou meios de obtenção de prova.¹⁰⁵

Diferente dos meios de prova, os meios de investigação operam em um viés extraprocessual, desprovidos, em regra, do contraditório¹⁰⁶ inerente à atividade probatória, com

102 Sobre inimigo público, remetemos o leitor ao tópico 1.3 em que é exposta, em nota de rodapé, a posição de Eugênio Raul Zaffaroni acerca do conceito.

103 “Art. 385: Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

104 PRADO, Geraldo. Op. cit. p. 23.

105 BADARÓ, Gustavo. *O valor probatório do inquérito policial*. In: LERNER, Daniel Josef; AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (coord.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica. p. 274.

106 Badaró leciona que geralmente o meio de obtenção de prova demanda urgência e surpresa para o seu êxito. Nesses casos, torna-se impossível a realização de um contraditório prévio ou contemporâneo à obtenção do meio. A referida urgência, no entanto, não é característica essencial do meio de obtenção de prova, posto que, em casos excepcionais, a realização do contraditório não frustrará o objetivo da atividade investigatória. O autor exemplifica com o afastamento do sigilo bancário ou fiscal. Neste caso, os dados a serem obtidos estão custodiados pelo banco, não podendo, via de regra, serem alterados ou destruídos pelo investigado. Assim, deve lhe ser oportunizada a faculdade de nomear assistente técnico ou formular quesitos para o exercício do contraditório, mesmo em fase preliminar de investigação. BADARÓ, Gustavo. Op. cit. p. 275. Na mesma corrente perfila-se Ada Pellegrini

Grinover, cujas pertinentes lições, com a devida vênia, merecem ser transcritas: “Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar

o objetivo de reunir dados materiais, após a comunicação do fato criminoso, aptos à fundamentar a deflagração da ação penal, em especial, a obtenção da justa causa. À guisa de exemplo, cita-se: inspeções, buscas e apreensões, interceptações telefônicas, etc.¹⁰⁷

Porquanto o Inquérito Policial tem a finalidade de apurar a existência da infração penal e sua respectiva autoria¹⁰⁸, consoante redação dos artigos 4º e 12 do Código de Processo Penal¹⁰⁹, é um procedimento de natureza administrativa, conduzido pela Polícia Civil dos

a coisa examinada, ou ainda as hipóteses em que inexistente suspeita contra pessoa determinada, a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de sua defesa. Todavia, tem-se entendido que as provas periciais obtidas na fase policial independem de manifestação de indiciado, porque o inquérito é marcadamente inquisitório e também porque pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame, pedir esclarecimentos aos peritos. Realiza-se enfim um contraditório diferido”. GRINOVER, Anda Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145. A título de crítica, convém ressaltar a fragilidade e ineficiência deste contraditório posterior, o diferido: A uma porque está fadado a debater sobre as respostas já fornecidas pelos peritos, ou seja, se circunscreverá ao resultado do laudo impugnado – e não aos dados empíricos que o originaram; A duas porque a cultura jurídica brasileira é revestida pela sobrevalorização epistêmica da prova científica, colocando-a em um patamar de superioridade em relação às demais provas no processo. Sobre o segundo argumento, cf. ABELLÁN, Marina Gascón; TARUFFO, Michele et. al. *Proceso, Prueba y Estándar*. Lima, Peru: ARA EDITORES, 2009, p. 34. Também no sentido de concluir pela pertinência na aplicação do contraditório à fase de instrução preliminar, com supedâneo no artigo 14 do Código de Processo Penal, destaca-se Aury Lopes Jr., *in verbis*: “(...) seria razoável exigir que a autoridade policial, quando da determinação da realização de perícias, permitisse que o sujeito passivo pudesse requerer sua produção; apresentar quesitos; indicar assistente técnico; se possível, pela natureza do ato, acompanhar a colheita de elementos pelos peritos (extração de sangue, vestígios químicos no local etc.); manifestar-se sobre a prova, podendo requerer nova perícia, sua complementação ou esclarecimento dos peritos”. LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 451-452.

107 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 309.

108 Para maior aprofundamento acerca da finalidade do inquérito policial, inclusive com abordagem de correntes doutrinárias divergentes, cf. BADARÓ, Gustavo. *O valor probatório do inquérito policial*. In: LERNER, Daniel Josef; AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (coord.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica. pp. 257-260.

109“Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)”; “Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.”

Estados ou Pela Polícia Federal, destinado à fornecer justa causa para o exercício da ação penal ou para a requisição de medidas cautelares.¹¹⁰

Excepcionalmente o inquérito policial adquirirá caráter administrativo-judicial, como quando a investigação é submetida à apreciação do Poder Judiciário para deferimento de alguma medida constritiva ou violatória de direitos (quebra de sigilos ou pedido de prisão, por exemplo).

Os meios de investigação, diferente dos meios de prova, não são propriamente fontes de conhecimento¹¹¹, eis que contrariam o conceito normativo de prova, diante da ausência de contraditório na formação do dado objetivo. Por essa razão, não podem fundamentar, isoladamente, uma sentença condenatória, ressalvadas as exceções do artigo 155 do Código de Processo Penal¹¹². Poderá servir, todavia, nos dizeres de Gomes Filho, “*para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas menor de força probatória.*”¹¹³

O mencionado professor da Universidade de São Paulo, na citada obra, lembra a distinção feita pelo Código de Processo Penal Italiano de 1988 entre os *mezzi di prova* e os *mezzi di ricerca dela prova*, porém tal separação, infelizmente, fugiu aos olhos do nosso legislador brasileiro.¹¹⁴

Para o autor, a distinção opera função primordial quando se verifica irregularidades nos diferentes instrumentos de introdução e fixação de dados objetivos. Com efeito, em caso de irregularidade nos meios de prova, a consequência será a nulidade do elemento de prova produzido, enquanto caso constatada nos meios de investigação levará à inadmissão do

110 BADARÓ, Gustavo. Op. cit. p. 257.

111 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 309.

112 “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.”

113 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 309.

114 Idem, pp. 309-310.

elemento no processo, em face da violação de regras relacionadas à sua obtenção (art. 5º, inciso LVI, CF¹¹⁵).¹¹⁶

Cumprido salientar que, em decorrência do procedimento investigativo, mormente o inquérito policial, através dos meios de investigação, dados objetivos serão introduzidos e fixados aos autos, denominados elementos de investigação. Sua finalidade não deve ser confundida com a dos elementos de prova, estes aptos a fundamentar uma sentença, que objetivam a elucidação do fato criminoso – através da verificação do enunciado fático. Por outro lado, os elementos de investigação são destinados ao fornecimento de justa causa para deflagração da ação penal e, eventualmente, a decretação de medida cautelar.

Neste sentido, leciona Badaró:

“Ou seja, os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, *provas* no sentido técnico-processual do termo, mais informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o juiz ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar.”¹¹⁷

Note-se que o critério diferenciador entre os elementos de prova e os elementos de investigação não reside no âmbito temporal, mas sim na observância ou não no contraditório para sua produção.¹¹⁸

Não obstante, tão distinção não escapou aos olhos do legislador na ocasião da reforma do artigo 155 pela Lei 10.690/08, que trouxe a clara diferenciação no texto normativo, vejamos:

115 Art. 5º, op. cit.,: “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

116 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 310.

117 BADARÓ, Gustavo. Op. cit. p. 261.

118 Idem.

“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.” (Grifei).

Diante da nova redação do citado artigo, tendo em mente a necessária diferenciação abordada, passa-se à explanação do conceito normativo de prova.

2.1.6. O conceito normativo de prova

Sob a ótica do sistema acusatório de processo, reformas no texto processual vieram à cabo em 2008, em especial, a reformulação do conceito de prova, reduzindo-se assim a complexidade das garantias probatórias asseguradas pela Constituição Democrática.¹¹⁹

Atribuindo à categoria probatória a necessidade de sua produção em contraditório, adequou-se o modelo processual penal à concepção de processo preconizada por Fazzalari, conforme exposto no início do presente trabalho.

Em essência, conferiu-se qualidade à decisão judicial, tornando-a dependente de elementos de prova – portanto produzidos em contraditório – para sustentar uma condenação. Para o i. Professor Geraldo Prado, elegeu-se como meta a melhor prova possível para superar a presunção de inocência, de forma semelhante à regra prevista na Seção IV das *Federal Rules of Evidence (FRE)* nos Estados Unidos da América.¹²⁰

O novo dispositivo vai ao encontro da tarefa de (re)construção da verdade no processo penal em um estado de direito, sendo esta regida por requisitos de verificação dos fatos da causa, através de *standards* probatórios (regras orientadoras fortes), destinadas à limitar a

119 PRADO, Geraldo. Op. cit. p. 38.

120 Idem. p. 38.

discricionariiedade do poder decisório, sob análise da: legalidade da prova, sua pertinência e utilidade (relevância e admissibilidade), seu valor probatório e capacidade de fundamentar uma decisão.¹²¹

Sobre o tema, esclarece Geraldo Prado:

“A indiscutível centralidade da questão de mérito do processo – o fato jurídico definido como infração penal atribuído ao acusado – adquire relevância concreta porque no lugar da alegação do crime e da condição de criminoso justificar a condenação de alguém (direito penal do autor), será a prova deste fato, produzida em respeito aos mencionados *standards* probatórios (regras orientadores fortes), que legitimará a punição conforme o caso (direito penal do fato).”

Esclarece Badaró que, diante do conceito normativo de prova e a proibição trazida pela palavra *exclusivamente* no artigo 155 do Código de Processo Penal, o elemento de investigação servirá como fator corroborativo dos elementos de prova produzidos em contraditório. Assim, tais elementos de informação poderão ser valorados para prolação da decisão, desde que não forem exclusivos e estiverem corroborados por provas produzidas em juízo.¹²²

Em ressalva, o citado autor alude que, caso se verifique o contexto acima mencionado, os elementos de informação não teriam praticamente valor algum, pois “*se há outras provas produzidas em contraditório judicial, o que o juiz valora são essas ‘provas’, e não os elementos informativos colhidos durante o inquérito*”.¹²³

121 BINDER, Alberto, no prólogo ao livro de SCHIAVO, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal: un estándar mínimo para la habitación del juicio de verdad*. Buenos Aires: Del Puerto, 2013, p. 07. apud PRADO, GERALDO, op. cit. p. 39.

122 BADARÓ, Gustavo. Op. cit. pp. 269-270.

123 Idem, p. 271.

O legislador, excepcionalmente, também permitiu ao juiz valorar diretamente elementos informativos colhidos na fase de investigação preliminar, aparentemente, sem sequer a necessidade de corroboração por elementos de prova. É o que se extrai da parte *in fine* do *caput* do artigo 155 do Código de Processo Penal.

Neste contexto, as provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas precisam ser conceituadas.

A prova irrepetível é desprovida de contraditório em face da impossibilidade. Ela decorre de uma situação inesperada e imprevisível que incide sobre a fonte de prova, impedindo a realização da dialética processual. Como exemplo, cita-se a morte de uma testemunha.¹²⁴

Já a prova cautelar é produzida sem observância do contraditório, mormente durante o inquérito policial, sendo submetida a posteriori a um contraditório diferido. Neste caso, evidencia-se a urgência na obtenção do elemento de informação, ou então porque, caso fosse oportunizado o contraditório, o objeto do meio de investigação não seria atingido.¹²⁵¹²⁶ No primeiro caso, podemos citar a realização de um exame de corpo de delito para apurar lesões corporais na vítima ou um exame necroscópico sobre um cadáver. Em relação à segunda hipótese, se enquadra, por exemplo, a interceptação telefônica.

Por fim, porém não menos importante, a prova antecipada é produzida sob o crivo do contraditório judicial em momento anterior ao processo, ainda que na fase de inquérito policial. Sua característica essencial é o risco conhecido e previsível de perecimento da fonte de prova ou então a grande dificuldade de produzi-lo no momento processual adequado.¹²⁷ É o caso, por exemplo, de uma testemunha idosa ou acometida por doença de Alzheimer, casos que refletem

124 BADARÓ, Gustavo. Op. cit. pp. 273-278.

125 BADARÓ, Gustavo. Op. cit. pp. 273-278.

126 Para maiores esclarecimentos, remetemos o leitor ao conceito de meio de investigação e sua conformidade com o contraditório, conforme nota de rodapé nº 109 do tópico 2.1.5. do presente trabalho.

127 BADARÓ, Gustavo. Op. cit. pp. 273-278.

a grande possibilidade do perecimento das informações epistêmicas. Da mesma forma, é considerada prova antecipada o depoimento judicial de uma testemunha que reside em outro país, diante de sua necessidade em retornar ao país de origem e impossibilidade de comparecimento na fase instrutória.

Alude Gustavo Badaró que a prova irrepitível, por ser desprovida de contraditório – tanto para sua formação quanto na fase instrutória – possui menor potencial epistemológico, razão pela qual deve o magistrado, na ocasião de sua valoração, questionar seu valor ou força probante.¹²⁸

Com efeito, para o citado autor, no caso de depoimento de testemunha, que exige o exercício do direito ao confronto previsto no artigo 8º, item 2, alínea “f” da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹²⁹, a prova irrepitível – o depoimento tomado em sede de polícia judiciária ou no gabinete da promotoria de justiça – não poderá ser utilizado para isoladamente fundamentar uma decisão condenatória, sob pena de violar a garantia estabelecida no tratado internacional.¹³⁰

2.1.7. O objeto de prova

128 No caso de depoimento de testemunha, que exige o exercício do direito ao confronto previsto no artigo 8º, item 2, alínea “f” da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

129 “Artigo 8º - Garantias judiciais: (...)

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

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;”

¹³⁰ Badaró também se ampara na posição adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que considera incompatível a condenação penal fundada exclusivamente ou de forma preponderante em depoimentos prestados antes da fase judicial, sem contraditório, com a previsão do artigo 6º, item 3, alínea “d” da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos: [é direito do] “acusado a interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”. BADARÓ, Gustavo. Op. cit. p. 277.

Na lição de Gomes Filho, entende-se por objeto de prova os “*fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial*”.¹³¹ Nada mais é que o fato que pretende ser provado pela acusação ou pela defesa.

A verdade no processo penal, como marco teórico do presente trabalho, deve ser entendida como a busca pela verificação de um enunciado fático formulado pela acusação. O processo assume essencial característica epistêmica, como condicionante da obrigatoriedade da decisão, sendo esta a finalidade precípua do procedimento.¹³²

Parte-se do juízo de incerteza, inerente de toda investigação penal com respaldo na presunção de inocência, e caminha-se para viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria, através de um esquema lógico e jurídico apto a fundamentar a decisão em um determinado contexto de verdade.¹³³

Como explica o i. Professor Geraldo Prado, essa passagem do estado de incerteza para o estado de certeza não possui uma natureza ontológica.¹³⁴ Não é possível reviver fatos ocorridos no passado, pois dependem da própria natureza empírica para sua fiel reprodução – fato que jamais será verificado.

Da mesma forma, adverte Gomes Filho:

“É que o fato, como fenômeno do mundo real, somente poderia ser constatado no próprio momento em que se verifica; não é possível, portanto, provar um

131 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. pp. 316-318.

132 PRADO, Geraldo. Op. cit. p. 19.

133 Idem.

134 Idem, p. 35.

acontecimento passado, mas somente demonstrar se uma afirmativa sobre este é ou não verdadeira.”¹³⁵

Por essa razão, entende-se que o fato no processo penal deve ser limitado e determinado, pois sua verificação só tem sentido quando atrelado a uma imputação. Neste sentido, leciona Taruffo que “é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui o fato”.¹³⁶

Se é certo que o juiz decide sobre a imputação de um enunciado fático juridicamente relevante, que será confirmado ou não ao longo do processo, é igualmente certo que o juízo de verdade ou falsidade recairá sobre o próprio fato imputado.

Sobre este ponto, arremata Taruffo:

“Os fatos materiais existem ou não existem, porém não tem sentido dizer deles que são verdadeiros ou falsos; somente os enunciados fáticos podem ser verdadeiros, se estão referidos a fatos materiais acontecidos. Em consequência, a “verdade do fato” é unicamente uma fórmula elíptica para referir-se à verdade do enunciado que tem por objeto um fato.”¹³⁷

Também chamado de *thema probandum*, o objeto de prova será determinado pelas proposições representativas do fato trazidas ao processo pela acusação e pela defesa. Com base nisso, a atividade probatória estará atrelada ao exercício do contraditório judicial, pois sua finalidade não é apenas a descoberta de fatos externos – desassociados do contexto processual –, mas sim fatos interpretados conforme a dialética inerente ao processo.

135 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. pp. 316-318.

136 TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 317.

137 TARUFFO, Michele. *La puebra de los hechos*. apud PRADO, Geraldo. Op. cit. p. 37.

Gomes Filho critica a aplicação do artigo 383 do Código de Processo Penal¹³⁸, instituto conhecido como *emendatio libelli*, que permite ao juiz dar definição jurídica diversa ao fato, sem oportunizar o contraditório às partes.¹³⁹

Para o citado autor, não se pode entender o fato simplesmente como uma realidade externa, um evento naturalístico, que independe de subsunção a um certo tipo penal. A atividade probatória versa essencialmente sobre a imputação de um fato criminoso¹⁴⁰, fato esse já tipificado pelo órgão acusador, de forma que a qualificação jurídica também é elemento integrante da imputação.¹⁴¹

No mesmo sentido, alinha-se Geraldo Prado, alertando para os efeitos nocivos e atentatórios ao sistema acusatório entranhados no aludido dispositivo. Em especial, destaca o i. professor o risco de que a atribuição de qualificação jurídica diversa da apresentada pela acusação pode significar surpresa para a defesa, como por exemplo no caso de concurso aparente de normas.¹⁴²

138 “Art. 383: O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).”

139 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 317.

140 Elucidativas são as palavras de Geraldo Prado a respeito da importância do objeto de prova, condicionante ao poder decisório: “Claro está que, se é na decisão que o objeto da prova se torna visível, os limites sobre o que pode o juiz decidir são essenciais em termos de demarcação da responsabilidade das partes em termos probatórios”. PRADO, Geraldo, op. cit. p. 36.

141 O renomado professor da Universidade de São Paulo completa ao afirmar que o fato narrado só tem valor quando ligado à norma incriminadora apontada como violada na petição inicial. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 317.

142 No citado exemplo, o professor refere-se à possibilidade de aplicação do princípio da consunção, no viés crime progressivo, de forma que o Ministério Público entenda que o crime fim absorveu o crime meio. Neste caso, a defesa passaria o inteiro curso do processo se defendendo somente do crime fim, pois essa foi a imputação formulada. Se ao final do processo o juiz alterasse a qualificação, condenando o réu em ambos os crimes em concurso material, sem oportunizar o contraditório prévio – tanto à acusação, que pode ter interesse em defender sua formulação inicial, quanto à defesa – estaria ferindo de morte o sistema acusatório de processo, além de implicar em evidente cerceamento defensivo, eis que o réu não teve a oportunidade de se defender dessa nova

Conclui o renomado professor da Universidade do Rio de Janeiro que procedimento correto, correspondente ao estado de direito, diante do surgimento de eventuais provas em audiência, seria notificar o órgão acusador para que este modifique a classificação jurídica do fato, “*quer reconhecendo outro mais grave, quer reconhecendo outro de menor ou igual gravidade que o original*”.¹⁴³

Assim, adverte o brilhante jurista:

“Supor que o Ministério Público não saiba qualificar juridicamente os fatos apurados no inquérito policial é estar em rota de colisão com a realidade. Eventuais erros materiais podem ser corrigidos pelo juiz, ouvido o acusador e o réu. Pontos de vista diferentes sobre a qualificação jurídica, porém, não podem ser impostos ao acusador, sob pena de o juiz tomar o lugar dele.”¹⁴⁴

2.1.8. O argumento de prova

O argumento de prova é um dado de convencimento, dotado de valor probatório inferior ao dos elementos de prova, que permite ao magistrado extrair conclusões acerca de fatos ocorridos no processo. Possui característica complementar ao suporte da decisão, pois não são capazes de a amparar isoladamente.¹⁴⁵

tipificação. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 234-236.

143 Idem, p. 236.

144 Mesmo criticando o referido dispositivo, por aprontar o princípio acusatório, Prado assevera que poderá admiti-lo em uma medida de preservação das garantias do acusado, desde que altere a qualificação para uma infração penal de igual ou menor gravidade. Idem.

145 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. pp. 312- 313.

É uma categoria de provas existente no ordenamento jurídico italiano¹⁴⁶, porém não adotada pelo nosso legislador infraconstitucional. De toda sorte, explica Gomes Filho que, ao que parece, o legislador utilizou este conceito para proibir conclusões inferenciais subjetivas advindas de determinado momento processual.¹⁴⁷

É o que se verifica na atual redação do artigo 186 do Código de Processo Penal¹⁴⁸, que veda a interpretação negativa do silêncio do réu durante o interrogatório.

2.2. Classificações de Prova

2.2.1. Prova real e prova pessoal

Esta classificação leva em conta a natureza da fonte através da qual foi possível extrair o elemento de prova. Assim, é preciso ter em mente o conceito de fonte de prova – abordado no tópico 2.1.4. –, bem como suas classificações entre fontes pessoais e fonte reais.

Da mesma forma, provas reais são provas provenientes de fontes reais de conhecimento, como exames, laudos, notas fiscais, documentos em sentido amplo. Por outro lado, provas pessoais serão provas originadas de fontes pessoais de obtenção de prova, como o relato de uma testemunha, por exemplo.¹⁴⁹

2.2.2. Prova positiva e prova negativa

146 Artigo 116, § 2º do Código de Processo Civil.

147 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. pp. 312- 313.

148 “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).”

149 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. pp. 312- 313.

Nesta classificação analisa-se a relação da prova com fato a ser provado. Prova positiva será aquela que objetiva demonstrar a ocorrência o fato, ou seja, confirmar a afirmação sobre o fato principal.¹⁵⁰ Exemplificando, em um processo em que “A” é acusado de matar “B”, uma testemunha que afirma ter visto “A” saindo da cena do crime será considerada uma prova positiva, para esta classificação.

Noutro giro, prova negativa ou prova contrária será aquela destinada a negar a afirmativa inicial, a fim de demonstrar que o fato não ocorreu.¹⁵¹ No exemplo anterior, imagine que testemunha afirme que não viu “A” próximo da cena do crime.

Ocorre que, em certos casos, a negação da afirmativa inicial pode se dar através da afirmação de outro fato incompatível com o principal. Neste caso, denomina-se prova negativa indireta, costumeiramente chamada de *álibi*.¹⁵² A guisa de exemplo, pensemos que a testemunha afirme em juízo que “A” estava em sua companhia na data e horário do crime, portanto, distante da vítima. Se tomarmos esta afirmação como verdadeira, implicará em concluir em “A” não foi o autor do crime.

Gomes Filho alerta para o cuidado necessário com a expressão *contraprova*. Esta não guarda nenhuma relação com o fato imputado, mas sim com o exercício do contraditório na atividade processual, como forma de contrapor os argumentos opostos pela outra parte, influenciando no convencimento do juiz.¹⁵³

150 Idem.

151 Idem.

152 Idem.

153 Idem.

3. A PROBLEMÁTICA DOS FATOS NO PROCESSO PENAL

Expostos os diferentes conceitos do termo prova, bem como suas distintas utilizações e classificações no processo, adentraremos no estudo dos fatos, abordando sua necessária vinculação com a atividade probatória.

A atividade judicial é norteadada pela busca pela verificação e confirmação de um enunciado fático. Só há sentido falar em atividade probatória quando esta possui uma finalidade: provar os fatos que interessam à decisão judicial (*thema probandum*).

Neste sentido, a possibilidade de conhecer a realidade que cerca o tema investigado é um pressuposto para o processo, devendo ser interpretada a norma positivada para aplicação ao caso concreto. Por isso, a necessidade de justificação da decisão deve abarcar não somente as questões de direito, mas também as relacionadas ao fato.¹⁵⁴

González explica que, segundo o renomado professor italiano Michelle Taruffo, referência internacional na temática probatória, há pelo menos três tipos de razões ou justificativas que são utilizadas para negar o papel da verdade no processo, sendo elas de natureza teórica, ideológica ou técnica.¹⁵⁵

As razões teóricas trabalham com a noção de ceticismo filosófico, que nega a possibilidade de conhecimento geral dos fatos, não somente pelo juiz, mas também pelos outros sujeitos envolvidos no processo.¹⁵⁶

154 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Questio facti (Ensayos sobre prueba, causalidade y acción)* Cap. 01, pp. 01-

19. Texto em pdf.

155 Idem.

156 Idem.

Já as razões ideológicas até entendem pela possibilidade de perseguir a verdade no processo, porém a busca não deve ser realizada, pois seu alcance não cumprirá relevante papel positivo.¹⁵⁷

Por último, as razões técnicas defendem a impossibilidade fática de encontrar a verdade através do processo. Com base na necessidade empírica de aferir o conhecimento, justificam que não é possível o juiz ter um conhecimento direto da realidade pelas próprias limitações espaço-temporais, posto que ele não presenciou os fatos narrados.¹⁵⁸

Importante distinguir fatos de objetos no processo. Fatos estão diretamente relacionados ao evento investigado no processo. Assim, por definição, fato – em termos processuais – será aquilo que torna uma proposição verdadeira ou falsa. Com efeito, se é formulada a proposição que “A” matou “B” em determinadas circunstâncias, o fato que interessa à controvérsia processual será as condições da morte de “B”, apurando se “A” foi realmente responsável pela empreitada criminosa – isto é, se efetivamente houve crime.¹⁵⁹

Os objetos do processo, todavia, não fazem de uma proposição verdadeira ou falsa. Quando nos referimos a “B”, por exemplo, este – por si só – não confirma ou nega o enunciado, apenas configura um elemento da relação processual. Por essa razão, via de regra, os objetos não são matéria de prova, mas sim o fato em que o objeto está inserido. Será matéria probatória a alegação sobre o referido objeto.¹⁶⁰

Os fatos se dividem em genéricos e individuais, sendo genéricos aqueles que tratem de forma abstrata um evento sem maiores informações, através de uma previsibilidade (legal), e individuais os que relatem um acontecimento em concreto, com descrição de suas

157 Idem.

158 Idem.

159 Idem.

160 Idem.

circunstâncias espaço-temporais. Assim, fatos contidos em normas jurídicas estarão na primeira categoria, enquanto o fato individual emanará do caso em lígio.¹⁶¹

3.1. A relação dos fatos com a realidade

3.1.1 Fato externo, fato percebido e fato interpretado

A palavra fato desacompanhada de qualquer outra expressão que a qualifique pode causar equivocadas interpretações no processo. Isso porque sua correta conceituação dependerá dos diferentes momentos processuais em que é utilizada.

Fato externo é considerado o “*acontecimento empírico, realmente ocorrido, sem interferência de subjetividades e interpretações*”.¹⁶² Terá, portanto, natureza objetiva, de forma que sua existência não dependerá do observador.¹⁶³

Fato percebido será o “*conjunto de dados ou impressões que o fato externo causa nos nossos sentidos*”.¹⁶⁴ É epistemologicamente subjetivo, relativo a determinada capacidade sensorial. Pode-se afirmar que, como as capacidades e limitações de percepção são características da espécie humana, portanto, compartilhadas, haverá uma relação de intersubjetividade entre os indivíduos de uma sociedade.¹⁶⁵

161 Idem.

162 Tradução livre. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit. p. 05.

163 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., p. 11.

164 Tradução livre. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit. p. 05.

165 Sobre esta relação de intersubjetividade, González a classificou como subjetividade individual – inerente a cada indivíduo e fruto de suas atitudes e reações pessoais –, subjetividade cultural – fruto das diferentes heranças sociais dos diversos grupos sociais –, e subjetividade de espécie – proveniente das limitadas e finitas capacidades de toda a humanidade. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., p. 11.

E, por fim, fato interpretado é tido como a “*descrição ou interpretação que fazemos dos dados sensoriais, classificando-os como uma classe genérica de fatos*”.¹⁶⁶ Também possui natureza epistemológica subjetiva, sendo relativo ao contexto de que advém e variável de acordo com a cultura e grupo social no indivíduo.¹⁶⁷

Com base a referida distinção, os fatos serão diferentes de acordo com o momento analisado. Quando “A” saca uma arma e vai em direção a “B”, o expectador “C” formula sua percepção empírica sobre aquele movimento (fato externo) e, através de inferências sensoriais, interpreta como uma possível lesão à “B”.

Ocorre que, apesar da diferenciação, tais etapas de percepção e interpretação podem apresentar problemas, refletindo fatos que não foram fielmente vivenciados ou são frutos de equivocadas interpretações inferenciais.

Sobre problemas de percepção, González destaca: (i) as diferentes formas das pessoas perceberem os fatos, variando de acordo com seus organismos sensoriais; (ii) a possibilidade de ilusões, caracterizadas por experiências sensoriais não coerentes com o fato externo; (iii) a possibilidade de alucinações, fruto de uma falsa percepção da realidade, ocasião em que o fato percebido não corresponderá a nenhuma propriedade do fato externo; e (iv) a influência da interpretação na percepção, ocorrente quando nossas experiências, crenças e outros fatores subjetivos atuam como critério de seleção dos dados sensoriais que capitamos.¹⁶⁸

A respeito deste último problema de percepção, pede-se vênica para reproduzir *intantum* as palavras do citado autor, com respaldo doutrinário em Eduardo Santoro:

166 Tradução livre. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit. p. 05.

167 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., p. 11.

168 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit. pp. 06-07.

“Esta dependência de la percepción respecto de factores sócio-culturales há sido señalada por los psicólogos a partir de las investigaciones de la corriente conocida como new look o ‘teoría de los estados directivos’, que han demostrado que ‘la percepción no depende sólo de la naturaleza de los estímulos, sino que sobre ella influyen los estados y disposiciones del organismo. Percibir no es recibir passivamente estimulación; es seleccionar, formular hipótesis, decidir, processar la estimulación eliminando, aumentando o disminuyendo aspectos de la estimulación. Al igual que todo processo, la percepción resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de características permanentes o momentáneas de los sujetos’.”¹⁶⁹

No que tangencia a etapa de interpretação, seu resultado será a adequação do fato individual, anteriormente percebido, ao fato genérico, através das características e conhecimentos pessoais do expectador. Por esse motivo, ao receber as informações de uma testemunha – ou outro meio de prova –, o juiz deve assegurar que as percepções e interpretações do depoente são corretas, bem como elaborar sua própria interpretação, formulando premissas até chegar à conclusão sobre a verdade – frisa-se, sobre o enunciado fático.¹⁷⁰

No entanto, com já ressaltado, a interpretação também não está livre de problemáticas, das quais podem ser listadas as seguintes: (i) a relatividade das interpretações variante de acordo com o contexto cultural do expectador¹⁷¹; (ii) a imprecisão sobre os critérios de interpretação, que se não forem bem delineados podem levar à decisões arbitrárias¹⁷²; e (iii) a dificuldade intrínseca a algumas interpretações, que exigem um nível inferencial mais profundo para chegar a uma conclusão.¹⁷³

169 Idem.

170 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., pp. 01-19.

171 González ainda assevera que, mesmo que dois indivíduos pertençam à mesma realidade cultural, não é certo que suas interpretações sobre o mesmo fato serão idênticas. Idem.

172 Neste ponto, o autor aduz que, como um fato pode ter várias interpretações, conforme diferentes análises subjetivas, é necessário estabelecer um critério para decidir qual interpretação é a mais correta.

173 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., pp. 01-19.

Sobre este último problema de interpretação, esclarece o autor:

“Em um primeiro nível, as interpretações podem ser evidentes, mas, na medida em que as interpretações se tornam mais profundas, sua complexidade aumenta, se distanciam mais da mera percepção, envolvem mais informações e sua correção depende mais da possibilidade de trazer boas razões em um processo argumentativo”.¹⁷⁴

3.1.2. O objetivismo ingênuo, o ceticismo radical e o objetivismo crítico

Diferentes teorias são utilizadas para explicar a conexão dos fatos com a realidade. Destacaremos as três principais.

O objetivismo ingênuo, assim denominado por González, consiste em pressupor que todos os fatos são plenamente objetivos e conhecidos, pois “impactam” nossa consciência. Nesta concepção, entende-se os fatos como entidades naturais, prévia e definitivamente constituídas desde o momento sua produção, restando somente a tarefa de extrair os dados objetivos que interessam à decisão judicial.¹⁷⁵

A referida teoria pode ser dividida em duas formas de aplicação. A primeira é chamada de objetividade ontológica, que preconiza que a percepção e interpretação será a mesma independente do observador. Nas palavras do autor, “*las cosas son como son, con independencia de lo que sabemos de ellas y de como las vemos*”.¹⁷⁶

174 Tradução livre. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., p. 07.

175 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., pp. 01-19.

176 Idem.

A segunda, por sua vez, é chamada de objetividade epistemológica. Defende que, por meio dos cinco sentidos humanos – atividade empírica, portanto –, o observador consegue acessar fielmente a realidade.¹⁷⁷

A teoria do objetivismo ingênuo, como seu próprio nome já a desmerece, trabalha com uma visão impraticável, pois ignora os problemas de percepção e inferência abordados no tópico anterior. Partem da concepção que os fatos são “dados brutos”, evidentes e desproblematizados em relação à realidade. Dessa forma, sob os olhos desta equivocada teoria, se não for possível estabelecer a verdade sobre determinada proposição será exclusivamente por falta de dados objetivos, eis que na presença destes a controvérsia seria de fácil elucidação.¹⁷⁸

Outra teoria que se destaca no âmbito jurídico é a do ceticismo radical. Posicionada em premissa diametralmente oposta da teoria anterior, parte da ideia de que a percepção e interpretação sobre os fatos serão absolutamente independentes entre os diversos observadores. Ademais, o produto destas duas etapas resultará em completa inacessibilidade ao conhecimento, posto que estão carregadas de subjetividade.¹⁷⁹

Os autores que defendem esta teoria aduzem, com arrimo nos expostos problemas de interpretação, que o conhecimento objetivo do fato investigado é impossível, pois os fatos que percebemos são relativos aos nossos conceitos e valorações pessoais e estão “carregados de teoria”. Assim, não haveriam “fatos brutos ou puros”, mas somente “fatos teóricos”, interpretados a partir de subjetividade humana.¹⁸⁰

177 Idem.

178 Idem.

179 Através dessas duas assertivas, a teoria do ceticismo radical nega por completo os postulados da teoria do objetivismo ingênuo, em seus dois aspectos. Idem.

180 Idem.

Destaca-se, ainda, outra corrente mais radical da *susum* teoria que postula que as os fatos percebidos são inteiramente teóricos, completamente construídos pelo observador. Os únicos fatos que interessariam ao processo seriam os fatos externos, portanto, inalcançáveis pela limitação espaço-temporal.¹⁸¹

González complementa que os apontamentos trazidos pelo ceticismo radical tratam, em verdade, de uma discussão acerca do objeto da prova (*thema probandum*). Há doutrinadores, em especial na Espanha¹⁸², que adotam esta segunda vertente mais radical. Defendem que o objeto da prova não está constituído por fatos em si, posto que os fatos se caracterizam por fenômenos passados, exteriores e não presenciados pelo juiz. Nesta perspectiva, o *thema probandum* seria determinado pelas afirmações das partes a respeito dos fatos.

A crítica a esta segunda teoria parte da noção de que o processo deve se concretizar por afirmações de ambas as partes sobre os fatos, submetidas ao contraditório. Como requisito essencial do processo no âmbito do estado de direito, a dialética processual aproximará a decisão da realidade dos fatos noticiados. Assim, mesmo que considere a realidade como algo inatingível, a afirmação sobre os fatos será (tida como) verdadeira quando os ditos fatos forem comprovados por elementos de prova, permitindo ao juiz se convencer de que o fato imputado ocorreu ou não.

Finalmente – e com maior importância –, revela-se a teoria do objetivismo crítico. Reconhecendo o caráter subjetivo dos procedimentos de percepção e interpretação, porém, ao mesmo tempo, negando a concepção de que os fatos sempre serão sempre objetivos e desproblematizados – admitindo-se as citadas problemáticas –, os teóricos do objetivismo crítico aceitam as dificuldades para o conhecimento da realidade, no entanto entendem pela possibilidade de obtenção de dados que a indiquem de forma suficiente.¹⁸³

181 Idem.

182 Destacam-se Asencio Mellado e M. Miranda Estrampes.

183 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., pp. 01-19.

Sobre objetivismo crítico, assevera González:

“Por isso, o objetivista crítico deve submeter os fatos a uma rigorosa análise para determinar em que medida são independentes e em que medida construções do observador, assim como em que casos podemos conhecê-los com objetividade.”¹⁸⁴

Como procedimento para concretização da teoria, o citado autor reforça a necessidade de diferenciação entre os fatos externos, fatos percebidos e os fatos interpretados.¹⁸⁵ Ademais, para atribuir qualidade ao fato interpretado, propõe o enfoque na argumentação, através de razões que fundamentem as interpretações, principalmente como forma de controle intersubjetivo da atividade jurisdicional e de contribuição para construção do denominado “gramática de interpretação de fatos”.¹⁸⁶

3.1.3. *Quaestio facti e quaestio iuris*: A indispensável vinculação

Alguns juristas defendem a possibilidade de distinguir os problemas relativos à premissa fática do silogismo judicial (prova dos fatos e sua qualificação jurídica) dos problemas relativos à premissa normativa (seleção da norma relevante para resolver o caso concreto e sua interpretação).¹⁸⁷

O positivismo jurídico dominou durante longo tempo o contexto da decisão jurídica, observando o fato e o direito sob um enfoque estático, imóvel. Difundi-se, então, a noção de heterogeneidade e independência entre essas duas questões, sob a aplicação de um silogismo puro.¹⁸⁸

184 Tradução livre. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit. p. 11.

185 Cujos conceitos e classificações recomendamos a leitura do tópico 3.1.1.

186 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., pp. 01-19.

187 Idem.

188 Danilo.

Sobre a divisão, explica o professor da Unisinos Danilo Knijnik:

“Heterogeneidade, porque uma (a questão de fato) não se poderia confundir com outra (a questão de direito); e independência, porque ambas poderiam ser, não apenas isoladas, como, sobretudo, examinadas isoladamente, cada qual com seu instrumental próprio. Assim, numa estrutura tipicamente silogística, o Juiz deveria estabelecer a norma aplicável ao caso concreto e, numa operação separada e distinta, o fato controvertido, procedendo, em seguida, à subsunção do fato à norma. Consequência: ao direito probatório, assim, só restava a função, quase que extrajurídica, de introduzir o fato no silogismo judiciário, uma função, por certo, marginal.”¹⁸⁹

Criticamente, o citado professor assevera que a aplicação do direito envolve uma atividade altamente dinâmica, a qual denominou “espiral hermenêutica”, em que se circula, sucessivas vezes, das premissas menores às maiores até adequar o fato ao direito. Em suas palavras: “*um intenso movimento da norma ao fato, do fato à norma, até chegar ao produto final*”.¹⁹⁰

A distinção entre *quaestio facti* e *quaestio iuris* é errônea em sua essência, pois, se mantivermos a premissa – fixada anteriormente – de que os fatos que interessam à decisão judicial são os fatos interpretados – e não os fatos externos –, os problemas relativos à prova e à qualificação jurídica necessariamente estarão atrelados aos problemas normativos.¹⁹¹ Senão vejamos:

189 Idem.

190 Idem.

191 Gonzalez.

A qualificação jurídica de um fato será fruto de sua interpretação. Como já abordado, o procedimento buscará adequar o fato individual, oriundo do caso concreto, ao fato genérico, cuja previsibilidade encontra-se na norma jurídica.¹⁹²

González argumenta que:

“O fato interpretado/qualificado não existiria (não seria possível tal interpretação: a qualificação) se não existisse a norma jurídica (que é a que cria a classe genérica de fatos que se insere o fato individual), de forma que não é possível sustentar que os problemas de qualificação são questões específicas do fato.”¹⁹³

No que se refere à necessária conexão entre prova e normas jurídicas, destacam-se os seguintes apontamentos: (i) o procedimento probatório é regulado pelas normas jurídicas, como própria limitação da atividade probatória¹⁹⁴; e (ii) através das normas jurídicas, são extraídos os fatos importantes para o direito (relevantes em matéria processual e, conseqüentemente, probatória).¹⁹⁵

Além disso, também existem os fatos jurídico-institucionais, caracterizados por interpretações de fatos físicos (documentos, por exemplo) somados à intenção do agente. Estes fatos necessariamente estarão vinculados a alguma regra jurídico-constitutiva, como forma de

192 Cf. cap. 03.

193 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., pp. 01-19.

194 Há inúmeros exemplos sobre limitação probatória pelas das normas jurídicas, como o artigo 157 do CPP – que veda a utilização da prova obtida por meios ilícitos e impõe sua inadmissibilidade – e o artigo 158 do mesmo diploma legal – que elege a necessidade do exame de corpo de delito para comprovar delitos materiais (“que deixam vestígios”) e limita a utilização da confissão do acusado.

195 Sem embargo, González assinala que: “*Las normas actúan entonces como unas lentes – o teorías – que dirigen nuestra atención hacia uno u outro aspecto de los hechos*”. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., pp. 01-19.

produção de seus efeitos. Nessa toada, cita-se: testamento, certidão de casamento, contrato, etc.¹⁹⁶

A necessária conexão entre *quaestio facti* e *quaestio iuris* ganha salutar relevância quando analisamos a questão probatória nas ações não-intencionais. Toda ação não-intencional é precedida ou, ao menos, concomitante (por) a uma ação intencional. A guisa de exemplo, imagine que “A” decida atirar uma pedra em direção ao céu. Ao fazer, todavia, o referido objeto acaba acertando “B”. Neste caso, diz-se que “A” agiu intencionalmente ao atirar a pedra para o céu e sem intenção de acertar “B”.

O mesmo movimento corporal pode ser interpretado como uma ação intencional ou não-intencional, a depender do contexto. Por essa razão, necessária a atividade probatória, a fim de comprovar se o agente agiu com dolo ou inobservou algum dever objetivo de cuidado – agindo a título de culpa.

Consequentemente, falando em dolo ou culpa (e até mesmo em atividade probatória) fala-se em norma jurídica.

Por fim, para espancar qualquer dúvida possível acerca das ações não-intencionais, esclarece-se que sua consequência deve possuir relevância de algum ponto de vista jurídico, ou seja, produzir algum resultado que interesse ao direito – como a violação de algum bem jurídico tutelado, por exemplo.¹⁹⁷

Em relação à prova nos crimes omissivos, González assinala que ocorrerá de forma semelhante às ações não-intencionais, respeitadas as devidas proporções. Omitir é

196 Idem.

197 González ressalta que as ações não-intencionais não se descrevem, se imputam, pois o fato é consequência de uma previsibilidade jurídica, adquirindo importância para que o juiz aceite a interpretação não-intencional da ação. Idem.

não atuar em uma situação que exigia um agir positivo do agente, sobre o qual recaíam expectativas da ação. Essas expectativas, complementa o autor, são fruto de regras que regulamentam condutas, portanto, intimamente ligadas à categoria jurídica.¹⁹⁸

Por fim, porém não menos importante, observa-se a conexão entre nexo de causalidade – “*relación causa-efecto*” para o autor – e normas jurídicas. O referido explica que, na verdade, o que se denomina “causa” constitui uma conexão de eventos que quando somados produzem o resultado. Essa conexão é chamada de “contexto causal”.¹⁹⁹

Cada elemento pertencente ao contexto causal não produz resultado isoladamente. Ao revés, necessita da interação com os demais e do elemento essencial que desencadeará o resultado. Esse elemento essencial, também denominado “elemento anormal” será a principal causa do resultado, quando individualizado.²⁰⁰

Assim, para determinar o elemento anormal dentro do contexto causal, o juiz deverá analisar o contexto probatório carreado aos autos, relacionando-o com a norma jurídica correspondente. Desta forma, diz-se que há relação/nexo de causalidade quando: (i) o elemento anormal produziu o resultado devido à sua interação com o contexto causal; e (ii) o resultado não teria ocorrido caso o elemento anormal não pertencesse ao contexto causal – condição *sine qua non*.²⁰¹²⁰²

3.2. A inferência probatória

O procedimento probatório judicial pode ser dividido em suas fases. A primeira consiste na atividade probatória, destinada a produzir provas no processo a fim de demonstrar

198 Idem.

199 Idem.

200 Idem.

201 A condição *sine qua non* está prevista no nosso Código Penal, em especial no artigo 13, *in fine*.

202 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., pp. 01-19.

o direito da parte. Versa, essencialmente, em estabelecer premissas sobre o argumento que pretende provar, a respeito de determinada hipótese. Já a segunda fase consiste em extrair uma conclusão a partir das informações obtidas na primeira, realizando operações inferenciais para chegar a uma conclusão.²⁰³

É com base nas citadas fases, bem como no procedimento inferencial, que parcela da doutrina apresenta outra classificação sobre os elementos de prova. Para esta corrente doutrinária, prova direta ou prova em sentido estrito seria aquela que permitiria ao destinatário da informação conhecer a dinâmica factual através de apenas uma única operação inferencial.²⁰⁴

Por outro lado, o elemento de prova que necessitasse de duas ou mais operações inferenciais para chegar ao resultado, seria chamado de prova indireta ou prova por indícios ou somente indícios.²⁰⁵

Gomes Filho ainda vai além e apresenta, com base na qualidade epistemológica do resultado, a distinção entre prova indireta e prova semiplena. Para o autor, o termo prova “semiplena” significaria um “elemento de prova de menor valor persuasivo”.

Ocorre que, para a doutrina probatória moderna, tal distinção revela-se completamente equivocada, pois introduz a ideia de a denominada prova direta seria capaz de conduzir à conclusão automaticamente, sem necessidade de raciocínio e valoração probatória. Com amparo, transcreve-se as palavras de Gascón Abellán:

“Com a distinção prova direta-prova indireta parece querer indicar-se, pois, a ausência ou presença de raciocínios e inferências, dependendo de que a prova verse ou não sobre o fato que se pretende provar. A prova direta, por versar diretamente sobre o fato que se quer provar, o provaria “espontaneamente”, “sem necessidade de raciocínio”. A prova indireta ou indiciária, ao contrário, por não versar diretamente sobre o fato que se pretende provar, mas somente sobre um fato circunstancial, para dar crédito àquele precisaria do raciocínio, da inferência. Além do mais, e conectado com o anterior, parece que a espontaneidade em um caso, e a necessidade de raciocinar no outro, acarreta

203 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., pp. 01-19.

204 GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit. pp. 310-312.

205 Idem.

também uma *diferente qualidade epistemológica* (e, portanto, um valor diferente ou força probatória) dos resultados de ambos os tipos de prova. [...] Essa distinção, no entanto, não parece aceitável, pois se fundamenta em uma acrítica percepção da chamada prova direta. Analisada rigorosamente, a declaração da testemunha Ta: “vi A atirar em B e este cair morto”, exemplo de prova direta, não prova por si só (direta ou espontaneamente, sem necessidade de raciocínio) o fato que se pretende provar (que A matou B); o único que esta declaração prova *por si só* é que “a testemunha Ta diz que viu A atirar em B e este cair morto”. A declaração de Ta provará que “A matou B” somente se A diz a verdade (isto é, se não mente, nem cometeu erro de percepção, nem agora sofre de lapsos de memória); mas esse dado (que Ta diz a verdade) é o resultado de uma inferência do mesmo tipo que define a prova indireta. Então, do ponto de vista do raciocínio *não há nenhuma diferença essencial entre a chamada prova direta e a indireta*, pois, em ambos os casos, estão presentes inferências da mesma classe (indutivas, na verdade) [...] A ideia de que a prova direta é a que menos pode conduzir a erro judicial deve ser posta em quarentena”.²⁰⁶

É possível distinguir a inferência probatória completa de cada uma das inferências probatórias parciais. O resultado das inferências será a qualificação do fato individual a fato genérico.²⁰⁷ González argumenta que, de acordo com a proposta de Toulmin, toda argumentação parte de uma pretensão, que é aquilo que a sustenta. Esta pretensão, quando posta em discussão, deve ser amparada através de razões, ou seja, fatos que demonstrem a correção da pretensão.²⁰⁸

206 GASCÓN ABELLÁN, Marina. Cap. 8: *A prova dos fatos*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org.).

207 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. cit., pp. 01-19.

208 Idem.

4. OS STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL

“Ninguém se preocupou em construir uma teoria para apreciação da prova. Temos mais critérios para avaliar o carnaval do que para avaliar uma prova penal.”²⁰⁹

(STRECK, Lenio Luiz)

Com a superação do modelo positivista clássico que defendia a equivocada separação das questões de fato das questões de direito, sem que isso, ao mesmo tempo, abandone o direito positivo ou implique em uma absorção do fato pelo direito, o juízo fático e, conseqüentemente, a atividade probatória passaram a merecer uma instrumentalização mais adequada aos moldes do estado de direito, abandonando as concepções político-jurídicas inerentes ao regime anterior.²¹⁰

A questão fática não está mais dissociada do direito, nem tampouco pode ser construída com total abstração das categorias jurídicas. Neste contexto, urge a necessidade de um instrumento jurídico de controle, a fim de reduzir a discricionariedade decisória do juiz, como forma de limitação do poder punitivo arbitrário estatal.²¹¹

4.1. O conceito de *standard* de prova

Os *standards*, por definição, são regras orientadoras fortes que objetivam limitar a discricionariedade através de um procedimento complexo que antecede a tomada de decisão,

209 STRECK, Lenio Luiz. *Sentença de Moro é prova que a livre apreciação da prova deve acabar*. In: *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele et al. (orgs.). Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2017. pp. 288-296.

210 KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Rio de Janeiro: Revista Forense, n. 353, jan.-fev., 2001.

211 Idem.

estabelecendo diferentes etapas e dimensões, como: “a análise da legalidade da prova, a determinação de sua pertinência e utilidade, o peso das distintas proposições e a construção do relato judicial de justificação da escolha pretendida”.²¹²

Para o renomado professor italiano Michelle Taruffo, ao falar de *standards* probatórios “procura-se oferecer ao julgador diretrizes mais precisas – ainda que gerais e flexíveis – que guiem a valoração das provas no contexto da decisão final sobre os fatos em litígio”.²¹³

Em essência, parte-se da concepção de que o conteúdo da motivação da decisão judicial não deverá explicitar o processo psicológico realizado pelo juiz ou tribunal para chegar àquela decisão, mas sim a justificação do cumprimento de um *standard* de prova, com o esclarecimento – com base em dados objetivos do processo (elementos de prova) – do porquê considera provada a determinada hipótese e porque as outras hipóteses não atingiram o nível de corroboração exigido pelo *standard*.²¹⁴

Segundo Knijnik, “trata-se de enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão”. Com efeito, “cria-se um complexo de regras lógicas de caráter auxiliar, capazes de estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção”.²¹⁵

Para melhor compreensão da temática *standard* de provas, bem como da sua função na relação processual democrática, analisaremos de forma breve a evolução dos critérios de valoração da prova, abordando somente o necessário para elucidação dos conceitos no presente trabalho.

212 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos...*, op. cit., pp. 39-40.

213 TARUFFO, Michelle. *A prova*. Op. cit, pp. 135- 140.

214 KHALED JR., SALAH H. *Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito*. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/18/livre-convencimento-motivado-o-imperio-do-decisionismo-no-direito/#_ednref19 . Acesso em: 21.11.2017.

215 KNIJNIK, Danilo, op. cit.

4.2. A valoração probatória na história do processo penal

Como veremos adiante, a valoração da prova no processo penal passou por diversas mudanças, adequando-se ao modelo de sistema processual vigente em cada momento histórico. Neste diapasão, a valoração probatória passou por três diferentes teorias: a *íntima convicção do juiz*, a *prova tarifada ou prova legal* e a *convicção racional ou livre convencimento motivado*. Analisaremos cada uma delas.

4.2.1. A prova tarifada ou prova legal

O sistema da prova legal, também chamada de prova tarifada ou certeza legal foi amplamente aplicado durante o auge do processo inquisitório clássico, que dominou a Europa Continental do século XIII até o final do século XVIII.²¹⁶

Sua principal característica era a prévia definição do valor probatório de cada prova no processo penal. O legislador, em um sistema que revelava a arbitrariedade do processo – responsável somente por reproduzir o texto legal, sem margem para maiores interpretações –, vinculou o juiz a regras de formais prefixadas, através das quais a condenação deveria ser obrigatoriamente pronunciada, independente da convicção do magistrado.²¹⁷

Nas palavras de Taruffo:

“(...) 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.”²¹⁸

216 KHALED JR., SALAH H. *Livre convencimento motivado...* op. cit.

217 Idem.

218 TARUFFO, Michele. *A prova...* op. cit.

Foi estabelecida, assim, uma hierarquia entre as provas, transformando o julgamento em uma mera reconstrução do fato por meio de um método histórico-experimental, com fundamento na aplicação da lei.²¹⁹

Esta concepção de processo tem por base a busca pelo mito da *verdade real*, que parte do pressuposto de que o processo é um meio eficaz para se obter a verdade absoluta dos fatos passados, permitindo o conhecimento integral de todas as circunstâncias do crime.

Neste sentido, esclarece Khaled:

“O tarifamento legal é típico de uma concepção fortemente autoritária de processo, concebido como instrumento capaz de procurar não uma verdade provável, senão real sobre os fatos, apta inclusive a justificar a tortura. Se o processo estava preordenado à obtenção de uma verdade absoluta, esta, como fim, poderia justificar o emprego de qualquer meio.”²²⁰

A tortura era entendida não somente como um meio possível para busca da verdade, mas também – muitas das vezes – um meio necessário, inexistindo qualquer garantia ao acusado, que era visto como verdadeiro meio de prova do que se podia extrair a confissão.²²¹

Sendo um sujeito sem direitos no processo, o acusado era considerado um “corpo objetificado do qual era extraído o conhecimento”. Neste contexto, a confissão assumiu papel de superioridade na prova dos fatos, entendida como “engrenagem fundamental” para a condenação.²²²

219 KHALED JR., SALAH H. Livre convencimento motivado... op. cit.

220 Idem.

221 Idem.

222 Idem.

O juiz era despido de convicções pessoais, funcionando com um mero reprodutor da lei e responsável por pronunciar ao público a condenação do inimigo do estado, afinal, a lei impunha tais horizontes fechados e conclusões mecânicas.²²³

4.2.2. A íntima convicção do juiz

Para substituir o sistema anterior, bem como na tentativa de amenizar as inúmeras injustiças causadas pelo sistema da prova tarifada, exsurge-se o método da íntima convicção do juiz, também chamado de certeza moral.

O novo modelo de valoração probatória tentou inserir aspectos acusatórios de processo em estruturas fielmente inquisitórias, que mantiveram muitos conceitos arbitrários do método anterior.²²⁴

Na íntima convicção, o juiz manteve seus poderes instrutórios, inclusive com a prerrogativa de diligenciar de ofício na (persistente) busca pela verdade real. Atribuiu-se ao juiz o poder decisório e capacidade valorativa sobre as provas produzidas no processo, porém inexistia qualquer necessidade de fundamentação das decisões judiciais.²²⁵

Tal inexigibilidade – de motivação decisória – deu origem a outras tantas arbitrariedades, através de decisões extremamente subjetivas que sequer apontavam qualquer fundamento concreto para condenação ou absolvição. Ademais, diante da ampla discricionariedade do magistrado, lhe era permitido condenar inclusive com base em fatores externos ao processo, ou seja, ao seu bel prazer.²²⁶

223 Idem.

224 Idem.

225 Idem.

226 Idem.

4.2.3. O livre convencimento motivado

Como necessidade de evolução da concepção processual e de impor limites ao poder autoritário – garantia contra o arbítrio estatal –, nova teoria de valoração da prova ganhou força, na tentativa de atribuir racionalidade à decisão judicial.

Estabeleceu-se, então, o livre convencimento motivado – ou convicção racional – através do qual o magistrado poderia valorar livremente as provas produzidas no processo (reitera-se: produzidas no processo).²²⁷

O livre convencimento, todavia, não é irrestrito ou imune a qualquer controle epistêmico. Pelo contrário. O juiz deve fundamentar sua decisão com base em elementos de prova existentes no processo. Meras crenças ou suspeitas a respeito de um fato – portanto, desprovidas de qualquer confirmação objetiva –, não estão sujeitas à valoração judicial (nem mesmo como argumento de prova), tampouco podem ser utilizadas para supedanear uma decisão.²²⁸

A necessidade de motivação, prevista no art. 93, inciso IX da Constituição Federal²²⁹, guarda relação íntima com o controle do contraditório inerente à atividade processual, uma vez que possibilita o controle do itinerário lógico seguido pelo juiz para decidir, refletindo se a escolha passou por uma positiva apreciação dos elementos de prova e argumentos trazidos pelas

227 Idem.

228 Idem.

229 “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

partes ou se, ao revés, são fruto de ponderações solitárias e juízos pessoais de convencimento extraprocessuais, que ignoram o arcabouço fático-probatório trazido pela dialética processual.²³⁰

Ocorre que, mesmo com o estabelecimento do livre convencimento motivado, a discricionariedade do julgamento – embora reduzida quando comparada à íntima convicção – se manteve forte, pois o modelo não estabeleceu quais seriam os critérios que o juiz poderia adotar para decidir.

Inicialmente, não existe uma teoria da decisão que imponha critérios minimamente seguros e objetivos para limitar dos danos decorrentes de interpretações arbitrárias. Por essa razão, faz-se necessária a adoção de *standards* probatórios, ou seja, mecanismos de controle da reconhecida falibilidade na determinação do juízo fático.

4.3. Os *standards* probatórios em espécie

4.3.1 Acima de qualquer dúvida razoável e Preponderância da evidência

Os países da *common law* estabelecem dois *standards* jurídicos: “*evidence beyond a reasonable doubt*” (prova acima de qualquer dúvida razoável), aplicável em matéria penal, e “*preponderance of evidence*” (preponderância da prova), utilizada em matéria cível. A esse último *standard*, costuma-se agregar outro elemento: “*clear and convincing evidence*” (prova clara e convincente).²³¹

A temática recai sobre o termo “*burgen of persuasion*” (ônus de persuasão), através do qual entende-se que a parte tem que convencer o julgador a respeito da existência desses

230 KHALED JR., SALAH H. Livre convencimento motivado... op. cit.

231 KNIJNIK, Danilo, op. cit.

elementos, variando de acordo com o tipo de processo e conseqüentemente o tipo de *standard* adotado.²³²

Como exemplo, no caso de um processo criminal, o órgão acusador tem que convencer o juízo a respeito da ocorrência do crime e de sua autoria acima de qualquer dúvida razoável, caso contrário a prova não será suficiente para condenar o acusado.

De forma semelhante, porém no processo civil, o autor da demanda deve provar os elementos de seu pedido através de uma preponderância de provas, demonstrando que há mais provas a seu favor do que a favor da outra parte.

O *standard* da prova clara e evidente, aplicável aos casos civis, é considerado um *standard* intermediário, que não exige a indicação da quantidade de prova reclamada, mas sim o nível de credibilidade da prova.²³³

Mesmo sendo dotados de certa subjetividade – afinal, a intenção não é retirar o poder de valoração das provas dos juízes – os *standards* representam a imposição de um dever a mais ao ofício do magistrado: não somente de fundamentar sua decisão com base na livre apreciação das provas no processo, mas também de demonstrar que a(s) prova(s) que sustenta(m) a decisão é(são) apta(s) quantitativa e/ou qualitativamente para superar o *standard*.

A dúvida paira em como seriam estabelecidos esses *standards* em termos práticos. McCormick explica que para a prova pela preponderância necessitaria que uma fosse mais convincente do que a oposta, entendendo-a como a que permite que o juiz entenda que a existência de um fato é mais provável que sua não existência. Já a prova clara e convincente será aquela de alta probabilidade da ocorrência do fato.²³⁴

232 Idem.

233 Idem.

234 Idem.

O *standard* aplicável aos casos criminais, que elege a necessidade da prova acima de qualquer dúvida razoável, parte da premissa de que é “melhor absolver um culpado do que condenar um inocente”.²³⁵ A existência de farto material probatório sólido, que confirme de forma incontestada a prática do crime, estará apta a superar este *standard*.²³⁶

Com efeito, percebe-se que o *standard* exigido para condenações no âmbito criminal é sensivelmente maior que e aplicável aos processos cíveis. Inclusive, tal diferenciação foi objeto de discussão e confirmação pela Suprema Corte dos EUA^{237 238}.

4.3.2 Mínima atividade probatória

Outro *standard* que podemos destacar é o da “*mínima atividade probatória*”, elaborado pelo Tribunal Constitucional da Espanha. Este *standard* foi concebido, *ab initio*, para utilização no processo penal. Todavia, é aplicado como paradigma geral nos diferentes ramos do direito.²³⁹

Para a mínima atividade probatória, a livre apreciação não deve configurar um critério pessoal e íntimo do julgador. Ao revés, deverá se apresentar como uma valoração racional e lógica da prova, com critérios de cientificidade. Logo, sob a perspectiva deste *standard*, o raciocínio judicial deverá possuir consistência lógica.²⁴⁰

A respeito da função deste *standard*, sublinha Knijnik:

235 Idem.

236 Idem.

237 Case “In Re Winship”.

238 KNIJNIK, Danilo, op. cit.

239 Idem.

240 Idem.

“Deste modo, a mínima atividade probatória nada mais pretende do que marcar a exigência de um substrato probatório adjetivado por determinadas características, sem o que resultariam arbitrárias e ilegítimas as respectivas decisões.”²⁴¹

Desta forma, o citado *standard* promoverá um “juízo sobre um juízo”, sob a infraestrutura racional da formação da convicção. Por essa razão, em termos práticos, pode-se dizer que o *standard* espanhol é mais objetivo que os da *common law*, pois este último ainda está muito próximo de critérios subjetivos de avaliação da prova.²⁴²

Ocorreu que, com o passar do tempo, a doutrina passou a exigir não apenas uma mínima carga probatória, mas também que ela seja suficiente para amparar a decisão. A questão, então, pairou sobre qual seria o conceito de “prova suficiente”, sendo definida como a prova congruente e razoável. Neste ponto, como explica o autor, ocorreu uma aproximação do *standard* espanhol com o *standard* da *common law*, na medida em que a prova congruente e razoável passou a ser sinônimo da prova clara e convincente.²⁴³

Por fim, a mínima atividade probatória está fixada em duas premissas: (i) busca-se eliminar o convencimento judicial subjetivo, fruto de suspeitas, crenças, intuições ou convicções pessoais do julgador, mediante a exigência de uma motivação judicial explícita²⁴⁴; e (ii) especificamente aos casos processuais penais, exige-se uma prova que elimine a existência de dúvidas racionais, sob o aspecto qualitativo.²⁴⁵

241 Idem.

242 Idem.

243 Idem.

244 Sobre esta motivação judicial explícita, a doutrina espanhola atribui diferentes funções: controle da racionalidade e lógica do convencimento e pressuposto indispensável para controlar a valoração das provas no âmbito penal.

245 KNIJNIK, Danilo, op. cit.

4.3.3 Alto grau de verossimilhança sem dúvidas concretas

Este *standard* provém do direito alemão e curiosamente sofreu um processo de modificação ao longo da história. Inicialmente, e até a Segunda Guerra Mundial, o *standard* alemão defendia que, devido aos limitados meios cognitivos inerentes aos seres humanos, nunca seria possível estabelecer a certeza absoluta sobre a ocorrência efetiva de um fato, nem mesmo se este tivesse sido presenciado diretamente.²⁴⁶ É uma concepção mais radical que não se limita “simplesmente” a negar a verdade processual, mas também nega a possibilidade do fato interpretado corresponder fielmente ao fato externo.

Mesmo assumindo tal impossibilidade, todavia, o *standard* definia a suficiência do elemento probatório quando alcançasse um alto grau de verossimilhança – para o direito civil – ou um grau de verossimilhança próximo da certeza – para o direito penal.²⁴⁷

Esta tese, como dito alhures, durou até a Segunda Guerra Mundial, ocasião em que a jurisprudência do Tribunal Supremo da Alemanha mudou completamente. A nova concepção preconizou que “*a possibilidade meramente teórica ou abstrata de que o acusado não havia sido autor não pode impedir a sua condenação*”. Em outras palavras, estabeleceu-se dúvidas teórico-abstratas (negativas), relativas à imperfeição do conhecimento humano, e dúvidas positivo-concretas, fundadas em dados objetivos no processo. O *standard* germânico, assim, passou a ser definido como o alto grau de verossimilhança sem dúvidas positivo-concretas.²⁴⁸

Com efeito, a mera existência da primeira categoria de dúvidas (teórico-abstratas) perante o processo será capaz de superar o *standard*, ou seja, permitirá a condenação, enquanto a incidência da segunda categoria de dúvidas (positivo-concretas) obstaculizará a condenação pela aplicação da regra orientadora forte (*standard*).

246 Idem.

247 KNIJNIK, Danilo, op. cit.

248 Idem.

Knijnik argumenta que a experiência alemã possui grande relevância na temática dos *standards* probatórios, posto que:

“Dentro dessa perspectiva, o *standard* geral do alto grau de verossimilhança, com exclusão de todas as dúvidas positivo-concretas, oferece um valioso critério de verificação lógica, pela sua dimensão prática e, de certa forma, complementar aos modelos até aqui examinados.”²⁴⁹

4.3.4 Doutrina do absurdo ou da arbitrariedade

A doutrina do absurdo ou da arbitrariedade é considerado um *standard* sob uma perspectiva negativa, no sentido de apontar em quais situações um juiz não poderia dar-se por convencido.

Em essência, não se trata de um *standard* voltado à conferência do juízo fático, e sim uma espécie de instituto destinado à cassação da decisão.²⁵⁰

Fundamenta-se na noção de que a garantia de acesso ao Poder Judiciário supõe uma análise ponderada e efetiva da prova judiciária, que não é compatível com certos *vícios decisórios*. Esses tais vícios decisórios podem ser de valoração material, quando o erro ocorre na valoração da prova, ou de valoração formal, quando implique em uma conclusão ilógica.²⁵¹

Este *standard* – como o leitor deve ser percebido – se assemelha bastante ao da mínima atividade probatória, entretanto apresenta pontuais diferenças no que tange à percepção probatória, conforme assinala Knijnik:

249 Idem.

250 Idem.

251 Idem.

“Parece-nos, assim, que a arbitrariedade representa um desenvolvimento posterior à mínima atividade probatória, ou seja, um desenvolvimento no sentido das regras lógico-experimentais do raciocínio judicial para as regras lógico-experimentais da própria percepção probatória, ambas, porém, sempre tendo por objeto a fundamentação. Reconhece-se, porém, que, em seus estado atual, as duas teorias poderiam definir-se como ‘variações sobre o mesmo tema’.”²⁵²

4.3.5 Congruência narrativa e Probabilidade indutiva

A congruência narrativa e a probabilidade indutiva são espécies do gênero *standards narrativísticos*. Esse gênero de regra de orientação forte parte da premissa de que manifestação linguística utilizada na decisão – portanto aqui estamos falando tanto do dispositivo quando da fundamentação – deve possuir coerência (manutenção do eixo de sentido) e coesão (manutenção do eixo lógico).²⁵³ Assim, faz-se uma análise da conclusão chegada pelo julgador através das premissas fáticas que lhe foram disponibilizadas.

Definida por Niel Maccormick, a congruência narrativa é o “*teste de veracidade ou probabilidade nas questões de fato e de prova, para as quais não seja disponível uma prova direta, mediante observação imediata*”.²⁵⁴

O *standard* da congruência narrativa operará como verdadeiro teste, a fim de concluir se a decisão, dentre as possibilidades aceitáveis na perspectiva racional, é coerente e coesa. Assim, a conclusão mais próxima da racionalidade respeitará este *standard*.²⁵⁵

252 Idem.

253 Idem.

254 MACCORMICK, Niel. apud KNIJNIK, Danilo, op. cit.

255 KNIJNIK, Danilo, op. cit.

Noutro giro, o *standard* da probabilidade indutiva, formulado pelo filósofo inglês Jonathan Choen partirá de premissas isoladas para chegar à conclusão final, a fim de controlar a passagem inferencial do fato externo para o fato interpretado, resistindo à interferência dos diversos fatores que possam ser levantados como tese defensiva. Se, ao final, for possível concluir pela confirmação do enunciado fático inicial, a decisão estará amparada por esse *standard*.²⁵⁶

4.3.6. Controle de Motivação

De matriz francesa, o controle de motivação estabelece *standards* que impõem ao juiz a necessidade de motivação suficiente e coerente, sob pena de anulação da decisão em instância superior. Trata-se, em verdade, de um controle mínimo dos motivos do fato.²⁵⁷

Possui três formas de aplicabilidade (*standards fundamentais*): (i) *défaut de motifs* (falta ou carência de motivos); (ii) *défaut de base legal* (falta de base legal); (iii) *dénaturation de l'écrit* (deturpação de um escrito).²⁵⁸

A primeira forma de aplicabilidade – falta ou carência de motivos –, por sua vez, apresenta quatro *sub-standards básicos*: (a) *Absence de motifs* (ausência de motivos), caracterizado pela completa ausência de motivos ou pela utilização de um motivo puramente formalística (simulacro de motivação), como por exemplo, neste último caso, uma decisão que se limite a invocar a jurisprudência sem explicação do elemento comum entre o caso concreto e o paradigmático; (b) *Contradiction de motifs* (contradição de motivos), utilizado para cassar uma decisão fática contraditória²⁵⁹; (c) *Motif dubitaif ou hypothétique* (motivos dubitativos ou

256 Idem.

257 Idem.

258 Idem.

259 Knijnik destaca que para caracterização da contradição de motivos deve haver a “concorrência de pelo menos cinco características: (I) a existência de uma contradição real no juízo de fato, que atinge o próprio pensamento do julgado; (II) que a contradição se estabeleça ou entre os próprios motivos da decisão ou entre os motivos e o dispositivo da decisão; (III) que essa contradição ocorra no plano dos motivos de fato da decisão; (IV)

hipotéticos), verificados quando a decisão fundamenta-se em motivos inexistentes, hipotéticos ou irreais no processo – ocorre quando a parte não se desincumbiu de seu ônus probatório; e por fim (d) *Défaut de réponse à conclusion* (falta de enfrentamento de uma questão), caracterizado quando a decisão deixa de valorar um fundamento relevante oposto pela parte.

No que tange à segunda forma de aplicabilidade do *standard* geral do controle de motivação (falta de base legal), aduz Boré que se cuida de uma criação puramente jurisprudencial. Segundo Danilo:

“Versa a categoria sobre situações em que a decisão tem motivos, de sorte que sua regularidade formal não pode ser atacada através do *défaut* de motivos, mas esses motivos fáticos são manifestamente insuficientes ou precários para suportar as conclusões jurídicas que sobre eles se apoiam. Viola-se, aqui, não o dever de fundamentação, mas o dever de exposição completa do fato.”²⁶⁰

Finalmente, a deturpação de um escrito, última forma de aplicabilidade do referido *standard* estudado, também consiste em uma criação puramente jurisprudencial e se caracteriza por uma interpretação deturpada, divergente, do sentido de um ato ou afirmação claro(a) e preciso(a). Trata-se de um erro flagrante de interpretação.²⁶¹

4.3.7. Probabilidade matemática (quantitativa)

que a contradição tenha exercido uma efetiva influência sobre a decisão; e, finalmente, (V) que a contradição seja revelada pela própria decisão”. Idem.

²⁶⁰ Idem.

²⁶¹ Assevera Knijnik que, ademais, para sua configuração exige-se cumulativamente: “(I) que exista um escrito válido; (II) que o escrito seja claro, manifesto; (III) que a interpretação seja contrária ao escrito; (IV) que o escrito tenha sido abstraído pela decisão (embora seja polêmico esse requisito); (V) por fim, que não haja um motivo diverso (motivo superabundante), capaz de fundamentar a decisão, a despeito da deturpação”.

Como última espécie de *standard* probatório, analisaremos a probabilidade matemática, que utiliza as ciências exatas como critério de resolução de questões no processo.

A base deste *standard* é o Teorema de Bayes, que quem melhor definiu foi Gustavo Badaró, *in verbis*:

“(...) um método de cálculo com base no qual, diante da necessidade de valorar a atendibilidade da hipótese sobre o fato X, se estabelece a provável frequência de X em uma determinada classe de eventos, tendo em conta a distribuição de precedentes de X naquela classe. Trata-se da aplicação da probabilidade clássica, entendida como a relação entre o número de casos favoráveis e o número de todos os casos possíveis: a partir de uma análise estatística dos fenômenos de massa, busca-se a frequência com a qual um certo tipo de evento se verifica na totalidade de uma classe geral de eventos.”²⁶²

A crítica a esta teoria reside no fato de não haver propriamente a necessária base de dados relativa aos casos em análise. Ademais, as decisões judiciais baseadas no teorema bayesiano estão suscetíveis a erros, pois, mesmo diante de uma gigantesca probabilidade matemática da ocorrência de um fato, ainda assim restará a pequeníssima – e isolada – possibilidade de sua incorrência.

Agora, após a pormenorizada exposição das espécies de *standards* de prova, é possível perceber claramente a precípua finalidade do instituto, qual seja, a limitação da discricionariedade do magistrado como forma de promoção de decisões mais justas, principalmente na seara penal.

4.4. Os *standards* probatórios para decretação de prisão preventiva

262 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

Segundo Schietti, com supedâneo em Calamandrei, o objeto de toda medida cautelar é a proteção dos meios ou resultados no processo, seja de conhecimento ou de execução, o que a caracteriza como “instrumento do instrumento”.²⁶³

É um provimento de caráter provisório, que não tem natureza definitiva. Ao contrário, existe como forma de garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir. São medidas destinadas à tutela do processo.²⁶⁴ Por essa razão não deve ser utilizado como regra, somente como exceção – quando presentes os seus requisitos autorizadores.

Tratando especificamente da prisão preventiva, tema que interessa ao presente trabalho, seus requisitos estão dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal²⁶⁵. Ocorre que, enquanto é cada vez mais defendido que a prisão cautelar só deve ser utilizada em casos excepcionais, quando outros mecanismos idôneos para a proteção dos bens jurídicos tenham falhado no processo penal, ou não se mostrem suficientes para a proteção, verifica-se uma grande quantidade de presos em custódia cautelar preventiva no Brasil, como se a imposição desse tipo de prisão fosse a regra.^{266 267}

²⁶³ SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 3ª ed. Editora Juspodivum: Salvador, 2017, p. 17.

²⁶⁴ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 24.

²⁶⁵ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).”

²⁶⁶ SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão cautelar: Dramas... op. cit.*

²⁶⁷ O último levantamento realizado pelo CNJ, em janeiro de 2017, concluiu que os presídios brasileiros contam com 221.054 (duzentos e vinte um mil e cinquenta e quatro) presos encarcerados preventivamente, que representam quase 40% do total de detentos, sendo a maioria deles pelo crime de tráfico de drogas. Consulta disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> . Acesso em: 23.11.2017.

A presunção de inocência revela-se como peça chave para compreender a prisão cautelar e sua função instrumental no processo. Em outras palavras, o sistema processual democrático admite a coexistência entre a presunção de inocência e a exceção da prisão cautelar, desde que observada sua base principiológica.²⁶⁸

Aury Lopes Jr. explica que nenhum princípio é absoluto no processo e o mesmo ocorre com a presunção de inocência. É aceitável sua relativização através de prisões cautelares, conquanto que estejam devidamente fundamentadas, pautadas na excepcionalidade do instituto, proporcionais ao delito, em caráter provisório e provisional, e decretada por juiz competente.²⁶⁹

Os requisitos da prisão preventiva não são objeto principal de discussão do presente trabalho, todavia, para a correta análise dos *standards* probatórios é preciso ter em mente que tais requisitos deverão estar suficientemente preenchidos, através de dados objetos no processo, para que possam admitir a relativização da presunção de inocência. Abordaremos de forma sintética – e não superficial – os requisitos gerais autorizadores para decretação da custódia cautelar excepcionalíssima.

Como tem postulado Lopes Jr., as características da relação processual penal são completamente distintas das que envolvem o processo civil, razão pela qual devemos adotar uma teoria específica para adentrar na temática processual penal, negando, conseqüentemente, a utilização da teoria geral do processo.²⁷⁰

Neste diapasão, abandonemos os conceitos de *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo da demora), inerentes ao procedimento cautelar de natureza

268 LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 22.

269 Idem.

270 Idem, p. 24.

cível,²⁷¹ para adotarmos como requisitos gerais no procedimento cautelar penal o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.²⁷²

O *fumus commissi delicti*, segundo Lopes Jr., é a probabilidade da ocorrência de um delito, ou seja, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.²⁷³ Já o *periculum libertatis*, para o autor, é o perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.²⁷⁴

A estrita observância da presença de *fumus commissi delicti* e de *periculum libertatis*, bem como dos requisitos específicos das medidas cautelares já expostos, é de vital importância para utilização da prisão cautelar, considerando que o próprio legislador reconheceu expressamente os impactos irreversíveis de uma prisão, através do artigo 42 do Código Penal.²⁷⁵

Partindo do pressuposto que tanto a Autoridade Policial quanto o Membro do Ministério Público conhecem os dois requisitos gerais abordados, analisaremos a matéria

²⁷¹ Requisitos defendidos por Calamandrei (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. apud LOPES JR., Aury, op. cit. pp. 25-26).

²⁷² Nesta linha, pela adoção de categorias específicas no procedimento cautelar penal: LOPES JR., Aury, op. cit. pp. 25-26; SCHIETTI CRUZ, Rogério, op. cit. p. 235; e PACELLI, Eugênio et. al. *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A reforma da Lei nº 12.403/11*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 91. Cabe fazer uma ressalva quanto à posição adotada por Lopes Jr.: para o autor, o *periculum libertatis* não seria requisito das medidas cautelares, mas sim seu fundamento.

²⁷³ LOPES JR., Aury, op. cit. pp. 25-26. Pela mesma definição: SCHIETTI CRUZ, Rogério, op. cit. p. 235 e PACELLI, Eugênio et. al., op. cit. p. 91.

²⁷⁴ LOPES JR., Aury, op. cit. pp. 25-26. Sobre *periculum libertatis*, cumpre fazer pequena ressalva a respeito das diferentes posições dos autores estudados. Enquanto Schietti (op. cit.) entende que a justificativa do requisito seria o perigo que a demora do provimento final possa causar ao processo, Lopes Jr. (op. cit.) e Pacelli (op. cit.) concordam que o fator determinante não é o tempo, e sim a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Pacelli complementa que o requisito guarda íntima ligação com a própria finalidade da prisão preventiva.

²⁷⁵ “Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

probatória para concluir quais elementos devem instruir o pedido de prisão, a fim de que o juiz possa decretá-la – superando os *standards*.

O primeiro *standard* que deve ser observado diz respeito à fiabilidade ou credibilidade probatória. Trata-se de um *standard* de admissibilidade de prova que permitirá concluir se a prova é fiável ou não. Antes mesmo de avaliar o conteúdo probatório, de fazer qualquer juízo de valoração a respeito da adequação da norma jurídica ao fato, é preciso verificar se a prova pode ou não ser valorada.

Gascón Abellán é quem melhor trata da questão do *standard* de admissibilidade da prova no processo, atentando para a distinção entre a fiabilidade da prova e o seu valor probatório:

“La admissibilidad es el control de entrada de la prueba em el proceso. Controlar que los informes periciales admitidos al proceso tengan un sólido fundamento científico es de un interés epistémico máximo, pues dicho control aspira a dejar a la pseudociencia fuera del ámbito de las decisiones judiciales. De hecho todos los esquemas de control de validez y fiabilidade (en definitiva, de calidad) de las pruebas científicas comparten ese objetivo.”²⁷⁶

Os *standards* de admissibilidade da prova serão responsáveis por determinar a correção do procedimento de obtenção dos elementos probatórios – sejam elementos de informação advindos da fase de instrução preliminar ou sejam elementos de prova provenientes da fase instrutória processual. Assim, se houver violação no meio de obtenção do dado probatório – como um busca e apreensão sem mandado judicial, por exemplo – esse dado sequer poderá ser valorado para qualquer fim judicial – muito menos para decretar uma prisão

²⁷⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. *Prueba científica. Um mapa de los retos*. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 191.

preventiva. Fixa-se, portanto, como premissa do presente estudo, que a questão da avaliação e valoração probatória será sempre posterior à confirmação de sua fiabilidade.²⁷⁷

Nas palavras de Ferrer Beltrán, estes *standards* funcionarão como verdadeiros filtros processuais, impedindo a valoração de elementos não fiáveis e sem credibilidade.²⁷⁸

Como forma de exemplificar a ausência de credibilidade de um dado objetivo, cita-se o relato de uma testemunha que claramente altera a versão dos fatos inúmeras vezes. É evidente que seu relato carece de credibilidade, razão pela qual sequer poderá ser valorado pelo juiz no momento de decretar uma prisão preventiva.

Abellán também destaca a função do que chamou de *gatekeepers* – mecanismos epistemológicos capazes de aferir se houve alguma violação nos meios de obtenção da prova.²⁷⁹ Através destes mecanismos técnicos deverá ser produzida “a prova sobre a prova”, ou seja, comprovar a correção no procedimento de obtenção dos dados objetivos.²⁸⁰

É notório o fato de que os *standards* de admissibilidade da prova poderão ser melhor exercidos no decorrer do processo, em especial na fase de admissibilidade da denúncia e na fase de instrução probatória, posto que sua essência guarda íntima conexão com o princípio do contraditório.²⁸¹ No entanto, a tarefa de verificação da correção dos procedimentos de obtenção de prova não deve ser somente atribuída à parte. Em um estado de direito, a atividade jurisdicional também deve se certificar de que os procedimentos de admissibilidade da prova – *standards* foram preenchidos.

277 PRADO, Geraldo. Parecer jurídico datado de 16.02.17.

278 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 87-90.

279 ABELLÁN, Marina Gascón. Op. cit.

280 PRADO, Geraldo. Parecer jurídico... op. cit.

281 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Op. cit.

Dessa forma, ao receber um pedido de prisão preventiva formulado no bojo do inquérito policial – portanto instruído, geralmente, somente com elementos de informação que não foram submetidos ao contraditório –, o juiz, antes de valorar tais elementos, deve se certificar da correção dos métodos investigativos e atestar a fiabilidade e credibilidade dos dados objetivos, através da verificação da “prova sobre a prova”. O mesmo procedimento deverá ocorrer quando se tratar de pedido de prisão durante a instrução probatória.

Caso reste superado este primeiro *standard* de admissibilidade, concluindo pela possibilidade de valoração da prova para fins de decretação de prisão preventiva, passará à análise dos *standards* de valoração da prova, expostos no tópico 4.3²⁸².

Cabe frisar, desde logo, que a posição adotada no presente trabalho não está a eleger um *standard* probatório valorativo específico para a temática prisional cautelar. Isso porque, como verificado alhures, o tema *standard* de prova é extremamente complexo e controvertido no âmbito jurídico internacional, principalmente no que tange à sua aplicabilidade em critérios objetos e subjetivos. Destarte, ao pensamento jurídico brasileiro, a temática revela-se, *concessa vênia* pela impropriedade do vocábulo, um tanto quanto juvenil e pouco desenvolvida no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

As diversas correntes a respeito do instituto, provenientes de diferentes tradições jurídicas, propõem inúmeros *standards* probatórios, que se apresentam como característica fundamental da necessidade constitucional de limitação do livre convencimento decisório.

Qualquer que seja o *standard* adotado deve ter em mente que o instituto da prisão cautelar trata de uma medida provisional, como garantia instrumental do processo, e, portanto, não definitiva. Por essa razão, tem-se entendido que o *standard* deverá possuir uma exigibilidade valorativa inferior ao grau exigido para a condenação. Todavia, pelo caráter

282 Cabe frisar, no entanto, que o *standard* da probabilidade matemática (quantitativa) (tópico 4.3.7.) pode ser entendido como um *standard* de admissibilidade, que permitirá ao magistrado, em momento posterior, valorar o elemento probatório introduzido pelo raciocínio matemático.

relativizador da presunção de inocência que a prisão cautelar assume no processo, este *standard* deve possuir um robusto grau probatório – ainda que inferior ao da condenação. Afinal, partindo da premissa legal positiva, o próprio legislador entendeu pela exigibilidade de elevado grau probatório para sua decretação, conforme se depreende da palavra “suficiente” inserida no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Com efeito, ainda que falemos de prova indiciária, cuja parcela da doutrina entende ser aquela que necessita de mais uma operação inferencial para chegar à conclusão final²⁸³, não se trata de meras suspeitas do julgador, mas sim de concretos elementos de prova ou de informação – ou seja, dados objetivos acostados ao processo ou procedimento investigativo. Assim, veda-se veementemente a decretação de prisão cautelar fundada em crenças, suspeitas, achismos ou meras convicções de caráter subjetivo do magistrado.²⁸⁴

Com supedâneo na linguagem do constitucionalismo norte-americano, exige-se um “*probable cause*”, que significa mais do que a mera suspeita, embora menos do que o *quantum* de prova necessária para a condenação.²⁸⁵

Exemplificando, a fim de clarear a tese defendida no presente trabalho monográfico, no caso de um pedido de prisão preventiva com fulcro na garantia da aplicação da lei penal, diante de uma situação fática em que investigado ou acusado possua dupla nacionalidade e o órgão acusatório alegue que “é possível” a fuga para o estrangeiro, o magistrado competente deverá verificar:

- 1) Esta possibilidade está justificada por elementos objetivos no processo?

283 Crítica da Abellán, tópico X

284 GOMES FILHOS, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova... op. cit. pp. 310-312.

285 Idem.

2) Caso adotemos, por exemplo, o *standard* “*evidence beyond a reasonable doubt*” (prova acima de qualquer dúvida razoável), esse elemento objetivo é capaz de superar qualquer dúvida razoável, ainda que em patamar inferior ao requerido para condenação?

Caso a resposta de qualquer uma das perguntas for negativa, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva, sob pena de sacrificar a necessidade motivacional concreta da decisão – e aqui me refiro não somente à ausência de motivação explícita, mas, principalmente, aos casos em que a justificação é insuficiente para superar o *standard* requerido pelo instituto.

Esta concepção de fundamentação decisória se coaduna com as limitações necessárias que devem nortear o exercício do poder punitivo em um estado de direito, com vistas à assegurar uma maior efetividade das garantias constitucionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início, o trabalho procurou abordar as principais questões pertinentes à temática probatória, sempre objetivando o máximo respeito às garantias constitucionais. Em essência, se adotarmos uma concepção autoritária de processo penal, não há razão para o processo existir, pois sua finalidade precípua é a garantia contra o arbítrio do poder punitivo.

O Código de Processo Penal Brasileiro data de 1941, período histórico em que não somente a comunidade internacional europeia vivenciava as ideias autoritárias nazi-facistas, como também o Brasil atravessava a Ditadura Vargasista do Estado Novo. Neste âmbito, as ideias autoritárias de Francisco Campos, então Ministro da Justiça, ecoaram por todo o código, devendo, em uma concepção democrática, serem rechaçadas com a Nova Ordem Constitucional de 1988.

Analisamos, portanto, as diferentes teorias acerca do processo penal, passando pelos principais autores para concluir que o processo penal democrático, nos moldes de um estado de direito, deve adotar a concepção defendida por Fazzalari, com o contraditório como elemento indissociável da função processual.

A atividade probatória também adquire fundamental importância pela característica epistêmica do processo, que buscará, através dos conceitos de dinâmica processual aduzidos por Goldschmidt, confirmar ou refutar o enunciado fático acusatório.

As diferentes acepções do vocábulo prova incidirão nos diversos campos do conhecimento humano, sobretudo no que se refere ao procedimento judicial. Nesta toada, deve-se ter em mente a necessária distinção entre os conceitos de prova, a fim de que não sejam utilizados de forma incorreta, sacrificando algum direito individual.

As provas também poder classificadas conforme diversos parâmetros, que deverão ser avaliados corretamente para prolação da decisão.

A problemática dos fatos foi explicitada com suas pormenores diferenças entre fatos externos, fatos perceptíveis e fatos inferenciais. Ademais, distinguiu-se quais são os fatos que interessam ao processo, bem como a operação necessária para o seu descobrimento.

Demostrou-se a equivocada distinção anteriormente defendida entre as questões fáticas e as questões jurídicas. Através de uma análise hermenêutica do fato com a norma, a qual denominamos – com supedâneo no professor Danilo Knijnik – espiral, essa diferença deixou de existir para fins probatórios.

Depois disso, adentramos na temática dos *standards* de prova, e o conceituamos como instrumento necessário para a imposição de limites à convicção racional do juiz. Sem embargo, analisamos a evolução história dos critérios de valoração da prova e sua relação com o acusado, abordando as principais características dos sistemas da prova legal, da íntima convicção e do livre convencimento motivado.

Individualizamos os *standards* de prova, através do recurso ao direito comparado, abordando as espécies teóricas aplicadas nos países da *common law* e em outros países europeus, como por exemplo: “*evidence beyond a reasonable doubt*” (prova acima de qualquer dúvida razoável), “*preponderance of evidence*” (preponderância da prova), “*clear and convincing evidence*” (prova clara e convincente), mínima atividade probatória, entre outros.

Finalmente, adentramos na temática principal do presente trabalho, os *standards* probatórios para decretação da prisão preventiva. Entendemos a função essencial do instituto cautelar, a de instrumentalidade processual, bem como seus requisitos gerais e os específicos da prisão preventiva.

Por fim, como tese defendida no trabalho monográfico, a decretação de prisão preventiva deverá, primeiramente, superar os *standards* de admissibilidade da prova, inerentes à toda e qualquer atividade probatória. Ato contínuo, superada esta etapa de admissibilidade e atestada a fiabilidade probatória, deverão ser aplicados os *standards* de valoração da prova – ou, ao menos, um deles – que expomos detalhadamente no tópico anterior.

Neste diapasão, conclui-se pela necessidade adoção de *standards* probatórios que norteiem a atividade jurisdicional como um todo, em especial, a decretação de uma prisão preventiva cautelar, responsável por relativizar o princípio reitor do processo penal: a presunção de inocência.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. *Prueba científica. Um mapa de los retos*. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. A prova dos fatos. Cap. 8. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012

_____; TARUFFO, Michele et. al. *Proceso, Pruebra y Estándar*. Lima, Peru: ARA EDITORES, 2009.

BADARÓ, Gustavo. *O valor probatório do inquérito policial*. In: LERNER, Daniel Josef; AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (coord.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BINDER, Alberto, no prólogo ao livro de SCHIAVO, Nicolás. *Valoración racional de la prueba em materia penal: un estándar mínimo para la habitación del juicio de verdad*. Buenos Aires: Del Puerto, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, Campinas, Bookseller, v. 3, 1999.

_____. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>. Acesso em 28.10.2017;

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Barcelona: EJE, 1936.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Hechos y conceptos. Questio facti (Ensayos sobre prueba, causalidade y acción)*. Disponível em <http://www.uv.es/cefd/15/lagier.pdf>. Data de acesso: 20 de novembro de 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA, Antônio F.; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. e 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal. Estudos e Pareceres*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

KHALED JR., Salah Hassan. *O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?* Civitas: Porto Alegre, v. 10, n. 2, maio-ago. 2010.

_____. *Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito*. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/18/livre-convencimento-motivado-o-imperio-do-decisionismo-no-direito/#_ednref19 . Acesso em: 21 de novembro 2017.

KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Rio de Janeiro: Revista Forense, n. 353, jan.-fev., 2001.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 03ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Prisões cautelares*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIEDBMAN, ENRICO. *Corso di diritto processuale civile*, 1952.

MAY, Richard. *Criminal evidence*. 2 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1990.

PACELLI, Eugênio et. al. *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A reforma da Lei nº 12.403/11*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeira de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. Monografias Jurídicas. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Parecer jurídico datado de 16 de fevereiro de 2017.

SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 3ª ed. Editora Juspodivum: Salvador, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. *O livre convencimento e sua incompatibilidade com o dever de accountability Hermenêutica: O Sistema Acusatório e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal*. PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. *Sentença de Moro é prova que a livre apreciação da prova deve acabar*. In: *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele et al. (orgs.). Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2017.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos (La prova dei fatti giuridici)*. Madrid: Trotta, 2002.

_____. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Buenos Aires: Renavan, 2006.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> . Acesso em: 23.11.2017.